

Mandanten-Rundbrief

- März 2019 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Mitteilung des Auftraggebers über späteren Ausführungsbeginn: Änderungsanordnung!	2
2.	Umsatzsteuer im Zweifel im Gesamtpreis enthalten	2
3.	Keine Bauhandwerkersicherungshypothek für kündigungsbedingt nicht (mehr) erbrachte Leistungen	4
4.	Anderweitige Vergabe der Planung keine Kündigung des gesamten Bauvertrages	5
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	5
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	8
IV.	Miet- und WEG-Recht	11
1.	Für die Frage, ob ein Sachmangel vorliege, kommt es auf den Zustand zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes an	11
2.	Datenschutz und WEG – Verwalter muss E-Mail-Adressen von Wohnungseigentümern nicht herausgeben	12
V.	Leitsätze zum Prozess- und Mietrecht	13
VI.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Mitteilung des Auftraggebers über späteren Ausführungsbeginn: Änderungsanordnung!

a) Zeigt der Besteller dem Unternehmer die Umstände an, die seinen Annahmeverzug begründen, so liegt in einer solchen Verzugsmitteilung in aller Regel eine Leistungsänderung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B, sodass dem Unternehmer ein Mehrvergütungsanspruch nach dieser Vorschrift zustehen kann.

b) In diesem Fall besteht der Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 VOB/B neben demjenigen aus § 642 BGB. Im Unterschied zu § 642 BGB gewährt er auch eine Mehrvergütung für annahmeverzugsbedingte Kostensteigerungen.

KG Berlin, Urteil vom 29.01.2019 – 21 U 122/18 (nicht rechtskräftig)

Der öffentliche Auftraggeber (AG) hatte den Auftragnehmer (AN) mit Trockenbauarbeiten beauftragt. Noch vor dem vertraglich vereinbarten Ausführungsbeginn teilte der AG dem AN mit, dass mit den Arbeiten erst ein halbes Jahr später begonnen werden könne, weil die Vorgewerke nicht rechtzeitig fertig werden. Der AN beansprucht entgangenen Umsatz i. H. v. über € 200.000,00 (netto) und gibt an, er habe seine vorgehaltenen Maschinen und Mitarbeiter bis zum verzögerten Ausführungsbeginn nicht anderweitig einsetzen können.

Die Entscheidung des KG Berlin, mit der die Klage abgewiesen wird, ist in mehrfacher Hinsicht interessant. So befasst sich das Gericht – im Ergebnis verneinend – mit der Frage, ob einem Unternehmer bei Behinderungen durch unterlassene Mitwirkung des Bestellers ein verschuldensunabhängiger Anspruch aus § 642 BGB auf Erstattung des Umsatzausfalls zusteht. Für Unternehmer ist die Entscheidung daneben von besonderem Interesse, wenn man sie im Kontext mit der Entscheidung des BGH vom 26.10.2017 (Az. VII ZR 16/17) betrachtet. Dort hatte der BGH entschieden, dass der verschuldensunabhängige Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB nicht die

Mehrkosten aus gestiegenen Lohn- und Materialkosten umfasst, die zwar aufgrund eines Behinderungssachverhaltes aus dem Risikobereich des Bestellers, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich bei der Fortführung der verschobenen Werkleistung. Diese Entscheidung hat viele Unternehmer vor große Probleme bei der Durchsetzung verzögerungsbedingter Mehrkosten durch gestiegene Lohn- und Materialkosten gestellt. Die Entscheidung des KG Berlin zeigt nun einen möglichen Lösungsweg auf: Nach Auffassung des Gerichts sei bei Verzögerungen aus dem Risikobereich des Bestellers, insbesondere bei der verspäteten Fertigstellung der Vorleistungen anderer Unternehmer, davon auszugehen, dass der Besteller den Unternehmer über diesen Umstand informiert. In einer solchen Verzögerungsmittteilung ist nach Auffassung des Gerichts in der Regel eine Leistungsänderung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B zu sehen. Dabei komme es nicht darauf an, ob der Besteller die Verzögerungsmittteilung mit einer ausdrücklichen Änderungsanordnung verbinde oder nicht.

Der Vorteil für den Unternehmer bei der Anwendbarkeit von § 2 Abs. 5 VOB/B liegt darin, dass er neben den Vorhaltekosten auch sonstige annahmeverzugsbedingte Mehrkosten wie insbesondere gestiegene Lohn- und Materialkosten ersetzt verlangen kann.

Im zu entscheidenden Fall verneinte das KG Berlin einen Anspruch des AN aus § 2 Abs. 5 VOB/B nur deshalb, weil der AN keine geänderte Vergütung unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten beanspruchte, sondern die Erstattung von Umsatzausfall. Dieser sei aber auch nach § 2 Abs. 5 VOB/B nicht erstattungsfähig.

Rechtsanwalt Dr. Christoph Siegl
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. Umsatzsteuer im Zweifel im Gesamtpreis enthalten

a) Bei einer „freien“ Kündigung des Bauvertrages durch den Auftraggeber, kann der Auftragnehmer für die nicht erbrachten Leistungen eine Vergütung nur ohne Umsatzsteuer verlangen.

b) Wenn sich die Parteien eines Bauvertrages nach einer „freien“ Kündigung auf eine pauschale Zahlung durch den Auftraggeber (hier in Höhe von € 70.000,00) einigen, steht dem Auftraggeber kein Anspruch auf Ausstellung einer Rechnung mit Umsatzsteuer zu, wenn nicht festgestellt werden kann, auf welchen Teil des Zahlbetrages tatsächliche Leistungen erbracht wurden und welcher Teil auf den für die nicht erbrachte Leistung entfallenden Vergütungsanteil entfällt.

c) Generell gilt im Zweifel, dass die Umsatzsteuer als rechtlich unselbständiger Teil des zu zahlenden Preises auch bei Vereinbarungen zwischen vorsteuerabzugsberechtigten Parteien im Gesamtpreis enthalten ist.

OLG Brandenburg, Urteil vom 11.01.2019 - 11 U 69/18

Der Auftraggeber eines Bauvertrages hatte gegenüber dem Auftragnehmer eine „freie“ Kündigung erklärt. Gemäß § 648 Satz 1 BGB (bzw. § 649 BGB alte Fassung) kann der Auftraggeber bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Der Auftragnehmer hat jedoch in diesem Fall das Recht, die vereinbarte vertragliche Vergütung unter Anrechnung der ersparten Aufwendungen zu verlangen (§ 648 Satz 2 BGB). Der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers setzt sich demgemäß zusammen aus einem Vergütungsanteil für erbrachte Leistungen und einem Anteil für nicht erbrachte Leistungen. Für den Vergütungsanteil für die nicht erbrachten Leistungen steht dem Auftragnehmer keine Umsatzsteuer zu.

Vorliegend hatten sich die Parteien im Anschluss an die „freie“ Kündigung des Auftraggebers vergleichsweise dahingehend geeinigt, dass der Auftraggeber eine pauschale Zahlung in Höhe von € 70.000,00 zu leisten hatte. Die Zahlung sah keine Aufteilung des Anspruches des Auftragnehmers für die erbrachten und die nicht erbrachten Leistungen vor, so dass nicht festgestellt werden konnte, auf welchen Teil des Zahlbetrages tatsächlich Leistungen erbracht wurden. Nur diese wären mit Umsatzsteuer zu vergüten gewesen. Der Auftraggeber verlangte nach Abschluss des Vergleiches von dem Auftragnehmer die Ausstellung einer

Rechnung mit ausgewiesener Umsatzsteuer für die Vergleichssumme in Höhe von € 70.000,00.

Sowohl das Landgericht als auch das Oberlandesgericht wiesen jedoch die Klage ab. Insbesondere das Oberlandesgericht wies darauf hin, dass generell für Verträge jeglicher Art gelte, dass die Umsatzsteuer als rechtlich unselbständiger Teil des zu zahlenden Preises auch bei Vereinbarungen zwischen vorsteuerabzugsberechtigten Vertragsparteien im Zweifel im Gesamtpreis enthalten sind. Der Anspruch des Auftragnehmers auf die vertraglich vereinbarte Vergütung im Falle einer „freien“ Kündigung unterscheidet nicht zwischen der vollständigen Nichtausführung des Werkes und der Teilausführung. Der Auftraggeber soll sich allerdings nicht darauf berufen dürfen, dass das Werk nicht fertiggestellt ist. Daher wird fingiert, dass der Auftragnehmer das Werk fertiggestellt und die Vergütung vollständig, wenn auch unter Berücksichtigung der ersparten Aufwendungen verdient hat. Auf diese Weise soll der Auftragnehmer „schadlos“ gestellt werden. Demgemäß muss bei einer zwischen den Parteien vereinbarten Zahlung im Anschluss an die „freie“ Kündigung entnommen werden können, auf welchen Teil des Zahlbetrages tatsächliche Leistungen mit Umsatzsteuerausweis erbracht worden sind und welcher Teil des Zahlbetrages die Vergütung für den nicht erbrachten Teil umfasst. Bei einer lediglich pauschalen Abgeltung für beide Leistungsanteile ist die Trennung faktisch nach Ansicht des Oberlandesgerichtes unmöglich.

Im Falle einer „freien“ Kündigung sind die Vertragsparteien daher gut beraten, den umsatzsteuerpflichtigen Leistungsanteil konkret auszuweisen. Fehlt es an einer entsprechenden Unterscheidung, ist im Zweifel die Umsatzsteuer im „Gesamtpreis“ enthalten.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht

3. Keine Bauhandwerkersicherungshypothek für kündigungsbedingt nicht (mehr) erbrachte Leistungen

Eine Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 650e BGB (§ 648 Abs. 1 BGB a. F.) kann der Unternehmer nur für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil des Werklohns verlangen. Der Anspruch auf Vergütung für den kündigungsbedingt nicht (mehr) erbrachten Teil der Werkleistung ist hingegen nicht sicherbar.

KG, Urteil vom 24.07.2018 – 7 U 134/17

Zwischen dem Unternehmer und dem Besteller besteht ein Bauvertrag. Nach Meinungsverschiedenheiten erklärt der Besteller noch vor Baubeginn die Kündigung des Bauvertrages. Streitig ist, ob es sich um eine Kündigung aus wichtigem Grund oder um eine freie Kündigung handelt. Der Unternehmer verlangt daraufhin vom Besteller Vergütung für die kündigungsbedingt nicht (mehr) erbrachte Leistungen gemäß § 648 Satz 2 BGB (§ 649 Satz 2 BGB a. F.). Da der Besteller zugleich Eigentümer des betreffenden Baugrundstückes ist, möchte der Unternehmer eine Bauhandwerkersicherungshypothek in das Grundbuch eintragen lassen. Zu diesem Zweck begehrt er eine einstweilige Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek. Das LG Berlin hat den Antrag abgelehnt. Die dagegen gerichtete Berufung vor dem KG hat ebenfalls keinen Erfolg.

Nach § 650e Satz 1 BGB (§ 648 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F.) kann der Unternehmer eines Bauwerks für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Besteller verlangen. Dieser Anspruch kann gemäß §§ 883, 885 BGB durch Eintragung einer Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung gesichert werden. Damit verschafft die Vorschrift dem Unternehmer eines Bauwerks ein bevorzugtes und schnell zu verwirklichendes Sicherungsmittel. Das findet seine Rechtfertigung einmal in der Vorleistungspflicht des Unternehmers, zum anderen in dem Mehrwert, den das Grundstück durch seine Leistung erfahren hat. Dem Unternehmer, der durch den Einbau von

beweglichen Sachen in das Grundstück gemäß § 946 BGB einen Eigentumsverlust erleidet und sich durch einen Eigentumsvorbehalt oder ein Besitzpfandrecht nicht absichern kann, soll bereits vor Fälligkeit seiner Werklohnforderung ein Kreditsicherungsmittel an die Hand gegeben werden. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann der Unternehmer die Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 650e Satz 2 BGB (§ 648 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F.) nur für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und nur für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. Die Höhe der vom Unternehmer für seine Vergütung zu beanspruchenden Sicherungshypothek richtet sich also nach dem jeweiligen Baufortschritt. Hier hat der Unternehmer mit dem eigentlichen Bauwerk aber gar nicht erst begonnen. Der zu sichernden Forderung des Unternehmers – hier § 648 Satz 2 BGB (§ 649 Satz 2 BGB a. F.) – liegt daher weder eine Leistung zugrunde, die zu einer Wertsteigerung des Grundstückes geführt hat, noch gibt es irgendeinen Baufortschritt. In der Folge kann der Unternehmer auch keine Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Besteller verlangen.

Die Entscheidung des KG reiht sich nahtlos in die Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte ein. So hat das OLG Jena die Sicherbarkeit eines Anspruchs des Unternehmers nach § 6 Abs. 6 VOB/B abgelehnt, wenn es um vom Unternehmer umsonst aufgewandte Vorhaltekosten geht (Urteil vom 22.04.1998 – 2 U 1747-97 (300)). In gleicher ablehnender Art und Weise hat das OLG Hamm bei vorbereitenden Arbeiten wie etwa dem Abtragen von Mutterboden entschieden. Ebenso sollen Planungsleistungen nur dann durch eine Bauhandwerkersicherungshypothek sicherbar sein, wenn sie zu einer Wertsteigerung des Grundstückes geführt haben, etwa weil der Bauherr mit den Bauarbeiten begonnen hat (Urteil vom 20.10.1999 – 12 U 107/99). Der sicherste Weg für den Unternehmer zur Erlangung einer Sicherheit für nicht erbrachte Leistungen ist und bleibt nach alledem die Bauhandwerkersicherung nach § 650f (§ 648a BGB a. F.) Hier hat aber erstens der Besteller das Wahlrecht betreffend die Art der Sicherheit und zweitens hat der Unternehmer dem Besteller hier die üblichen Kosten der Sicher-

heitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 Prozent für das Jahr zu erstatten.

Rechtsanwalt Torsten Boekhoff
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

4. Anderweitige Vergabe der Planung keine Kündigung des gesamten Bauvertrages

In der anderweitigen Vergabe der Genehmigungsplanung liegt keine Kündigung des gesamten Bauvertrages.

OLG München, Beschluss vom 22.03.2018 - 28 U 3641/17 Bau

Das Oberlandesgericht München hat sich in seinem Beschluss vom 22.03.2018 (Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof war eingelegt und wurde kürzlich zurückgenommen) insbesondere mit der Frage der Kündigung eines Bauvertrages bei Beauftragung eines Dritten mit nach dem Bauvertrag geschuldeten Teilleistungen beschäftigt.

Die Parteien waren über einen Bauvertrag mit Planungsverpflichtung der Klägerin als AN („Hausvertrag“) miteinander verbunden. Bereits im Anfangsstadium der Leistungsausführung kam es zu diversen Streitigkeiten zwischen den Parteien. Diese führten zunächst zu einer Vergabe der Genehmigungsplanung an ein Drittunternehmen und schließlich zum Rücktritt des AG vom gesamten Bauvertrag. Der AN verlangte daraufhin Zahlung einer pauschalierten Vergütung in Höhe von 27.540,90 € und stützte die Forderung unter anderem darauf, dass ein Rücktritt aufgrund einer vorangegangenen Kündigung des Bauvertrages durch den AG nicht möglich sei.

Die Klage hatte keinen Erfolg. Das Oberlandesgericht sah aufgrund des Rücktritts des AG keinen Anspruch auf Zahlung der pauschalierten Vergütung des AN gemäß § 649 BGB a.F. iVm § 8 des Bauvertrages. Das Oberlandesgericht sah hierbei insbesondere nicht eine vorherige Kündigung des Vertrages seitens des AG als gegeben an.

Ob eine Erklärung als Kündigung zu verstehen ist, ergibt die Auslegung, § 133 BGB. Maßgebend sind hierbei die Umstände des Einzelfalles sowie die bestehende Interessenslage. Bei der Frage, ob eine Erklärung als Kündigungserklärung ausgelegt werden kann, ist maßgeblich zu berücksichtigen, dass der Auftraggeber von dem freien Kündigungsrecht nach § 649 BGB a.F. nur im persönlichen Notfall Gebrauch machen wird, da er sonst den Anspruch auf Leistung verliert, obwohl er dem Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung – abzüglich dessen ersparten Aufwendungen – entrichten muss.

In Bezug auf eine Vergabe der Leistungen an einen Dritten gilt hierbei, dass diese grundsätzlich eine konkludente Kündigung darstellen kann, jedoch grundsätzlich nur in Bezug auf die anderweitig vergebenen Leistungen. Eine Kündigung des gesamten Bauvertrages kann hierin nicht gesehen werden.

Rechtsanwalt Peter Fath

Rechtsanwalt Peter Fath

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Berechnung des Schadensersatzes anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten für Verträge vor dem 01.01.2002 möglich

- a) Sehen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers in einem Vertrag über Bauleistungen die Geltung von § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B (2000) und zusätzlich eine Verjährungsfrist für die Gewährleistung von fünf Jahren vor, hält dies einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand (im Anschluss an BGH, Urteil vom 23. Februar 1989 - VII ZR 89/87, BGHZ 107, 75). (amtlicher Leitsatz)
- b) Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach im Verhältnis vom Besteller zum Architekten/Ingenieur hinsichtlich der von diesem zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, der Schadensersatzanspruch nicht in Höhe der fiktiven Kosten für die Beseitigung der Mängel am Bauwerk zu bemessen ist, findet auf vor dem 1. Januar 2002 geschlossene Verträge keine Anwendung (im An-

schluss an BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). (amtlicher Leitsatz)

- c) Revisionsrechtlich ist schließlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht angenommen hat, die Forderung der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 sei nicht verjährt. Die Klägerin und die Beklagte zu 1 haben sich in den „Besonderen Vertragsbedingungen“ auf eine Verjährungsfrist von fünf Jahren für die Gewährleistung geeinigt. Diese Verjährungsfrist endete für die Arbeiten der Beklagten zu 1, die Gegenstand der Teilabnahme vom 5. November 2002 waren, am 31. Oktober 2007. Die „vollständige Leistungsabnahme“ fand am 12. Juni 2003 statt. In diesem Abnahmeprotokoll gaben die Parteien das Ende der Gewährleistung mit dem „12. Juni 2007“ an. Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht das im Protokoll vermerkte Gewährleistungsende vom 12. Juni 2007 dahingehend ausgelegt hat, es handele sich nicht um eine vertraglich vereinbarte Verkürzung der Verjährungsfrist, sondern um ein redaktionelles Versehen, das heißt der 12. Juni 2008 sei als Gewährleistungsende festgehalten worden. Die tatrichterliche Vertragsauslegung ist revisionsrechtlich nur dahingehend überprüfbar, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, oder sonstige Erfahrungssätze oder Denkgesetze vorliegen oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht (st. Rspr., siehe nur BGH, Urteil vom 26. April 2018 – VII ZR 82/17 Rn. 15 m.w.N., MDR 2018, 734). Nach § 416 ZPO begründen Privaturkunden, sofern sie von den Vertragsparteien unterschrieben sind, vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind. Nicht von § 416 ZPO, sondern vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 286 Abs. 1 ZPO) wird dagegen erfasst, ob die in der Privaturkunde enthaltenen Angaben zutreffen und welchen Inhalt die Urkunde im Einzelnen hat (BGH, Beschluss vom 12. März 2015 – V ZR 86/14 Rn. 13, NJW-RR 2015, 819). Das Berufungsgericht war da-

mit frei, aufgrund der Gesamtumstände ein redaktionelles Versehen anzunehmen.

BGH, Urteil vom 27. September 2018 - VII ZR 45/17

2. Einhaltung kirchenrechtlicher Bestimmungen zur Schriftform ist für Wirksamkeit des mit einer Kirche geschlossenen Vertrages erforderlich

Für die Wirksamkeit eines mit einer evangelischen Kirchengemeinde geschlossenen Vertrages (hier: Vertrag über Projektentwicklung/Projektsteuerung) ist die Einhaltung der in den kirchenrechtlichen Bestimmungen vorgesehenen Schriftform erforderlich. Die formwirksame Genehmigung eines formlos geschlossenen und damit schwebend unwirksamen Vertrages bedarf entgegen § 182 Abs. 2 BGB der Einhaltung der Formvorschriften. Hier gilt nichts anderes als bei genehmigungsbedürftigem Handeln anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften. (amtlicher Leitsatz)

OLG Düsseldorf, 20.06.2018 - I-24 U 159/17

3. Unwirksamkeit der gesamten Sicherungsklausel bei unwirksamem formularmäßigem uneingeschränktem Verzicht auf die Einrede der Anfechtbarkeit

- a) Der formularmäßige uneingeschränkte Verzicht auf die Einrede der Anfechtbarkeit – in Abweichung von § 17 Nr. 4 VOB/B – ist nach überwiegender obergerichtlicher Rechtsprechung, der sich die Kammer anschließt, unwirksam. Denn dadurch wird selbst eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch den Verwender ausgeschlossen. (vgl. OLG München, Urteil vom 3.6., 2014, 9 U 3404/13 Bau, IBR 2017, 23 [die Nichtzulassungsbeschwerde hiergegen wurde mit Beschluss des BGH vom 2.11.2016, VII ZR 158/14, zurückgewiesen] unter Hinweis auf BGH Urteil vom 16.9.1993, VII ZR 206/92; NJW 1993, 3264 ff.).
- b) Diese unangemessene Benachteiligung führt nicht nur zur Unwirksamkeit der Klausel zum Verzicht auf die Einrede der Anfechtung, also zur hierauf beschränkten

Teilunwirksamkeit, sondern nach Ansicht der Kammer zur Unwirksamkeit der gesamten Sicherungsklausel.

OLG München, Beschluss vom 07.11.2018 - 9 U 1903/18

4. Bauplan geht Skizze vor

a) Soweit die Kläger sich darauf beziehen, dass in der Anlage 2 nur ein Abstand von 3 Metern zur Straße ersichtlich wäre, ist zum einen darauf hinzuweisen, dass auf die Anlage 2 lediglich bezüglich der noch herauszumessenden Grundstücksfläche Bezug genommen wird. Im Übrigen enthält diese Anlage 2 keinerlei Maßgaben, im Gegensatz zu den Bauplänen der Anlage 3, in denen lediglich die konkrete Maßangabe zum Abstand zur Straße hin fehlt, während alle sonstigen Maße dort detailgetreu aufgeführt sind. Weiterhin ist diese Anlage 2 in dem notariellen Vertrag ausdrücklich nur als „Lageskizze“ bezeichnet, während die Anlage 3 ausdrücklich als „maßgebende Baupläne“ bezeichnet wird. Schon aus diesen Bezeichnungen ergibt sich eindeutig, dass gerade nicht die Anlage 2, sondern vielmehr die Anlage 3 maßgebend sein sollte, da eine Skizze nach dem allgemeinen Sprachgebrauch etwas Ungenaueres ist, während ein Bauplan gerade die Grundlage für die Errichtung eines Gebäudes ist.

b) Will der Werkunternehmer eine zusätzliche Vergütung beanspruchen, muss er zunächst darlegen und beweisen, dass die behauptete Mehrleistung nicht zu dem ohnehin geschuldeten Leistungsumfang gehört (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rnr 1450; Palandt/Sprau, BGB, a.a.O., § 632 Rnr 18; BGH, Urteil vom 15.04.1999 – VII ZR 211/98, Rnr 7).

BGH, Beschluss vom 26.09.2018 – VII ZR 267/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

5. Erstattungsfähigkeit von Privatgutachten

Werden umfangreiche Gutachten, welche die beklagte Partei mangels eigener Sachkunde

nicht nachvollziehen kann, zur Grundlage einer Klage gemacht, können unabhängig von der Darlegungs- und Beweislast die Kosten für von ihr eingeholte Sachverständigengutachten nach § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO erstattungsfähig sein. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Beschluss vom 12. September 2018 - VII ZB 56/15

6. Verjährung bei Organisationsverschulden

a) Der Werkunternehmer, der ein Bauwerk arbeitsteilig herstellen lässt, muss die organisatorischen Voraussetzungen schaffen, um sachgerecht beurteilen zu können, ob dieses bei Ablieferung mangelfrei ist. Unterlässt er dies, verjähren Gewährleistungsansprüche des Bestellers nach den allgemeinen Verjährungsvorschriften der §§ 195, 199 BGB, wenn der Mangel bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre. (amtlicher Leitsatz)

b) Der Unternehmer kann sich seiner vertraglichen Offenbarungspflicht bei Ablieferung des fertigen Werkes nicht dadurch entziehen, dass er sich unwissend hält oder sich keiner Gehilfen bei der Erfüllung dieser Pflicht bedient. Er ist daher gehalten, den Herstellungsprozess angemessen zu überwachen und das Werk vor Abnahme auf Mangelfreiheit zu überprüfen. (amtlicher Leitsatz)

c) Bei der Frage, ob ein gravierender Mangel an besonders wichtigen Gewerken ebenso den Schluss auf eine mangelhafte Organisation von Überwachung und Überprüfung zulassen kann wie ein besonders augenfälliger Mangel an weniger wichtigen Bauteilen, darf die Indizwirkung selbst gravierender Mängel nicht überbewertet werden, da sich im Nachhinein nahezu jeder denkbare Baumangel für den Fall einer anderen - besseren - Kontrolle des Herstellungsprozesses als vermeidbar darstellen muss. (amtlicher Leitsatz)

d) Eine Haftung des Unternehmers wegen eines Organisationsverschuldens kommt nur dann in Betracht, wenn der Mangel bei richtiger Organisation erkannt worden wäre.

re. Hiervon kann nicht ohne weiteres bei Planungsfehlern oder unzutreffenden technischen Einschätzungen ausgegangen werden, die auch dann nicht aufgedeckt worden wären, wenn eine ordnungsgemäße Organisation der Überwachung durch den Werkunternehmer eingerichtet worden wäre. (amtlicher Leitsatz)

OLG Düsseldorf, 15.05.2018 - I-21 U 63/17

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Grenze des Grundsatzes der Wettbewerbsoffenheit bei der Beschaffung

a) Bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine Herkunft, ein Verfahren oder dergleichen ist der öffentliche Auftraggeber im rechtlichen Ansatz ungebunden. Dennoch unterliegt die Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers beim Beschaffungsgegenstand bestimmten durch das Vergaberecht gezogenen Grenzen, die sich insbesondere aus dem Wettbewerbsprinzip und der effektiven Durchsetzung der Warenverkehrsfreiheit ergeben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Mai 2017, VII-Verg 36/16 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 10. Mai 2012, Rs. C-368/10). Die Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers beim Beschaffungsgegenstand wird dementsprechend durch § 31 Abs. 6 VgV Grenzen gesetzt. Diese Vorschrift sieht vor, dass, soweit dies nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion, Herkunft, ein besonderes Verfahren, gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verweisen darf, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden (Grundsatz der Wettbewerbsoffenheit). Nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf sind die vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers eingehalten, sofern die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist, vom Auftragge-

ber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben wurden und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen wurde, solche Gründe tatsächlich vorhanden sind, und die Leistungsbestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert. Bewegt sich die Leistungsbestimmung in diesen Grenzen, gilt der Grundsatz der Wettbewerbsoffenheit der Beschaffung nicht mehr uneingeschränkt. (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Mai 2017, VII-Verg 36/16; Beschluss vom 01. August 2012; VII-Verg 10/12; Beschluss vom 27. Juni 2012, VII-Verg 7/12).

- b) Die Zuschlagskriterien müssen gemäß § 127 Abs. 4 S. 1 GWB „so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und wieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen“. Dies setzt eindeutig bestimmbare Wertungskriterien und einen transparenten Bewertungsmaßstab voraus, der einen konsistenten Bezug zu den Leistungsanforderungen des Auftraggebers herstellt. Dabei müssen auf der Grundlage einer den vergaberechtlichen Anforderungen genügenden Leistungsbeschreibung die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung so gefasst sein, dass die Bieter in einer Gesamtschau erkennen können, was der Auftraggeber von ihnen erwartet (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08. März 2017, VII-Verg 39/16). Erforderlichenfalls sind die Wertungskriterien durch geeignete Unterkriterien in hinreichendem Maße zu konkretisieren (vgl. BGH, Beschluss vom 04. April 2017, X ZB 3/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08. März 2017, VII-Verg 39/16; Beschluss vom 22. Februar 2017, VII-Verg 29/16; Beschluss vom 16.12.2015, VII-Verg 25/15).
- c) Bei der Verwendung eines sog. „Schulnotensystems“ muss nicht im Vorhinein bekannt gemacht werden, welchen Erfüllungsgrad die Angebote auf der Grundlage des aufgestellten Kriterienkatalogs aufweisen müssen. Es genügt, wenn die Bieter vorab aufgrund einer hinreichend bestimm-

ten Leistungsbeschreibung und der Zuschlagskriterien klar erkennen können, was von ihnen verlangt wird, hinreichende Anhaltspunkte für eine günstige oder ungünstige Benotung gegeben sind, die Bewertungsmethode nicht nachträglich verändert wird und die individuelle Wertungsentscheidung ex post transparent und nachvollziehbar ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08. März 2017, VII-Verg 39/16; BGH, Beschluss vom 04. April 2017, X ZB 3/17).

VK Bund, Beschluss vom 09.11.2018 - VK 2-98/18

2. Wenn der Auftraggeber alle Vergabeunterlagen unmittelbar nach Bekanntmachung offenlegt, endet die Rügefrist auch für die Unterlagen der Angebotsabgabephase bereits mit Ablauf der Bewerbungsfrist

Bezogen auf die Rügeobliegenheit wird unter Bezug auf die amtliche Begründung zu § 160 GWB (BT-Drucksache 18/6281, Seite 135) angenommen, die Obliegenheit zur Rüge in Bezug auf in den Vergabeunterlagen erkennbare Vergabeverstöße bestünde auch in Vergabeverfahren mit vorgeschaltetem Teilnehmerwettbewerb bis zum Ablauf der Angebotsfrist (Wiese in: Kulartz/KusfPortz/Prieß, GWB-Vergaberecht Kommentar, § 160 GWB, Rn. 166; Kadenbach in: WillenbruchNViedekind, Vergaberecht Kornpaktkommentar, § 160 GWB, Rn. 82; Hofmann in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 160, Rn. 81). In diesem Zusammenhang ist bedeutsam, dass Literatur wie auch die Gesetzesbegründung nicht von einer Rügeberechtigung sprechen, sondern von einer Rügeobliegenheit. Jeder objektiv erkennbare angebliche Vergaberechtsmangel ist daher bis zum Ablauf der nächsten in § 160 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 2 GWB genannten Frist zu rügen. Wenn der Auftraggeber alle Vergabeunterlagen unmittelbar nach Bekanntmachung offenlegt, endet die Rügefrist somit auch für die Unterlagen der Angebotsabgabephase bereits mit Ablauf der Bewerbungsfrist, nicht erst mit Ablauf der Angebotsabgabefrist (so auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.03.2018, VII Verg 54/17, NZBau 2018, 548 unter Aufhebung der von der Antragstellerin zitierten Entscheidung der VK Bund). Der Gesetzgeber

wollte die erfolgreichen Teilnehmer des Wettbewerbs nicht von der weiteren Rügepflicht befreien, sondern deren Rügepflicht weiter bestehen lassen. Die von ihm vorgenommene Klarstellung dient nur der Vermeidung des Missverständnisses, dass bei Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb eine Rüge der Verstöße, die aus den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht erforderlich sei (so Hofmann in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 160, Rn. 81, unter Hinweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2015, VII Verg 28/14).

VK Lüneburg, Beschluss vom 30.10.2018 - VgK-41/2018

3. Verlängerung der Angebotsfrist

a) Die Entscheidung der Ag über die Verlängerung der Angebotsfrist kann nur dahingehend überprüft werden, ob sie bei der Verlängerung der Angebotsfrist die Grenzen des Ermessens eingehalten hat und ob nicht sachfremde oder willkürliche Motive für die Bestimmung maßgebend gewesen sind (vgl. allgemein BGH, Urteil vom 5. Dezember 2012, IV ZR 110/10). Bei der Entscheidung über eine Verlängerung der Angebotsfrist darf der Auftraggeber beispielsweise berücksichtigen, welchen Umfang Antworten auf Bieterfragen einnehmen; er darf die Komplexität von Sachverhalten berücksichtigen. Auch darf er einbeziehen, ob und gegebenenfalls welches Risiko besteht, dass ein Nachprüfungsverfahren wegen einer von ihm abgelehnten Verlängerung der Angebotsfrist oder wegen einer zu kurz bemessenen Verlängerung eingeleitet wird (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 12. Januar 2009, Verg W 5/09). Die Grenze sachgerechter Ermessensausübung ist bei der Entscheidung über die Verlängerung der Angebotsfrist durch den Auftraggeber erst dann überschritten, wenn sachfremde Erwägungen bei dieser Entscheidung eine Rolle spielen. Eine solche sachfremde Erwägung wäre dann zu bejahen, wenn einem „bestimmten“ präferierten Bieter noch die fristgerechte Abgabe eines Angebotes ermöglicht werden soll, wie die ASt vermutet. Eine solche Vorgehensweise liefe auf eine Umgehung des § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV und

damit eine vergaberechtswidrige Manipulation des Ergebnisses des Vergabeverfahrens hinaus.

- b) § 20 VgV steht der Entscheidung der Ag über eine Verlängerung der Angebotsfrist nicht entgegen. Einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage für die Verlängerung der einmal festgelegten Angebotsfrist bedarf es nicht. § 20 Abs. 1 VgV stellt die grundlegenden Kriterien für eine ordnungsgemäße Fristberechnung auf. Danach sind vom Auftraggeber bei der Festlegung der Fristen für den Eingang der Angebote und Teilnahmeanträge die Komplexität der Leistung und die Zeit der Ausarbeitung der Angebote angemessen zu berücksichtigen. Daneben sind für die verschiedenen Verfahrensarten nach §§ 15 bis 19 VgV verschiedene Mindestfristen zu beachten. So hat im offenen Verfahren die Frist für den Eingang der Angebote gemäß § 15 Abs. 2 VgV mindestens 35 Tage zu betragen. Grundsätzlich gilt im Vergabeverfahren, dass im Hinblick auf Beschleunigung und Effizienz der Beschaffung die Fristen für Teilnahmeanträge und Angebote so kurz wie möglich gehalten werden sollen, ohne unzulässige Hürden für Wirtschaftsteilnehmer zu schaffen (vgl. Erwägungsgrund 80 zu Art. 47 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU, umgesetzt in § 20 Abs. 1 VgV). Die EU-Richtlinie hat an dieser Stelle aber auch klargestellt, dass die Notwendigkeit, sicherzustellen, dass die Wirtschaftsteilnehmer über genügend Zeit für die Erstellung entsprechender Angebote verfügen, möglicherweise dazu führen kann, dass die ursprünglich festgelegten Fristen verlängert werden müssen (vgl. Erwägungsgrund 81 der Richtlinie 2014/24/EU). Art. 47 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU regelt insoweit zwei Fallgruppen, in denen eine Verlängerung der ursprünglichen Frist zwingend zu erfolgen hat. § 20 Abs. 3 VgV setzt dies in innerstaatliches Recht um. Im Umkehrschluss ergibt sich aber aus der zwingenden Verlängerung der Angebotsfrist in § 20 Abs. 3 VgV kein bieterschützendes Recht auf Nichtverlängerung der Angebotsfrist in möglichen weiteren Fällen.

VK Bund, Beschluss vom 15.10.2018 – VK 1-89/18

4. Fehlen geforderter Fabrikatsangaben führt zum zwingenden Ausschluss des Angebotes

- a) Das Fehlen geforderter Fabrikatsangaben führt zum zwingenden Ausschluss des Angebotes. Geforderte Fabrikats- Produkt- und Typangaben sind integraler Angebotsbestandteil. Es ist unerheblich, welche Angaben ein Auftraggeber konkret fordert. Das Fehlen solcher Angaben ist nicht heilbar und führt zum Angebotsausschluss. Die Antragsgegnerin hat eine produktneutrale Ausschreibung vorgenommen. Die Angabe des Fabrikats ist bedingungslos vorzunehmen, um bei der technischen Prüfung beurteilen zu können, ob das vom Bieter angebotene Produkt den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entspricht. Mit der von der Antragsgegnerin im Leistungsverzeichnis geforderten Fabrikatsangabe wird eine vertragsgegenständliche Leistung festgelegt, die bei Zuschlagserteilung zum Vertragsgegenstand wird. Fehlen geforderte Erklärungen oder Nachweise und wird das Angebot nicht entsprechend § 16 Abs. 1 oder 2 VOB/A ausgeschlossen, verlangt der Auftraggeber gemäß § 16 a VOB/A die fehlenden Erklärungen und Nachweise nach. Diese sind spätestens innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vorzulegen. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Aufforderung durch den Auftraggeber. Werden Erklärungen oder Nachweise nicht innerhalb der Frist vorgelegt, ist das Angebot auszuschließen. Diese Norm knüpft an § 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A an, wonach die Angebote die geforderten Erklärungen und Nachweise enthalten müssen. Die Nachforderung von geforderten, aber im Angebot fehlenden Fabrikats-, Erzeugnis- und/oder Typangaben fällt nicht unter den § 16 a VOB/A, der die Auftraggeberin zur Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise verpflichtet. Geforderte Fabrikats-, Erzeugnis- und/oder Typangaben sind integraler Angebotsbestandteil und können nicht einfach nach § 16a VOB (A) nachgefordert werden. Das Fehlen solcher Angaben ist

nicht heilbar und führt zum Angebotsausschluss (VK Thüringen, Beschluss vom 27. Juli 2016 – 250-4002- 5385/2016-N-007-IK, VK Lüneburg, Beschluss vom 24.08.2015 – VgK-28/2015; VK Sachsen-Anhalt 3 VK 53/16 vom 23.12.2016 und 3 VK 82/17 vom 19.10.2017).

- b) Das Fehlen der Fabrikats-Angaben führt auch zu einem Fehlen der Vergleichbarkeit mit konkurrierenden Angeboten, welche diese Angaben enthalten. Das Gebot ausreichender Transparenz erfordert ebenso wie das Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter, dass nur der Inhalt der eingereichten Angebote zur Grundlage der Vergabeentscheidung gemacht werden darf.
- c) Sofern die Angaben zu Fabrikat und Typ im Leistungsverzeichnis des Angebotes fehlen, obwohl sie wirksam gefordert wurden, gelangt die jüngere Spruchpraxis der Nachprüfungsinstanzen zu unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich der vergaberechtlichen Folgen. Die 3. Vergabekammer Sachsen-Anhalt vertritt jedoch weiter ihre bisherige Rechtsauffassung, dass fehlende, wirksam geforderte Angaben zu Fabrikat und Typ zum Ausschluss der Angebote von der weiteren Wertung führen, da sie Vertragsgegenstand werden und eine Nachforderung eine unzulässige Nachbesserung des Angebots wäre.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 14.09.2018 – 3 VK LSA 56/18

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

IV. Miet- und WEG-Recht

- 1. Für die Frage, ob ein Sachmangel vorliege, kommt es auf den Zustand zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes an**

Bei der Frage, ob ein zur Mietminderung berechtigender Sachmangel vorliegt, kommt es mangels Parteivereinbarung zur Beschaffenheit der Wohnung auf den Zustand zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes an und ob die seinerzeit gelten-

den Bauvorschriften und technischen Normen eingehalten wurden. Welche Beheizung und Lüftung einer Wohnung dem Mieter zumutbar ist, kann nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls bestimmt werden.

BGH, Urteil vom 05.12.2018 – VIII ZR 271/17

Der klagende Mieter machte im Wesentlichen geltend, bei der im Jahr 1971 erbauten Wohnung bestehe aufgrund von geometrischen Wärmebrücken, also Baumängeln, die Gefahr einer Schimmelpilzbildung. Er begehrte Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung sowie die Feststellung der Berechtigung zur Mietminderung in Höhe von 20%.

Das LG bejahte diese Ansprüche und führte zur Begründung aus, dass es aufgrund von geometrischen Wärmebrücken zu der Gefahr einer Schimmelpilzbildung gekommen sei, welche bereits als solche einen Mangel darstelle. Es komme nicht darauf an, dass die Wohnung den zur Zeit ihrer Errichtung geltenden DIN-Vorschriften entsprochen habe und bei ihrer Erstellung die damaligen Regeln der Baukunst eingehalten worden seien. Auch ohne besondere vertragliche Vereinbarung dürfe ein Mieter die Einhaltung eines „Mindeststandards zeitgemäßen Wohnens“ erwarten.

Nach diesen Voraussetzungen liege ein Mangel vor, da die Wohnung angesichts der vorhandenen geometrischen Wärmebrücken nicht mit alltagsüblichem Lüftungs- und Heizverhalten des Mieters schimmelfrei gehalten werden könne. Dem Mieter sei es weder zumutbar, sein Schlafzimmer auf mehr als 16 Grad und die übrigen Zimmer auf mehr als 20 Grad zu heizen noch mehr als 2x täglich bis zu 10 Minuten stoßzulüften; auch Einschränkungen hinsichtlich der Aufstellung seiner Möbel, die der Kläger ohne Abstand zur Außenwand aufstellen wollte, müsse ein Mieter nicht hinnehmen.

Der BGH tritt diesen Ausführungen entgegen und führt aus, dass sofern die Parteien keine Vereinbarung zur Beschaffenheit der Mietsache getroffen haben, der Mieter erwarten könne, dass die von ihm angemieteten Räume einen Wohnstandard aufweisen, der bei vergleichbaren Wohnungen üblich sei. Wenn es

zu bestimmten Anforderungen technische Normen gebe, sei jedenfalls deren Einhaltung geschuldet. Dabei sei nach der Verkehrsan-schauung grundsätzlich der bei Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen. Im Jahr 1971 gab es keine Verpflichtung, Gebäude mit einer Wärmedämmung auszustatten. Das Vorhandensein von Wärmebrücken sei allgemein üblicher Bauzustand, so dass ein Mangel nicht vorliege.

Der BGH tritt auch der Auffassung des LG, das zur Bekräftigung der Grundsätze zeitgemäßen Wohnens auf eine BGH-Entscheidung zu Elektroinstallationen abgestellt hatte, entgegen. Nach dieser Entscheidung musste auch ohne vertragliche Vereinbarung ein zeitgemäßes Wohnen in Form des Einsatzes der für die Haushaltsführung üblichen Geräte möglich sein. Diese Entscheidung sei aber, so der BGH, mit dem Vorhandensein von Wärmebrücken nicht vergleichbar.

Zum Heiz- und Lüftungsverhalten führte der BGH aus, dass es für die Ansicht des LG keine Grundlage gebe. Die Zumutbarkeit könne nicht, wie es das LG getan hat, abstrakt-generell, sondern müsse anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Danach ergebe sich auf Grundlage eines eingeholten Sachverständigengutachtens, dass ein täglich 2-maliges Stoßlüften von ca. 15 Min. bzw. ein dreimaliges Stoßlüften von rund 10 Min. ausreiche, um eine Schimmelpilzbildung an den Außenwänden zu verhindern; ein Querlüften, also das gleichzeitige Öffnen mehrerer Fenster, reduziere die Lüftungszeit auf ein Drittel. Anhaltspunkte dafür, dass dies dem Kläger unzumutbar sei, seien nicht dargetan.

Rechtsanwältin Anna-Katrin Büntzly

2. Datenschutz und WEG – Verwalter muss E-Mail-Adressen von Wohnungseigentümern nicht herausgeben

Auf Verlangen ist der Verwalter verpflichtet, den Wohnungseigentümern die Namen nebst ladungsfähiger Anschrift aller Sondereigentümer mitzuteilen, nicht aber bei ihm vorhandene E-Mail-Adressen. Denjenigen Eigentümern, die die interne E-Mail-

Kommunikation wünschen, steht es frei, sich die benötigten Verbindungsdaten anderweit, etwa über das Einsichtsrecht in die Verwaltungsunterlagen, zu beschaffen. Diese Sichtweise trägt dem auch innerhalb einer Wohnungseigentümergeinschaft nicht aufgehobenen und durch die Einführung der Datenschutz-Grundverordnung nochmals gestärkten Recht auf informationelle Selbstbestimmung der einzelnen Gemeinschaftsmitglieder Rechnung.

LG Düsseldorf, Urteil vom 04.10.2018 – 25 S 22/18

Die Kläger, Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft (WEG), nehmen die Beklagte, die Verwalterin der WEG, auf Herausgabe einer Liste mit Namen, Postanschrift und E-Mail-Adressen aller Wohnungseigentümer in Anspruch. Während die Beklagte erstinstanzlich durch Teilanerkennnisurteil dazu verpflichtet wird, eine Liste der Wohnungseigentümer mit Namen und Postanschrift herauszugeben, scheitert die Klägerin mit Ihrem Begehren, die Herausgabe auch der E-Mail-Adressen zu erwirken, sowohl vor dem AG als auch in der Berufungsinstanz.

Den Klägern steht ein Anspruch auf Herausgabe einer Liste mit den E-Mail-Adressen der übrigen Mitglieder der WEG gegenüber der Beklagten aus keiner Anspruchsgrundlage zu. Es ist zwar anerkannt, dass der Verwalter entweder schon aus Vertrag, jedenfalls aber nach seinen Amtspflichten gegenüber den Wohnungseigentümern und dem Verband gehalten ist, eine „Eigentümerliste“ zu führen. Der Verwalter ist auch verpflichtet, den einzelnen Wohnungseigentümern auf deren Verlangen die Eigentümerliste mit Namen und Anschrift zu übergeben. Die Mitteilungspflicht des Verwalters erstreckt sich aber – anders als die Kläger meinen – nicht auf die E-Mail-Adressen der Eigentümer. Denn die Mitteilungspflicht des Verwalters dient stets einem konkreten Zweck; bei der Übermittlung von Namen und Anschriften ist das insbesondere die Zustellung von Schriftstücken im Prozess sowie die Möglichkeit der Ladung der Mitglieder zur Eigentümerversammlung. Dem ist mit der Herausgabe des Namens und der Postanschrift Genüge getan.

Selbst unter Berücksichtigung des elektronischen Fortschritts erstreckt sich die Mitteilungspflicht des Verwalters nicht auf E-Mail-Adressen, weil es einen nicht unerheblichen Unterschied in der Art und Weise, Sorgfalt und Intensität der Nutzung von E-Mails gegenüber dem postalischen Schriftverkehr gibt. Diese Sichtweise trägt dem auch innerhalb einer WEG nicht aufgehobenen und durch die Einführung der Datenschutz-Grundverordnung nochmals gestärkten Recht auf informationelle Selbstbestimmung der einzelnen Eigentümer Rechnung und berücksichtigt, dass es schützenswerte Interessen einzelner Eigentümer geben mag, nicht von anderen Miteigentümern mittels E-Mail kontaktiert zu werden.

Nicht zuletzt verbleibt ein grundlegender Unterschied zwischen dem anerkannten Einsichtsrecht des Wohnungseigentümers in Verwaltungsunterlagen, mit dessen Hilfe er sich auch Kenntnis über E-Mail-Adressen verschaffen mag und die er in der Folge – in eigener Verantwortung – nutzen kann, und einem Herausgabeanspruch gegenüber der Verwaltung, die überdies gehalten wäre, zur Vervollständigung regelmäßig weitere E-Mail-Adressen aktiv zu ermitteln.

Rechtsanwältin Julia Fierlinger, LL.M. (USC)

V. Leitsätze zum Prozess- und Mietrecht

1. Bezugnahme auf aus sich heraus verständliche Anlage zur Substantiierung des Anspruchs zulässig

- a) Gerichte sind nicht verpflichtet, umfangreiche ungeordnete Anlagenkonvolute von sich aus durchzuarbeiten, um so die erhobenen Ansprüche zu konkretisieren. Nimmt der Kläger zur Substantiierung seines Anspruchs allerdings auf eine aus sich heraus verständliche (und im Streitfall nicht einmal eine Seite umfassende) Darstellung in den Anlagen konkret Bezug und verlangt die Berücksichtigung der in Bezug genommenen Anlage vom Tatrichter keine unzumutbare Sucharbeit, so liegt eine solche Fallgestaltung nicht vor (Fortführung BGH, Urteil vom 17. Juli 2003 - I ZR 295/00, NJW-RR 2004, 639, 640. (amtlicher Leitsatz)).

- b) Zu einem Gehörsverstoß wegen unterbliebener Berücksichtigung einer konkret in Bezug genommenen Anlage. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Beschluss vom 2. Oktober 2018 - VI ZR 213/17

2. Außerordentliche Kündigung wegen übler Nachrede durch Erstattung einer unberechtigten Strafanzeige wirksam

Die Beklagte hat die streitbefangene Wohnung zu räumen und an die Klägerin herauszugeben, § 546 Abs. 1 BGB. Denn die Klägerin hat der Beklagten am 20.06.2018 wirksam aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos gekündigt, § 543 Abs. 1 BGB. Die von der Beklagten erstattete Strafanzeige gegen den Ehemann der Kläger wegen Körperverletzung aufgrund des Vorfalls am 02.06.2018 stellt sich als üble Nachrede im Sinne von § 186 StGB zu Lasten eines Familienmitglieds der Klägerin dar.

AG Pforzheim, Urteil vom 19.10.2018 - 4 C 205/18 (nicht rechtskräftig)

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

VI. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Altersgrenze - Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts

Die Regelung in § 41 Satz 3 SGB VI, die es den Arbeitsvertragsparteien ermöglicht, im Falle der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen der Regelaltersgrenze den Beendigungszeitpunkt durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses hinauszuschieben, ist wirksam. Sie ist mit höherrangigem Recht vereinbar. Es konnte unentschieden bleiben, ob eine Hinausschiebensvereinbarung voraussetzt, dass nur der Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses unter Beibehaltung der übrigen Vertragsbedingungen geändert wird.

Der im Juli 1949 geborene Kläger war bei dem beklagten Land als Lehrer an einer berufsbildenden Schule mit einem Unterrichtsdeputat

von 23 Wochenstunden beschäftigt. Nach der arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Regelung in § 44 Nr. 4 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) endete das Arbeitsverhältnis wegen Erreichens der Regelaltersgrenze am 31. Januar 2015. Am 20. Januar 2015 vereinbarten die Parteien, dass das Arbeitsverhältnis erst mit Ablauf des 31. Juli 2015 endet. Mit Schreiben vom 3. Februar 2015 ordnete die Schulleiterin zunächst an, dass der Kläger in der Zeit vom 1. Februar bis zum 31. Juli 2015 jederzeit widerruflich über seine vertraglich festgelegte Regelstundenzahl hinaus weitere 4 Wochenstunden Unterricht zu erteilen hatte. Mit Schreiben vom 4. März 2015 wurde sodann die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit des Klägers mit Wirkung vom 1. Februar 2015 auf 25,5 Wochenstunden erhöht. Der Kläger hat mit der vorliegenden Klage die Feststellung begehrt, dass sein Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der vereinbarten Befristung am 31. Juli 2015 geendet hat.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte vor dem Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die Befristung des Arbeitsvertrags ist wirksam. Die Regelung in § 41 Satz 3 SGB VI genügt den verfassungsrechtlichen Vorgaben und ist nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 28. Februar 2018 (- C-46/17 - [John]) mit Unionsrecht vereinbar. Die Befristung zum 31. Juli 2015 ist nach § 41 Satz 3 SGB VI gerechtfertigt. Es kam nicht darauf an, ob eine Hinausschiebungsvereinbarung voraussetzt, dass nur der Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses unter Beibehaltung der übrigen Vertragsbedingungen geändert wird. In der Vereinbarung vom 20. Januar 2015 wurde nur der Beendigungszeitpunkt hinausgeschoben. Die vertragliche Abrede über die Arbeitszeiterhöhung wurde erst sechs Wochen später und damit nicht im Zusammenhang mit der Vereinbarung über das Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts getroffen.

Bundesarbeitsgericht vom 19.12.2018 - 7 AZR 70/17 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Kündigung - Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen, die ein Arbeitgeber ohne Anhörung der Schwerbehindertenvertretung ausspricht, ist gem. § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX in der vom 30. Dezember 2016 bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung (seit dem 1. Januar 2018: § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX) unwirksam. Der erforderliche Inhalt der Anhörung und die Dauer der Frist für eine Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung richten sich nach den für die Anhörung des Betriebsrats geltenden Grundsätzen (§ 102 BetrVG). Die Kündigung ist nicht allein deshalb unwirksam, weil der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung entgegen § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF (seit dem 1. Januar 2018: § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) nicht unverzüglich über seine Kündigungsabsicht unterrichtet oder ihr das Festhalten an seinem Kündigungsentschluss nicht unverzüglich mitgeteilt hat.

Die Beklagte beantragte im Dezember 2016 die behördliche Zustimmung zu einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellten Klägerin. Das Integrationsamt erteilte die Zustimmung mit Bescheid vom 20. Februar 2017. Mit Schreiben vom 7. bzw. 15. März 2017 hörte die Beklagte den Betriebsrat sowie die Schwerbehindertenvertretung zu ihrer Beendigungsabsicht an und kündigte am 24. März 2017 das Arbeitsverhältnis der Klägerin zum 30. September 2017.

Die Vorinstanzen haben der dagegen gerichteten Kündigungsschutzklage stattgegeben. Auf die Revision der Beklagten hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, die Kündigung sei nach § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX aF unwirksam, weil die Beklagte die Schwerbehindertenvertretung erst nach Abschluss des Verfahrens vor dem Integrationsamt und nach Anhörung des Betriebsrats beteiligt habe. Der Senat konnte anhand der bisher getroffenen Feststellungen die Wirksamkeit der Kündigung nicht abschließend beurteilen.

Bundesarbeitsgericht vom 13.12.2018 - 2 AZR 378/18 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

3. Mehrarbeitszuschläge bei Teilzeitarbeit

Eine Regelung in einem Tarifvertrag kann im Einklang mit § 4 Abs. 1 TzBfG dahin auszulegen sein, dass Mehrarbeitszuschläge bei Teilzeitbeschäftigten für die Arbeitszeit geschuldet sind, die über die Teilzeitquote hinausgeht, die Arbeitszeit einer Vollzeitätigkeit jedoch nicht überschreitet.

Die Klägerin ist bei der Beklagten als stellvertretende Filialleiterin in Teilzeit tätig. Auf das Arbeitsverhältnis findet der Manteltarifvertrag für die Systemgastronomie Anwendung. Er regelt ua. Mehrarbeitszuschläge und erlaubt es, wie im Fall der Klägerin eine Jahresarbeitszeit festzulegen. Für den nach Ablauf des Zwölfmonatszeitraums bestehenden Zeitsaldo hat die Beklagte die Grundvergütung geleistet. Sie hat dagegen keine Mehrarbeitszuschläge gewährt, weil die Arbeitszeit der Klägerin nicht die einer Vollzeitätigkeit überschritt. Die Klägerin verlangt Mehrarbeitszuschläge für die Arbeitszeit, die über die vereinbarte Arbeitszeit hinausging.

Die Vorinstanzen haben der Klage überwiegend stattgegeben. Die Revision der Beklagten hatte vor dem Zehnten Senat mit Blick auf die Mehrarbeitszuschläge keinen Erfolg. Die Auslegung des Tarifvertrags ergibt, dass Teilzeitbeschäftigte mit vereinbarter Jahresarbeitszeit einen Anspruch auf Mehrarbeitszuschläge für die Arbeitszeit haben, die über ihre individuell festgelegte Arbeitszeit hinausgeht. Diese Auslegung entspricht höherrangigem Recht. Sie ist mit § 4 Abs. 1 TzBfG vereinbar. Zu vergleichen sind die einzelnen Entgeltbestandteile, nicht die Gesamtvergütung. Teilzeitbeschäftigte würden benachteiligt, wenn die Zahl der Arbeitsstunden, von der an ein Anspruch auf Mehrarbeitsvergütung entsteht, nicht proportional zu ihrer vereinbarten Arbeitszeit vermindert würde. Der Zehnte Senat gibt seine gegenläufige Ansicht auf (BAG 26. April 2017 - 10 AZR 589/15 -). Er schließt sich

der Auffassung des Sechsten Senats an (BAG 23. März 2017 - 6 AZR 161/16 - BAGE 158, 360).

Bundesarbeitsgericht vom 19.12.2018 - 10 AZR 231/18 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

4. Hinterbliebenenversorgung - Altersabstandsklausel - Altersdiskriminierung

Sieht eine Versorgungsregelung vor, dass die Hinterbliebenenversorgung eines jüngeren hinterbliebenen Ehepartners für jedes volle über zehn Jahre hinausgehende Jahr des Altersunterschieds der Ehegatten um 5 vH gekürzt wird, liegt darin keine gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verstoßende Diskriminierung wegen des Alters.

Die Klägerin ist im Oktober 1945 geboren. Sie hat ihren im November 1930 geborenen und 2014 verstorbenen Ehemann im Jahr 1966 geheiratet. Dem verstorbenen Ehemann der Klägerin war von seinem Arbeitgeber ua. eine Hinterbliebenenversorgung zugesagt worden. Nach der Versorgungsordnung wird die Witwenrente, wenn die hinterbliebene Ehefrau mehr als zehn Jahre jünger ist als der verstorbene Ehemann, für jedes volle über zehn Jahre hinausgehende Jahr des Altersunterschieds um 5 vH gekürzt.

Der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat entschieden, dass die durch diese Altersabstandsklausel bewirkte unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters gerechtfertigt ist. Der Arbeitgeber, der eine Hinterbliebenenversorgung zusagt, hat ein legitimes Interesse, das hiermit verbundene finanzielle Risiko zu begrenzen. Die Altersabstandsklausel ist auch angemessen und erforderlich. Sie führt nicht zu einer übermäßigen Beeinträchtigung der legitimen Interessen der versorgungsberechtigten Arbeitnehmer, die von der Klausel betroffen sind. Bei einem Altersabstand von elf Jahren, ab dem die Klausel greift, ist der gemeinsame Lebenszuschnitt der Ehepartner darauf angelegt, dass der Hinterbliebene einen Teil seines Lebens ohne den Versorgungsbe-

rechten verbringt. Zudem werden wegen des Altersabstands von mehr als zehn Jahren nur solche Ehegatten von dem Ausschluss erfasst, deren Altersabstand zum Ehepartner den üblichen Abstand erheblich übersteigt. Die Versorgungsregelung sieht keinen vollständigen Ausschluss bereits ab dem elften Jahr des Altersunterschieds vor, sondern vielmehr eine maßvolle schrittweise Reduzierung und bewirkt

damit einen vollständigen Ausschluss erst bei einem Altersabstand von mehr als 30 Jahren.

Bundesarbeitsgericht vom 11.12.2018 - 3 AZR 400/17 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

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

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 2019**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim

Verantwortliche Redakteurin: Rechtsanwältin Viviana Tambini, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg

Druck: City-Druck Heidelberg, Bergheimer Straße 119, 69115 Heidelberg