

Mandanten-Rundbrief

- September 2015 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	BGH festigt seine harte Linie: Die anders als vereinbart ausgeführte Leistung ist mangelhaft	2
2.	Leistet der Unternehmer mangelhaft und verzögert er die Nachbesserung, trägt er das Risiko für zu teure Maßnahmen	2
3.	BGH zur Gewährleistung: AG muss Umfang der Mängelbeseitigung konkret nachweisen	3
4.	Kein Anspruch auf Mehrvergütung, wenn die Ausführung von zusätzlichen Leistungen nicht angeordnet oder nicht angekündigt ist!	4
5.	Sicherheit trotz Nachfristsetzung nicht auf Sperrkonto eingezahlt: Verlust des Rechtes auf Sicherheit und kein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln!	5
6.	Pflichten des Architekten bei Fliesenverlegung	6
7.	Gewährleistungsdauer beim Vollarchitekturvertrag ohne Abnahme	7
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	8
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	9
IV.	Immobilienrecht	10
	Zum Schadensersatz bei abgesagten Grundstücksgeschäften	10
V.	Leitsätze zum Mietrecht	11
VI.	Verbraucherrecht	12
	Lotterie ohne Risiko? Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen über die Lieferung von Heizöl	12
VII.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. BGH festigt seine harte Linie: Die anders als vereinbart ausgeführte Leistung ist mangelhaft

a) Ein Mangel liegt auch dann vor, wenn eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit nicht zu einer Beeinträchtigung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit des Werks führt.

b) Wirkt sich eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit nicht oder nur in geringem Maße nachteilig aus, kann dies zwar die Prüfung veranlassen, ob Mängelansprüchen des AG der Einwand entgegensteht, der Mängelbeseitigungsaufwand sei unverhältnismäßig. An dem Vorliegen eines Mangels in derartigen Fällen ändert dies allerdings nichts.

BGH, Beschluss vom 30.07.2015 - VII ZR 70/14

Nach dem Mängelhaftungsrecht des BGB und der VOB/B ist für die Frage, ob eine Bauleistung mangelhaft ist, zuerst auf die vertragliche Vereinbarung der Vertragspartner abzustellen (§ 633 Abs. 2 BGB und § 13 Abs. 1 VOB/B nennen die „vereinbarte Beschaffenheit“ als erstes Kriterium, an dem die Frage eines Mangels zu prüfen ist). Das führt immer wieder zu Streit bei Abweichungen des AN in der Bauausführung von der vereinbarten Beschaffenheit, die – aus einer vermeintlich objektiven Sicht – für den AG keine Nachteile, gegebenenfalls sogar Vorteile, mit sich bringen.

In seinem Beschluss vom 30.07.2015 hat der Bundesgerichtshof erneut die Bedeutung der Beschaffenheitsvereinbarung der Vertragsparteien hervorgehoben und erklärt:

- Ein Mangel liegt auch dann vor, wenn eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit nicht zu einer Beeinträchtigung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit des Werks führt.

- Wirkt sich eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit nicht oder nur in geringem Maße nachteilig aus, kann dies zwar die

Prüfung veranlassen, ob Mängelansprüchen des AG der Einwand entgegensteht, der Mängelbeseitigungsaufwand sei unverhältnismäßig. An dem Vorliegen eines Mangels in derartigen Fällen ändert dies allerdings nichts.

- Behauptet der AN, Ursache für die aufgetretenen Mangelsymptome sei allein das Unterlassen einer dem AG obliegenden Nachsandung, liegt darin zugleich die Behauptung, dass die Verwendung eines anderen als des verwendeten Kieses für die Mangelsymptome nicht ursächlich gewesen sei. Geht das Gericht auf diesen Vortrag nicht ein, liegt darin ein Verstoß gegen den Anspruch des AN auf rechtliches Gehör.

Mit dem ersten Leitsatz wird der sogenannte subjektive Mangelbegriff weiter gestärkt. Es kommt für die Annahme eines Mangels nicht darauf an, ob die Abweichung für den AG nachteilig ist oder gar einen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik darstellt.

Mit dem zweiten Leitsatz deutet der BGH zwar eine vermeintliche Abmilderung der „harten Linie“ an, die er beim Mangelbegriff verfolgt. Er spricht an, dass der AN sich gegebenenfalls auf eine Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung berufen kann. Das kann allerdings nur in Einzelfällen gelingen. Rügt z. B. ein AG die Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit bereits während der Erbringung gerade der mangelhaften Leistungen und setzt der AN die Arbeiten unbeirrt fort oder überbaut er die zuvor als mangelhaft gerügten Leistungen, so kann er sich nicht auf die Unverhältnismäßigkeit einer Mängelbeseitigung berufen. Dann muss er gegebenenfalls auch einen sehr hohen Aufwand in Kauf nehmen, um die Mängel (die für den AG objektiv gar keinen nachteiligen Zustand bedingen) zu beseitigen.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. Leistet der Unternehmer mangelhaft und verzögert er die Nachbesserung, trägt er das Risiko für zu teure Maßnahmen

a) Hinsichtlich der Erforderlichkeit von Mängelbeseitigungsmaßnahmen ist auf den

Aufwand und die Kosten abzustellen, die der Besteller bei verständiger Würdigung im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung für erforderlich halten durfte und konnte, wobei es sich insgesamt um vertretbare Maßnahmen der Schadensbeseitigung oder Mängelbeseitigung handeln muss.

b) In diesem Zusammenhang trägt der Unternehmer, der durch die mangelhafte Leistung und die Weigerung der Mängelbeseitigung innerhalb der ihm gesetzten Frist das Risiko gesetzt hat, dass im Rahmen der dann durch den Besteller veranlassten Mängelbeseitigung auch Maßnahmen ergriffen werden, die sich in einer nachträglichen Bewertung als nicht erforderlich erweisen, das sogenannte Einschätzungs- und Prognoserisiko. Damit können auch diejenigen Kosten erstattungsfähig sein, die für einen erfolglosen oder sich später als unverhältnismäßig teuer herausstellenden Versuch aufgewendet wurden.

OLG Hamm, Urteil vom 25.11.2014 - 24 U 64/13

Ein Bauträger wird auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Der Kläger hatte von dem beklagten Bauträger eine Eigentumswohnung erworben, bei der es zu Feuchtigkeitseinbrüchen an der Dachterrasse gekommen war. Auf Basis eines eingeholten Sachverständigengutachtens führte der Kläger nach ergebnislos abgelaufener Fristsetzung selbst Instandsetzungsmaßnahmen durch. Bei Gericht verlangte er u. a. den Ersatz der Kosten für die Beseitigung der Mängel. Erstinstanzlich wurde entschieden, dass der Kläger viel zu umfassend saniert habe (Stichwort „goldene Wasserhähne“). Dadurch habe er gegen seine Schadensminderungspflicht verstoßen.

Das OLG bewertet das anders und hält die Mängelbeseitigungsmaßnahmen für erforderlich. Es stellt auf den Aufwand und die Kosten ab, die der Kläger bei verständiger Würdigung im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung für erforderlich halten durfte und konn-

te. Dabei muss es sich insgesamt um vertretbare Maßnahmen der Schadens- oder Mängelbeseitigung handeln. Der Erstattungsanspruch des Klägers sei erst dann zu reduzieren, wenn er die Grenzen des Aufwandes, den er für erforderlich hält, überschreitet und er seine Drittunternehmer nicht mit der erforderlichen Sorgfalt auswählt. Deshalb sind nach Auffassung des OLG auch diejenigen Kosten erstattungsfähig, die der Kläger für einen erfolglosen oder sich später sogar als unverhältnismäßig teuer herausstellenden Versuch aufgewendet hat.

Ein Unternehmer, der durch die mangelhafte Leistung und mit der Weigerung der Mängelbeseitigung innerhalb der ihm gesetzten Frist bewirkt, dass bei der dann durch den AG selbst veranlassten Mängelbeseitigung auch Maßnahmen ergriffen werden, die sich nachträglich als nicht erforderlich erweisen, trägt das so genannte Einschätzungs- und Prognoserisiko. Es kommt auf die Ex-ante-Betrachtung, d. h. die Sicht des AG vor Durchführung der Mängelbeseitigung an. Der AG muss nicht die „billigste“ Nachbesserungsmethode wählen. Gleichwohl ist es ratsam, wenn der AG die Art und Weise der beauftragten Mängelbeseitigung durch eine sachverständige Beratung begleiten lässt und damit notfalls die Erforderlichkeit der Aufwendungen selbst darlegen und beweisen kann.

Rechtsanwalt Dr. Hartwig Schäfer
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

3. BGH zur Gewährleistung: AG muss Umfang der Mängelbeseitigung konkret nachweisen

Verlangt der AG vom AN Ersatz der von ihm aufgewendeten Mängelbeseitigungskosten, so hat er darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass die durchgeführten Maßnahmen der Mängelbeseitigung dienen.

BGH, Urteil vom 25.06.2015 - VII ZR 220/14

In dem vom BGH zu entscheidenden Fall verlangte der AG vom AN Schadensersatz in Höhe von rund € 183.600,00 wegen Mängeln am Gewerk des AN, die er von einem Drittunternehmer auf Stundenlohnbasis beseitigen ließ.

Im Berufungsverfahren verurteilte das OLG den AN zur Zahlung und kürzte dabei die zu ersetzenden Kosten unter anderem um rund € 6.500,00 mit der Begründung, es handle sich um Sowieso-Kosten bzw. der AG habe nicht dargelegt, dass diese Kosten im Zusammenhang mit der Mängelbeseitigung gestanden hätten. Gegen diese Kürzung wendet sich der AG im Rahmen der Revision mit der Begründung, es seien sämtliche auch nicht für die Mängelbeseitigung objektiv erforderlichen Kosten zu erstatten, sofern der AG nur darauf vertrauen durfte, der Drittunternehmer werde nur die für die Mängelbeseitigung erforderlichen Arbeiten durchführen und in Rechnung stellen.

Die Revision hatte in diesem Punkt keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hielt nach Ansicht des BGH die aberkannten Kosten zu Recht nicht zur Mängelbeseitigung erforderlich. Erforderlich sind nur diejenigen Aufwendungen, welche der AG im Zeitpunkt der Beauftragung des Dritten für angemessen halten durfte, wobei es sich um eine vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handeln muss. Sonstige, weitergehende Baumaßnahmen sind nicht erstattungsfähig. Der AG hat die Erforderlichkeit der Mängelbeseitigung und deren Kosten darzulegen und im Streitfall zu beweisen. Dies gelang dem AG hinsichtlich der vom OLG aberkannten Kosten nicht. Zum Vortrag gehört insoweit eine nachvollziehbare Abrechnung der Mängelbeseitigungsaufwendungen. Der AN muss - insbesondere bei Stundenlohnarbeiten - in die Lage versetzt werden, die abgerechneten Arbeiten daraufhin zu überprüfen, ob sie zur Ersatzvornahme erforderlich waren.

Der AG darf zwar grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Drittunternehmer die Mängelbeseitigung zu angemessenen Preisen durchführen wird. Denn der „säumige und nachbesserungsunwillige“ AN trägt insoweit das Risiko eines zu hohen Preises. Es gibt aber keine Vermutung dahingehend, dass stets sämtliche von einem Drittunternehmer im Zuge einer Mängelbeseitigungsmaßnahme durchgeführten Arbeiten ausschließlich der Mängelbeseitigung dienen. Demzufolge besteht auch kein schützenswertes Vertrauen des AG darauf, der Drittunternehmer werde nur Arbeiten durchführen, die der Mängelbeseitigung dienen. Es ist somit zwischen der Erforderlichkeit der Mängelbeseitigungsmaßnahmen und der Erforder-

lichkeit der mit diesen Maßnahmen verbundenen Aufwendungen (Kosten) zu differenzieren.

Die Entscheidung des BGH betrifft einen wichtigen Aspekt in Gewährleistungsprozessen, der so zwar nicht neu ist, aber in der Praxis gerne übersehen wird. Der AN, der seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung nicht nachgekommen ist, trägt das Risiko überhöhter Drittunternehmerkosten und einer zu aufwändigen, aber noch vertretbaren Sanierung durch den Dritten. Er hat aber nicht auch die Kosten von zusätzlichen Bauleistungen zu tragen, die mit der Mängelbeseitigung nicht im Zusammenhang stehen. Das Bestehen dieses Zusammenhanges hat der AG darzulegen und gegebenenfalls nachzuweisen.

Rechtsanwalt Thilo Braun

4. Kein Anspruch auf Mehrvergütung, wenn die Ausführung von zusätzlichen Leistungen nicht angeordnet oder nicht angekündigt ist!

a) Die unterlassene Ankündigung der Ausführung zusätzlicher Leistungen führt zum Verlust der Mehrvergütung gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B. Die Ankündigung ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn sie nicht den berechtigten Schutzinteressen des AG dient und ihre Versäumung entschuldigt ist.

b) Bei einem Vergütungsanspruch aus § 2 Abs. 8 VOB/B ist der AN dafür darlegungs- und beweisbelastet, dass die Ausführung der zusätzlichen Leistung dem mutmaßlichen Willen des AG entspricht.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.11.2014 - 22 U 37/14

Der AN begehrt für technisch zwingend notwendige Vermessungsarbeiten eine Nachtragsvergütung i. H. v. € 4.000,00. Die Vermessungsarbeiten waren im Vertrag nicht vorgesehen. Eine Anordnung durch den AG zur Ausführung der Arbeiten erfolgte nicht. Der AN führt die Arbeiten ohne vorherige Ankündigung aus und rechnet sie ab. Der AG wendet ein, er habe keinen Nachtrag beauftragt. Er hätte die Leistungen kostenlos ausführen können.

Die Klage des AN hat keinen Erfolg. Der AN hat keinen Anspruch auf Mehrvergütung aus § 2 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B für die zusätzlich ausgeführten Vermessungsarbeiten. Nach § 2 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B hat der AN Anspruch auf besondere Vergütung, wenn er auf Anordnung des AG eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung ausführt und den Mehrvergütungsanspruch ankündigt. Vorliegend scheidet der Nachtragsanspruch sowohl an der fehlenden Anordnung des AG als auch an der fehlenden Ankündigung des AN vor dem Beginn der Arbeiten. Die Ankündigungspflicht ist auch nicht ausnahmsweise entbehrlich. Eine Ausnahme kommt u. a. dann nicht in Betracht, wenn dem AG bei rechtzeitiger Ankündigung preiswertere Alternativen zur Verfügung gestanden hätten. Hier hätte der AG die Leistungen kostenlos durch seine eigenen Mitarbeiter ausführen können. Auch nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 und Nr. 3 VOB/B kann der AN keine Vergütung für die Vermessungsarbeiten verlangen. Hiernach steht dem AN eine Vergütung zu, wenn die Leistungen für die Erfüllung des Vertrages notwendig waren, dem mutmaßlichen Willen des AG entsprachen und ihm unverzüglich angezeigt wurden. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Die Durchführung der Leistungen durch den AN hat nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des AG entsprochen. Der AG hätte bei Anzeige durch den AN die notwendigen Leistungen kostenfrei durchführen können.

Für einen Anspruch auf Mehrvergütung aus § 2 Abs. 6 VOB/B muss der AN eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung vor Ausführung immer ankündigen. Er sollte sich nicht auf Ausnahmen verlassen. Grundsätzlich steht dem AN nach § 2 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B für Leistungen, die er ohne Auftrag ausführt, kein Anspruch auf Mehrvergütung zu. Ein Anspruch besteht nur, wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs. 8 Nr. 2 und Nr. 3 VOB/B erfüllt sind. Hierfür obliegt dem AN die Darlegungs- und Beweispflicht. Er muss den Willen des AG vor Beginn der Ausführung mit zumutbarem Aufwand erforschen. Der Wille des AG ist auch dann zu beachten, wenn das Verhalten des AG unvernünftig oder interessenwidrig erscheint.

Rechtsanwältin Filiz Alcelik

5. Sicherheit trotz Nachfristsetzung nicht auf Sperrkonto eingezahlt: Verlust des Rechtes auf Sicherheit und kein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln!

Wird dem AG erfolglos eine Nachfrist zur Einzahlung des Sicherheitseinbehaltes auf ein Sperrkonto gesetzt, verliert er sein Recht auf Sicherheit. Zudem kann er sich gegenüber dem Auszahlungsanspruch des AN nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln berufen.

LG München I, Urteil vom 14.05.2014 - 24 O 24859/13

Die Parteien sind durch einen Generalunternehmervertrag verbunden. Die Geltung der VOB/B ist vereinbart. Zur Absicherung von Gewährleistungsansprüchen AG hat sich der GU vertraglich zur Stellung von Bürgschaften verpflichtet. Nach Vertragsbeendigung und Schlussrechnungslegung setzt der GU dem AG fruchtlos eine Frist zur Einzahlung des Sicherheitseinbehaltes auf ein Sperrkonto. Der AG wendet Mängel ein und beruft sich auf ein Zurückbehaltungsrecht. Der GU verfolgt die Rückzahlung des vom AG vorgenommenen Sicherheitseinbehaltes im Klagewege weiter.

Mit Erfolg! Das Landgericht verurteilt den AG zur sofortigen Auszahlung des vorgenommenen Sicherheitseinbehaltes an den GU. Der GU-Vertrag enthält keine Anhaltspunkte dahingehend, dass die Verpflichtung zur Einzahlung des Sicherheitseinbehaltes auf ein Sperrkonto gemäß § 17 Abs. 6 Nr. 1 S. 3 VOB/B abbedungen werden sollte. Nach dem fruchtlosen Verstreichen der Frist zur Einzahlung des Sicherheitseinbehaltes auf ein Sperrkonto hat der AG sein Recht auf Sicherheit verloren. Der AG kann sich gegenüber dem Auszahlungsanspruch des GU aus § 17 Abs. 6 Nr. 3 Satz 2 VOB/B nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln berufen. Ein AG, der gegen die Vorschrift des § 17 Abs. 6 Nr. 1 S. 3 VOB/B verstößt, verhält sich in doppelter Weise vertragsbrüchig. Erstens hat er den Gewährleistungseinbehalt nicht auf ein Sperrkonto eingezahlt. Zweitens hat er die ihm gesetzte Nachfrist fruchtlos verstreichen lassen. Die Vorschrift in § 17 Abs. 6 Nr. 3 S. 2 VOB/B soll ein derartiges Auftraggeberverhalten sanktio-

nieren. Der Sanktionscharakter dieser Regelung lässt sich auch daraus entnehmen, dass der AN fortan keine Sicherheit mehr zu leisten braucht. Dem Strafzweck würde es entgegenstehen, wenn der AG gegen den „sofortigen“ Auszahlungsanspruch des AN Zurückbehaltungsrechte geltend machen könnte. Dies gilt unabhängig davon, ob Mängelbeseitigungsansprüche des AG bereits bestehen. Der AG müsste sonst aufgrund der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes den zunächst als Gewährleistungssicherheit einbehaltenen Betrag nicht an den AN auszahlen. Das widerspricht dem Sinn und Zweck des § 17 Abs. 6 Nr. 3 S. 2 VOB/B.

Die Rechtsfrage, ob der AG dem Auszahlungsanspruch des AN ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln entgegenhalten kann, wenn er den Sicherheitseinbehalt trotz Nachfristsetzung vertragswidrig nicht auf ein Sperrkonto eingezahlt hat, wird in der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet (dafür: OLG Dresden, NJW-RR 2001, 1598; KG BauR 2003, 728; dagegen: LG Berlin, BauR 2002, 969; OLG Celle, IBR 2003, 196). Aufgrund dieser unsicheren Rechtslage ist dem AG zu raten, die Verpflichtung zur Einzahlung des Sicherheitseinbehaltes auf ein Sperrkonto vertraglich auszuschließen. Soweit das nicht möglich ist, ist der Sicherheitseinbehalt rechtzeitig auf ein Sperrkonto einzuzahlen.

Rechtsanwalt Torsten Boekhoff

6. Pflichten des Architekten bei Fliesenverlegung

Einem Architekten müssen die Aspekte der hinreichenden Austrocknung einer Betonsohle und die Notwendigkeit der Überprüfung der Belegreife vor der Fliesenverlegung bekannt sein. Das folgt schon daraus, dass es sich hierbei um einen kritischen Bauabschnitt handelt, weil es häufig zu erheblichen Schäden kommt, wenn Fliesen zu früh verlegt werden. Hierdurch werden dem Architekten keine Spezialkenntnisse abverlangt, die von ihm grundsätzlich nicht zu erwarten sind. Vielmehr handelt es sich um allgemein gültige Grundsätze hinsichtlich der Anforderungen an die Bodenbeschaffenheit vor der Fliesenverlegung, die auch

Eingang in anerkannte Richtlinien gefunden haben.

OLG Hamm, Urteil vom 10.06.2014 - 24 U 1/13

Ein Architekt ist mit der Planung und Bauüberwachung eines Testcenters der Klägerin beauftragt. Vorgesehen ist u. a. die Verlegung eines keramischen Fliesenbelages. Bei diesem Belag soll eine Trennschicht zwischen der Betonsohle und dem Verlegemörtel eingebaut werden. Auf Vorschlag des Bauunternehmens, das die Arbeiten ausführt, wurde der Belag im so genannten Verbundverfahren ohne Trennschicht etwa 1,5 Monate nach dem Einbringen der Betonsohle verlegt. Zwei Jahre später treten Hohllagen, Abplatzungen und Risse auf. Einem Gutachten zufolge beruhen diese Mängel auf einem fehlenden Haftverbund zwischen Betonsohle und Verlegemörtel sowie einer fehlenden Haftbrücke. Außerdem hätte die Betonsohle erst nach sechs Monaten belegt werden dürfen. Gerichtlich verlangt die Klägerin vom Architekten Ersatz der Mängelbeseitigungskosten und erhält in erster Instanz Recht. Hiergegen legt der beklagte Architekt Berufung ein. Im Ergebnis ohne Erfolg.

Nach Auffassung des OLG muss ein Architekt eine Planung vorlegen, die zu einer dauerhaft gebrauchstauglichen Werkleistung führt. Bei der Objektüberwachung muss er wichtige Baumaßnahmen mit erhöhter Aufmerksamkeit verfolgen. Die Voraussetzungen der hinreichenden Austrocknung einer Betonsohle und die Notwendigkeit der Prüfung der Belegreife vor der Fliesenverlegung muss er kennen. Denn die Verlegung ist (immer) ein kritischer Bauabschnitt, weil das zu frühe Verlegen häufig zu Schäden führen kann. Damit werden dem Architekten keine Spezialkenntnisse abverlangt. Das Versäumnis, sich einen Nachweis der Belegreife vom ausführenden Unternehmen übergeben zu lassen, qualifiziert das OLG als Überwachungsfehler des Architekten. Von der Haftung entbindet den Architekten nicht, dass das ausführende Unternehmen den Vorschlag gemacht hat. Insoweit ist nach Ansicht des OLG kein „überlegenes Wissen“ des Bauunternehmens anzunehmen.

Werden bei einem Bauvorhaben Fliesen verlegt, ist die Gefahr von Mangelerscheinungen groß. Bei der Planung einer Fliesenverlegung

müssen Architekten daher mit besonderer Sorgfalt vorgehen. Ebenso muss die Überwachung der Ausführung intensiv wahrgenommen werden. Bauherren sind demgegenüber in einer vergleichsweise komfortablen Situation. Sie haben mit dem ausführenden Unternehmen und dem Architekten ggf. nicht nur zwei (Gesamt-) Schuldner, sondern sie dürfen auch darauf vertrauen, dass der Architekt von der Planung abweichende Vorschläge der ausführenden Unternehmer richtig einordnen kann.

Rechtsanwalt Dr. Hartwig Schäfer
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

7. Gewährleistungsdauer beim Vollarchitekturvertrag ohne Abnahme

Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche beginnt ohne Abnahme grundsätzlich nicht. Sie kann beginnen, wenn Umstände gegeben sind, nach denen eine Erfüllung des Vertrags nicht mehr in Betracht kommt. Dies ist beim Vollarchitekturvertrag nicht automatisch dann der Fall, wenn seit Fertigstellung des Bauwerks 10 Jahre verstrichen sind.

OLG Brandenburg, Urteil vom 03.12.2014 - 4 U 40/14

Die Bauherrin beauftragte den Architekten im Jahre 1994 mit sämtlichen Leistungsphasen der HOAI zur Errichtung eines Einfamilienhauses. Sie bezog das noch unfertige Haus im Jahre 1995 und leistete noch vor Beginn der Leistungsphase 9 die letzte Teilzahlung auf das Honorar. Der Architekt erbrachte in der Folgezeit nicht sämtliche Grundleistungen der Leistungsphase 9. Von 1997 bis 2011 erbrachte der Architekt jedoch diverse Leistungen wegen Mängeln am Haus.

Im Jahr 2011 wurde ein Insektenbefall am Haus festgestellt. Das von der Bauherrin eingeleitete selbständige Beweisverfahren führte zu dem Ergebnis, dass der Insektenbefall auf Planungs- und Überwachungsfehler des Architekten zurückzuführen war. Die Bauherrin verlangte von dem Architekten Schadensersatz wegen der Mangelbeseitigungskosten. Der Architekt berief sich auf Verjährung.

Das LG Potsdam verurteilte den Architekten zur Zahlung von Schadensersatz, weil die Forderung nicht verjährt sei.

Dieses Urteil hat das OLG Brandenburg bestätigt: Die fünfjährige Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche beginnt grundsätzlich mit einer Abnahme. Eine ausdrückliche Abnahme der Architektenleistungen lag nicht vor. Ebenso war keine konkludente Abnahme festzustellen. Weder konnte der Einzug in das Haus, noch die letzte Teilzahlung des Honorars zu einer Abnahme führen, weil der Architekt zu diesem Zeitpunkt noch nicht sämtliche geschuldeten Leistungen der Leistungsphase 9 erbracht hatte. Aus dem reinen Zeitablauf konnte ebenfalls keine Billigung der Arbeiten als im Wesentlichen vertragsgerecht hergeleitet werden. Die Verjährungsfrist konnte schließlich auch nicht ausnahmsweise ohne Abnahme beginnen. Dies ist nur dann der Fall, wenn Umstände gegeben sind, nach denen eine Erfüllung des Vertrags nicht mehr in Betracht kommt. Hierbei kann im Einzelfall auf den Ablauf der Gewährleistungsfristen für die Leistungen der Bauunternehmen abgestellt werden. Da der Architekt im vorliegenden Fall jedoch nicht seiner Darlegungs- und Beweislast bzgl. des Ablaufs dieser Gewährleistungsfristen nachkam, konnte die Verjährungsfrist auch nicht ausnahmsweise ohne Abnahme beginnen.

Im Ergebnis sind Architekten gut beraten, bei Vollarchitekturaufträgen die Verjährung zu beachten.

Um einer etwaigen unendlichen Haftung zu entgehen, bieten sich mehrere Möglichkeiten an: Zunächst kann der Architekt mit dem Bauherrn eine Teilabnahme nach der Leistungsphase 8 (nach Abnahme der Bauleistung) vereinbaren. Sämtliche mit der Bauleistung zusammenhängenden Mängel verjähren dann 5 Jahre nach der Teilabnahme. Alternativ kann der Architekt auch eine förmliche Abnahme nach Abschluss der letzten Leistung aus der Leistungsphase 9 vereinbaren. Regelt der Architekt beides nicht, läuft er Gefahr unendlich zu haften.

Ihm bleibt zwar im Einzelfall die Möglichkeit, den Ablauf der Gewährleistungsfristen der Bauunternehmen darzulegen und zu bewei-

sen. Hierbei greifen jedoch keinerlei Darle-
gungs- oder Beweiserleichterungen.

Rechtsanwalt Sven Wellhausen
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Bauprozess: Einsichtsrecht des Bauherren in die Akten des Vorprozesses zwischen Haupt- und Nachunternehmer

Der AG eines Bauvorhabens hat einen Anspruch auf Akteneinsicht in die Verfahrensakten zu dem Verfahren, das sein Vertragspartner (Hauptunternehmer) gegen einen NU wegen Mängeln am Objekt des AG geführt hat. Es besteht ein berechtigtes Interesse des AG zu erfahren, welche Mängel am Bauwerk der Hauptunternehmer gegen den NU geltend gemacht hat.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 23.01.2015 - 4 AR 1/15

2. Planerhaftung in der Leistungskette

Hat ein Architekt einen Ingenieur als Subplaner beauftragt, kann er von diesem wegen Planungsfehlern dann keinen Schadensersatz verlangen, wenn er selbst von seinem AG wegen des im Bauwerk konkretisierten Planungsfehlers aus Gründen der Verjährung nicht mehr in Anspruch genommen werden kann und im Hinblick auf seinen Werklohn vollständig befriedigt wurde. Die Leistungsketten-Rechtsprechung des BGH findet auch bei Planungsfehlern, welche sich bereits im Bauwerk konkretisiert haben, Anwendung. Dass dem Architekten in derartigen Fällen kein Nachbesserungsrecht zusteht, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Der Architekt ist wegen der ihm obliegenden Schadensminderungspflicht gehalten, die Einrede der Verjährung gegenüber seinem AG zu erheben, solange kein Ausnahmefall der Unzumutbarkeit vorliegt.

OLG Stuttgart, Urteil vom 14.10.2014 - 10 U 15/14

3. Voraussetzungen der Kündigung aus wichtigem Grund

- a) Eine Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 VOB/B 2002 muss erkennen lassen, auf welchen Grund sie gestützt wird. Wird die Kündigung ausdrücklich auf einen bestimmten Grund gestützt, ist die Beendigung des Vertragsverhältnisses allein auf diesen Grund beschränkt.
- b) Kündigungsgründe können bis zum Beginn der Selbstvornahme nachgeschoben werden.
- c) Bei der Ermittlung des vertraglich geschuldeten Leistungsumfangs ist grundsätzlich eine VOB/A-konforme Auslegung vorzunehmen, wenn ein öffentlicher AG beteiligt ist. Dies bedeutet, dass in Zweifelsfällen der Auslegung der Vorzug zu geben ist, die der VOB/A entspricht.
- d) Der AG muss dem AN nach einer Kündigung grundsätzlich Gelegenheit zur Nacherfüllung geben. Das Nachbesserungsrecht des AN entfällt, wenn er sich als so unzuverlässig erwiesen hat, dass der AG nicht mehr darauf vertrauen kann, von ihm eine mangelfreie Leistung zu erhalten. Dafür trägt der AG die Darlegungs- und Beweislast.
- e) Der AG kann sich auf eine das Nachbesserungsrecht ausschließende Unzuverlässigkeit des AN in der Regel nicht berufen, wenn er selbst durch ein ihm zuzurechnendes Planungsverschulden an der Entstehung des Mangels mitgewirkt hat. Das Unterlassen eines Bedenkenhinweises führt dann allein nicht zu einer solchen Unzuverlässigkeit.

OLG Stuttgart, Urteil vom 03.03.2015 - 10 U 62/14

4. Aufwendungsersatzanspruch des AN bei Untersuchung der Mängelrüge

Hat ein AN - nach erfolgter Mängelrüge durch den AG - die Untersuchung, ob ein nachbesserungsbedürftiger Mangel an der Heizung vorliegt, von einer Kostentragungspflicht des AG

abhängig gemacht, falls tatsächlich kein Mangel vorliegen sollte, kommt ein vertraglicher Aufwendungsersatzanspruch des AN in Betracht, wenn der AG die Untersuchung widerspruchslos durchführen lässt (Anschluss OLG Karlsruhe, 13. Mai 2003, 17 U 193/02, BauR 2003, 1241).

OLG Koblenz, Beschluss vom 04.03.2015 - 3 U 1042/14

5. Zur Bauüberwachungspflicht des Architekten

Die Pflicht eines Architekten zur Bauüberwachung erstreckt sich auch darauf, die Arbeiten aller am Bau tätigen Unternehmer gezielt zu koordinieren und zu überwachen, um zu gewährleisten, dass das Bauwerk insgesamt mangelfrei und funktionstauglich errichtet wird. Dabei trifft einen Architekten eine erhöhte Bauüberwachungspflicht bei besonders wichtigen und gefahrgeneigten Arbeiten, zu denen Abdichtungsarbeiten (hier: Abdichtung im Bereich des Anschlusses der wasserführenden Terrassen- und Rasenflächen an die Schwellen der bodentiefen Fenster- und Türelemente im Erdgeschoss eines Hauses) zweifellos gehören.

OLG Hamm, Urteil vom 17.06.2014 - 24 U 20/13

6. Umfang des Schadensersatzanspruchs des Bauherrn bei Mängeln

- a) Von einem Schadensersatzanspruch wegen Mängeln werden auch die zur Durchsetzung des Anspruchs notwendigen Rechtsverfolgungskosten umfasst, wozu auch die Kosten eines selbständigen Beweisverfahrens gehören, sofern dessen Einleitung zweckmäßig war. Voraussetzung ist das Bestehen einer materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage, deren sämtliche Voraussetzungen erfüllt sein müssen
- b) Dem AG steht kein Anspruch auf Schadensersatz wegen Mängeln zu, wenn er die angeblich festgestellten Mängel weder angezeigt noch den AN unter Setzung ei-

ner Frist zur Mängelbeseitigung aufgefordert hat. Etwas anderes gilt nur, wenn eine entsprechende Fristsetzung zur Nacherfüllung ausnahmsweise entbehrlich war (hier verneint).

OLG Frankfurt, Urteil vom 07.05.2015 - 15 U 17/14

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Nachweis der Eignung und Markteintrittshürde

- a) Ein Unternehmen, das geforderte Erklärungen nicht, nicht vollständig oder nicht in der geforderten Form vorlegt, hat seine Eignung nicht nachgewiesen.
- b) Nach § 6 EG Abs. 3 Nr. 1 VOB/A 2012 hat der öffentliche AG die Fachkunde und Leistungsfähigkeit der Bieter zu prüfen. Für die Prüfung gibt § 6 EG Abs. 3 Nr. 2 VOB/A 2012 dem AG das Recht, bestimmte Angaben zu verlangen, die Aufschluss über die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens geben können.
- c) Die durch § 6 EG Abs. 3 Nr. 2 VOB/A 2012 errichtete Markteintrittshürde für Newcomer ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden, weil dadurch sichergestellt werden kann, dass der Auftrag nur an ein Unternehmen vergeben wird, das auch tatsächlich in der Lage ist, den Auftrag auszuführen.

VK Nordbayern, Beschluss vom 11.05.2015 - 21.VK-3194-10/15

2. AG muss neutral ausschreiben!

- a) Die Entscheidung, welcher Gegenstand mit welcher Beschaffenheit und mit welchen Eigenschaften beschafft werden soll, obliegt dem öffentlichen AG. Dieser ist in der Auswahl der von ihm zu beschaffenden Gegenstände grundsätzlich frei. Grenze des Bestimmungsrechts des öffentli-

chen AG ist aber die Verpflichtung zur produktneutralen Ausschreibung.

- b) In technischen Anforderungen darf nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dies ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt.
- c) Gegen die Verpflichtung zur produktneutralen Ausschreibung wird nicht nur dann verstoßen, wenn ein Leitfabrikat offen und explizit in der Leistungsbeschreibung benannt worden ist, sondern auch dann, wenn durch die Vielzahl der Vorgaben verdeckt ein Leitfabrikat ausgeschrieben wurde, weil nur ein einziges Produkt allen Vorgaben gerecht werden kann.

VK Bund, Beschluss vom 16.03.2015 - VK 2-9/15

3. Öffentlicher Bauauftrag nur bei unmittelbarem wirtschaftlichem Interesse

- a) Es ist Aufgabe des AG, die Ergebnisse eines Bodengutachtens in das Leistungsverzeichnis zu übertragen und die Positionen entsprechend zu formulieren.
- b) Das Ergebnis der Auslegung eines auf Grundlage einer öffentlichen Ausschreibung zustande gekommenen Bauvertrags wird nicht dadurch beeinflusst, dass der AN etwaige Unklarheiten der Ausschreibung nicht aufgeklärt hat.

VOB-Stelle Niedersachsen, Entscheidung vom 23.02.2015 - Fall 1721

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

IV. Immobilienrecht

Zum Schadensersatz bei abgesagten Grundstücksgeschäften

a) Bricht die Verkäuferseite konkrete Kaufvertragsverhandlungen über ein Grundstück ab, ist sie verpflichtet, den Partner vor einem Irrtum über den Fortbestand einer geäußerten, tatsächlich aber nicht mehr vorhandenen endgültigen Abschlussbereitschaft zu bestimmten Bedingungen zu bewahren.

b) Die durch enttäushtes Vertrauen geltend gemachten Schäden müssen in der Zeit getätigt worden sein, in denen die Verkäuferseite die Käuferseite nicht von der nun nicht mehr bestehenden Verkaufsabsicht unterrichtet hat.

LG Aachen, Urteil vom 15.01.2015 - 10 O 106/14

Die Kläger wollten von dem Beklagten eine Doppelhaushälfte erwerben, die sie bereits als Mieter bewohnten. Hierüber führten die Parteien von April bis August 2012 Gespräche. In deren Verlauf ließen die Kläger ein Wertgutachten erstellen und schlossen zwei Darlehensverträge mit einer Bank zur Finanzierung des Kaufpreises ab. Am 11.09.2012 entschied sich der Verkäufer aufgrund des Todes einer nahestehenden Person, die Doppelhaushälfte nicht zu verkaufen. Am 25.09.2012 erteilte er den Klägern die Absage. Die Kläger erwarben daraufhin mithilfe eines Maklers ein anderes Haus, das sie im April 2014 bezogen. Mit der Klage verlangen sie von dem Beklagten Schadensersatz für die Kosten des Wertgutachtens, von Bankgebühren für die Umschreibung der Darlehensverträge, Bereitstellungsinsen, Maklergebühren und Umzugskosten in Höhe von insgesamt € 12.485,20. Die Kläger sind der Ansicht, dass die eingeklagten Aufwendungen bei Durchführung des Vertrages nicht angefallen wären und daher als negativer Vertrauensschaden zu ersetzen seien.

Das Landgericht weist die Klage ab. Zur Begründung stellt es zunächst die Rechtsgrundsätze dar, die für die Geltendmachung von Schadensersatz bei dem Abbruch von Vertragsverhandlungen gelten. Danach hat grundsätzlich jeder Vertragspartner bis zum Vertragsschluss das Recht, von dem angestrebten Vertrag Abstand zu nehmen. Jeglicher Aufwand, der in Erwartung des Vertragsschlusses gemacht wird, erfolgt daher auf eigene Gefahr.

Wenn der Vertragsabschluss nach den Verhandlungen zwischen den Parteien als sicher anzunehmen ist und in dem hierdurch begründeten Vertrauen Aufwendungen zur Durchführung des Vertrages vor dessen Abschluss gemacht werden, können diese Aufwendungen allerdings vom Verhandlungspartner zu erstatten sein, wenn er ohne triftigen Grund vom Vertrag Abstand nimmt. Bei notariell zu beurkundenden Verträgen verlangt eine derartige Ersatzpflicht aber zusätzlich, dass der Verhandlungsabbruch mit Treu und Glauben schlechthin nicht zu vereinbaren ist. Ein derartiger Treueverstoß liegt etwa vor, wenn vorwiegend eine in Wirklichkeit nicht bestehende Verkaufsabsicht vorgespiegelt wird. Dem gleichzustellen ist der Fall, dass die abbrechende Partei zunächst eine Kauf-/ Verkaufsabsicht gehabt hat, im Laufe der Verhandlungen jedoch innerlich von dieser abgerückt ist, ohne dies dem Vertragspartner zu offenbaren.

Im vorliegenden Fall hatte das Landgericht bereits Zweifel am Nachweis der Kläger, dass der Verkäufer wirklich an sie verkaufen wollte. Wenn das aber der Fall gewesen sein sollte, dann hätte der Beklagte die Aufgabe seiner Verkaufsabsicht am 11.09.2012 den Klägern jedenfalls rechtzeitig (25.09.2012) mitgeteilt. Die Beklagten könnten allenfalls Ersatz für die Aufwendungen verlangen, die sie in der Zeit getätigt haben, in welcher der Beklagte sie nicht von der Aufgabe der Verkaufsabsicht unterrichtet hat. Denn vorher und hinterher entstandene Kosten beruhen nicht kausal auf der Verletzung entsprechender Aufklärungspflichten des Beklagten.

Die Entscheidung zeigt, warum es nur in den seltensten Fällen gelingt, von dem potentiellen Verkäufer eines Grundstückes Schadensersatz wegen des Abbruches von Vertragsverhandlungen zu erhalten. Denn der potentielle Käufer muss hierfür nicht nur die ursprüngliche Verkaufsabsicht der Gegenseite beweisen, sondern auch den Zeitpunkt, zu dem diese ihre Verkaufsabsicht aufgegeben hat, ohne das dem Verhandlungspartner mitzuteilen. Derartige Nachweise können, da es hier um innere Tatsachen geht, nur in Ausnahmefällen erbracht werden. Gleiches gilt umgekehrt, wenn der potentielle Käufer seine Kaufabsicht aufgegeben hat.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

V. Leitsätze zum Mietrecht

1. Zurückbehaltungsrecht des Mieters ist nicht unbegrenzt!

Das dem Mieter neben der kraft Gesetzes eintretenden Minderung (§ 536 BGB) zustehende Recht, die Zahlung der (geminderten) Miete nach § 320 Abs. 1 S. 1 BGB zu verweigern, unterliegt nach seinem Sinn und Zweck sowie unter Berücksichtigung dessen, dass das durch den Mangel der Wohnung bestehende Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung durch die Minderung wieder hergestellt ist, grundsätzlich einer zeitlichen und betragsmäßigen Begrenzung.

BGH, Urteil vom 17.06.2015 - VIII ZR 19/14

2. Erforderlicher Inhalt der Modernisierungsankündigung

- a) Die Modernisierungsankündigung muss noch keine Informationen zum Inhalt haben, die potenzielle, aber noch nicht erhobene Härteeinwände des Mieters beeinträchtigen.
- b) Bei der geplanten Modernisierung einer Heizungsanlage ist es nicht erforderlich, im Modernisierungsankündigungsschreiben gesondert darauf hinzuweisen, dass die Wohnung während der winterlichen Bauphase mit einer Ersatzheizung ausgestattet wird.

LG Berlin, Urteil vom 08.05.2015 - 63 S 257/14

3. Leerstehende Mietflächen im Einkaufszentrum sind kein Mietmangel!

- a) Um Ausuferungen des Fehlerbegriffs zu vermeiden, setzt die Feststellung eines Mangels im Sinne von § 536 Abs. 1 BGB eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache voraus, wohingegen Umstände, die die Eignung der Mietsache zum ver-

tragungsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, nicht als Mängel zu qualifizieren sind.

- b) Das Nichtbetreiben von Mietflächen innerhalb eines Einkaufszentrums durch andere Mieter wirkt sich nicht unmittelbar auf die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts aus, sondern allenfalls auf den mit dem darin betriebenen Gewerbe erzielbaren Gewinn. Damit steht aber nicht die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts infrage, sondern das allgemeine unternehmerische Verwendungs- und Gewinnerzielungsrisiko, das grundsätzlich beim Mieter liegt.
- c) Die Frequentierung eines Einkaufszentrums durch Gäste anderer Mieter sind ebenso wenig zusicherungsfähige Eigenschaften der Mietsache wie der Betrieb der Veranstaltungsbereiche innerhalb des Einkaufszentrums.
- d) Die Geschäftsgrundlage ist dann nicht gestört, wenn sich Erwartungen oder Umstände geändert haben, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Vertragsparteien fallen. Im Gewerberaummietrecht bleibt es bei dem Grundsatz, dass allein der Mieter das Verwendungsrisiko für die Mietsache trägt.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.06.2014 - 24 U 159/13

Rechtsanwältin Dr. Susanne Lösch

VI. Verbraucherrecht

Lotterie ohne Risiko? Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen über die Lieferung von Heizöl

Bei Fernabsatzverträgen über die Lieferung von Heizöl ist das Widerrufsrecht des Verbrauchers nicht nach § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB a.F. ausgeschlossen, denn kennzeichnend für diese Ausnahmvorschrift ist, dass der spekulative Charakter den Kern des Geschäfts ausmacht. Einen solchen spekulativen Kern weist der Ankauf

von Heizöl durch den Verbraucher jedoch nicht auf.

BGH, Urteil vom 17.06.15 - VII ZR 249/14

Die Klägerin sah sich auf einer Internetplattform nach einer Heizöllieferung um und gab die Bestellung der gewünschten Menge zum entsprechenden Gesamtpreis auf, was der Lieferant auch umgehend bestätigte.

Hierauf überlegte es sich die Klägerin dann jedoch – möglicherweise weil sie inzwischen ein günstigeres Angebot gesehen hatte – plötzlich anders und stornierte den Kaufvertrag unter Berufung auf das ihr als Verbraucherin zustehende Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen. Demgegenüber hatte der Heizölhändler in seinen Vertragsbedingungen ausdrücklich festgehalten, dass für Heizölbestellungen kein allgemeines 14-tägiges Widerrufsrecht für private Verbraucher besteht. Des Weiteren war in den Geschäftsbedingungen für den Fall der Stornierung eine Entschädigung i. H. v. 15% des Warenwerts vorgesehen.

Mit der Klage machte der Heizölhändler die vertraglichen Stornokosten gerichtlich geltend. Das angerufene Amtsgericht sowie das Landgericht gaben dem Händler recht und stellten in ihrer Begründung im Wesentlichen darauf ab, dass das Widerrufsrecht nach dem Gesetz für Fernabsatzverträge für die Lieferung von Heizöl ausgeschlossen sei, nachdem es sich auch hierbei um Waren handele, bei denen der Preis ständigen Schwankungen unterliege.

Der BGH hat nun überraschend diese Urteile aufgehoben und zu Gunsten der Bestellerin entschieden, dass auch bei der Lieferung von Heizöl dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zusteht. In seiner Begründung führt der BGH hierzu aus, dass sich das Widerrufsrecht allerdings nicht schon aus dem Gesetzeswortlaut des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB (a.F.) ergibt, weil es sich nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung um eine eng auszulegende Ausnahmvorschrift handelt, die insbesondere für Waren Anwendung finden soll, deren Preis von Schwankungen auf dem Finanzmarkt abhängt und die dementsprechend Gegenstand spekulativer Transaktionen sein können.

Gegen einen generellen Ausschluss des Widerrufsrechts bei Fernabsatzverträgen über die Lieferung von Heizöl spricht aber nach der Rechtsprechung des BGH insbesondere, dass

der Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung darin besteht, „das Risiko eines wenigstens mittelbar finanzmarktbezogenen spekulativen Geschäfts nicht einseitig dem Unternehmer aufzubürden, sondern mit seinem Abschluss in gleicher Weise auf beide Parteien zu verteilen.“

Insoweit stellt der BGH nun in seinen Entscheidungsgründen fest, dass der Erwerb von Heizöl durch den Verbraucher keinen spekulativen Kern aufweist. Zwar ermögliche das Widerrufsrecht dem Verbraucher sich vom Fernabsatzvertrag zu lösen, wenn der Heizölpreis innerhalb der Widerrufsfrist und vor Anlieferung fällt. Diese Risikoverteilung ist jedoch nach dem BGH im Gesetz angelegt und deshalb hinzunehmen.

Im Ergebnis besteht damit ein Widerrufsrecht für den Verbraucher auch bei der Bestellung von Heizöl und der Heizöllieferant kann infolge eines berechtigten Widerrufs des Vertrages auch keine Stornogebühren mehr geltend machen.

Das Urteil führte in der Heizölbranche zu heller Aufregung: Verbraucher können auf Grundlage dieses Urteils Heizölbestellungen jederzeit und problemlos widerrufen so lange die Ware noch nicht im Tank ist. Voraussetzung ist nur, dass sie im Wege des Fernabsatzes, also per Fax, per Telefon oder via Internet, bestellt haben – was beim Heizölkauf allerdings gerade die Regel ist.

Da der Heizöllieferant normalerweise kein Öl lagert, sondern dieses erst in dem Moment kauft, in dem der Kunde bestellt, sieht die Heizölbranche aufgrund des nunmehr bestätigten Widerrufsrechts des Kunden eine unfaire Verlagerung des Risikos typischer Preisschwankungen zu Gunsten des Endverbrauchers auf den Handel.

Obendrein wird in Fachkreisen befürchtet, dass nunmehr das Widerrufsrecht auch auf andere Produkte, die Preisschwankungen unterliegen, ausgedehnt werden könnte, was nach dem bislang wohl herrschenden Verständnis in Rechtsprechung und Literatur eben gerade ausgeschlossen werden sollte.

Aus vorstehendem Grund will die Branche das Urteil nicht einfach hinnehmen. Inzwischen wurde eine sogenannte Anhörungsrüge beim BGH erhoben und es könnte noch eine Verfassungsbeschwerde hierauf folgen. Insoweit

ist maßgeblich, dass möglicherweise der BGH gar nicht selbst über das Widerrufsrecht im vorliegenden Fall hätte entscheiden dürfen, sondern die anstehende Rechtsfrage dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg hätte vorgelegt werden müssen, da die entsprechenden Regelungen „europaweit einheitlich vorgegeben“ sind.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

VII. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Altersdiskriminierende Kündigung im Kleinbetrieb

Ist bei einer Kündigung gegenüber einer Arbeitnehmerin aufgrund von ihr vorgetragener Indizien eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Lebensalters nach § 22 AGG zu vermuten und gelingt es dem Arbeitgeber nicht, diese Vermutung zu widerlegen, ist die Kündigung auch im Kleinbetrieb unwirksam.

Die am 20. Januar 1950 geborene Klägerin war bei der beklagten Gemeinschaftspraxis seit dem 16. Dezember 1991 als Arzthelferin beschäftigt. In der Praxis waren im Jahr 2013 noch vier jüngere Arbeitnehmerinnen tätig. Die Klägerin war zuletzt überwiegend im Labor eingesetzt. Die Gesellschafter der Beklagten kündigten ihr Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 24. Mai 2013 zum 31. Dezember 2013 wegen Veränderungen im Laborbereich, welche eine Umstrukturierung der Praxis erforderten. Dabei führten sie an, die Klägerin sei „inzwischen pensionsberechtigt“. Den anderen Beschäftigten wurde nicht gekündigt. Mit ihrer Klage wendet sich die Klägerin gegen die Wirksamkeit der Kündigung und verlangt eine Entschädigung wegen Altersdiskriminierung. Das Kündigungsschreiben lasse eine Benachteiligung wegen ihres Alters vermuten. Nach Darstellung der Beklagten sollte die Kündigung lediglich freundlich und verbindlich formuliert werden. Die Kündigung sei wegen eines zu erwartenden Entfalls von 70 bis 80 % der abrechenbaren Laborleistungen erfolgt. Die Klägerin sei mit den übrigen Arzthelferinnen nicht vergleichbar, weil sie schlechter qualifiziert sei. Deshalb sei ihr gekündigt worden.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Die Kündigung verstößt gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG und ist deshalb unwirksam. Die Beklagte hat keinen ausreichenden Beweis dafür angeboten, dass die wegen der Erwähnung der „Pensionsberechtigung“ zu vermutende Altersdiskriminierung nicht vorliegt. Ob und ggf. in welcher Höhe der Klägerin der geltend gemachte Entschädigungsanspruch zusteht, kann noch nicht festgestellt werden. Die Sache wurde insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 23.07.2015 - 6 AZR 457/14 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Außerordentliche Kündigung - Nutzung dienstlicher Ressourcen zur Herstellung privater „Raubkopien“

Ein Grund zur fristlosen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses kann darin liegen, dass ein Arbeitnehmer privat beschaffte Bild- oder Tonträger während der Arbeitszeit unter Verwendung seines dienstlichen Computers unbefugt und zum eigenen oder kollegialen Gebrauch auf dienstliche „DVD-“ bzw. „CD-Rohlinge“ kopiert. Das gilt unabhängig davon, ob darin zugleich ein strafbewehrter Verstoß gegen das Urheberrechtsgesetz liegt. Über einen solchen Fall hatte das Bundesarbeitsgericht zu entscheiden.

Der Kläger war seit Februar 1992 bei dem beklagten Land beschäftigt. Er nahm die Funktion des „IT-Verantwortlichen“ beim Oberlandesgericht N. wahr. Zu seinen Aufgaben gehörte u. a. die Verwaltung des „ADV-Depots“. Mit ihr war die Bestellung des für die Datenverarbeitung benötigten Zubehörs - etwa von Datensicherungsbändern, CDs und DVDs - verbunden. Anfang März 2013 räumte der Leiter der Wachtmeisterei in einem Personalgespräch ein, den dienstlichen Farbdrucker seit längerer Zeit zur Herstellung so genannter „CD-Cover“ genutzt zu haben. Bei einer Mitte März 2013 erfolgten Geschäftsprüfung wurden

auf den Festplatten eines vom Kläger genutzten Rechners mehr als 6.400 E-Book-, Bild-, Audio- und Videodateien vorgefunden. Zudem war ein Programm installiert, das geeignet war, den Kopierschutz der Hersteller zu umgehen. Es stellte sich heraus, dass in der Zeit von Oktober 2010 bis März 2013 über 1.100 DVDs bearbeitet worden waren. Im gleichen Zeitraum waren etwa gleich viele DVD-Rohlinge von Seiten des Gerichts bestellt und geliefert worden. Bei näherer Untersuchung und Auswertung der vom Kläger benutzten Festplatten wurden Anfang April 2013 weitere (Audio-)Dateien aufgefunden.

Der Kläger ließ sich im Verlauf der Ermittlungen dahin ein, alles, was auf dem Rechner bezüglich der DVDs sei, habe er „gemacht“. Er habe für andere Mitarbeiter „natürlich auch kopiert“. Die Äußerungen nahm er einige Tage später „ausdrücklich zurück“. Mit Schreiben vom 18. April 2013 erklärte das beklagte Land die außerordentliche fristlose, mit Schreiben vom 13. Mai 2013 hilfsweise die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Die Vorinstanzen haben der Kündigungsschutzklage des Klägers stattgegeben.

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigungen seien schon deshalb unwirksam, weil unklar sei, welchen Tatbeitrag gerade der Kläger zu den in Rede stehenden Kopier- und Brennvorgängen geleistet habe. Zudem habe das beklagte Land durch lediglich eigene Ermittlungen - ohne Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden - weder eine umfassende, den Kläger möglicherweise entlastende Aufklärung leisten, noch den Beginn der zweiwöchigen Frist für die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung hemmen können. Im Übrigen habe es gegenüber den anderen Beteiligten keine vergleichbaren Maßnahmen ergriffen und den Personalrat nicht ordnungsgemäß unterrichtet.

Die Revision des beklagten Landes hatte vor dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg.

Eine (fristlose) Kündigung kommt auch dann in Betracht, wenn der Kläger nicht alle fraglichen Handlungen selbst vorgenommen, sondern dabei mit anderen Bediensteten zusammen-

gewirkt oder das Herstellen von „Raubkopien“ durch diese bewusst ermöglicht hat. Aus dem Umstand, dass es ihm erlaubt gewesen sein mag, seinen dienstlichen Rechner für bestimmte andere private Zwecke zu nutzen, konnte er nicht schließen, ihm seien die behaupteten Kopier- und Brennvorgänge gestattet.

Die fristlose Kündigung ist ebenso wenig deshalb unwirksam, weil das beklagte Land Ermittlungen zunächst selbst angestellt und nicht sofort die Strafverfolgungsbehörden eingeschaltet hat. Ein solches Vorgehen ist dem Arbeitgeber grundsätzlich unbenommen. Solange er die Ermittlungen zügig durchführt, wird auch dadurch der Beginn der Frist des § 626 Abs. 2 BGB gehemmt.

Nicht entscheidend ist, welche Maßnahmen das beklagte Land gegenüber den anderen Bediensteten ergriffen hat. Der Gleichbehandlungsgrundsatz findet im Rahmen verhaltensbedingter Kündigungen grundsätzlich keine Anwendung. Im Übrigen ist nicht festgestellt, inwieweit sich die Sachverhalte unter Berücksichtigung der Einzelheiten und der Stellung der anderen Beschäftigten wirklich gleichen.

Da auch die Anhörung des Personalrats ordnungsgemäß erfolgte, hat das Bundesarbeitsgericht das zweitinstanzliche Urteil aufgehoben und die Sache zur weiteren Aufklärung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 16.07.2015 - 2 AZR 85/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

3. Diskriminierungsschutz bei Scheinbewerbung?

Der 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat dem Gerichtshof der Europäischen Union u. a. folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist das Unionsrecht dahingehend auszulegen, dass auch derjenige „Zugang zur Beschäftigung oder zur abhängigen Erwerbstätigkeit“ sucht, aus dessen Bewerbung hervorgeht, dass nicht eine Einstellung und Beschäftigung,

sondern nur der Status als Bewerber erreicht werden soll, um Entschädigungsansprüche geltend machen zu können?

Der Kläger hat 2001 die Ausbildung zum Volljuristen abgeschlossen und ist seither überwiegend als selbständiger Rechtsanwalt tätig. Die Beklagte, die zu einem großen Versicherungskonzern gehört, schrieb ein „Trainee-Programm 2009“ aus. Dabei stellte sie als Anforderung einen nicht länger als ein Jahr zurückliegenden oder demnächst erfolgenden sehr guten Hochschulabschluss und qualifizierte berufsorientierte Praxiserfahrung durch Ausbildung, Praktika oder Werkstudententätigkeit. Bei der Fachrichtung Jura wurden zusätzlich eine arbeitsrechtliche Ausrichtung oder medizinische Kenntnisse erwünscht.

Der Kläger bewarb sich hierfür. Er betonte im Bewerbungsschreiben, dass er als früherer leitender Angestellter einer Rechtsschutzversicherung über Führungserfahrung verfüge. Derzeit besuche er einen Fachanwaltskurs für Arbeitsrecht. Weiter führte er aus, wegen des Todes seines Vaters ein umfangreiches medizinrechtliches Mandat zu betreuen und daher im Medizinrecht über einen erweiterten Erfahrungshorizont zu verfügen. Als ehemaliger leitender Angestellter und Rechtsanwalt sei er es gewohnt, Verantwortung zu übernehmen und selbständig zu arbeiten. Nach der Ablehnung seiner Bewerbung verlangte der Kläger eine Entschädigung i. H. v. € 14.000,00. Die nachfolgende Einladung zum Gespräch mit dem Personalleiter der Beklagten lehnte er ab und schlug vor, nach Erfüllung seines Entschädigungsanspruchs sehr rasch über seine Zukunft bei der Beklagten zu sprechen.

Aufgrund der Bewerbungsformulierung und des weiteren Verhaltens geht der Senat davon aus, dass sich der Kläger nicht mit dem Ziel einer Einstellung beworben hat.

Das Bewerbungsschreiben steht einer Einstellung als „Trainee“ entgegen. Die Einladung zu einem Personalgespräch hat er ausgeschlagen. Damit ist der Kläger nach nationalem Recht nicht „Bewerber“ und „Beschäftigter“ i. S. v. § 6 Abs. 1 S. 2 AGG.

Das Unionsrecht nennt jedoch in den einschlägigen Richtlinien nicht den „Bewerber“,

sondern schützt den „Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger und selbständiger Erwerbstätigkeit“. Nicht geklärt ist, ob das Unionsrecht ebenfalls voraussetzt, dass wirklich der Zugang zur Beschäftigung gesucht und eine Einstellung bei dem Arbeitgeber tatsächlich gewollt ist. Ob für das Eingreifen des unionsrechtlichen Schutzes das Vorliegen einer formalen Bewerbung genügt, ist eine allein dem Gerichtshof überantwortete Auslegungsfrage.

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom
18.06.2015 - 8 AZR 848/13 (A) (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 2015**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim
Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Thilo Braun, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg
Druck: Rhein-Neckar-Druck, Karl-Trunzer-Straße 2, 74722 Buchen