

Mandanten-Rundbrief

- September 2014 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Unwirksamkeit einer Vertragsstrafen-Regelung in den AGB der Deutschen Bahn	2
2.	Vernachlässigte Kommunikation bei Nachtragsverhandlungen: Keine Vergütung für Ausführung der Zusatzleistung!	2
3.	Ist § 8 Abs. 2 VOB/B doch nicht am Ende?	3
4.	Zur Erforderlichkeit der Fristsetzung bei der Minderung des Architektenhonorars	4
5.	Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr in Kraft	4
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	6
III.	Vergaberecht	7
1.	Generalunternehmervergabe, Verzicht auf losweise Vergabe: Auf die Begründung kommt es an	7
2.	Nachtragsbeauftragung kann unzulässige Direktvergabe sein	8
IV.	Leitsätze zum Vergaberecht	9
V.	Immobilienrecht	10
	Begrenzung des Schadensersatzes beim Grundstückskauf und unverhältnismäßig hohen Mängelbeseitigungskosten	10
VI.	Mietrecht	11
	Mieterhöhung durch Grundstückskäufer bereits vor Eigentumsumschreibung	11
VII.	IT-Recht	12
	Darlegung von Mängeln: Genaue Bezeichnung der Mangelercheinung genügt!	12
VIII.	Verwaltungsrecht	14
	Werbeanlage im Luftraum über öffentlicher Straße	14
IX.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	15

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Unwirksamkeit einer Vertragsstrafen-Regelung in den AGB der Deutschen Bahn

Die Vertragsstrafenregelung, wie sie die Deutsche Bahn für Bauaufträge in ihren Vertragsbedingungen formularmäßig verwendet, ist in vielen Fällen entweder nicht vereinbart oder sie verstößt gegen das Transparenzgebot.

KG Berlin, Urteil vom 25.03.2014 - 27 U 99/13

Die Klägerin, ein Tiefbauunternehmen, verlangt von der Deutschen Bahn die Zahlung von Werklohn. Die Deutsche Bahn behält die Zahlung auf Grundlage einer AGB-Klausel ein. Danach sollte die Vertragsstrafe für jeden Kalendertag der schuldhaften Überschreitung bei Endterminen:

„0,1 v. H. der Auftragssumme netto ### €
oder
0,00 i. W. ### €“

betragen.

Das Kammergericht spricht der Klägerin den Anspruch zu und verwehrt der Deutschen Bahn den Vertragsstrafenabzug. Die o. g. Klausel verstößt gegen das sog. Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und ist daher unwirksam. Aus der Klausel ist bei objektiver Auslegung nicht mit hinreichender Deutlichkeit erkennbar, ob eine Vertragsstrafe mit 0,1 % der Auftragssumme vereinbart werden sollte oder mit 0,00 €, also gar keine Vertragsstrafe. Insbesondere ergeben sich Unklarheiten aus der Auslegung des Wortes „oder“. So kann die Verwendung dieses Wortes auf eine gleichrangige Alternative zwischen prozentualer Berechnung der Vertragsstrafe einerseits und eines bestimmten Fixbetrages andererseits hinweisen. Möglich ist aber auch eine Auslegung dahingehend, dass nur der durch Ausrechnung des prozentualen Anteils sich ergebende Endbetrag (gewissermaßen als rechnerische Klarstellung) angegeben werden soll. Bestehen – wie hier – mehrere Auslegungsmöglichkeiten, geht die Intransparenz der Klausel zu Lasten des Verwenders, § 305c Abs. 2 BGB.

Die Entscheidung kann für die Praxis erhebliche Bedeutung haben. Auftragnehmer der Deutschen Bahn könnten Nachforderungsansprüche zustehen, wenn sie auf Grundlage einer gleichlautenden Klausel in der Vergangenheit Vertragsstrafenabzüge hingenommen haben. Voraussetzung für einen Nachforderungsanspruch ist, dass im Vertrag die o. g. Klausel (oder eine ähnliche, ebenso intransparente) verwendet wurde und die Deutsche Bahn die Vertragsstrafenregelung gegenüber dem Auftragnehmer wegen Bauverzuges geltend gemacht hat. Zudem darf dem Nachforderungsanspruch die Verjährungseinrede nicht entgegenstehen. Damit sich die Deutsche Bahn nicht auf Verjährung des Anspruches nach den §§ 195 ff. BGB (allg. Verjährungsfrist von 3 Jahren) berufen kann, müsste der ursprüngliche Werklohnanspruch grundsätzlich im Jahr 2011 oder später entstanden sein. Beim Vorliegen verjährungshemmender Tatbestände sind Ausnahmen möglich.

Rechtsanwalt Dr. Hartwig Schäfer
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. Vernachlässigte Kommunikation bei Nachtragsverhandlungen: Keine Vergütung für Ausführung der Zusatzleistung!

Ein Auftragnehmer kann keine Vergütung für zusätzliche Leistungen verlangen, wenn der Auftraggeber eine Kostenübernahme abgelehnt hat und der Auftragnehmer die Leistungen dennoch widerspruchslos ausführt.

OLG München, Urteil vom 03.12.2013 - 9 U 747/13

Während einer Bauausführung wurde wegen Bauverzögerungen die Herstellung einer provisorischen Einhausung als Wetterschutz notwendig. Eine solche war nach dem zwischen dem Auftraggeber (AG) und Auftragnehmer (AN) geschlossenen Vertrag ursprünglich nicht vorgesehen. Aufgrund dessen verhandelten die Parteien sowohl über die konstruktive Gestaltung als auch über die Kostenregelung hinsichtlich der Einhausung. Bedingt durch den Zeitdruck ergab sich ein rascher Schriftwechsel, in welchem der AN dem AG per E-Mail ein

Angebot zukommen ließ. Dieses nahm der AG nicht uneingeschränkt an. Er teilte dem AN in seinem Antwortschreiben mit, dass er mit der technischen Ausführung einverstanden sei, aber die angebotene Kostenübernahme ablehne. Ohne weitere Erklärung gegenüber dem AG begann der AN sodann mit der Errichtung der Einhausung. Die vom AN hierfür geltend gemachte Vergütung lehnte der AG ab.

Das OLG gibt dem AG Recht und schließt sich damit dem erstinstanzlichen Gericht an. Es nimmt an, dass zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen ist, der entsprechend der Antwort des AG eine Vergütung für die Einhausung ausschließt. Diese Auffassung basiert zum einen auf § 150 Abs. 2 BGB, wonach eine Annahme eines Angebots unter Einschränkungen oder sonstigen Änderungen als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag gilt. Zum anderen spielt hier § 151 BGB eine Rolle, nach dem ein Vertrag auch zustande kommen kann, ohne dass dem Antragenden gegenüber die Annahme erklärt zu werden braucht, sofern dieser nach der Verkehrssitte eine solche Erklärung nicht zu erwarten oder auf sie verzichtet hat. Im zu entscheidenden Fall hat der AG angesichts der raschen Folge der schriftlichen Vertragsverhandlungen über die Einhausung - insbesondere auch resultierend aus dem baulichen Zeitdruck - mit einer schnellen Antwort des AN auf sein Antwortschreiben, in welchem er die Kostenübernahme abgelehnt hat, rechnen dürfen. Indem der AN ohne weitere Erklärung gegenüber dem AG die Einhausung ausführte, hat er das als neues Angebot zu wertende Antwortschreiben des AG konkludent angenommen. Damit ist ein Vergütung ausschließender Vertrag zustande gekommen, unabhängig davon, ob eine solche aus § 2 Nr. 6 VOB/B oder einer anderen Anspruchsgrundlage herzuleiten sein könnte. Aufgrund der zwischen den Parteien streitigen Frage, wer für die Bauverzögerung verantwortlich ist, kommt dem Vertrag hier Vergleichscharakter zu.

Dieses Urteil zeigt einmal mehr, wie wichtig es ist, die Korrespondenz nicht zu vernachlässigen und Erklärungen des (künftigen) Vertragspartners gegebenenfalls rechtzeitig zu widersprechen. Dies gilt gerade bei kurzfristigem Schriftwechsel und bei Vertragsverhandlungen unter Zeitdruck, wo – wie gerade gesehen –

eine widerspruchslose Bauausführung schnell zu einem Vergütungsausschluss führen kann.

Rechtsassessor Thilo Braun

3. Ist § 8 Abs. 2 VOB/B doch nicht am Ende?

Die Regelung des § 8 Abs. 2 VOB/B, wonach der AG den Bauvertrag kündigen kann, wenn das Insolvenzverfahren beantragt ist bzw. eröffnet wird, verstößt nicht gegen die Vorschriften der Insolvenzordnung und ist als wirksam anzusehen.

OLG Koblenz, Urteil vom 05.05.2014 - 12 U 131/13

§ 8 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alt. VOB/B verstößt nicht gegen § 119 InsO.

LG Wiesbaden, Urteil vom 07.02.2014 - 1 O 139/13

Zur Vorgeschichte der oben angesprochenen Entscheidungen ist auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15.11.2012 - IX ZR 139/11 hinzuweisen. Hierin hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass Lösungsklauseln in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie, die an den Insolvenzantrag oder die Insolvenzeröffnung anknüpfen, wegen Verstoßes gegen § 119 i.V.m. § 103 InsO unwirksam sind. Hieraus hat ein Großteil der Literatur den Schluss gezogen, dass auch § 8 Abs. 2 VOB/B, der eine vergleichbare Lösungsklausel für Bauverträge enthält, unwirksam ist (so auch *Mandantenrundbrief März 2013, Seite 5*). Dem hat sich zunächst das Landgericht Wiesbaden entgegen gestellt. In seiner Begründung des Urteils führt es aus, dass Lösungsklauseln im Insolvenzfall bei einem Bauvertrag anders zu beurteilen sind als bei Warenlieferungs- oder Energielieferungsverträgen; dies deshalb, da es bei Bauverträgen wegen § 649 BGB schon von Gesetzes wegen die Möglichkeit gibt, sich vom Vertrag zu lösen.

Auch wenn es sich „nur“ um eine landgerichtliche Entscheidung handelte, fand sie viel Beachtung, da sie (allerdings nur scheinbar) im Widerspruch zum Bundesgerichtshof stand und sehr ausführlich und gut begründet war.

Dem hat sich nun auch das OLG Koblenz angeschlossen. Diese Entscheidung war allerdings deutlich „schwächer“ begründet, da sich der entscheidende Senat überhaupt nicht mit der anfangs angesprochenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15.11.2012 auseinander setzte. Außerdem kam in dem konkret entschiedenen Fall hinzu, dass der Senat meinte, wegen eines lang andauernden Bauzustandes sei es dem AN verwehrt, sich auf einen Verstoß der Klausel gegen §§ 103, 119 InsO zu berufen. Somit ließ sich der Senat ein Hintertürchen für anders gelagerte Fälle offen.

Für die Praxis bedeutet dies, dass es trotz der anfangs angesprochenen BGH-Entscheidung wieder gute Argumente für eine Wirksamkeit von § 8 Abs. 2 VOB/B gibt. Allerdings darf diese Auffassung keineswegs als gefestigt gelten, weshalb ein Bauherr im Falle einer außerordentlichen Kündigung gemäß § 8 Abs. 2 VOB/B diese falls möglich auch noch auf einen anderen Grund stützen sollte.

Rechtsanwalt Karsten Wagner
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

4. Zur Erforderlichkeit der Fristsetzung bei der Minderung des Architektenhonorars

a) Für eine gerechtfertigte Minderung des Architektenhonorars bedarf es grundsätzlich einer vorherigen Fristsetzung.

b) Nur wenn die geschuldete Leistung nicht mehr nachholbar ist, ist eine Nachfristsetzung entbehrlich.

OLG Brandenburg, Urteil vom 13.03.2014 - 12 U 136/13

Der Kläger ist Architekt und verlangt nach Beendigung seiner Tätigkeit vom Beklagten (AG) restliches Honorar aus einem Vertrag für den Um- und Ausbau eines Mehrfamilienhauses. Im Vertrag hat sich der Architekt zur Erbringung der aller Grundleistungen der Leistungsphasen 1 bis 8 gemäß § 34 HOAI verpflichtet. Da der Kläger einige Grundleistungen nicht ausgeführt hatte, minderte der Beklagte das Architektenhonorar. Ohne zuvor den Architekten zu kontaktieren, berief er sich darauf, eini-

ge der vom Kläger nicht erbrachten Leistungen selbst erledigt zu haben.

Nach Auffassung des OLG können vom Architekten nicht ausgeführte Grundleistungen den Honoraranspruch mindern, wenn es sich bei diesen ausgebliebenen Grundleistungen um selbstständige Teilerfolge handelt, an denen der AG ein eigenständiges Interesse hat. Allerdings müssen die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Minderung nach § 634 Nr. 3 BGB vorliegen. Erforderlich ist grundsätzlich eine vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung. Deshalb lehnt das Gericht eine rechtswirksame Minderung für solche Fälle ab, in denen der AG die Leistungen – wie hier – ohne vorherige Fristsetzung selbst ausgeführt hat, obwohl der Architekt die Arbeiten hätte nachholen können. Für nachholbar erachtet das OLG bspw. die Leistungen „Prüfen, Werten, Preispiegel“, „Abstimmen und zusammenstellen“ und „Verhandlungen mit Bietern“ aus der Leistungsphase 7 und die Leistung „Abnahme unter Feststellung von Mängeln“ aus der Leistungsphase 8.

Die Nachfristsetzung ist nur dann entbehrlich und eine Minderung gerechtfertigt, wenn die nicht erbrachten Leistungen von Anfang an nicht mehr (sinnvoll) vom Architekten nachgeholt werden können. Dies ist beispielsweise bei der vorläufigen Kostenermittlung oder der Kostenschätzung der Fall, wenn die endgültigen Kosten bereits feststehen.

Rechtsanwalt Dr. Hartwig Schäfer
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

5. Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr in Kraft

Am 29.07.2014 ist das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr in Kraft getreten. Es dient der Umsetzung der europäischen Richtlinie 2011/7/EU und führt zu neuen gesetzlichen Regelungen zu Abnahme- und Zahlungsfristen sowie zu Verzugsfolgen in zentralen Vorschriften des BGB. Die neue Gesetzeslage gilt für alle Verträge zwischen Unternehmen, die ab dem 29.07.2014 abgeschlossen werden. Nachste-

hend werden die wichtigsten Auswirkungen speziell aus bauvertraglicher Sicht dargestellt.

a) Abnahmefrist

Das BGB enthielt bislang keine Regelung zur Dauer von Abnahmefristen. § 271a Abs. 3 BGB begrenzt den zulässigerweise zu vereinbarenden Zeitraum zwischen Fertigstellung und Abnahme der Bauleistung jetzt auf 30 Kalendertage. Längere Abnahmefristen können die Vertragsparteien nur festlegen, wenn dies ausdrücklich vereinbart wird und gegenüber dem AN nicht grob unbillig ist.

Ist die Abnahmefrist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des AG festgelegt, ist die zulässige Frist kürzer. Nach § 308 Nr. 1b BGB ist eine Frist zur Abnahme von mehr als 15 Kalendertagen nach Fertigstellung im Zweifel unangemessen lang. Die Vereinbarung ist dann AGB-rechtlich unwirksam.

b) Zahlungsfrist für Schlusszahlungen

§ 271a Abs. 1 und 2 BGB geben nun einen Rahmen vor, in dem sich Unternehmen und öffentliche Auftraggeber im Geschäftsverkehr Zahlungsfristen für Schlusszahlungen einräumen lassen können. Für Abschlagszahlungen gelten die Neuregelungen nicht.

Bei privatwirtschaftlichen Auftraggebern soll die Zahlungsfrist für die Schlusszahlung maximal 60 Kalendertage betragen. Längere Fristen müssen zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart werden und dürfen für den AN nicht grob unbillig sein. Bei öffentlichen Auftraggebern ist eine Vereinbarung über eine Zahlungsfrist von mehr als 60 Kalendertagen sogar unwirksam. Hier soll die maximale Zahlungsfrist 30 Kalendertage betragen und eine längere Zahlungsfrist kann nur wirksam vereinbart werden, wenn das ausdrücklich festgelegt und sachlich gerechtfertigt ist.

Für Zahlungsfristen in AGB des AG gelten (noch) strengere Vorgaben. Nach § 308 Nr. 1a BGB ist eine Regelung im Zweifel unangemessen und damit AGB-rechtlich unwirksam, wenn sie eine Zahlungsfrist von mehr als 30 Kalendertagen nach Rechnungszugang vorsieht. Das gilt bei privatwirtschaftlichen und bei öffentlichen Auftraggebern.

c) Verzugseintritt

Nach § 286 Abs. 5 BGB gelten die neuen Grenzen für Zahlungsfristen auch für Vereinbarungen über den Verzugseintritt, d. h. für die Frage, wann der AG nach Eintritt der Fälligkeit in Verzug gerät.

Im unternehmerischen Rechtsverkehr bedarf es daher einer ausdrücklichen Vereinbarung, wenn der Verzug mehr als 60 Tage nach Rechnungszugang eintreten soll. Zudem darf diese Vereinbarung für den AN nicht grob unbillig sein. Öffentliche Auftraggeber dürfen den Verzugseintritt nur dann über 30 Kalendertage hinaus auf maximal 60 Kalendertage nach Rechnungszugang verschieben, wenn das sachlich gerechtfertigt ist und von den Parteien ausdrücklich vereinbart wird.

Bei der Vereinbarung von Regelungen zum Verzugseintritt ist zudem das Zusammenwirken von Fälligkeits- und Verzugsfrist zu berücksichtigen. Sieht bspw. ein Bauvertrag zwischen privaten Unternehmen eine Zahlungsfrist für die Schlusszahlung von 50 Kalendertagen vor, ist für eine Regelung, wonach Verzug erst nach mehr als 10 Kalendertagen ab dem Ende der Zahlungsfrist eintritt, eine ausdrückliche Vereinbarung notwendig. Sie darf für den AN nicht grob unbillig sein.

d) Verzugszinsen

Der Verzugszins bei Zahlungsverzug von Unternehmen und öffentlichen Auftraggebern ist von 8 auf 9 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz angehoben worden.

Zudem hat der AN nach § 288 Abs. 5 BGB im Fall des Verzugs einen Anspruch auf eine Schadenspauschale von € 40,00. Diese Pauschale kann neben den Verzugszinsen und sonstigen Verzugschäden geltend gemacht werden. Kommt der AG mit Abschlagszahlungen in Verzug, gilt die Pauschale für jede Abschlagszahlung gesondert. Der AN muss sich die Pauschale(n) nur anrechnen lassen, wenn er neben Verzugszinsen und anderen Verzugschäden auch die Kosten der verzugsbedingten Rechtsverfolgung geltend macht.

Eine vertragliche Regelung, wonach im Voraus vollständig auf Verzugszinsen verzichtet wird,

ist neuerdings nach § 288 Abs. 6 S. 1 BGB unwirksam. Das gilt auch bei individualvertraglichen Vereinbarungen. Die (individual-)vertragliche Begrenzung des Anspruchs auf Verzugszinsen sowie der Ausschluss und die Begrenzung des Anspruchs auf die Schadenspauschale von € 40,00 und auf sonstige Rechtsverfolgungskosten sind unwirksam, wenn die im Voraus getroffene Vereinbarung für den AN grob unbillig ist.

Die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr auf Bauverträge sind vielfältig. Das Gesetz betrifft aber nicht nur Bauverträge sondern alle Verträge, in denen ein Unternehmen oder ein öffentlicher AG Schuldner einer Entgeltforderung ist. Unternehmen und öffentliche Auftraggeber müssen bei der zukünftigen Vertragsgestaltung besonderes Augenmerk auf die vertraglichen Regelungen zu Abnahme-, Zahlungs- und Verzugsfristen legen, wenn sie Unwirksamkeitsrisiken vermeiden wollen. Existierende AGB sollten auf möglichen Änderungsbedarf hin überprüft werden.

Rechtsanwalt Christoph Siegl

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Direktzahlung des Bauherrn an Bauteillieferant kann kongruente Deckung sein!

Trifft ein zahlungsunfähiger Schuldner mit seinem AG (Bauherrn) und seinem Lieferanten vor der Fälligkeit der nächsten Werklohnrate die Vereinbarung, dass der Kaufpreis für die von dem Lieferanten zu liefernden Bauteile von dem AG vor der Lieferung direkt gezahlt werde, kann in der vom Schuldner veranlassenen Direktzahlung eine kongruente Deckung liegen und der Schuldner trotz erkannter Zahlungsunfähigkeit ohne Benachteiligungsvorsatz handeln.

BGH, Urteil vom 17.07.2014 – IX ZR 240/13

2. Keine Vertragsstrafe bei gestörtem Bauablauf!

- a) Eine Vertragsstrafe ist nicht verwirkt, wenn eine durchgreifende Neuorganisation des Bauablaufs aufgrund von erheblichen Verzögerungen wegen statischen Änderungen und Behinderungen erforderlich wurde.
- b) Für die Verwirkung einer vertraglich vereinbarten Vertragsstrafe spielen fehlende Behinderungsanzeigen keine Rolle.

KG, Urteil vom 08.04.2014 - 27 U 105/13

3. Verjährung der Schlussrechnungsforderung beim VOB-Vertrag

- a) Die Verjährung des Vergütungsanspruchs beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem die Fälligkeit eintritt. Fälligkeit beim VOB-Vertrag tritt ein nach Abnahme, Zugang einer prüfbaren Schlussrechnung und Ablauf der zweimonatigen Prüffrist. Die Fälligkeit kann früher eintreten, wenn die Rechnung bereits vor Fristablauf geprüft und festgestellt wird.
- b) Die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs tritt dann nicht ein, wenn die Schlussrechnung nicht prüfbar ist und der AG die fehlende Prüfbarkeit innerhalb der zweimonatigen Frist rügt. Erfolgt keine entsprechende Rüge, löst auch eine nicht prüfbare Schlussrechnung die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs aus.
- c) Der Einwand des AG, die mit der Schlussrechnung geltend gemachte Forderung sei unberechtigt, stellt keine Rüge der mangelnden Prüfbarkeit dar.

OLG Frankfurt, Urteil vom 20.4.2014 - 6 U 124/13

4. Regiekosten betragen im Regelfall ca. 10-15 % der Mängelbeseitigungskosten

Die Höhe der sog. Regiekosten (insbesondere Architektenkosten) für eine etwaig notwendige Planung bzw. Überwachung der Mängelbesei-

tigung kann im Regelfall gemäß § 249 BGB, § 287 ZPO in Höhe von ca. 10-15 % der Mängelbeseitigungskosten geschätzt werden.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.11.2013 - 22 U 32/13

5. Unwirksamkeit des Baukostenvereinbarungsmodells nach HOAI

a) Die Nichtbeachtung von Vorschriften über die Aufstellung des Haushaltsplans hat nicht zur Folge, dass eine von einem öffentlichen AG in einem Vertrag über Planungs- und Ingenieurleistungen getroffene Honorarvereinbarung wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB nichtig ist.

b) § 6 Abs. 2 HOAI und damit das Baukostenvereinbarungsmodell nach HOAI ist von der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in Art. 10 §§ 1 und 2 MRVG nicht gedeckt und damit unwirksam.

BGH, Urteil vom 24.04.2014 - VII-ZR 164/13

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Vergaberecht

1. Generalunternehmervergabe, Verzicht auf losweise Vergabe: Auf die Begründung kommt es an

a) Leistungen sind grundsätzlich in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Eine Gesamtvergabe ist demgegenüber nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

b) Für die Feststellung, ob die betreffende Leistung ein Fachlos ist, ist insbesondere von Belang, ob sich für die spezielle Leistung ein eigener Anbietermarkt mit spezialisierten Fachunternehmen herausgebildet hat. Die Beurteilung ist dabei nicht statisch anzustellen, sondern muss die aktuellen Marktverhältnisse in den Blick nehmen.

c) Kommt eine losweise Vergabe in Betracht, hat sie grundsätzlich auch zu erfolgen. Eine Gesamtvergabe ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. In diesem Zusammenhang hat sich der öffentliche AG in besonderer Weise mit dem Gebot einer Fachlosvergabe und den dagegen sprechenden Gründen auseinanderzusetzen. Im Rahmen der dem AG obliegenden Entscheidung bedarf es einer umfassenden Abwägung der widerstreitenden Belange, als deren Ergebnis die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden Gründe nicht nur anerkannt sein, sondern überwiegen müssen.

VK Bund, Beschluss vom 09.05.2014 - VK 1-26/14

Aus den Gründen: Nach dem Grundsatz der losweisen Vergabe (§ 97 Abs. 3 GWB) sind Leistungen grundsätzlich in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Eine Gesamtvergabe ist ausnahmsweise und nur dann zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Zur Beantwortung der Frage, ob die betreffende Leistung als Fachlos einzustufen ist, bedarf es der Feststellung, dass sich für diese Leistung ein eigener Anbietermarkt mit spezialisierten Fachunternehmen herausgebildet hat. Kommt danach eine losweise Vergabe in Betracht, hat sie grundsätzlich auch zu erfolgen. Ob wirtschaftliche oder technische Gründe eine Gesamtvergabe erforderlich machen, ist mittels einer umfassenden Abwägung der widerstreitenden Belange festzustellen. Die Vergabekammer stellt dabei heraus, dass die Gründe, die eine Gesamtvergabe rechtfertigen sollen, nicht nur „anerkannt“ sein, sondern die übrigen Belange überwiegen müssen. Die Vergabekammer stellt klar, dass der mit einer Fachlosvergabe allgemein verbundene Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsmehraufwand eine Gesamtvergabe für sich allein nicht rechtfertigen kann. Dieser Mehraufwand ist Fachlosvergaben typischerweise immanent und nach dem Zweck des Gesetzes grundsätzlich in Kauf zu nehmen.

Die Vergabekammer des Bundes stellt zwar hohe Anforderungen an die Rechtfertigung ei-

ner Gesamtvergabe des Auftrags. Es ist aber der Maßstab der rechtlichen Kontrolle beschränkt: Die Entscheidung des AG ist von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur daraufhin zu überprüfen, ob sie auf einer vollständigen und zutreffenden Sachverhaltsermittlung beruht. Der öffentliche AG ist nicht verpflichtet, Ausschreibungen so zuzuschneiden, dass sich bestimmte Unternehmen daran beteiligen können.

Die Frage der Generalunternehmervergabe vs. Einzelgewerkvergabe war auch Gegenstand des Vortrags von Rechtsanwalt Dr. Falk auf dem Kongress „Die Klinikimmobilie der nächsten Generation“, 2013 in Frankfurt/M.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. Nachtragsbeauftragung kann unzulässige Direktvergabe sein

a) Die Erteilung eines Auftrags über Nachtragsleistungen unmittelbar an den bisherigen AN ohne Beteiligung anderer Unternehmen am Vergabeverfahren kann eine unzulässige Direktvergabe darstellen, die die Nichtigkeit des Vertrags über die Nachtragsleistung zur Folge hat.

b) Die Regelungen des § 3 EG Abs. 5 VOB/A, wonach ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein kann, sind eng auszulegen.

VK Bund, Beschluss vom 07.07.2014 - VK 2-47/14

Bei einem komplexen Bauvorhaben, das insbesondere Arbeiten zur Niveauveränderung eines Kellers unter Erhaltung des historischen Gewölbes zum Gegenstand hatte, stellten sich Setzungserscheinungen ein. Deshalb stellte der ursprüngliche AN seine Leistungen ein, worüber es zum Streit mit dem AG und zur Kündigung des Vertrags kam. Anschließend beauftragte der AG ein anderes Unternehmen, das bereits mit Arbeiten in unmittelbarer Nähe des Gewölbes befasst war, mit diesen Leistungen. Allerdings veränderte der AG im weiteren Verlauf seine Planung und bestimmte, dass

das Gewölbe – als eine von fünf möglichen Varianten – abgerissen und neu errichtet werden sollte; über die Abbruchleistungen hinsichtlich des Gewölbes erteilte der AG dem neuen AN einen Auftrag als Nachtragsleistung.

Der ursprüngliche AN rügte die Vergabe dieser Nachtragsleistung als unzulässige Direktvergabe, weil die Leistungen hätten ausgeschrieben werden müssen. Deshalb sei die Nachtragsvereinbarung gemäß § 101 b Abs. 1 GWB nichtig. Dieser Auffassung folgt die Vergabekammer (VK) Bund, gibt dem Vergabenachprüfungsantrag des ursprünglichen AN statt und erklärt die Vereinbarung über die Nachtragsleistungen für unwirksam.

Die Vergabekammer verwirft die Begründung, auf die der AG die Vergabe des Auftrags direkt an ein Unternehmen stützt. Vertieft setzt sich die Vergabekammer mit dem Argument des AG auseinander, die Nachtragsleistung sei im ursprünglichen Hauptvertrag mit dem (neuen) AN nicht enthalten gewesen, wegen eines unvorhersehbaren Ereignisses zur Ausführung der in diesem Vertrag beschriebenen Leistung aber erforderlich. Die nachträglich beauftragten Leistungen könnten – so die Darstellung des AG – auch nicht ohne wesentliche Nachteile für den AG vom ursprünglichen Auftrag getrennt werden bzw. sie seien für die Vollendung der ursprünglichen Leistung unbedingt erforderlich (so die Voraussetzungen des § 3 EG Abs. 5 S. 1 Nr. 5 VOB/A).

Die Vergabekammer betont in ihrem Beschluss mehrfach und zu verschiedenen Tatbeständen des § 3 EG Abs. 5 VOB/A, dass es sich um eine Ausnahmeregelung handle, die entgegen dem Regelfall die Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung zulasse. Deshalb sei sie eng auszulegen. Der AG müsse im Streitfall darlegen und beweisen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm vorliegen und allein der Vorauftragnehmer im Wege eines Nachtrags für den Auftrag in Frage kommt.

Im vorliegenden Fall scheiterte die Anwendung des § 3 EG Abs. 5 S. 1 Nr. 5 VOB/A schon daran, dass das Erfordernis der als Nachtrag beauftragten Leistungen nicht auf einem unvorhergesehenen Ereignis beruhte, sondern auf einer bewussten Entscheidung des AG,

der seine Planung änderte und dabei unter fünf Varianten die letztlich umgesetzte auswählte. Dabei habe es sich um eine Bedarfsänderung gehandelt, die von § 3 EG Abs. 5 S. 1 Nr. 5 VOB/A generell nicht erfasst werde. Darüber hinaus sprach die ursprünglich losweise Vergabe von Leistungen an mehrere AN dagegen, dass die Nachtragsleistung tatsächlich technisch untrennbar mit dem Hauptauftrag des neuen AN verbunden war. Das mündet in dem plastischen Satz der Vergabekammer: „Was vorher trennbar war, kann auch weiterhin getrennt vergeben werden“. Etwaige Vorteile für einen AG, die Leistungen aus einer Hand zu erhalten – wie beispielsweise das Wegfallen von Schnittstellen und von Abgrenzungsschwierigkeiten der Mängelhaftung – seien unbeachtlich, denn diese Nachteile müssten wegen des grundsätzlichen Gebots der losweisen Vergabe von Auftraggebern in der Regel hingenommen werden. Jedenfalls dürfe die Ausnahmeregelung des § 3 EG Abs. 5 S. 1 Nr. 5 VOB/A nicht dazu führen, im Nachhinein eine Gesamtvergabe zu rechtfertigen.

Die Vergabekammer folgt dem AG auch nicht darin, dass wegen der Dringlichkeit der Leistung aus zwingenden Gründen die in einem Vergabeverfahren mit öffentlicher Vergabebekanntmachung vorgeschriebenen Fristen infolge eines unvorhergesehenen Ereignisses nicht eingehalten werden konnten (§ 3 EG Abs. 5 S. 1 Nr. 4 VOB/A). Dringlichkeit in diesem Sinn liege nämlich nur vor, wenn eine gravierende Beeinträchtigung für die Allgemeinheit und die staatliche Aufgabenerfüllung drohe, also ein hohes Rechtsgut betroffen sei und das unvorhergesehene Ereignis auch nicht durch Fristverkürzungen im Vergabeverfahren kompensiert werden könne. Allein wirtschaftliche Überlegungen – beispielsweise die Verzögerung des Bauablaufs – reichten demnach nicht aus.

Die Entscheidung der VK Bund erging zu der aktuellen Fassung des § 3 EG Abs. 5 VOB/A, der auf europarechtlichen Vorgaben beruht und zu der es bislang kaum Entscheidungen von Vergabenachprüfungsinstanzen gibt. Diese europarechtlichen Normen wurden durch die Richtlinie 2014/24/EU zwischenzeitlich grundlegend neu gefasst, die bis zum April 2016 in deutsches Recht umgesetzt werden muss.

Bis zur Umsetzung dieser Neuregelungen müssen Auftraggeber aber beachten, die Beauftragung von Nachtragsleistungen gut und rechtssicher unter Berücksichtigung der Vorgaben des aktuellen § 3 EG Abs. 5 VOB/A zu begründen und zu dokumentieren. Andernfalls droht das Verdikt der Nichtigkeit der Nachtragsvereinbarung, die gegebenenfalls sogar rückabgewickelt werden muss.

Rechtsanwalt Martin vom Brocke
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

IV. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Vollstreckung aus nichtigem Vergabekammer-Beschluss?

- a) Auch gegen Entscheidungen der Vergabekammern im Vollstreckungsverfahren ist die sofortige Beschwerde nach § 116 Abs. 1 GWB statthaft.
- b) Ein einer Zwangsgeldandrohung zu Grunde liegender Beschluss der Vergabekammer ist nach § 44 Abs. 1 NWVwVfG insoweit nichtig, wenn er dem öffentlichen AG im Tenor aufgibt, umgehend mit einer Vergabebekanntmachung ein förmliches Vergabeverfahren zu beginnen. Dies steht im Widerspruch zur Bestimmungsfreiheit des öffentlichen AG und stellt eine gravierende Kompetenzüberschreitung der Vergabekammer dar.
- c) Jegliche vorbeugende, nicht in einem Vergabeverfahren ergehende und auf ein künftiges Beschaffungsverhalten des öffentlichen AG gerichtete Entscheidung ist sowohl den Vergabekammern als auch den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte untersagt.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.03.2014 - VII-Verg 11/14

2. Einrechnung der Baustellengemeinkosten in die Baustelleneinrichtung

- a) Sofern die Auslegung des Leistungsverzeichnisses dies zulässt, können die Baustellengemeinkosten in die Baustellenein-

richtung eingerechnet werden. Hiervon ist beispielsweise auszugehen, wenn die Position "Baustelle einrichten" auch die Kosten für Vorhalten, Unterhalten und Betreiben der Geräte und Einrichtungen umfasst.

- b) Enthalten die Vergabeunterlagen keine eindeutige anderweitige Kalkulationsvorgabe, darf ein Bieter auch die Lohnkosten des Baustellenleiters und untergeordnete Lohnanteile in die Baustelleneinrichtung einrechnen.

VK Südbayern, Beschluss vom 27.05.2014 - Z3-3-3194-1-10-03/14

3. Rüge auch bei Vergaberechtsverstößen unterhalb der Schwellenwerte erforderlich

- a) Ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit entsprechenden wechselseitigen Rechtspflichten wird dann begründet, wenn ein öffentlicher AG den Beschaffungsbedarf förmlich ausschreibt.
- b) Der Bieter ist auch dann verpflichtet, erkannte vergaberechtliche Verstöße rechtzeitig zu rügen, sofern es sich um ein Vergabeverfahren unterhalb der EU-Auftragsschwellenwerte handelt.

LG Bielefeld, Urteil vom 27.02.2014 – 1 O 23/14

4. Anforderungen an die Dokumentation hängen vom geschätzten Auftragswert ab

- a) Die Anforderungen an die Dokumentation hängen von der Nähe des geschätzten Auftragswerts zum Schwellenwert ab.
- b) Reicht der geschätzte Auftragswert nahe an den Schwellenwert heran, muss der Auftraggeber die Schätzung einschließlich der Methode dokumentieren.
- c) Von der Dokumentationspflicht sind auch seine Überlegungen und die kritische Prü-

fung, ob die verwendete Methode zu richtigen Ergebnissen führt, umfasst.

VK Bund, Beschluss vom 27.05.2014 – VK 2-31/14

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

V. Immobilienrecht

Begrenzung des Schadensersatzes beim Grundstückskauf und unverhältnismäßig hohen Mängelbeseitigungskosten

a) Bei unverhältnismäßig hohen Mängelbeseitigungskosten kann der Grundstücks Käufer vom Verkäufer nur Ersatz des mangelbedingten Minderwerts verlangen.

b) Ob die Mängelbeseitigungskosten unverhältnismäßig sind, ist durch Würdigung der Umstände des Einzelfalls festzustellen. Anhaltspunkte für die Unverhältnismäßigkeit bestehen, wenn die Mängelbeseitigungskosten den Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand oder 200 % des mangelbedingten Minderwerts übersteigen.

BGH, Urteil vom 04.04.2014 - V ZR 275/12

Die Klägerin kaufte von den Beklagten ein Grundstück mit einem Mietshaus für € 260.000,00. Im Kaufvertrag garantierten die Beklagten u. a., dass das Haus nicht mit Hausschwamm befallen ist. Nach der Übergabe wurde Hausschwamm festgestellt. Der Zeitwert des Grundstücks mit Schwammbefall liegt bei rund € 500.000,00, ohne Schwammbefall bei ca. € 600.000,00. Der mangelbedingte Minderwert beträgt also € 100.000,00. Die Klägerin begehrt von den Beklagten Schadensersatz für Aufwendungen zur Beseitigung des Hausschwammbefalls i.H.v. € 640.000,00.

Der Bundesgerichtshof spricht der Klägerin die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich zu. Bei der Höhe ergeben sich Bedenken an der Verhältnismäßigkeit. So gibt es zwar keine Grenzwerte, wann bei Grundstückskaufverträgen Unverhältnismäßigkeit des mangelbedingten Schadensersatzan-

spruches vorliegt. Die Grenze zur Unverhältnismäßigkeit wird auch nicht durch den Kaufpreis gebildet. Es liegen aber Anhaltspunkte für die Unverhältnismäßigkeit vor, wenn die Kosten für die Beseitigung der Mängel entweder den Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand (hier € 600.000,00) oder 200 % des mangelbedingten Minderwerts (hier € 200.000,00) übersteigen. Liegt Unverhältnismäßigkeit vor, ist der Schadensersatzanspruch zum Schutz des Verkäufers auf den mangelbedingten Minderwert beschränkt.

Das Urteil lässt offen, ob im vorliegenden Fall Unverhältnismäßigkeit vorliegt. Das muss die Vorinstanz klären. Vieles spricht für die Unverhältnismäßigkeit. Mit € 640.000,00 übersteigen die Mängelbeseitigungskosten den Wert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand (€ 600.000,00) um € 40.000,00 und das Doppelte des mangelbedingten Minderwerts (200 % von € 100.000,00 = € 200.000,00) sogar um € 440.000,00. Begrenzt man den Schadensersatzanspruch auf den mangelbedingten Minderwert der Immobilie, kann die Klägerin nur € 100.000,00 verlangen.

Rechtsanwalt Dr. Hartwig Schäfer
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

VI. Mietrecht

Mieterhöhung durch Grundstückskäufer bereits vor Eigentumsumschreibung

a) Der Käufer einer vermieteten Wohnung kann vom Verkäufer ermächtigt werden, schon vor Eigentumsumschreibung im Grundbuch und des damit verbundenen Eintritts des Käufers in die Vermieterstellung (§ 566 Abs. 1 BGB) im eigenen Namen ein Mieterhöhungsverlangen gemäß § 558 a BGB zu stellen.

b) Dabei hängt die Wirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens nicht davon ab, dass die Ermächtigung offen gelegt wurde.

BGH Urteil vom 19.03.2014 - VIII ZR 203/13

Mit notariellem Kaufvertrag vom 16.03.2006 wurde der Grundbesitz mit wirtschaftlicher Wirkung zum 01.01.2006 („Eintrittsstichtag“) an

die Erwerberin veräußert. Dabei ist unter § 3 Ziffer III. des Vertrages bestimmt, dass die Erwerberin zu diesem Zeitpunkt mit allen Rechten und Pflichten in die Mietverträge eintritt und die Verkäuferin die Miet- und Betriebskostenvorauszahlungen, die für die Zeit ab dem Eintrittsstichtag erbracht wurden, an die Erwerberin auskehrt. Ferner wurde die Erwerberin bevollmächtigt, ab sofort bis zum Eigentumsvollzug im Grundbuch den Mietern gegenüber sämtliche mietrechtlichen Erklärungen abzugeben und gegebenenfalls im eigenen Namen erforderliche Prozesse zu führen. Die Eigentumsumschreibung im Grundbuch erfolgte hierauf (erst) am 04.05.2010.

Die Erwerberin erteilte der Mieterin Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2007/2008 und zog die sich hieraus ergebenden Nachforderungen ein. Des Weiteren richtete sie in den Jahren 2006, 2008 und 2009 Mieterhöhungsverlangen an die Mieterin, denen diese jeweils zustimmte. Die Mieterin verlangt aus dieser Zeit € 28.948,00 an Miete- und Betriebskosten von der Erwerberin zurück.

Mit schriftlicher Vereinbarung vom 24.07.2012 trat die Verkäuferin sämtliche Forderungen aus dem Mietverhältnis mit der klagenden Mieterin „vorsorglich“ nochmals an die Erwerberin ab.

Nach dem Urteil des BGH steht der Mieterin kein Anspruch auf Rückzahlung zu. Die Zahlungen wurden deshalb nicht ohne Rechtsgrund geleistet.

Entgegen der Auffassung der klagenden Mieterin sind die für die Jahre 2007 und 2008 erteilten Betriebskostenabrechnungen nicht deshalb unwirksam, weil sie zu einem Zeitpunkt erteilt wurden, als die Erwerberin noch nicht im Grundbuch eingetragen worden war; hier gilt vielmehr allgemein, dass der Vermieter die Abrechnung von Betriebskosten nicht persönlich vornehmen muss, sondern sich dafür auch Hilfspersonen oder Dritter bedienen kann. In dem vorliegenden Fall oblag es der Erwerberin aufgrund des Kaufvertrages ab dem Eintrittsstichtag die fälligen Betriebskostenabrechnungen zu erstellen. Dementsprechend steht der klagenden Mieterin auch bezüglich der Nachzahlung die sie auf die Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2007 und 2008 geleistet hat, kein Rückforderungsanspruch zu.

Ebenfalls steht der Klägerin auch bezüglich der Beträge, die sie in den Jahren 2006, 2008 und 2009 aufgrund der vereinbarten Mieterhö-

hungen geleistet hat, nach dem Urteil des BGH kein Rückforderungsanspruch zu. Auch diese Zahlungen sind mit Rechtsgrund erfolgt. Die zwischen den Parteien zur Mietanpassung getroffenen Vereinbarungen sind nicht deshalb unwirksam, weil die Erwerberin nicht berechtigt gewesen wäre im eigenen Namen die Zustimmung zu der jeweils verlangten Mieterhöhung zu begehren.

Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Rechtsinhaber einen Dritten zur Geltendmachung eines unselbständigen Gestaltungsrechts im eigenen Namen ermächtigen. Die gesetzliche Regelung des § 566 BGB steht einer solchen rechtsgeschäftlich erteilten Ermächtigung nicht entgegen. § 566 BGB ordnet für den Fall der Veräußerung vermieteten Eigentums an, dass der Erwerber für die Dauer seines Eigentums in die Vermieterstellung einrückt. Dies schließt es nicht aus, dass der bisherige Vermieter schon zu einem früheren Zeitpunkt (also vor Eigentumsumschreibung im Grundbuch) Ansprüche aus den Mietverhältnissen abtritt oder einem Erwerber eine Ermächtigung zur Geltendmachung im eigenen Namen erteilt.

Schließlich erfordern nach der Entscheidung des BGH auch Gesichtspunkte des Mieterschutzes keine abweichende Beurteilung. So muss der Erwerber auch nicht die von Seiten des Verkäufers im Kaufvertrag erteilte Ermächtigung gegenüber dem Mieter offen legen. Es kann nicht nur durch das Erfordernis einer Offenlegung der Ermächtigung eine doppelte Inanspruchnahme des Mieters vermieden werden. Insoweit reicht es aus, dass der Mieter, der aus dem Mietvertrag von einer Dritten Person (hier dem Erwerber) in Anspruch genommen wird, das Recht hat sich zunächst dessen Berechtigung nachweisen zu lassen, so insbesondere wenn er Zweifel daran hat ob eine Vollmacht bzw. eine Ermächtigung vorliegt oder auch ein Rechtsübergang nach § 566 BGB stattgefunden hat.

Das Vorliegende gibt Anlass noch einmal zwischen Ermächtigung, Vollmacht und Abtretung zu unterscheiden:

Bei der Ermächtigung handelt der Erwerber im eigenen Namen; dass eine Ermächtigungserteilung vor dem Übergang des Eigentums möglich ist, ist unbestritten.

Bei der Erteilung einer Vollmacht spricht der Käufer die Willenserklärung im Namen des

Verkäufers aus; insbesondere im Falle des Ausspruches einer Kündigung ist die Vorlage einer Vollmacht notwendig.

Die Zulässigkeit der Abtretung in Bezug auf die Gestaltungsrechte aus dem Mietverhältnis ist streitig, für den vorliegenden Fall jedoch nicht relevant, da die Formulierung im Kaufvertrag „*alle Rechte und Pflichten gehen auf den Erwerber über*“ von der Rechtsprechung als umfassende Ermächtigung und Abtretung aller abtretbaren Ansprüche ausgelegt wird.

Wie vorstehend ausgeführt reicht zur Abrechnung bzw. zur Geltendmachung von Nachforderungen aus Betriebskostenabrechnungen eine Ermächtigung aus. Dies gilt ebenfalls für die Geltendmachung von Mieterhöhungsverlangen.

Ob das Kündigungsrecht wirksam an die Erwerberin vor Eigentumsumschreibung abgetreten werden kann, ist in der Rechtsprechung umstritten. Nach einer Entscheidung des BGH ist dies jedenfalls für gewerbliche Mietverträge zuzulassen, weil gewerbliche Mietverträge in geringerem Maße als Wohnungsmietverträge ein besonderes Vertrauensverhältnis erfordern (BGH NJW 1998 896; NJW 2002, 3389) Zu unterscheiden hiervon ist die Eigenbedarfskündigung im Wohnraum-Mietrecht. Hier muss der Erwerber die Eigentumsumschreibung abwarten und dann selbst kündigen.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

VII. IT-Recht

Darlegung von Mängeln: Genaue Bezeichnung der Mangelerscheinung genügt!

a) Der Besteller genügt seiner Darlegungslast, wenn er Mangelerscheinungen, die er der fehlerhaften Leistung des Unternehmers zuordnet, genau bezeichnet. Zu den Ursachen der Mangelerscheinung muss der Besteller nicht vortragen.

b) Mit der vorbehaltlosen Zahlung einer Rechnung und der Abgabe einer die Dokumentation betreffenden Übernahmeerklärung wird die Leistung jedenfalls dann nicht (konkludent) abgenommen, wenn sie noch nicht voll funktionsfähig ist.

BGH, Urteil vom 05.06.2014 - VII ZR 276/13

Die Klägerin handelt mit Möbeln und Möbelzubehör. Sie bietet ihre Waren auch über verschiedene Online-Shops an. Die Beklagte ist ein EDV-Handels- und Softwareentwicklungsunternehmen, welches auf den Einbau und die kundenspezifische Anpassung des Warenwirtschaftssystems „B.“ spezialisiert ist. Die Parteien einigten sich im Juni 2008, dass die Beklagte verpflichtet ist, gegen Zahlung von netto € 22.141,00 ihre „B.“ zu installieren und einzurichten, insbesondere eine Anbindung ihrer Software an von der Klägerin genutzte Online-Shops herbeizuführen. Zur Finanzierung des Vertrages bediente sich die Klägerin eines Leasingunternehmens, das Vertragspartner der Beklagten wurde und die Leistungen der Beklagten der Klägerin zur Nutzung überließ. Die Leasinggeberin trat sämtliche Rechte aus dem Vertrag an die Klägerin ab. Die Beklagte lieferte ihre Software im August 2008 und stellte ihre Rechnung. Der Leasinggeberin teilte die Klägerin mit, sie habe die Leistungen der Beklagten „fabrikneu, vollständig, ordnungsgemäß, funktionstüchtig und der Beschreibung im Vertrag gemäß, sowie ... allen getroffenen Vereinbarungen entsprechend übernommen“. Zu diesem Zeitpunkt war die von der Beklagten gelieferte Software nicht bzw. nicht vollständig funktionstüchtig, was den Parteien bekannt war. Die Rechnungssumme wurde von der Leasinggeberin mittels eines Schecks, den die Beklagte einlöste, beglichen. In der Folgezeit stritten die Parteien darüber, ob die Beklagte ihren Pflichten nachgekommen war, insbesondere ob die Schnittstellen zu den Online-Portalen funktionierten. Im August 2009 erklärte die Klägerin den Rücktritt vom Vertrag. Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Beklagte auf Rückabwicklung des Vertrags, d.h. auf Zahlung von € 26.347,79 nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Rückgabe der implementierten Software in Anspruch genommen.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass der Klägerin kein Anspruch aus § 634 Nr. 3, §§ 323, 346 BGB zustehe, da die Klägerin ihrer Darlegungslast hinsichtlich eines Mangels nicht nachgekommen sei. Für das Vorliegen eines Mangels sei die Klägerin darlegungs- und beweispflichtig, da die Leasinggeberin die Leistung der Beklagten abgenommen habe. Die Klägerin habe im Verhältnis zur Leasinggeberin ihre Pflicht verletzt, indem sie trotz der nicht vollständigen Funktionsfähigkeit der

Software der Leasinggeberin die Ordnungsgemäßheit der Leistung mitgeteilt habe. Da sich die Leasinggeberin das Verhalten der Klägerin zurechnen lassen müsse, sei in der Zahlung des Preises in Verbindung mit der uneingeschränkten Übernahmebestätigung der Klägerin die Abnahmeerklärung zu sehen. Die Klägerin habe auf dieser Grundlage im Einzelnen vortragen müssen, was zwischen den Parteien hinsichtlich der zu erbringenden Software vereinbart worden sei und welche vereinbarte Funktion nicht durchgeführt werden können. Es fehle an der Darlegung des Vertragsinhalts, einer Abgrenzung zu Anpassungsarbeiten und zu den Auswirkungen des Providerwechsels.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Prüfung des BGH nicht stand. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe einen Mangel nicht hinreichend vorgetragen, ist von Rechtsfehlern beeinflusst:

Zwar geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, dass der Vertrag der Parteien als Werkvertrag einzuordnen ist. Vertragsgegenstand war die Anpassung der Software der Beklagten an die Bedürfnisse der Klägerin und die Schaffung von Schnittstellen zu den Online-Shops. Damit schuldete die Beklagte die Herbeiführung des vertraglich vereinbarten Erfolgs als Ergebnis einer individuellen Tätigkeit für die Klägerin (vgl. BGH, Urteil vom 25.03.2010 – VII ZR 224/08). Nach Auffassung des BGH hat jedoch das Berufungsgericht die Anforderungen an die schlüssige Darlegung eines Mangels nach Abnahme der Werkleistung überspannt. Der Besteller genügt seiner Darlegungslast, wenn er Mangelerscheinungen, die er der fehlerhaften Leistungen des Unternehmers zuordnet, genau bezeichnet. Zu den Ursachen der Mangelerscheinung muss der Besteller nicht vortragen. Ob die Ursachen der Mangelerscheinung tatsächlich in einer vertragswidrigen Beschaffenheit der Leistung des Unternehmens zu suchen sind, ist Gegenstand des Beweises und nicht des Sachvortrags (BGH, Urteil vom 17.01.2002 – VII ZR 488/00).

Der Sachvortrag der Klägerin entspricht diesen Anforderungen. Die Klägerin hat von Beginn des Rechtsstreits an vorgetragen, dass die

Beklagte verpflichtet gewesen sei, die Schnittstellen zu den Online-Portalen herzustellen und diese Schnittstellen hätten nicht funktioniert, d.h. ein automatischer Datenaustausch habe nicht stattgefunden. Das installierte System sei durchgehend nicht funktionsfähig gewesen.

Darüber hinaus kann nach den bisherigen Feststellungen weder von einer ausdrücklichen noch von einer konkludenten Abnahme des Werkes der Beklagten ausgegangen werden. Zum Zeitpunkt der Übernahmeerklärung war das Werk nicht bzw. nicht vollständig funktionsstüchtig, weil insbesondere Schnittstellen zu den Online-Portalen noch hergestellt werden mussten. Aufgrund der Bedeutung dieser Schnittstellen konnte die Beklagte nicht davon ausgehen, dass im Verhalten der Klägerin oder der Leasinggeberin eine Billigung ihres Werks als im Wesentlichen vertragsgerecht zu sehen war. Die Übernahmeerklärung hatte vielmehr allein den Zweck, die körperliche Übergabe der Software im einwandfreien Zustand zu dokumentieren. Für die Frage der Abnahme kommt es auch nicht darauf an, ob die Klägerin mit der Übernahmeerklärung gegen ihre Pflichten gegenüber der Leasinggeberin verstoßen habe.

Rechtsanwältin Lisa Scheibli

VIII. Verwaltungsrecht

Werbeanlage im Luftraum über öffentlicher Straße

Eine Gemeinde darf sich weigern, das zivilrechtliche Einverständnis mit einer Inanspruchnahme des Luftraums über einer ihr gehörenden öffentlichen Straße durch eine Werbeanlage zu erteilen. In diesem Fall mangelt es einem Bauantrag für die Werbeanlage an dem erforderlichen Sachbescheidungsinteresse.

VG Köln, Urteil vom 06.08.2013 - 2 K 4151/12

Der Entscheidung des Verwaltungsgerichts (VG) Köln lag die Klage eines Unternehmens zugrunde, das eine Baugenehmigung für eine Fremdwerbeanlage an der Außenwand eines Gebäudes begehrte. Die Werbeanlage sollte

auf einer Fläche von etwa 0,1 m² über die Flurstücksgrenze hinausragen. Jenseits der Grenze befand sich der Gehweg einer öffentlichen Straße. Diese gehörte der beklagten Stadt. Die Stadt wendete gegen das Vorhaben ein, dass sie als Eigentümerin nicht mit einer Inanspruchnahme des Luftraums über ihrem Grundstück einverstanden sei.

Das VG wies die Verpflichtungsklage ab. Zur Begründung führte es aus, dass es dem Bauantrag aufgrund des fehlenden Einverständnisses der Stadt an dem erforderlichen Sachbescheidungsinteresse fehle. Das ergebe sich daraus, dass der Ausnutzung der erstrebten Genehmigung ein nicht ausräumbares Hindernis entgegenstehe. Es sei nicht rechtsmissbräuchlich oder aus anderen Gründen unzulässig, dass die Stadt ihre zivilrechtliche Zustimmung verweigere.

Zwar könne der Eigentümer Einwirkungen in den Luftraum über seinem Grundstück gemäß § 905 S. 2 nicht verbieten, die in solcher Höhe vorgenommen werden, dass er an der Ausschließung kein Interesse hat. Bei Fällen wie dem vorliegenden dürfte aber ein Ausschließungsinteresse des Straßeneigentümers „in aller Regel anzunehmen sein“, um den Luftraum über der Straße, z. B. für Oberleitungen der Straßenbahn, Verkehrszeichen usw., freihalten zu können. Diese Wertung werde auch nicht durch das öffentliche Straßenrecht verdrängt. Denn die Errichtung einer Fremdwerbeanlage gehe regelmäßig über den Gemeingebrauch hinaus, so dass es bei dem zivilrechtlichen Verbotungsrecht nach Maßgabe der §§ 903 ff. BGB verbleibe. Auch der Umstand, dass die Stadt an die Grundrechte und damit auch an den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden sei, führe nicht dazu, dass die Zustimmung rechtswidrig versagt worden sei. Das ergebe sich schon daraus, dass die Stadt in Konstellationen wie der vorliegenden stets ihre Zustimmung verweigert habe.

Dass die Rechtsauffassung des VG Köln richtig ist, ist zu bezweifeln. Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung stellt grundsätzlich jede Werbung, die in die öffentliche Wegefläche hineinragt, aufgrund der potentiellen Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs an der Straße eine straßenrechtliche Sondernutzung dar (OVG Münster, Beschluss vom 14.02.2000

– 11 A 3887/96). Liegt eine derartige Sondernutzung vor, dann richtet sich die Inanspruchnahme des Luftraums über der Straße nicht nach bürgerlichem Recht, wie hier das VG Köln annimmt. Vielmehr hat dann die Stadt die Sondernutzungserlaubnis zu erteilen, wenn ihre Ablehnung unter straßenrechtlichen Gesichtspunkten ermessensfehlerhaft wäre.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

IX. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Sachgrundlos befristeter Arbeitsvertrag mit Betriebsratsmitglied - Anspruch auf Abschluss eines Folgevertrags

Auch die Arbeitsverträge von Betriebsratsmitgliedern können nach Maßgabe des § 14 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) wirksam ohne Sachgrund befristet werden. Die Weigerung des Arbeitgebers, nach Ablauf der Befristung mit dem Betriebsratsmitglied einen Anschlussvertrag abzuschließen, stellt aber eine unzulässige Benachteiligung dar, wenn sie wegen der Betriebsratsmitgliedschaft erfolgt. Das Betriebsratsmitglied hat in einem solchen Fall einen Anspruch auf Abschluss eines Folgevertrags.

Nach § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags auch ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Bis zu dieser Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung zulässig. Wie der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts bereits mit Urteil vom 5. Dezember 2012 (- 7 AZR 698/11 -) entschieden hat, gilt das auch für Betriebsratsmitglieder. Deren Betriebsratsamt steht der Anwendung des TzBfG nicht entgegen. Nach § 78 S. 2 Betriebsverfassungsgesetz dürfen aber Betriebsratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden. Eine hiernach verbotene Benachteiligung liegt vor, wenn dem Betriebsratsmitglied im Anschluss an die Befristung wegen seiner Betriebsratsmitgliedschaft der Abschluss eines Folgevertrags verweigert wird. Das Betriebsratsmitglied hat dann gegen den Arbeit-

geber einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Abschluss eines entsprechenden Vertrags. Im Prozess liegt die Beweislast für eine unzulässige Benachteiligung bei dem Betriebsratsmitglied, das sich darauf beruft. Legt es Indizien dar, die für eine Benachteiligung wegen der Betriebsratsmitgliedschaft sprechen, muss sich der Arbeitgeber hierauf konkret einlassen und die Indizien ggf. entkräften.

Der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts wies - wie bereits das Landesarbeitsgericht - die Befristungskontrollklage sowie die hilfsweise auf Abschluss eines Folgevertrags gerichtete Klage eines Betriebsratsmitglieds ab. Die Klägerin war bei dem beklagten Chemieunternehmen zunächst sachgrundlos befristet eingestellt worden. Danach wurde sie in den Betriebsrat gewählt. Später wurde ihr Vertrag befristet verlängert. Nach dessen Ablauf lehnte die Beklagte den Abschluss eines weiteren Vertrags ab. Die Klägerin sah darin eine unzulässige Benachteiligung wegen ihrer Betriebsratsmitgliedschaft. Die Beklagte bestritt dies. Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Gesamtwürdigung, die Klägerin sei nicht wegen ihrer Betriebsratsmitgliedschaft benachteiligt worden, war nicht zu beanstanden.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25.06.2014 - 7 AZR 847/12 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Gesetzlicher Urlaubsanspruch nach unbezahltem Sonderurlaub

Nach § 1 des Bundesurlaubsgesetzes (BUrlG) hat jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Diese Vorschrift ist nach § 13 Abs. 1 S. 1 und S. 3 BUrlG unabdingbar. Die Entstehung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs erfordert nur den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses und die einmalige Erfüllung der Wartezeit. Das BUrlG bindet den Urlaubsanspruch damit weder an die Erfüllung der Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis noch ordnet es die Kürzung des Urlaubsanspruchs für den Fall des Ruhens des Arbeitsverhältnisses an. Allerdings sehen spezialgesetzliche Regelungen für den Arbeitgeber die Möglichkeit der Kür-

zung des Urlaubs bei Elternzeit (§ 17 Abs. 1 S. 1 BEEG) oder Wehrdienst (§ 4 Abs. 1 S. 1 ArbPISchG) vor. Eine Kürzungsregelung beim Ruhen des Arbeitsverhältnisses während einer Pflegezeit (§§ 3, 4 PflegeZG) findet sich dagegen nicht. Kommt es zum Ruhen des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien, hindert dies grundsätzlich weder das Entstehen des gesetzlichen Urlaubsanspruchs noch ist der Arbeitgeber zur Kürzung des gesetzlichen Urlaubs berechtigt.

Die Klägerin war bei der beklagten Universitätsklinik seit August 2002 als Krankenschwester beschäftigt. Vom 1. Januar 2011 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf des 30. September 2011 hatte sie unbezahlten Sonderurlaub und verlangte danach erfolglos von der Beklagten die Abgeltung von

15 Urlaubstagen aus dem Jahr 2011. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Der von den Parteien vereinbarte Sonderurlaub stand dem Entstehen des gesetzlichen Urlaubsanspruchs zu Beginn des Kalenderjahres 2011 nicht entgegen. Er berechtigte die Beklagte auch nicht zur Kürzung des gesetzlichen Urlaubs.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 6.05.2014 - 9 AZR 678/12 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

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

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -
im September 2014**

Impressum:

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

Verantwortliche Redakteurin: Rechtsanwältin Dr. Susanne Lösch, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg

Druck: Rhein-Neckar-Druck, Karl-Trunzer-Straße 2, 74722 Buchen