

Mandanten-Rundbrief

- März 2018 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Keine Bauhandwerkersicherung für auftragslos erbrachte Leistungen!	2
2.	Auftraggeber muss bei Kostenvorschussklage das vereinbarte Bausoll beweisen – auch vor der Abnahme!	3
3.	„Alle Jahre wieder“ – wichtige Fragen rund um das Schlechtwetterrisiko	4
4.	Wann ist ein Bedenkenhinweis ordnungsgemäß?	5
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	6
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	8
IV.	Mietrecht	10
	BGH kippt Schriftformheilungsklauseln	10
V.	Außergerichtliche Streitbeilegung II	11
1.	Das Schiedsverfahren	11
2.	Das Adjudikationsverfahren	12
VI.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Keine Bauhandwerkersicherung für auftragslos erbrachte Leistungen!

Ein Unternehmer hat keinen Anspruch auf Bauhandwerkersicherung gemäß § 648a BGB alte Fassung (§ 650f BGB neue Fassung; nachfolgend § 648a BGB) für Forderungen aus Bereicherungsrecht, Geschäftsführung ohne Auftrag oder § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B, weil in diesen Fällen eine auftragslose Leistung vorliegt, die einen Anspruch auf eine vertragliche Vergütung oder deren Surrogat nicht begründet.

OLG Stuttgart, Urteil vom 26.06.2017 – 10 U 122/16

Die Parteien waren über einen Bauvertrag zur Durchführung von Rohbauarbeiten für ein Sechs-Familienhaus mit Tiefgarage verbunden. In den Vertrag waren sowohl die VOB/B als auch eine Einheitspreisliste einbezogen. Es gab drei Änderungen zum vertraglich vereinbarten Leistungsumfang, für die die Klägerin eine zusätzliche Vergütung verlangte. Die Beklagte akzeptierte die Zusatzkosten nur teilweise. Nach Abnahme der Leistungen gerieten die Parteien über die Höhe der Schlussrechnung in Streit, der in das Sicherungsverlangen der Klägerin mündete.

Die Klage hatte überwiegend Erfolg. Gemäß § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10% des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen.

Dem Oberlandesgericht stellten sich im Wesentlichen zwei Fragen: Was muss der Auftragnehmer darlegen und gegebenenfalls beweisen, um einen Vergütungs- und gegebenenfalls bestehenden Sicherungsanspruch begründen zu können und welche Art der Vergütung wird von § 648a BGB überhaupt erfasst.

Zu der ersten Frage entschied das Oberlandesgericht, dass der Vergütungsgrund, also die (auch Nachtrags-) Vergütungsvereinbarung, bewiesen werden muss, was dem AN zum Beispiel durch Urkunden- oder Zeugenbeweis leicht möglich ist. Die Höhe der Vergütung braucht dann nur schlüssig dargelegt zu werden, muss also plausibel sein.

Das Oberlandesgericht beschäftigte sich im Folgenden mit der Frage, ob ein Anspruch auf Vergütung aus ohne Auftrag ausgeführten Leistungen gemäß § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B unter den Sicherungsanspruch des § 648a Abs. 1 Satz 2 BGB fällt. Die VOB-Vorschrift erfasst zwei Konstellationen: Dem AN steht eine Vergütung zu, wenn der AG die eigentlich auftragslos erbrachte Leistung nachträglich anerkennt (§ 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 1 VOB/B). Ein solcher Anspruch ist zu besichern, da durch die nachträgliche Anerkennung durch den AG eine vertraglich vereinbarte Vergütung entsteht. Fehlt es an einer nachträglichen Anerkennung durch den AG, gewährt § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B eine Vergütung, wenn die Leistungen für die Erfüllung des Vertrags notwendig waren, dem mutmaßlichen Willen des Bestellers entsprechen und ihm unverzüglich angezeigt wurden. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Stuttgart ist dieser Vergütungsanspruch nicht nach § 648a BGB sicherbar, denn in diesem Falle fehle es an einer vereinbarten Vergütung bzw. einem Anspruch, der an die Stelle der Vergütung tritt.

Die Rechtsfrage wird sich demnächst auch im BGB-Vertrag stellen, denn auch hier ist entweder ein Nachtrag über eine geänderte Leistung (Sicherungsanspruch dann ja) oder die einseitige Anordnung durch den Besteller bei fehlender Einigung über den Vergütungsanspruch des Unternehmers möglich. In diesem Fall muss der Unternehmer die Anordnung beweisen. Kann er dies nicht, hilft ihm nur die Anerkennung der Leistung durch den Besteller, andernfalls besteht zumindest nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Stuttgart der Sicherungsanspruch nicht.

Rechtsanwältin Anna-Katrin Büntzly

2. Auftraggeber muss bei Kostenvorschussklage das vereinbarte Bausoll beweisen – auch vor der Abnahme!

Welche Beschaffenheit das zu erbringende Werk haben soll, also den Inhalt der vertraglichen Vereinbarung, hat derjenige zu beweisen, der sich auf die vertragliche Vereinbarung beruft. Dies ist der Auftraggeber, der Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung verlangt, auch wenn vor der Abnahme grundsätzlich der Auftragnehmer die Mangelfreiheit der erbrachten Leistungen zu beweisen hat.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.01.2018 – 10 U 93/17

In dem vom Oberlandesgericht Stuttgart entschiedenen Fall verlangte der Auftraggeber (AG) vom Auftragnehmer (AN), der vom AG mit Fenster- und Sonnenschutzarbeiten für den Neubau einer Doppelhaushälfte beauftragt wurde, noch vor Abnahme der beauftragten Arbeiten einen Vorschuss für Mangelbeseitigungsarbeiten in Höhe von 105.000,00 €. Der beklagte AN machte widerklagend restlichen Werklohn geltend. Im Hinblick auf die vom AG eingewandten Mängel ging es im Wesentlichen um einen nicht erfolgten bodentiefen und raumseitigen Einbau von Hebeschiebetüren und die Frage, ob eine solche Ausführung der Hebeschiebetüren zwischen den Parteien vereinbart wurde – also das Bausoll darstellt.

Zu diesem Punkt hielt das Oberlandesgericht in seiner Entscheidung folgendes fest: Maßgeblich für die Frage, ob die vom AN vorgenommene Ausführung der Fensterelemente sowie der Hebeschiebetüren mangelhaft im Sinne von § 13 Abs. 1 VOB/B sowie § 633 Abs. 2 BGB ist, ist das geschuldete Bausoll. Entscheidend ist daher, was die Parteien insoweit vertraglich vereinbart haben. Welche Beschaffenheit das zu erbringende Werk haben soll, also den Inhalt der vertraglichen Vereinbarung, hat derjenige zu beweisen, der sich auf die vertragliche Vereinbarung beruft. Dies ist vorliegend die Klägerin als Auftraggeber, ungeachtet des Umstands, dass vor der Abnahme grundsätzlich der Auftragnehmer die Mangelfreiheit der erbrachten Leistungen zu beweisen hat.

Das geschuldete Bausoll ergibt sich zum einen aus dem schriftlichen Bauvertrag. Vorliegend konnte den Vertragsunterlagen jedoch nicht entnommen werden, dass die Hebeschiebetüren bodentief und raumseitig einzubauen waren. Eine Vereinbarung über eine bestimmte Ausführungsweise bzw. das Bausoll kann sich aber auch aus Umständen außerhalb der Vertragsurkunde ergeben. Doch auch nach Vernehmung von Zeugen und Einholung eines Sachverständigengutachtens konnte im vorliegenden Fall von der Klägerin nicht bewiesen werden, dass der Einbau der Hebeschiebetüren so erfolgen sollte, wie von ihr behauptet. Das Oberlandesgericht ging daher davon aus, dass das Werk des AN bezüglich der Hebeschiebetüren der Sollbeschaffenheit entspricht und damit mangelfrei ist. Folglich hatte die Klage des AG auf Kostenvorschuss insoweit keinen Erfolg.

Angesichts des vorstehend geschilderten Falles bietet sich ein Hinweis auf zwei wesentliche Aspekte der prozessualen Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen an:

Der Bundesgerichtshof hat jüngst klargestellt, dass vor der Abnahme grundsätzlich keine Gewährleistungsansprüche aus § 634 BGB durchgesetzt werden können (BGH, Urteil vom 19.01.2017 - VII ZR 235/15, siehe hierzu auch Mandanten-Rundbrief März 2017). Von diesem Grundsatz ist jedoch dann eine Ausnahme zu machen, wenn sich die Parteien in einem sogenannten „Abrechnungsverhältnis“ befinden. Ein solches liegt – wie auch im vom Oberlandesgericht Stuttgart entschiedenen Fall – vor, wenn nach dem übereinstimmenden Verständnis der Parteien durch den AN selbst keine Arbeiten mehr ausgeführt werden sollen, also das sogenannte "Erfüllungsstadium" beendet ist. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Unternehmer das Werk als fertig gestellt zur Abnahme anbietet und der Besteller nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend macht oder die Minderung erklärt (BGH, a.a.O.). Der vorliegende Fall zeigt zudem, dass der weitläufig bekannte Grundsatz, dass die Mangelfreiheit eines Werkes vor der Abnahme vom AN zu beweisen ist, in dieser Pauschalität zu kurz greift. Ein Mangel stellt die Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit des Werkes dar. Was aber als Bausoll

zwischen den Parteien vereinbart wurde, hat bei einer Kostenvorschussklage – nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Stuttgart auch vor der Abnahme – zunächst der AG als Anspruchsteller zu beweisen. In diesem Kontext kann der für den Verbrauchervertrag seit dem 01.01.2018 geltende § 650j BGB, der die Erstellung einer Baubeschreibung durch den AN vorsieht, dem Verbraucher-AG zugutekommen.

Rechtsanwalt Thilo Braun

3. „Alle Jahre wieder“ – wichtige Fragen rund um das Schlechtwetterrisiko

Für das Wetter gilt der Grundsatz aus § 644 Abs. 1 BGB, dass der Unternehmer vor der Abnahme des Werks dessen Sachgefahr und damit auch das Risiko schlechten Wetters trägt.

OLG Frankfurt, Urteil vom 29.05.2015 – 24 U 7/15

Das Oberlandesgericht Frankfurt hat sich in seinem Urteil vom 29.05.2015 (Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof war eingelegt und wurde kürzlich zurückgenommen) mit praxisrelevanten Folgen von Schlechtwetter auf die bauvertraglich vereinbarten Termine und etwaigen Auswirkungen auf die vereinbarte Vergütung befasst. Im Kern hat das Oberlandesgericht erklärt, dass für das Wetter der Grundsatz aus § 644 Abs. 1 BGB gilt, wonach der Unternehmer vor der Abnahme des Werks dessen Sachgefahr und damit auch das Risiko schlechten Wetters trägt.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Bauunternehmer (AN) hatte sich aufgrund eines VOB/B-Vertrages verpflichtet, einen Rohbau im Oktober eines Jahres zu beginnen und bis Ende Januar des Folgejahres fertig zu stellen. Dabei gab es zwischen Dezember bis Februar 19 Tage Frost, von denen vier über 10 Minusgrade hinausgingen. Der AN sah sich aufgrund dieser Temperaturen sowie an weiteren Tagen wegen Schneefalls gehindert zu arbeiten. Der AN verlangt dafür eine Bauzeitverlängerung und – das ist die Besonderheit des Falls – auch zusätzlichen Werklohn

gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B. Der Auftraggeber (AG) verhandelte über beide Ansprüche, verweigerte aber die Zahlung einer zusätzlichen Vergütung.

Der AN erhob Klage zum Landgericht Darmstadt (Aktenzeichen 17 O 301/13), das die Klage mit Urteil vom 09.09.2014 abwies. Das Oberlandesgericht Frankfurt hat die Klageabweisung in der Berufungsinstanz bestätigt. Es hat entschieden, dass 19 Tage Frost (von denen nur vier über 10 Minusgrade hinausgingen) im Winter nicht „ungewöhnlich“ sind – und zwar selbst dann, wenn in den 20 Jahren zuvor durchschnittlich an weniger Tagen Frost war. Weiter erklärte es, dass nicht überraschend sein dürfte, dass auch der Schneefall von ca. 10 cm bis maximal 15 cm im Winter zu erwarten ist. Mit Bezugnahme auf die allgemeine Gefahrtragsregelung des § 644 Abs. 1 BGB (und nicht etwa mit Bezugnahme auf § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B) trage der AN die Risiken der fristgerechten und ordnungsgemäßen Erfüllung – solange die Erbringung der Leistung nicht durch den AG be- oder verhindert wird. Damit wurde der Anspruch aus Bauzeitverlängerung abgelehnt. Weiter wurde der Anspruch auf Mehrvergütung mit folgender Begründung abgelehnt: Für schlechtes Winterwetter sei der AG auch unter dem Gesichtspunkt des § 642 BGB („Annahmeverzug“) nicht verantwortlich. Der AG habe keine Mitwirkungspflicht verletzt. Eine solche Mitwirkung kann in der unterbliebenen Grundstücksbereitstellung liegen. Aber „ungeeignetes Wetter“ hafte dem Grundstück nicht als Eigenschaft an (gleich ob Temperatur oder Schneedecke betroffen ist).

Die Auffassung des Oberlandesgerichts Frankfurt wird im Ergebnis durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.04.2017 - VII ZR 194/13 (siehe hierzu Mandanten-Rundbrief September 2017) bestätigt, welches einen vergleichbaren Sachverhalt betrifft.

Dass man im Winter mit Schnee und Eis rechnen muss, wird sich als „gewöhnliche Witterung“ auch aus § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B ergeben. „Ungewöhnliche Verhältnisse“ sind nur bei einer deutlichen Abweichung von den Mittelwerten eines wenigstens 10 Jahre dauernden Zeitraums gegeben. Die bloße Überschreitung des Mittelwerts an sich ist nicht außerge-

wöhnlich, da üblicherweise auch vereinzelt Spitzen auftreten (hilfreiches Stichwort aus der Schul-Mathematik ist die Gaußsche Normalverteilung). Praktikabler sind Regelungen im Vertrag – etwa orientiert an den WESTE-Schlechtwettertagen des Deutschen Wetterdienstes („www.dwd.de“).

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

4. Wann ist ein Bedenkenhinweis ordnungsgemäß?

Ein Bedenkenhinweis, der zur Enthftung eines Unternehmers wegen einer nicht ordnungsgemäßen Vorleistung eines anderen Unternehmers führen soll, hat zur rechten Zeit, in der gebotenen Form und Klarheit und an den richtigen Adressaten zu erfolgen.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 15.11.2017 – 1 U 11/17

Das Oberlandesgericht Saarbrücken hatte sich in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall u. a. mit der Frage zu befassen, wann ein Bedenkenhinweis eines Auftragnehmers zu dessen Enthftung führen kann. Die Kläger machten als Auftraggeber vorliegend gegenüber den Beklagten Ansprüche auf Schadensersatz und Kostenvorschuss wegen Baumängeln an dem von ihnen bewohnten Einfamilienhaus geltend. Der beklagte Auftragnehmer zu 1 (AN 1) errichtete im Auftrag der Kläger die Außenfassade und baute die Außenfensterbänke ein, der beklagte Auftragnehmer zu 2 (AN 2) führte den Einbau der Fenster durch. Des Weiteren schlossen die Kläger mit der streitverkündeten Baufirma F einen Vertrag über die Errichtung des Rohbaus mit Dach zusätzlich weiterer Leistungen. Nach Ausführung und Abnahme sämtlicher Arbeiten kam es wiederholt zu Wassereintritten im Bereich der Fenster. Nachdem verschiedene im Wesentlichen durch den AN 1 durchgeführte Abdichtungsversuche fehlschlagen, leiteten die Kläger zunächst ein selbständiges Beweisverfahren ein. Ausgehend von den im Gutachten des im selbständigen Beweisverfahren beauftragten Gerichtssachverständigen kalkulierten Män-

gelbeseitigungsarbeiten nahmen die Kläger eine Aufschlüsselung der Verantwortungsanteile vor, auf deren Grundlage sie schließlich im Klagewege Kostenvorschuss für Mängelbeseitigungsarbeiten bzw. Schadensersatz von den Beklagten forderten.

Der beklagte AN 1 verteidigte sich u. a. damit, dass sein angestellter Mitarbeiter gegenüber dem damaligen und zwischenzeitlich verstorbenen Bauleiter B der Baufirma F auf die mangelhafte Abdichtung der Fenster und Fensterbänke hingewiesen habe, konkret, dass das Winddichtband – wohl durch den beklagten AN 2 – größtenteils faltig eingebaut gewesen und daher nur bedingt Schlagregen habe widerstehen können. Der Bauleiter B soll daraufhin erklärt haben, die Bedenken seien unnötig und die Kläger hätten sich dieser Auffassung angeschlossen.

Das erstinstanzliche Landgericht hat den AN 1 antragsgemäß verurteilt. Die gegen dieses Urteil vom AN 1 eingelegte Berufung hatte insoweit keinen Erfolg.

Soweit das Oberlandesgericht zu beurteilen hatte, ob der AN 1 seiner Bedenkenhinweispflicht, die ihn von einer Mängelhaftung hätte befreien können, hinreichend nachgekommen ist, sah es diesen Haftungsbefreiungstatbestand, für den der AN 1 darlegungs- und beweisbelastet war, als nicht erfüllt. Es hielt in seinen Entscheidungsgründen – unter teilweiser Bezugnahme auf entsprechende Rechtsprechung – diesbezüglich fest:

„Der Bedenkenhinweis hat zur rechten Zeit, in der gebotenen Form, in der gebotenen Klarheit und an den richtigen Adressaten zu erfolgen. Die Bedenkenhinweispflicht ist eine Vertragspflicht, der der Auftragnehmer ab Vertragsabschluss unverzüglich nachkommen muss: In dem Augenblick, in dem der Auftragnehmer bei der gebotenen Prüfung den Mangel erkennen kann, hat er den Auftraggeber ohne schuldhaftes Zögern aufzuklären (...). Eine besondere Form des Hinweises (schriftlich/mündlich) ist beim BGB-Werkvertrag nicht einzuhalten. Nach Treu und Glauben ist hier nur entscheidend, ob eine ausreichende Warnung erfolgt ist (...). Insoweit gilt als Anforderung an die gebotene Klarheit, dass der Werkunternehmer die nachteiligen Folgen und

die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorunternehmerleistung konkret darlegen muss, damit der Besteller in die Lage versetzt wird, die Tragweite der Nichtbefolgung klar zu erkennen (...). In Bezug auf den Adressaten gilt, dass der Hinweis gegenüber dem Auftraggeber erfolgen muss, wobei die Erklärung an den rechtsgeschäftlichen Vertreter und an den Empfangsbevollmächtigten ausreichend und der vom Auftraggeber eingesetzte Bauleiter grundsätzlich als Empfangsbevollmächtigter anzusehen ist (...), der Auftraggeber jedoch selbst informiert werden muss, wenn sich der Bauleiter den Bedenken verschließt.“

Ausgehend von diesen Grundsätzen war nicht von einem ordnungsgemäßen Bedenkenhinweis des AN 1 gegenüber den Klägern auszugehen, da der Hinweis lediglich an den Bauleiter B, der unstreitig nicht im Auftrag der Kläger, sondern ausschließlich für die Baufirma F tätig war, gerichtet war und sich dieser nach Bekundungen eines Zeugen den geäußerten Bedenken bezüglich der Abdichtung augenscheinlich verschlossen hat. Der AN 1 wäre daher nach der Auffassung des Gerichts gehalten gewesen, einen inhaltlich klaren Bedenkenhinweis unmittelbar gegenüber den Klägern als Auftraggebern zu erteilen.

Die vorliegende Entscheidung des Oberlandesgerichts Saarbrücken zeigt einmal mehr die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Bedenkenanzeige auf, an die sich ein Auftragnehmer halten muss, sofern er sich von einer Mängelhaftung befreien will. Zu Beweiszecken ist eine entsprechende Dokumentation dringend zu empfehlen. Da es im vorliegenden Fall nicht darauf ankam, ist abschließend noch darauf hinzuweisen, dass bei Vereinbarung der VOB/B gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B die Bedenkenanzeige grundsätzlich schriftlich zu erfolgen hat.

Rechtsanwalt Thilo Braun

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Kann sich bei einem erkannten Planungsmangel der Unternehmer auch bei nicht nachgewiesener Bedenken-

anzeige gegenüber dem Bauherrn auf die Mitverursachung durch den Architekten als dessen Erfüllungsgehilfen berufen?

- a) Beschlüge für die Öffnung raumhoher Fensterelemente sind nicht funktionstauglich und also mangelhaft, wenn es aufgrund ihrer anspruchsvollen Bedienungsweise und des großen und wechselnden Benutzerkreises des Gebäudes fortgesetzt zu Fehlgebrauch kommt und dadurch laufend Reparaturen nötig werden.
- b) Hat der Unternehmer nach seinem eigenen Vortrag einen Planungsmangel erkannt, kann seine Behauptung, er habe Bedenken angemeldet aber nicht beweisen, ändert dies nichts daran, dass er sich wegen des Mangels am Bauwerk gegenüber dem Bauherrn auf die Mitverursachung durch den Architekten als dessen Erfüllungsgehilfen berufen kann (entgegen OLG Stuttgart, Urteil vom 15.04.2014 - 10 U 127/13, IBRRS 2014, 1741).

KG, Urteil vom 29.12.2017 - 21 U 120/15

2. Die allgemein anerkannten Regeln der Technik - wer trägt das Risiko einer Änderung nach Vertragsschluss?

- a) Der Auftragnehmer schuldet gemäß § 13 Nr. 1 VOB/B 2006 grundsätzlich die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme. Dies gilt auch bei einer Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zwischen Vertragsschluss und Abnahme.
- b) In einem solchen Fall hat der Auftragnehmer den Auftraggeber regelmäßig über die Änderung und die damit verbundenen Konsequenzen und Risiken für die Bauausführung zu informieren, es sei denn, diese sind dem Auftraggeber bekannt oder ergeben sich ohne Weiteres aus den Umständen.

Der Auftraggeber hat sodann im Regelfall zwei Optionen: Der Auftraggeber kann zum einen die Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik

verlangen mit der Folge, dass ein aufwändigeres Verfahren zur Herstellung erforderlich werden kann, als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von den Parteien vorgesehen. Der Auftragnehmer kann, soweit hierfür nicht von der Vergütungsvereinbarung erfasste Leistungen erforderlich werden, im Regelfall eine Vergütungsanpassung nach § 1 Nr. 3 oder 4, § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B (2006) verlangen. Der Auftraggeber kann zum anderen von einer Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik und damit von einer etwaigen Verteuerung des Bauvorhabens absehen.

- c) Ein Anspruch aus § 4 Nr. 7, § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (2006) setzt gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 und Nr. 5 VOB/B (2006) grundsätzlich eine schriftliche Kündigungserklärung des Auftraggebers voraus. Bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung des Auftragnehmers muss der Auftraggeber, der Vorschuss verlangt, zumindest konkludent zum Ausdruck bringen, dass er den Vertrag mit dem Auftragnehmer beenden will (Abweichung von BGH, Urteil vom 12.01.2012 - VII ZR 76/11, BGHZ 192, 190 Rz. 9; Versäumnisurteile vom 09.10.2008 - VII ZR 80/07, BauR 2009, 99 Rz. 16 = NZBau 2009, 173 und vom 05.07.2001 - VII ZR 201/99, BauR 2001, 1577 = NZBau 2001, 623; Urteil vom 20.04.2000 - VII ZR 164/99, BauR 2000, 1479, 1481 = NZBau 2000, 421).

BGH, Urteil vom 14.11.2017 - VII ZR 65/14

3. Beweislastumkehr

- a) Eine Beweisvereitelung mit der Folge von Beweiserleichterungen bis zur Umkehr der Beweislast liegt vor, wenn dem gerichtlich bestellten Sachverständigen die für die Beantwortung der Beweisthemen erforderliche Besichtigung von Wohnungen durch den Beweisgegner trotz rechtzeitiger Ankündigung des Ortstermins nicht ermöglicht wird und dies vom Beweisgegner nicht unter Angebot eines Nachholtermins rechtzeitig ausreichend entschuldigt wird.

- b) Nimmt ein gerichtlich bestellter Sachverständiger im Rahmen seiner Begutachtung eine Maßnahme vor (hier: Analyse der Chlorid-Eindringtiefe in Beton), für die der Besteller bereits einen Kostenvorschuss zur Selbstvornahme eingeklagt hat, tritt insoweit eine Erledigung des Rechtsstreits ein.

OLG Stuttgart, Urteil vom 26.06.2017 - 10 U 132/15

4. Eine formularmäßig vereinbarte Sicherungsabrede mit einem gegenüber dem Bürgen des Auftragnehmers unzulässigen Regelungsinhalt ist unwirksam

Eine in einem Vertrag über Bauleistungen formularmäßig vereinbarte Sicherungsabrede, die es dem Auftragnehmer auferlegt, zur Ablösung eines Gewährleistungseinhalts eine Bürgschaft mit einem gegenüber dem Bürgen unzulässigen Regelungsinhalt (hier: formularmäßiger Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit, der auch unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen des Hauptschuldners umfasst) zu stellen, benachteiligt den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

BGH, Urteil vom 24.10.2017 - XI ZR 600/16

5. Zur Wirksamkeit von Stoffpreisgleitklauseln

Eine Stoffpreisgleitklausel des öffentlichen Auftraggebers von Bauleistungen ist überraschend und wird nicht Vertragsbestandteil, wenn sie ohne ausreichenden Hinweis den Auftragnehmer zur Vermeidung erheblicher Nachteile bei Stoffpreissenkungen dazu anhält, bereits bei seiner Kalkulation von üblichen Grundsätzen abzuweichen (Festhaltung BGH, IBR 2014, 717).

BGH, Urteil vom 25.01.2018 - VII ZR 219/14

6. Kein „Rundum-Sorglos-Paket“ durch Projektsteuerungsvertrag

Dass ein Projektsteuerer – neben tätigkeitsbezogenen Pflichten – werkvertragliche Erfolge und Teil-Erfolge schuldet, bedeutet nicht ohne weiteres, dass er für die Realisierung des Gesamtprojekts unter Einhaltung eines bestimmten Investitionsbudgets als Werkerfolg einzustehen hat, sich also gegenüber dem Auftraggeber zu einer Art "Rundum-Sorglos-Paket" verpflichtet. Dies gilt auch dann, wenn dem Projektsteuerer die Kostensteuerung zur Einhaltung der Projektziele übertragen ist.

LG Karlsruhe, Urteil vom 13.06.2017 - 15 O 33/16

7. Wann liegt beim Bauträgervertrag „Bezugsfertigkeit“ vor?

Schuldet der Bauträger dem Erwerber die Übergabe einer bezugsfertigen Wohnung, ist diese Bezugsfertigkeit jedenfalls dann gegeben, wenn der Bauträger die Wohnung zur Abnahme angeboten hat, der Erwerber die Abnahme erklärt hat und durch die Beseitigung vorbehaltenen Mängel der Bezug der Wohnung nicht wesentlich erschwert wird.

KG, Urteil vom 05.12.2017 - 21 U 109/17

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Wann dürfen Angebote geöffnet werden?

- a) Es ist vergaberechtlich unerheblich, wenn die Vergabestelle die Angebote schon vor dem in der Bekanntmachung genannten Termin geöffnet hat, sofern die Vergabestelle die Angebote zumindest nicht vor dem Schlusstermin zur Abgabe der Angebote geöffnet hat. Dann liegt kein Verstoß gegen §§ 54, 55 VgV i.V.m. § 22 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU vor.
- b) Die Vergabestelle ist nicht an die Eigenerklärung eines Bieters gebunden, wenn sie auf Grund besonderer Umstände und eigener Erkenntnisse den Erklärungsinhalt der Eigenerklärung für unzutreffend erachtet. Soweit die Vergabestelle Auftraggeber

der vorgelegten Referenz ist und den Inhalt der Eigenerklärung bzgl. der eingereichten Referenz für unzutreffend erachtet, ist die Vergabestelle berechtigt, ihre Erkenntnisse zu berücksichtigen. Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens prüft die Vergabekammer, ob die Erwägungen der Vergabestelle diskriminierend oder inhaltlich unzutreffend sind.

VK Nordbayern, Beschluss vom 09.01.2018 - RMF-SG21-3194-02-17

2. Auftraggeber hat bei ungewöhnlich niedrigem Angebot Kalkulation zu prüfen

- a) Weicht ein Angebot für die Erbringung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, um mindestens 10 v. H. vom nächst höheren Angebot ab, so hat der öffentliche Auftraggeber gemäß § 14 Abs. 2 LVG-SA die Kalkulation des Angebots zu überprüfen.
- b) Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine zwingende Dringlichkeit für eine freihändige Vergabe nach § 3 Abs. 4 lit. g VOL/A 2009 oder für ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung gemäß § 3 EG Abs. 4 lit. d VOL/A 2009 im Bereich der Daseinsvorsorge selbst dann gerechtfertigt ist, wenn die Gründe für die zwingende Dringlichkeit in der Sphäre des Auftraggebers begründet liegen.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 04.09.2017 - 3 VK LSA 72/17

3. Keine einseitige Änderung von Zuschlags- und Bindefrist durch den Bieter

- a) Ein Bieter ist nicht berechtigt, die in den Vergabeunterlagen vorgesehene Zuschlags- und Bindefrist einseitig abzuändern. Der aus einer entsprechenden Verletzung resultierende Ausschluss ist zwingend. Die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung erfordern Angebote, die in jeder Hinsicht vergleichbar sind.

- b) Auf ein Angebot darf der Zuschlag nicht erteilt werden, wenn es den Vorgaben der Vergabeunterlagen nicht in allen Punkten entspricht, denn es fehlt an den für einen Vertragsabschluss erforderlichen sich deckenden und sich entsprechenden Willenserklärungen.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 01.09.2017 - 3 VK LSA 67/17

4. Angebotsöffnung darf nicht ausschließlich von beauftragtem Büro durchgeführt werden

- a) Der Auftraggeber hat gemäß § 41 Abs. 1 VgV in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen uneingeschränkt und vollständig abgerufen werden können. Das gilt auch für zweistufige Vergabeverfahren (OLG München, Beschluss vom 13.03.2017 - Verg 15/16, IBRRS 2017, 1097 = VPRRS 2017, 0104).
- b) Die Öffnung der Angebote muss nach § 55 Abs. 2 VgV von mindestens zwei Vertretern des öffentlichen Auftraggebers durchgeführt werden. Dies ist zu dokumentieren. Die Öffnung darf nicht ausschließlich von Mitarbeitern eines beauftragten Büros durchgeführt werden. Sie ist ebenso wie die Wertung ureigene Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers.
- c) Zuschlagskriterien müssen gemäß § 127 Abs. 3 GWB entweder einen Bezug zur zu vergebenden Leistung haben, was bei der Darstellung von Vorgehensweisen anhand von Referenzprojekten problematisch ist oder gemäß § 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV Organisation, Qualifikation und Erfahrung des konkret für die Auftragsausführung eingesetzten Personals bewerten.
- d) Werden bei der Vergabe freiberuflicher Dienstleistungen die Inhalte einer Präsentation und das Auftreten der Bieter im Präsentationstermin bewertet, ohne dass die Möglichkeit besteht, aufgrund der Ergebnisse des Präsentationstermins die Angebote zu überarbeiten, spricht viel dafür, dass bei einem solchen Vorgehen ein Vor-

behalt gemäß § 17 Abs. 11 VgV in die Bekanntmachung aufgenommen werden muss.

VK Südbayern, Beschluss vom 02.01.2018 - Z3-3-3194-1-47-08/17

5. In der Verhandlungsphase muss das Grundgerüst des zu vergebenden Auftrags feststehen

- a) Hat der Auftraggeber in einem Verhandlungsverfahren bereits gemäß § 52 Abs. 2 Nr. 5 VgV die Gewichtung der Zuschlagskriterien bekanntgegeben, darf hierüber gemäß § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV nicht mehr verhandelt werden.
- b) Auch im Verhandlungsverfahren muss mit der Bekanntmachung und damit erst recht in der Verhandlungsphase das Grundgerüst des zu vergebenden Auftrags stehen. Ebenso müssen entsprechende Mindestanforderungen aufgestellt sein. Dazu zählen jedenfalls die vorgesehenen Vertragspartner und der etwaige Umfang des Auftrags.
- c) Eine Bestimmung, wesentliche Vertragsbestandteile erst nach Zuschlag zu verhandeln, stellt einen schwerwiegenden Vergabeverstoß dar.

VK Südbayern, Beschluss vom 03.01.2018 - Z3-3-3194-1-46-08/17

6. „Mitnahme von Wissen“ als Vergaberechtsverstoß?

- a) Bei der Wertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien auf der 4. Wertungsstufe steht dem öffentlichen Auftraggeber ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbar ist.
- b) Die Einbeziehung von Personen, die sowohl beim öffentlichen Auftraggeber als auch bei einem an der Ausschreibung beteiligten Bieter tätig waren, verstößt nur dann gegen den Geheimwettbewerb, wenn der konkrete Wettbewerb in Bezug auf den

ausgeschriebenen Auftrag betroffen ist. Nicht ausreichend ist, wenn ehemalige Mitarbeiter ihr beim vorherigen Arbeitgeber gewonnenes Wissen "mitnehmen". Dabei kann es sich nur um einen arbeitsrechtlichen Verstoß handeln.

VK Westfalen, Beschluss vom 29.11.2017 - VK 1-33/17

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

IV. Mietrecht

BGH kippt Schriftformheilungsklauseln

a) Sogenannte Schriftformheilungsklauseln sind mit der nichtabdingbaren Vorschrift des § 550 BGB unvereinbar und daher unwirksam. Sie können deshalb für sich genommen eine Vertragspartei nicht daran hindern, einen Mietvertrag unter Berufung auf einen Schriftformmangel ordentlich zu kündigen.

b) Es verstößt gegen Treu und Glauben, wenn eine Mietvertragspartei eine nachträglich getroffene Abrede, die lediglich ihr vorteilhaft ist, allein deshalb, weil sie nicht die schriftliche Form wahrt, zum Anlass nimmt, sich von einem ihr inzwischen lästig gewordenen langfristigen Mietvertrag zu lösen.

BGH, Urteil vom 27.09.2017 – XII ZR 114/16

Die Klägerin begehrt als Vermieterin vom Beklagten als Mieter Räumung und Herausgabe von Gewerberäumen. In einem Nachtrag zum Mietvertrag hatten die Parteien die ursprüngliche Wertsicherungsklausel ersetzt und zudem eine Schriftformheilungsklausel vereinbart. In der Folgezeit bat die Vermieterin den Mieter, die Wertsicherungsklausel so zu ändern, dass die Miete nicht erst ab einer Veränderung von zehn Punkten, sondern ab einer Veränderung von 5 % des Verbraucherpreisindexes angepasst wird. Der Mieter vermerkte auf dem Schreiben der Vermieterin handschriftlich „6 % einverstanden“, unterschrieb den Vermerk und gab das Schreiben an die Vermieterin zurück. Die Vermieterin erhöhte wenig später aufgrund

des Erreichens der 6 %-Schwelle die Miete, die der Mieter fortan entrichtete. Drei Jahre später kündigte die Vermieterin dem Mieter ordentlich wegen Nichteinhaltung der Schriftform.

Zu Unrecht urteilte der Bundesgerichtshof. Obwohl der Mietvertrag wegen der nicht formwirksam vereinbarten 6 %-Schwelle nicht der Schriftform entspricht, ist die Vermieterin nach Treu und Glauben gehindert, das Mietverhältnis ordentlich zu kündigen. Die Kündigung ist ihr allerdings nicht aufgrund der vereinbarten Schriftformheilungsklausel verwehrt, denn Schriftformheilungsklauseln, das entschied der Bundesgerichtshof nun, sind stets unwirksam

Bisher hatte der Bundesgerichtshof lediglich entschieden, dass es mit dem Schriftformerfordernis des § 550 BGB nicht vereinbar ist, wenn Heilungsklauseln auch einen Erwerber binden. Ob Schriftformheilungsklauseln dagegen generell mit § 550 BGB vereinbar sind, hat der Bundesgerichtshof bislang offengelassen. Hierzu wurden in Rechtsprechung und Literatur verschiedene Auffassungen vertreten. Der Bundesgerichtshof schloss sich der Auffassung an, dass Schriftformheilungsklauseln stets, d. h. egal ob als AGB oder individualvertraglich vereinbart, unwirksam sind. Der Senat begründet das damit, dass Schriftformheilungsklauseln letztlich nichts anderes darstellen als eine unzulässige Umgehung der gesetzlichen Schriftform des § 550 BGB, der jedoch seiner Natur nach unabdingbar ist.

Gleichwohl war die Kündigung der Vermieterin treuwidrig. Die formunwirksame Neuregelung der Wertsicherungsklausel diene ausschließlich den Interessen der Vermieterin. Dass die Vermieterin die ihr allein günstige und zudem von ihr geforderte Vertragsänderung mit Blick auf die Formwidrigkeit der Änderungsvereinbarung zum Anlass nimmt, den Mietvertrag ordentlich zu kündigen, stellt einen Fall rechtsmissbräuchlichen Verhaltens dar. Ihr ist eine Berufung auf den Schriftformverstoß deshalb versagt.

Die Entscheidung wurde in der Praxis als „Paukenschlag“ aufgenommen. Einer Kündigung aufgrund Schriftformverstoßes steht nunmehr nur noch der Einwand der Treuwidrigkeit entgegen. Die bisher so beliebten Hei-

lungsklauseln sind wirkungslos. Es gilt daher jetzt umso mehr, auf die Einhaltung der Schriftform zu achten.

Rechtsanwältin Julia Fierlinger, LL.M. (USC)

V. Außergerichtliche Streitbeilegung II

Bereits in unserem letzten Mandanten-Rundbrief (Dezember 2017) haben wir zum Thema außergerichtliche Streitbeilegung die Mediation näher vorgestellt. Die nachfolgenden Beiträge befassen sich nun mit dem für die Praxis relevanten Schiedsverfahren sowie mit dem – speziell für Streitigkeiten während der Bauphase geeigneten – Adjudikationsverfahren.

1. Das Schiedsverfahren

Neben der Mediation und der Adjudikation ist auch das Schiedsverfahren ein mögliches Instrument der außergerichtlichen Streitbeilegung im Interesse einer schnellen Konfliktlösung zugunsten einer langfristigen, guten Geschäftsbeziehung. Ziel des Schiedsverfahrens ist die Herbeiführung einer raschen Streitentscheidung in meist nur einer Instanz durch ein von den Parteien frei ausgewähltes und damit privates Schiedsgericht.

Ausgangspunkt ist dabei die sogenannte Schiedsklausel, als eine von den Parteien individuell getroffene, ausdrückliche Vereinbarung, auf die Anrufung der staatlichen Gerichte zu verzichten.

Das Schiedsgericht besteht meist aus einem oder drei Schiedsrichter(n). Durch die Ernennung nach den individuellen Bedürfnissen der Streitsache und den Wünschen der Parteien sind die meisten Schiedsrichter Experten auf dem jeweiligen Fachgebiet. Dies ermöglicht ein schnelleres und tieferes Durchdringen der streitgegenständlichen Materie, als es vielen Richtern an staatlichen Gerichten, wie beispielsweise einem Landgericht ohne spezielle Kammer für Bausachen, möglich ist.

Unter Anwendung von Gesetzen, Rechtsprechung und umfangreicher Literatur ergeht am

Ende des Verfahrens ein sogenannter Schiedsspruch. In seiner Wirkung ist dieser einem rechtskräftigen Urteil eines staatlichen Gerichts gleichgestellt, also bindend und endgültig. Ebenfalls besteht nach einer entsprechenden Vollstreckbarerklärung durch das zuständige staatliche Gericht nahezu weltweite Vollstreckbarkeit.

Ein Vorteil des Schiedsverfahrens ist die Freiheit und Flexibilität in der Verfahrensgestaltung. Ort, Zeitpunkt, genauer Ablauf oder anzuwendendes Recht können von den Parteien selbst festgelegt werden. Im zehnten Buch der Zivilprozessordnung (§§ 1025 ff. ZPO) befinden sich einige grundsätzliche Regelungen für den Verfahrensort Deutschland. Daneben kann jedoch auch auf besondere Regelungen wie z.B. die DIS SchGO, die SL Bau und die SO Bau zurückgegriffen werden, die Randbedingungen regeln und nur gelten, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Damit ist ein individuelles und maßgeschneidertes Verfahren möglich.

Von immenser Bedeutung ist außerdem die strikte Vertraulichkeit des Verfahrens für die Parteien und das Schiedsgericht. Selbst die mündliche Verhandlung findet unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt, sodass Betriebsgeheimnisse und sensible Informationen geschützt werden.

Im Zentrum steht zudem der Zeitvorteil. Es kommt in der Regel zu einem raschen Verfahrensbeginn, zügiger Terminierung und Durchführung. Ebenfalls können Reisezeit und Reisekosten durch die freie Wahl des Verhandlungsortes entfallen.

Andererseits können Nachteile durch das Schiedsverfahren nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Je nach dem konkreten Einzelfall können auch höhere Kosten als im staatlichen Gerichtsverfahren entstehen. Ebenso besteht eine Überprüfbarkeit in formaler Hinsicht nur unter engen Voraussetzungen, in materieller Hinsicht nahezu gar nicht.

Im Zusammenhang mit dem Schiedsverfahren ist auch das Schiedsgutachten zu nennen. Dabei beauftragen die Parteien einen gemeinsam ausgewählten Sachverständigen, der das Vertrauen beider Parteien genießt, mit der

Feststellung eines bestimmten tatsächlichen Sachverhaltes. Exemplarisch ist dabei die Untersuchung und Beurteilung über das Bestehen bzw. Nichtbestehen von Sachmängeln, Schäden oder Mehrkosten zu nennen. Der Sachverständige bestimmt dabei die hierfür notwendigen Schritte selbst. Das Gutachten ist für beide Parteien verbindlich und zwingend zu beachten, solange – wie in der Regel – nichts anderes vereinbart ist und solange es nicht gemäß § 319 Abs. 1 BGB offenbar unbillig ist. Der Vorteil liegt bei einem Schiedsgutachten damit ebenfalls in der unverzüglichen Einholbarkeit bei konkretem Bedarf ohne langes Zuwarten. Zudem lässt es sich problemlos in ein Schiedsverfahren integrieren und ist für etwaig folgende (Schieds-)Gerichtsverfahren – mit den vorgenannten Ausnahmen – bindend.

Referendarin Viktoria Andrea

2. Das Adjudikationsverfahren

Ein außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren, welches während der Planungs- und Bauphase zum Einsatz kommt, ist die Adjudikation. Bei diesem Verfahren werden unabhängige Fachleute berufen, um auftretende Konflikte zu lösen. Ziel des Adjudikationsverfahrens ist eine schnelle Lösung von Konflikten, bevor sich diese zu zeit- und kostenintensiven Rechtsstreitigkeiten entwickeln. Da eine deutsche gesetzliche Regelung zu diesem Verfahren nicht gegeben ist, muss dieses vertraglich von den Parteien vereinbart werden. Die wichtigsten und bekanntesten Musterregelungen sind hierbei die DIS-Verfahrensordnung zur Adjudikation, die Regelungen in den FIDIC-Books, die SL-Bau und die AO-Bau des Arbeitskreises VII des Deutschen Baugerichtstages (DBGT).

Das sogenannte Dispute Adjudication Board (DAB) kann sowohl aus einem Einzeladjudikator als auch aus mehreren Adjudikatoren (vergleichbar mit einer Kammer für Handelssachen) bestehen. Aufgabe des DAB ist es, im Streitfall sowohl baubetriebliche als auch juristisch relevante Belange der geltend gemachten Ansprüche zu prüfen. Daher ist die Bestellung eines DAB aus drei Adjudikatoren – mit je einem Spezialisten aus den Teilbereichen

Recht, Bau und Technik – als sinnvoll zu erachten.

Das DAB ist aufgrund des Ziels einer zügigen Konfliktlösung gehalten, nach Geltendmachung der Ansprüche innerhalb kurzer Zeit den Sachverhalt zu ermitteln (abweichend von dem Beibringungsgrundsatz bei einem Zivilprozess), den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, eine Verhandlung mit den Parteien durchzuführen und eine Entscheidung zu fällen. Sofern notwendig, müssen auch (gegebenenfalls mit Zustimmung der Parteien und soweit das DAB nicht eigene Sachkunde aufweist) in diesem kurzen Zeitraum Sachverständige eingeschaltet werden. Dies führt dazu, dass dem DAB meist nur eine eingeschränkte und summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage möglich ist.

Die Entscheidungen des DAB sind vorläufig verbindlich und müssen befolgt werden. Eine Nichtbefolgung der Entscheidung stellt grundsätzlich eine schwerwiegende Pflichtverletzung dar, welche zu Schadensersatzansprüchen oder einem Kündigungsrecht der anderen Partei führen kann. Die „unterlegene“ Partei kann im Anschluss an das Adjudikationsverfahren die Entscheidung des DAB durch ein ordentliches Gericht oder ein Schiedsgericht (grundsätzlich erst nach Einlegung eines Widerspruchs gegen die Entscheidung des DAB) überprüfen und aufheben lassen. Dies ändert jedoch nichts an der vorläufigen Bindung an die Entscheidung des DAB. Auch zeigen die bisherigen Erfahrungen (insbesondere in Großbritannien), dass eine nachträgliche Überprüfung und Aufhebung einer Entscheidung eines DAB nur selten geschieht. Die Entscheidung des DAB wird meist von den Parteien akzeptiert oder als Grundlage für eine einvernehmliche Einigung verwendet.

Aufgrund der schnellen Entscheidung und damit verbundenen Streitbeilegung ist der Vorteil der Adjudikation, dass eine Gefährdung des Projekts durch unberechtigte Leistungseinstellungen, Zahlungseinhalte und weitere Blockaden verhindert und der Frieden auf der Baustelle gewahrt bzw. zeitnah wiederhergestellt wird. Insbesondere wird hierdurch Planungs- und Kostensicherheit geschaffen. Auch liegen die Kosten des Adjudikationsverfahrens meist deutlich unter den Kosten, welche durch

die Blockadehaltungen und die angestrebten Rechtsstreite vor den ordentlichen oder Schiedsgerichten ausgelöst werden.

Die lediglich summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage der geltend gemachten Ansprüche stellt hingegen den Nachteil des Adjudikationsverfahrens dar. Auch kann grundsätzlich keine „Streitverkündung“ gegenüber Nachunternehmern vorgenommen werden. Es müssen daher vertragliche Vereinbarungen mit den Nachunternehmern getroffen werden, damit diese an dem Adjudikationsverfahren teilnehmen und eine Gefährdung des Projekts durch eine Blockadehaltung von diesen nicht droht. Auch ist die Entscheidung des DAB zwar bindend, deren zwangsweise Vollstreckung jedoch schwierig.

Die Erfahrungen zeigen jedoch, dass die Nachteile in der Praxis bisher zu vernachlässigen sind und die Vorteile überwiegen. Es kann daher dazu geraten werden, das Adjudikationsverfahren – insbesondere bei Großbauprojekten – zu implementieren, um eine zügige Projektrealisierung ohne anschließende große Rechtsstreitigkeiten zu ermöglichen.

Rechtsanwalt Peter Fath

VI. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Befristung des Arbeitsvertrags eines Lizenzspielers der Fußball-Bundesliga

Die Befristung von Arbeitsverträgen mit Lizenzspielern der Fußball-Bundesliga ist regelmäßig wegen der Eigenart der Arbeitsleistung des Lizenzspielers nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG gerechtfertigt.

Der Kläger war bei dem beklagten Verein seit dem 01.07.2009 als Lizenzspieler (Torwart) in der 1. Fußball-Bundesliga beschäftigt. Grundlage des Arbeitsverhältnisses bildete zuletzt der Arbeitsvertrag vom 07.07.2012, der eine Befristung zum 30.06.2014 und eine Option für beide Parteien vorsieht, den Vertrag bis zum 30.06.2015 zu verlängern, wenn der Kläger in der Saison 2013/2014 in mindestens 23 Bundesligaspielen eingesetzt wird. Nach dem Ver-

trag erhält der Kläger eine Punkteinsatzprämie und eine Erfolgspunkteinsatzprämie für Ligaspiele, in denen er von Beginn an oder mindestens 45 Minuten eingesetzt ist. Der Kläger absolvierte in der Saison 2013/2014 neun der ersten zehn Bundesligaspiele. Am elften Spieltag wurde er in der Halbzeit verletzt ausgewechselt und in den verbleibenden Spielen der Hinrunde verletzungsbedingt nicht mehr eingesetzt. Nach Beendigung der Hinrunde wurde der Kläger nicht mehr zu Bundesligaspielen herangezogen, sondern der zweiten Mannschaft des Beklagten zugewiesen. Der Kläger hat die Feststellung begehrt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der vereinbarten Befristung am 30.06.2014 geendet hat. Hilfsweise hat er den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses infolge der von ihm ausgeübten Verlängerungsoption bis zum 30.06.2015 geltend gemacht. Ferner hat er die Zahlung von Punkte- und Erfolgspunkteprämien für die Spiele der Rückrunde der Saison 2013/2014 in Höhe von 261.000,00 € verlangt.

Das Arbeitsgericht hat dem Befristungskontrollantrag stattgegeben und den Zahlungsantrag abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte vor dem Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg.

Die Befristung des Arbeitsvertrags ist wirksam. Sie ist wegen der Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG gerechtfertigt. Im kommerzialisierten und öffentlichkeitsgeprägten Spitzenfußballsport werden von einem Lizenzspieler im Zusammenspiel mit der Mannschaft sportliche Höchstleistungen erwartet und geschuldet, die dieser nur für eine begrenzte Zeit erbringen kann. Dies ist eine Besonderheit, die in aller Regel ein berechtigtes Interesse an der Befristung des Arbeitsverhältnisses begründet. Da der Kläger nur in zehn Bundesligaspielen der Hinrunde der Saison 2013/2014 eingesetzt wurde, sind die Voraussetzungen der Verlängerungsoption und des geltend gemachten Prämienanspruchs für die Spiele der Rückrunde nicht erfüllt. Der Beklagte hat die Erfüllung dieser Voraussetzungen nicht treuwidrig vereitelt.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 16.01.2018 – 7 AZR 312/16 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Karenzenschädigung - Rücktritt vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot

Bei einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot nach §§ 74 ff. HGB handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag i.S.d. §§ 320 ff. BGB. Die Karenzenschädigung ist Gegenleistung für die Unterlassung von Konkurrenzaktivität. Erbringt eine Vertragspartei ihre Leistung nicht, kann die andere Vertragspartei vom Wettbewerbsverbot zurücktreten, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (§§ 323 ff. BGB). Ein solcher Rücktritt entfaltet Rechtswirkungen erst für die Zeit nach dem Zugang der Erklärung (ex nunc).

Der Kläger war bei der Beklagten seit dem 01.02.2014 als "Beauftragter technische Leitung" zu einem Bruttomonatsverdienst von zuletzt 6.747,20 € beschäftigt. Im Arbeitsvertrag der Parteien war für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein dreimonatiges Wettbewerbsverbot vereinbart worden. Hierfür sollte der Kläger eine Karenzenschädigung in Höhe von 50 % der monatlich zuletzt bezogenen durchschnittlichen Bezüge erhalten. Das Arbeitsverhältnis endete aufgrund der Eigenkündigung des Klägers zum 31.01.2016. Mit E-Mail vom 01.03.2016 forderte der Kläger die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 04.03.2016 vergeblich zur Zahlung der Karenzenschädigung für den Monat Februar 2016 auf. Am 08.03.2016 übermittelte der Kläger an die Beklagte eine weitere E-Mail. Hierin heißt es u. a.:

"Bezugnehmend auf Ihre E-Mail vom 01.03.2016 sowie das Telefonat mit Herrn B. möchte ich Ihnen mitteilen, dass ich mich ab sofort nicht mehr an das Wettbewerbsverbot gebunden fühle."

Mit seiner Klage macht der Kläger die Zahlung einer Karenzenschädigung in Höhe von 10.120,80 € brutto nebst Zinsen für drei Monate geltend. Er vertritt die Auffassung, sich nicht einseitig vom Wettbewerbsverbot losgesagt zu haben. Die Erklärung in der E-Mail vom 08.03.2016 sei lediglich eine Trotzreaktion ge-

wesen. Die Beklagte meint, durch die E-Mail vom 08.03.2016 habe der Kläger wirksam seinen Rücktritt erklärt. Das Arbeitsgericht hat der Klage vollständig stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil teilweise abgeändert und einen Anspruch auf Karenzenschädigung nur für die Zeit vom 01.02.2016 bis zum 08.03.2016 zugesprochen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Die Revision des Klägers hatte vor dem Zehnten Senat keinen Erfolg. Da es sich beim nachvertraglichen Wettbewerbsverbot um einen gegenseitigen Vertrag handelt, finden die allgemeinen Bestimmungen über den Rücktritt (§§ 323 ff. BGB) Anwendung. Die Karenzenschädigung ist Gegenleistung für die Unterlassung von Konkurrenzaktivität. Erbringt eine Vertragspartei ihre Leistung nicht, kann die andere Vertragspartei vom Wettbewerbsverbot zurücktreten, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Ein Rücktritt wirkt dabei ex nunc, d. h. für die Zeit nach dem Zugang der Erklärung entfallen die wechselseitigen Pflichten. Die Beklagte hat die vereinbarte Karenzenschädigung nicht gezahlt, der Kläger war deshalb zum Rücktritt berechtigt. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe mit seiner E-Mail vom 08.03.2016 wirksam den Rücktritt vom Wettbewerbsverbot erklärt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Damit steht ihm für die Zeit ab dem 09.03.2016 keine Karenzenschädigung zu.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 31.01.2018 – 10 AZR 392/17 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

3. Betriebsübergang - Wiedereinstellungsanspruch im Kleinbetrieb

Ein Wiedereinstellungsanspruch kann grundsätzlich nur Arbeitnehmern zustehen, die Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) genießen.

Der Kläger war seit 1987 bei der vormaligen Beklagten zu 1. in deren Apotheke als vor-examinierter Apothekenangestellter beschäftigt. Mit Schreiben vom 28.11.2013 kündigte

die vormalige Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger sowie mit allen übrigen Beschäftigten zum 30.06.2014. Der Kläger, der keinen Kündigungsschutz nach dem KSchG genoss, da es sich bei dem Betrieb der vormaligen Beklagten zu 1. um einen Kleinbetrieb i.S.v. § 23 Abs. 1 Satz 2 bis 4 KSchG handelte, hat die Kündigung nicht angegriffen. Die vormalige Beklagte zu 1. führte die Apotheke über den 30.06.2014 hinaus mit verringerter Beschäftigtenzahl weiter. Am 01.09.2014 übernahm die Beklagte (vormalige Beklagte zu 2.) auf der Grundlage eines Kaufvertrages vom 15.07.2014 die Apotheke einschließlich des Warenlagers. In dem Kaufvertrag hatte die Beklagte sich zudem zur Übernahme und Weiterbeschäftigung von drei Arbeitnehmern verpflichtet.

Der Kläger hat mit seiner Klage zunächst sowohl die vormalige Beklagte zu 1. als auch die Beklagte (vormalige Beklagte zu 2.) auf Wiedereinstellung in Anspruch genommen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Der Kläger hat das arbeitsgerichtliche Urteil nur insoweit mit der Berufung angegriffen, als seine gegen die Beklagte (vormalige Beklagte zu 2.) gerichtete Klage abgewiesen wurde. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Revision des Klägers hatte vor dem Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Ein Wiedereinstellungsanspruch kann grundsätzlich nur Arbeitnehmern zustehen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung Kündigungsschutz nach dem KSchG genießen. Ob sich in Kleinbetrieben im Einzelfall ausnahmsweise aus § 242 BGB ein Wiedereinstellungsanspruch ergeben kann, bedurfte vorliegend keiner Entscheidung. Der Kläger hätte einen solchen Anspruch erfolgreich nur gegenüber der vormaligen Beklagten zu 1., die den Betrieb nach Ablauf der Kündigungsfrist des Klägers zunächst weitergeführt hatte, verfolgen können. Seine gegen die vormalige Beklagte zu 1. gerichtete Klage war aber rechtskräftig abgewiesen worden.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.10.2017 – 8 AZR 845/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

4. Unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers aufgrund einer Verlängerung seiner Kündigungsfrist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Wird die gesetzliche Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erheblich verlängert, kann darin auch dann eine unangemessene Benachteiligung entgegen den Geboten von Treu und Glauben im Sinn von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB liegen, wenn die Kündigungsfrist für den Arbeitgeber in gleicher Weise verlängert wird.

Die klagende Arbeitgeberin beschäftigte den beklagten Arbeitnehmer in ihrer Leipziger Niederlassung seit Dezember 2009 als Speditionskaufmann in einer 45-Stunden-Woche gegen eine Vergütung von 1.400,00 € brutto. Im Juni 2012 unterzeichneten die Parteien eine Zusatzvereinbarung. Sie sah vor, dass sich die gesetzliche Kündigungsfrist für beide Seiten auf drei Jahre zum Monatsende verlängerte, und hob das monatliche Bruttogehalt auf 2.400,00 € an, ab einem monatlichen Reinerlös von 20.000,00 € auf 2.800,00 €. Das Entgelt sollte bis zum 30.05.2015 nicht erhöht werden und bei einer späteren Neufestsetzung wieder mindestens zwei Jahre unverändert bleiben. Nachdem ein Kollege des Beklagten festgestellt hatte, dass auf den Computern der Niederlassung im Hintergrund das zur Überwachung des Arbeitsverhaltens geeignete Programm „PC Agent“ installiert war, kündigten der Beklagte und weitere fünf Arbeitnehmer am 27.12.2014 ihre Arbeitsverhältnisse zum 31.01.2015. Die Klägerin will festgestellt wissen, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten bis zum 31.12.2017 fortbesteht.

Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Revision der Klägerin hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Verlängerung der Kündigungsfrist benachteiligt den Beklagten im Einzelfall entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Sie ist deshalb nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Bei einer vom Arbeitgeber vorformulierten Kündigungsfrist, die die Grenzen des § 622 Abs. 6 BGB und des § 15 Abs. 4 TzBfG einhält, aber wesentlich länger

ist als die gesetzliche Regelfrist des § 622 Abs. 1 BGB, ist nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls unter Beachtung von Art. 12 Abs. 1 GG zu prüfen, ob die verlängerte Frist eine unangemessene Beschränkung der beruflichen Bewegungsfreiheit darstellt. Das Landesarbeitsgericht hat hier ohne Rechtsfehler eine solche unausgewogene Gestaltung trotz der beiderseitigen Verlängerung der Kündigungsfrist bejaht. Der Nachteil für den Beklagten wurde nicht durch die vorgesehene Ge-

haltserhöhung aufgewogen, zumal die Zusatzvereinbarung das Vergütungsniveau langfristig einfror.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 26.10.2017 – 6 AZR 158/16 (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 (Gesetzes-texte, Entscheidungen mit vollständigen Begründungen, etc.).

Unsere Mandanten-Rundbriefe sind auch auf unserer Website www.bornheim.com unter der Rubrik „News“ abrufbar.

Falls Sie künftig keinen Mandanten-Rundbrief mehr oder diesen lieber als PDF per E-Mail erhalten möchten, teilen Sie uns dies bitte telefonisch oder per E-Mail an heidelberg@bornheim.com mit.

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -
im März 2018**

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