

# Mandanten-Rundbrief

- September 2016 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Merkantiler Minderwert trotz vollständiger Schadensbeseitigung?	2
2.	Bislang vermietete Wohnung 3 Jahre nach Fertigstellung durch Bauträger veräußert – Anwendung des Kaufrechts	3
3.	Die Ungewissheit über die Risiken des Gebrauchs genügt für die Annahme eines Mangels	4
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	5
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	7
IV.	Mietrecht und Maklerhaftung	9
1.	Wirksame Einschränkung des Minderungsrechts des Mieters im Gewerberaummietvertrag	9
2.	Maklerhaftung auf Wertdifferenz bei falscher Verkehrswerteinschätzung ohne Schätztoleranz	10
3.	Keine Anwendbarkeit des § 314 Abs. 3 BGB im Wohnraummietrecht (Kündigung nur innerhalb angemessener Frist)	11
V.	Zwangsversteigerungsrecht Auskehr des Erlöses: Zurückbehaltungsrecht eines Miteigentümers im Teilungsversteigerungsverfahren?	12
VI.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13
VII.	Sonstiges	16

## I. Privates Bau- und Architektenrecht

### 1. Merkantiler Minderwert trotz vollständiger Schadensbeseitigung?

**a) Der merkantile Minderwert ist anhand der individuellen Eigenschaften des geschädigten Objektes unter Berücksichtigung der konkreten Schadensursache und der zum Wertermittlungsstichtag herrschenden allgemeinen Marktbedingungen zu ermitteln. Den Minderwert kann das Gericht im Rahmen der freien Überzeugung nach § 287 Abs. 1 ZPO schätzen.**

**b) Die Schätzung kann ergeben, dass nach vollständiger Schadensbeseitigung kein merkantiler Minderwert verbleibt. Das kann der Fall sein, wenn die Schadensbeseitigungskosten im Verhältnis zum Verkehrswert des geschädigten Objektes gering sind (hier 1,42 %) und keine gravierenden Schäden vorlagen, die nach allgemeiner Verkehrsanschauung den Eintritt von Folgeschäden befürchten lassen.**

LG Hamburg, Urteil vom 03.02.2016 – 302 O 365/14; nicht rechtskräftig, Berufung OLG Hamburg – 1 U 49/16

Die Parteien streiten über Ersatzansprüche infolge der Beschädigung eines Gebäudes durch Bauarbeiten am Nachbargebäude. Der Kläger ist Eigentümer eines bebauten Grundstücks mit Elbblick. Die Beklagte ist Bauträgerin und errichtet auf dem Nachbargrundstück ein Wohnhaus mit Tiefgarage. Nach Abschluss der Baumaßnahme werden am Nachbargebäude neue Risse im Mauerwerk festgestellt. Daraufhin leitet der Kläger ein selbstständiges Beweisverfahren ein, das Fragen zu den Rissbildungen am Objekt, deren Ursachen, Maßnahmen und Kosten der Beseitigung sowie die Frage eines merkantilen Minderwerts zum Gegenstand hat. Den Feststellungen der Gerichtssachverständigen zufolge betragen die Kosten für die Schadensbeseitigung 13.025,21 €. Überdies wird ein merkantiler Minderwert des Objektes von 27.600,00 € ermittelt. Diese Ansprüche macht der Kläger nun vor dem Landgericht Hamburg geltend. Die Beklagte wendet u. a. ein, gegen die anerkannten Regeln der Technik nicht verstoßen

zu haben. Sie habe sämtliche Arbeiten durch ausgewählte Fachfirmen erbringen lassen. Der Kläger möge sich daher an die verantwortlichen Nachunternehmer wenden. Ein merkantiler Minderwert sei ebenso abzulehnen. Es handele sich hier nur um oberflächliche Risse, über die bei einem Verkauf des Objekts nicht aufgeklärt werden müsse. Sie rechtfertigten auch kein geringeres Vertrauen in die Qualität des Objekts.

Das Landgericht Hamburg verurteilt die Beklagte antragsgemäß zur Erstattung der Schadensbeseitigungskosten. Sie ist nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB analog ersatzpflichtig, weil das klägerische Objekt infolge Bodenerschütterungen ausgelöst durch Bauarbeiten auf dem Nachbargrundstück beschädigt worden ist. Einen darüber hinausgehenden Entschädigungsanspruch des Klägers wegen eines nach vollständiger Schadensbeseitigung verbleibenden merkantilen Minderwertes des Gebäudes lehnt das Gericht dagegen ab. Ein merkantiler Minderwert ist durch die individuellen Eigenschaften des geschädigten Objektes unter Berücksichtigung der konkreten Schadensursache und der zum Wertermittlungsstichtag herrschenden allgemeinen Marktbedingungen zu ermitteln. Dabei ist das Gericht im Rahmen der freien Überzeugung zur Schätzung befugt. Diese Schätzung führt vorliegend zu dem Ergebnis, dass kein merkantiler Minderwert am klägerischen Grundstück verbleibt.

Zum einen betragen die Schadensbeseitigungskosten lediglich 1,42 % des Verkehrswertes des klägerischen Grundstücks. Zum anderen spielen vollständig beseitigte Risse im Mauerwerk, die nach allgemeinen Erkenntnissen in Altbauten – wie auch hier – regelmäßig vorhanden sind, in Verkaufsverhandlungen jedenfalls bei exponierten Objekten der vorliegenden Art (hier mit Elbblick) keine im Verkaufswert messbare Rolle.

Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Ob es Bestand haben wird, wird sich zeigen. In seiner Urteilsbegründung hat das Gericht ausdrücklich betont, dass es sich bei der Frage nach einem merkantilen Minderwert um eine Einzelfallentscheidung bezogen auf die konkreten Umstände handelt. Das spiegelt sich in dem zuerst genannten Leitsatz wider und erklärt, warum das Gericht der beklagtenseitig ange-

nommenen starren Grenze, wonach ein merkantiler Minderwert dann nicht zu berücksichtigen sei, wenn die Schadensbeseitigungskosten unter 10 % des mangelfreien Gebäudewertes liegen, in den Urteilsgründen eine klare Absage erteilt hat.

Rechtsanwalt Torsten Boekhoff

## **2. Bislang vermietete Wohnung 3 Jahre nach Fertigstellung durch Bauträger veräußert – Anwendung des Kaufrechts**

**Bei Eigentumswohnungen, die ein Bauträger ungefähr drei Jahre nach Errichtung veräußert und die zuvor vermietet waren, richtet sich die Sachmängelhaftung nach Kaufvertragsrecht.**

BGH, Urteil vom 25.02.2016 - VII ZR 156/13

Klägerin ist eine Wohnungseigentümergemeinschaft (WEG). Die Beklagte ist Bauträger, der das streitgegenständliche Objekt im Jahr 2013 errichtet hat. Eine Abnahmebegehung des Gemeinschaftseigentums erfolgte am 16.02.2004 durch einen von der Beklagten bevollmächtigten Sachverständigen. Nach dieser Begehung begann die Beklagte im Zeitraum von 2004 bis 2007 mit der Vermarktung der Wohnungen im Objekt.

In den Kaufverträgen der Erwerber finden sich u. a. folgende Regelungen zur Gewährleistung:

Regelung 1: „Das Gemeinschaftseigentum wurde am 16.2.2004 durch den öffentlich bestellten und vereidigten Bausachverständigen Herrn Dipl.-Ing. R. vom Sachverständigenbüro Dipl.-Ing. F. abgenommen. [...] Der Käufer erkennt die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Bausachverständigen für sich als verbindlich an. Der Käufer erkennt insbesondere an, dass für ihn die Verjährungsfrist für Baumängel am Gemeinschaftseigentum mit dieser Abnahme zu laufen beginnt.“

Regelung 2: „Der Käufer kann innerhalb von 5 Jahren ab Übergabe bzw. Abnahme Beseitigung eines Sachmangels (Nacherfüllung) durch den Verkäufer verlangen.“

Im Jahr 2011 zeigte die Klägerin der Beklagten verschiedene Mängel am Gemeinschaftseigentum an. Die Beklagte berief sich auf Verjährung der Ansprüche. Daraufhin erhob die Klägerin im Jahr 2011 Klage. Die vorherigen Instanzen teilten die Auffassung der Beklagten zur Verjährung der Ansprüche.

Der Bundesgerichtshof gab der Revision hingegen (teilweise) statt. Er befasste sich in seinem Urteil jedoch rechtlich lediglich mit der Gruppe von Erwerbern, die im Jahr 2007 Eigentumswohnungen erworben hatten und deren Ansprüche noch nicht verjährt seien. Sämtliche dieser Eigentumswohnungen waren bis zum Kauf durch den Bauträger vermietet worden. Der Bundesgerichtshof entschied daher, dass sich bei Eigentumswohnungen, die ein Bauträger ungefähr drei Jahre nach Errichtung veräußert und zuvor vermietet hat, die Sachmängelhaftung nach Kaufvertragsrecht richte. Denn solche Eigentumswohnungen sind nicht mehr als „neu“ einzustufen und den entsprechenden Verträgen kann daher auch keine Errichtungsverpflichtung mehr entnommen werden. Es gelte insofern die 5-jährige Gewährleistungsfrist des Kaufrechts ab Übergabe des Kaufobjektes.

Dieser Wertung stünde auch nicht die vorstehende Regelung 1 des Vertrages entgegen. Diese enthielte zwar eine Vorverlagerung des Gewährleistungsbeginns, Regelung 1 sei jedoch im Zusammenspiel mit Regelung 2 für die Erwerber intransparent und daher insgesamt unwirksam. Denn Regelung 2 vermittele dem Erwerber den Eindruck, die volle Gewährleistungszeit von 5 Jahren „für das Kaufobjekt“ zu haben, wohingegen Regelung 1 die Gewährleistung für das Gemeinschaftseigentum vorverlagere und somit beschränke. Da Regelung 2 zudem auf das gesamte Kaufobjekt Bezug nehme, sei der Umfang der Gewährleistungsrechte nicht auf einzelne Teile des Gemeinschaftseigentums beschränkt.

Im Ergebnis zeigt das Urteil zum einen eine zeitliche Grenze für die Anwendung von Werkvertragsrecht und Kaufrecht auf. Zum anderen hält der Bundesgerichtshof dem Bauträger bei Anwendung von Kaufrecht Möglichkeiten vertraglicher Haftungsbeschränkungen offen. Im Urteil heißt es hierzu, dass die haftungsbeschränkende Regelung 1 isoliert betrachtet

eindeutig formuliert und für sich genommen transparent sei. Ob diese Regelung auch einer weiteren AGB-rechtlichen Prüfung standhielte, ließ der Bundesgerichtshof jedoch offen.

Sofern also die zeitlichen Grenzen des Werkvertragsrechts überschritten sind und Kaufrecht Anwendung findet, kommt grundsätzlich die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung des Bauträgers in Betracht. Solche Regelungen bedürfen jedoch einer transparenten und exakten Formulierung. Insbesondere muss jede Regelung im gesamtvertraglichen Zusammenhang bewertet werden und vom Regelungsgehalt her eindeutig sein.

Rechtsanwalt Markus Vivekens

### **3. Die Ungewissheit über die Risiken des Gebrauchs genügt für die Annahme eines Mangels**

**Ist davon auszugehen, dass mit einiger Wahrscheinlichkeit Schäden auftreten werden, muss der Auftraggeber nicht abwarten, sondern kann seine Mängelrechte gleich durchsetzen. Für die Annahme eines Baumangels reicht es aus, dass eine Ungewissheit über die Risiken des Gebrauchs besteht.**

OLG Koblenz, Urteil vom 19.10.2015 - 12 U 591/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Mit der der Entscheidung zugrunde liegenden Klage verlangt der Auftragnehmer (AN) von den Auftraggebern (AG) restlichen Werklohn für die Errichtung eines Wohnhauses. Dagegen wird von den AG u. a. mit diversen Mängelrügen aufgerechnet und insbesondere wegen einer mangelhaft hergestellten Gebäudehülle bzw. Wärmedämmung mit einer Widerklage Schadensersatzansprüche geltend gemacht nebst Feststellung der Verantwortlichkeit für künftige Schäden.

In der ersten Instanz stellt der Sachverständige Mängel an der luftdicht auszuführenden Gebäudehülle fest und schätzt die Kosten zur Mängelbeseitigung auf rund 8.300,00 €. Die Auftraggeber gehen jedoch davon aus, dass die Mängelbeseitigung im Laufe der Sanierung

über 200.000,00 € kosten könnte. Mit der Berufung verfolgen sie den vom erstinstanzlichen Landgericht insoweit nur teilweise zugesprochenen Schadensersatzanspruch weiter.

Das Oberlandesgericht Koblenz lehnt diesbezüglich einen weitergehenden Schadensersatzanspruch, wie ihn das Landgericht festgestellt hat, aufgrund eines Risikos künftiger Schäden ab. Zwar sei es in Fällen, in denen davon auszugehen ist, dass noch weitere Schäden mit einiger Wahrscheinlichkeit auftreten, dem Bauherren tatsächlich nicht zuzumuten, abzuwarten, ob die Schäden eintreten werden und erst dann seine Mängelrechte durchzusetzen. Für die Annahme eines Baumangels reiche es nämlich aus, dass eine Ungewissheit über die Risiken des Gebrauchs besteht. Im vorliegenden Fall hat der gerichtlich beauftragte Sachverständige nach Überzeugung des Oberlandesgerichts im Rahmen seines Gutachtens die Baumängel jedoch vollständig erfasst und den Reparaturaufwand hinreichend genau geschätzt. Der Schadensersatzanspruch der AG wegen der Gebäudehülle sei daher ausreichend ermittelt. Es habe daher auch keine Pflicht des Landgerichts bestanden, eine kostenintensive Bauteilöffnung vornehmen zu lassen, um den Schaden weiter zu untersuchen. Im Übrigen seien etwaige Abweichungen der tatsächlichen Reparaturkosten von den geschätzten Kosten durch die positive Feststellung der Haftung des AN für die Reparatur der Gebäudehülle gemäß dem Sachverständigengutachten umfasst.

Wie die Entscheidung des Oberlandesgerichts Koblenz zeigt, genügt es für die Annahme eines Baumangels, den man ohne aufwendige Bauteilöffnung nicht endgültig feststellen kann, dass es ein Risiko für weitere Schäden gibt. In diesem Fall ist der Auftraggeber berechtigt, die gesetzlichen Mängelrechte (insbesondere Nachbesserung, Minderung und Ersatz der Kosten für eine mangelfreie Herstellung durch Dritte) geltend zu machen, unabhängig davon, ob sich der Mangel bzw. das Risiko in einem konkreten Schaden niedergeschlagen hat. Letztlich soll mit dieser Rechtsprechung auch verhindert werden, dass allein die Schadensfeststellung Kosten in Höhe der Schadensbeseitigung verursacht.

Rechtsanwalt Thilo Braun

## **II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht**

### **1. Haftung des Architekten und des Tragwerkplaners bei kaum nutzbarem TG-Stellplatz**

- a) Die Planung eines Architekten ist fehlerhaft, wenn ein Tiefgaragenstellplatz mit einem Mittelklassefahrzeug nicht ohne Inanspruchnahme eines anderen Stellplatzes befahrbar ist und der nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften (§ 119 SBauVO-NW) vorgeschriebene Einfahrtsradius nicht eingehalten ist.
- b) Auch wenn die mangelhafte Planung auf einer Vorgabe des Statikers beruht (Versetzen einer tragenden Stütze in der Tiefgarage), ist der Architekt von seiner Haftung nur frei, wenn er seinen Auftraggeber auf die fehlende Nutzbarkeit des Stellplatzes hinweist und dieser das Risiko der Planung übernimmt.
- c) Die Leistung eines Tragwerksplaners ist mangelhaft, wenn er das Versetzen einer tragenden Stütze aus statischen Gründen als „zwingend notwendig“ bezeichnet, eine statische Notwendigkeit aber tatsächlich nicht besteht und durch das Versetzen der Stütze ein Tiefgaragenstellplatz nicht mehr den Anforderungen an die öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht und mit einem Mittelklassefahrzeug nicht ohne Inanspruchnahme eines anderen Stellplatzes befahrbar ist.
- d) Zur Beratung in statisch-konstruktiver Hinsicht gehört auch die Berücksichtigung von Folgen der Tragwerksplanung auf die Wirtschaftlichkeit und Gebrauchsfähigkeit des Bauwerks. Der Tragwerksplaner muss zwar nicht von sich aus die Auswirkungen einer aus statischer Sicht erteilten Empfehlung auf die Nutzbarkeit der Tiefgaragenstellplätze erkennen und berücksichtigen. Wird er aber auf die Einschränkung der Nutzbarkeit des Stellplatzes hingewiesen, muss er überprüfen und zutreffend darüber beraten, ob die von ihm vorgeschlagene Lage der Stütze tatsächlich aus statischer Sicht zwingend ist

OLG Köln, Urteil vom 24.02.2016 - 16 U 50/15

### **2. Die Prüfstatik des Prüfsachverständigen für Baustatik schützt auch den Bauherrn**

- a) Der vom Bauherrn mit der Prüfung der Standsicherheit nach § 59 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 der Hessischen Bauordnung 2002 und der Bauüberwachung gemäß § 73 Abs. 2 S. 1 der Hessischen Bauordnung 2002 beauftragte Sachverständige nimmt kein öffentliches Amt im Sinne von § 839 Abs. 1 S. 1 BGB in Verbindung mit Art. 34 S. 1 GG wahr. Zwischen beiden Personen wird ein privatrechtlicher Werkvertrag geschlossen.
- b) Dieser Werkvertrag bezweckt auch den Schutz des Bauherrn (Auftraggebers) vor Schäden aufgrund einer mangelhaften Baustatik. Er dient nicht allein dem Interesse der Allgemeinheit an der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Bauordnungsrechts und ist nicht lediglich darauf gerichtet, eine Prüfbescheinigung zu erstellen, die gegenüber der Bauaufsichtsbehörde vorgelegt werden kann.

BGH, Urteil vom 31.03.2016 - III ZR 70/15

### **3. Unwirksame Überbürdung des Baugrundrisikos auf den Auftraggeber in den AGB eines Kranunternehmers**

Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kranunternehmers, mit denen wie in Ziffer 20 Abs. 1 S. 1, 2 und 4 der AGB-BSK Kran und Transport 2008 dem Auftraggeber einschränkungslos und ohne Festlegung von Mitwirkungspflichten des Kranunternehmers die Verantwortlichkeit für die Eignung der Bodenverhältnisse für den vereinbarten Kran-einsatz und die Verpflichtung, auf die Lage und das Vorhandensein von unterirdischen Hohlräumen am Einsatzort unaufgefordert hinzuweisen, auferlegt werden, benachteiligen den Auftraggeber unangemessen und sind deshalb unwirksam.

BGH, Urteil vom 28.01.2016 - I ZR 60/14

#### **4. Brandschutzmängel können sofortige Nutzungsuntersagung rechtfertigen**

Ist nicht hinreichend nachgewiesen, dass gravierende brandschutzrechtliche Mängel - wie etwa das Fehlen eines ersten oder zweiten Rettungswegs oder Bedenken gegen die Standfestigkeit einer Großgarage im Brandfall - behoben sind, überwiegt regelmäßig das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung einer aus Gründen des Brandschutzes ausgesprochenen Nutzungsuntersagung.

VG Karlsruhe, Beschluss vom 18.04.2016 - 3 K 2926/15

#### **5. "Stückelung" der Vertragserfüllungsbürgschaft stellt keinen wichtigen Kündigungsgrund dar**

Die Aufteilung einer vereinbarten Vertragserfüllungsbürgschaft durch "Stückelung" in vier Bürgschaften ist nicht vertragswidrig. Sie berechtigt den Auftraggeber daher nicht zur Kündigung des Bauvertrags aus wichtigem Grund.

OLG Frankfurt, Urteil vom 19.12.2014 - 5 U 9/14

#### **6. Haftung des Auftraggebers für fehlerhafte Planfreigaben**

Darf der Auftragnehmer nur nach Prüfung und Freigabe seiner Werkpläne bauen, so muss sich der Auftraggeber gegenüber dem in Anspruch genommenen Auftragnehmer das Verschulden der von ihm mit der Prüfung und Freigabe eingesetzten Fachleute zurechnen lassen (Abweichung von OLG Hamm, Urteil vom 12.04.2013 - 12 U 75/12, IBR 2014, 1021 - nur online).

OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.04.2016 - 8 U 174/14

#### **7. Keine Aufrechnung gegenüber insolventen Auftragnehmer trotz Fälligkeitsvereinbarung**

a) Erst die erbrachte Werkleistung verschafft dem Besteller die Möglichkeit, sich durch

Aufrechnung zu befriedigen. Der Besteller wird erst dann "etwas zur Masse schuldig", wenn eine werthaltige und durchsetzbare Werklohnforderung vorhanden ist.

b) Eine individualvertragliche Fälligkeitsvereinbarung führt zwar bei einem Werkvertrag zu einer Abbedingung des § 641 BGB, nicht jedoch automatisch auch zu einem Ausschluss der gesetzlichen Vorleistungspflicht des Werkunternehmers und damit der Einrede des nichterfüllten Vertrags.

OLG Schleswig, Urteil vom 14.07.2016 - 7 U 125/15

#### **8. Zur Umkehr der Steuerschuldnerschaft bei Bauleistungen**

a) Die Voraussetzungen einer Umkehr der Steuerschuldnerschaft bei Bauleistungen nach § 13b UStG haben sich im Zeitraum 2013 bis Ende 2014 aufgrund der Rechtsprechung des BFH und einer Gesetzesänderung mehrfach geändert.

b) Im Zeitraum 14.02.2014 bis 01.10.2014 galt eine bauwerksbezogene Betrachtungsweise: Die Umkehr der Steuerschuldnerschaft nach § 13b UStG setzte voraus, dass der Auftraggeber als Leistungsempfänger die Leistung seinerseits unmittelbar zur Erbringung einer Bauleistung an seinen Besteller verwendet. Seit 01.10.2014 ist der Empfänger einer Bauleistung Steuerschuldner der Umsatzsteuer, wenn er selbst nachhaltige Bauleistungen erbringt, wobei die Nachhaltigkeit durch Bescheinigung des zuständigen Finanzamts belegt werden kann.

c) Ist in einem Werklohnprozess zwischen den Parteien streitig, ob der Auftraggeber den Werklohn zuzüglich Umsatzsteuer zu erstatten hat oder er die Umsatzsteuer gem. § 13b UStG selbst an das Finanzamt abführen muss, kann ein Teilurteil über die unstreitigen Schlussrechnungspositionen einschließlich Umsatzsteuer wegen Widerspruchsfahr nicht ergehen, da die Frage der Steuerschuldnerschaft für den nicht

entschiedenen Werklohn gleichermaßen von Bedeutung ist.

OLG Köln, Urteil vom 06.07.2016 - 16 U 159/15

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

### **III. Leitsätze zum Vergaberecht**

#### **1. Keine hohen Anforderungen an das Überprüfungsbegehren**

An das mit der Rüge vorgebrachte Überprüfungsbegehren sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Es reicht aus, wenn die Rüge inhaltlich eine konkrete Beanstandung angibt, die den Auftraggeber in die Lage versetzt, den beanstandeten Fehler nach Überprüfung zu erkennen und zu berichtigen.

VK Hessen, Beschluss vom 22.02.2016 - 69d-VK-47/2015

#### **2. Nichtiger Vertrag bei Umgehung des Vergaberechts**

- a) Ein Vertrag, den die Parteien unter bewusster und gewollter Außerachtlassung der nach vergaberechtlichen Vorschriften zwingend erforderlichen Ausschreibung der Leistungen geschlossen haben, verstößt gegen Grundwerte des Vergaberechts und ist nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig.
- b) Der Vertretene muss sich grundsätzlich über § 166 BGB die Kenntnis seines Vertreters von den die Sittenwidrigkeit begründenden Umständen zurechnen lassen, sofern kein evidenter Vollmachtsmissbrauch vorliegt oder der Vertreter bei Abschluss des Vertrages mit dem Vertragspartner nicht bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammengearbeitet hat.
- c) In einem solchen Fall sind wechselseitige Ansprüche nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 17.08.2016 - 1 U 159/14

#### **3. Gebot der Fachlosbildung schützt auch nicht-mittelständische Unternehmen**

- a) Auch ein nicht-mittelständisches Unternehmen kann sich auf das Gebot der Fachlosbildung gemäß § 97 Abs. 3 S. 2, 3 GWB a.F. berufen.
- b) Die Gründe für die Ausnahme von dem Grundsatz der Teil- und Fachlosvergabe müssen einzelfallspezifisch, objektiv nachprüfbar und plausibel sein, ansonsten hätte es der öffentliche Auftraggeber in der Hand, vom Grundsatz der Losvergabe schon auf Grund allgemeiner spekulativer Erwägungen abzuweichen. Allgemeine wirtschaftliche Vorteile einer einheitlichen Vergabe an ein Unternehmen sind von vornherein ungeeignet, eine einzelfallbezogene Ausnahme i.S.v. § 97 Abs. 3 S. 3 GWB a.F. zu begründen.
- c) Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer vorgenommenen Teillosvergabe kommt es nur darauf an, ob die gebildeten Lose für mittelständische Unternehmen zu bewältigen sind, ohne überwiegende Teile des Auftrags über Nachunternehmer und Teilleistungs- oder Konsolidierungsaufträge abwickeln zu müssen.
- d) Nach § 97 Abs. 3 S. 2 GWB a.F. reicht es grundsätzlich nicht aus, wenn die Vergabestelle alternativ zu Fachlosen nach Mengen aufgeteilte Lose bildet, da nach § 97 Abs. 3 S. 2 GWB a.F. gerade Teillose und Fachlose auszuschreiben sind, nicht lediglich Teillose oder Fachlose.

VK Sachsen, Beschluss vom 26.07.2016 - 1/SVK/014-16

#### **4. Produktangaben in Angeboten sind wörtlich zu nehmen**

- a) Im Vergabeverfahren sind eindeutige Produktangaben in einem Angebot wörtlich zu nehmen, auch wenn dieses Produkt den im Leistungsverzeichnis formulierten Anforderungen nicht gerecht wird. Dieser Umstand erlaubt nämlich nicht zwingend

den Umkehrschluss, dass dieses System nicht hätte angeboten werden sollen.

- b) Es wäre zirkulär, im Vergabeverfahren zur Auslegung eines Angebots die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses heranzuziehen und auf diese Weise Irrtümer beim Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses zu korrigieren. Angesichts der Vielzahl der möglichen Irrtümer kann weder ausgeschlossen werden, dass der Anbietende das Angebotene tatsächlich anbieten wollte, noch ermittelt werden, was er ggf. stattdessen hätte anbieten wollen.

OLG Schleswig, Beschluss vom 11.05.2016 - 54 Verg 3/16

## **5. Zum Begriff des Eignungsnachweises**

- a) Eignungsnachweise i.S.d. § 16 Abs. 2 VOL/A 2009 sind nur solche Unterlagen, die zum Beleg der Eignung nach den Vorgaben der Bekanntmachung mit dem Angebot oder dem Teilnahmeantrag vorzulegen sind.
- b) Aufklärungsmaßnahmen dürfen nicht dazu dienen, dem Bieter eine inhaltliche Änderung oder Ergänzung seines Angebots oder der Eignungsnachweise zu ermöglichen.
- c) Kann die Vergabestelle aus den geforderten und vollständig vorgelegten Eignungsnachweisen weder die Eignung noch die Nichteignung eines Bieters oder Bewerbers schließen, kann sie auch sonstige - außerhalb der geforderten Erklärungen und Nachweisen zur Eignung stehende - Umstände, bei der materiellen Prüfung der Eignung eines Bieters oder Bewerbers heranziehen.
- d) Dabei kann sie auch Gutachten über außerhalb der geforderten Erklärungen und Nachweisen zur Eignung stehende Umstände im Auftrag geben, wenn sie dies zur Beurteilung der Eignung für nötig erachtet.
- e) Bei der materiellen Prüfung einer Bewerbung im Teilnahmewettbewerb dürfen nur

solche Umstände berücksichtigt werden dürfen, die vor Abgabe des Teilnahmeantrags vorgelegen haben.

VK Südbayern, Beschluss vom 27.06.2016 - Z3-3-3194-1-65-12/15

## **6. Keine Verlängerung der Nachforderungsfrist für fehlende Erklärungen**

Fehlen in einem Angebot geforderte Erklärungen oder Nachweise, hat der Auftraggeber diese nachzuverlangen. Die nachverlangten Erklärungen sind spätestens innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vorzulegen. Werden die Erklärungen oder Nachweise nicht innerhalb der Frist vorgelegt, ist das Angebot zwingend auszuschließen. Dem Auftraggeber steht kein Ermessen zu, diese Frist zu verlängern.

VK Nordbayern, Beschluss vom 29.06.2016 - 21.VK-3194-07/16

## **7. Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters durch Fähigkeit der Nachunternehmer**

- a) Nach § 7 EG Abs. 9 VOL/A 2009 kann sich ein Bieter zum Nachweis der Leistungsfähigkeit und Fachkunde der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und dem Unternehmen bestehenden Verbindungen. Der Bieter hat in einem solchen Fall dem Auftraggeber nachzuweisen, dass ihm bei Erfüllung des Auftrags die notwendigen Mittel zur Verfügung stehen. Gleiches gilt für Bewerber eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb.
- b) Der Vermengung der Begriffe Nachunternehmereinsatz und Eignungsleihe ist zu widersprechen. Sie dürfen nicht im Sinne einer Identität verstanden werden.
- c) Hinsichtlich des Nachweises der Eignung ist zu unterscheiden, ob die eigene Eignung durch einen Dritten nachgewiesen wird, oder, ob der Nachweis der fremden



Eignung (des Nachunternehmens) ausreichend ist.

- d) Der Umfang und die Bedeutung des Auftrags für einen Auftraggeber begründen allein noch keine "besonderen Umstände" im Sinne des Urteils des EuGH vom 7. April 2016 - C-324/14 -, welche eine Einschränkung des Rechts sich für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmen zu stützen, ermöglichen. Vielmehr müssen dafür Umstände vorliegen, die einer Übertragung der Fähigkeiten des Dritten, auf die sich der Bieter beruft, entgegenstehen.

VK Sachsen, Beschluss vom 07.06.2016 - 1/SVK/010-16

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

#### **IV. Mietrecht und Maklerhaftung**

##### **1. Wirksame Einschränkung des Minderungsrechts des Mieters im Gewerbebaumietvertrag**

**Die Klausel „eine Minderung der Mietzahlungen ist nur möglich bei anerkannten oder rechtskräftig festgestellten Ansprüchen“ benachteiligt den Mieter nicht unangemessen gemäß § 307 BGB. Diese Beschränkung wirkt auch nach Mietvertragsende fort.**

KG Berlin, Beschluss vom 13.07.2015 – 8 W 45/15

Der Vermieter eines Gewerbeobjekts kündigt wegen Zahlungsverzugs fristlos und verlangt in einer Zahlungsklage vom Mieter die rückständige Miete für den Zeitraum bis zur Kündigung und Nutzungsentschädigung bis zur Räumung. Im Rechtsstreit behauptet der Mieter zahlreiche streitige Mängel der Mietsache und leitet hieraus ein Minderungsrecht her; dies obwohl nach dem Wortlaut des Mietvertrages eine Minderung nur bei anerkannten oder rechtskräftigen festgestellten Mängeln möglich ist. Das Kammergericht hat den Mieter antragsgemäß zur Zahlung verurteilt.

Für die Entscheidung war maßgeblich, dass eine Mietminderung durch unmittelbare Kürzung der Miete im Formalmietvertrag wirksam ausgeschlossen war. Das Gericht hat diese AGB-Klausel nicht als gemäß § 307 BGB unwirksam erachtet. Dabei wurde zur Abgrenzung ausgeführt, dass zwar die Beschränkung einer Aufrechnung auf anerkannte (und nicht nur unbestrittene) Gegenforderungen unwirksam ist. Jedoch gilt dies nicht für die Minderungsbeschränkung. In Gewerbebaumietverträgen stellt die Beschränkung des Minderungsrechts in der Form, dass es dem Mieter nur den Abzug von der Mietzahlung versagt und dieser wegen des Minderungsbetrages auf einen selbstständig geltend zu machenden Rückforderungsanspruch (nach § 812 BGB) verwiesen wird, keine unangemessene Benachteiligung des Mieters i.S.d. § 307 BGB dar.

Nach der Entscheidung ändert sich auch dadurch nichts, dass vorliegend die Minderungsbeschränkung nur dann entfallen soll, wenn der Vermieter sie anerkennt, mithin also ausdrücklich zugestanden hat, und nicht bereits dann, wenn sie nur „unbestritten“ ist. Denn die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unwirksamkeit einer Klausel, die die Aufrechnung nur mit rechtskräftig festgestellten oder „anerkannten“ Gegenforderungen erlaubt, lässt sich auf eine entsprechend formulierte Minderungsklausel nicht übertragen. Insoweit ist maßgeblich, dass nur das „aktive“ Zugestehen, also das Anerkenntnis der Minderung auch der Höhe nach dem Unstreitigsein einer Aufrechnungsforderung entspricht. Hierzu verweist das Kammergericht darauf, dass die Minderung keine Bezifferung des Anspruchs erfordert, sondern vielmehr vom Gericht grundsätzlich ohne Bindung an die Angaben des Mieters festzusetzen ist.

Abschließend führen die Entscheidungsgründe des Kammergerichts aus, dass eine solche Klausel auch nach dem Mietvertragsende fortwirkt. Begründet wird dies u. a. damit, dass ansonsten der vertragsuntreue Mieter, der etwa die Miete in Kenntnis der anstehenden Nutzungsaufgabe unberechtigt mindert, privilegiert würde.

Praxishinweis: Minderungsrechte werden in Gewerbebaumietverträgen häufig eingeschränkt oder gar ausgeschlossen. Der formu-

larmäßige Ausschluss ist grundsätzlich auch zulässig, sofern der Mieter ungerechtfertigte Mietzahlungen nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern kann. Dies muss in der Vertragsklausel zur Mietminderung nicht ausdrücklich geregelt werden. Es reicht aus, wenn das Minderungsverbot zumindest „anerkannte“ oder „rechtskräftig festgestellte“ Gegenforderungen nicht erfasst. Der Mieter muss in solchen Fällen aufpassen und zur Sicherung seiner Rückforderungsansprüche die Miete jeweils „unter Vorbehalt“ zahlen.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

## **2. Maklerhaftung auf Wertdifferenz bei falscher Verkehrswerteinschätzung ohne Schätztoleranz**

**Bei der Haftung wegen falscher Verkehrswerteinschätzung ist bei der Schadensrechnung der Betrag anzusetzen, um den die geschädigte Partei den Grundstückskaufvertrag im Vertrauen auf die Richtigkeit der pflichtwidrigen Angaben zu teuer erworben oder zu billig abgegeben hat, ohne dass es auf eine bei Schätzungen hinzunehmende Toleranzschwelle ankäme.**

BGH, Beschluss vom 02.12.2015 – I ZR 47/15

Das klagende Maklerunternehmen ist u. a. für die Bayerischen Sparkassen als Immobilienmaklerin tätig. Mit der Klage wurde ein restlicher Provisionsanspruch für den Verkauf einer Immobilie geltend gemacht. Die beklagte Auftraggeberin hatte das Maklerunternehmen im Jahr 2010 mit dem Verkauf eines mit Wohn- und Geschäftsgebäuden bebauten Grundstücks beauftragt. Im Vertriebsauftrag war eine Kaufpreisvorstellung i.H.v. 249.000,00 € genannt. In der Folgezeit schätzte ein für das Maklerunternehmen tätiger Sachbearbeiter einer Sparkasse den Wert des Objekts auf 210.000,00 €. Die Parteien nahmen hierauf diesen Betrag in den Vertriebsauftrag als neue Kaufpreisvorstellung auf. Hierauf wurde das Grundstück mit notariellem Kaufvertrag vom 04.02.2011 für 207.500,00 € an einen durch das Maklerunternehmen nachgewiesenen Kaufinteressenten verkauft. Wegen verschiedener Einwände hatte das Maklerunternehmen

die restliche Provisionsforderung gerichtlich geltend gemacht. Dementgegen hatte die beklagte Auftraggeberin die Abweisung der Klage beantragt und gleichzeitig Widerklage zur Zahlung von 66.000,00 € beantragt. Zur Begründung der Widerklage wurde geltend gemacht, die Klägerin habe sich wegen Schlechterfüllung des Maklervertrages Schadensersatzpflichtig gemacht. Der für sie tätig gewordene Sparkassen-Mitarbeiter habe den Verkehrswert des Anwesens nicht zutreffend ermittelt. Tatsächlich habe der Verkehrswert mindestens 50.000,00 € bis 60.000,00 € über dem von dem Sparkassen-Mitarbeiter ermittelten Schätzbetrag gelegen. Die Beklagte habe das Grundstück nur deshalb zum Preis von 207.500,00 € verkauft, weil sie wegen der unzutreffenden Auskunft von einem Verkehrswert i.H.v. 210.000,00 € ausgegangen sei. Bei fehlerfreier Bewertung wäre sie zu diesem Preis nicht verkaufsbereit gewesen.

Das Landgericht Freiburg hat die Klage abgewiesen und der Widerklage im Wesentlichen stattgegeben. Die hierauf seitens der Klägerin eingelegte Berufung hat das Oberlandesgericht Karlsruhe durch einstimmigen Beschluss zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss hat das klagende Maklerunternehmen den Versuch unternommen im Wege einer Nichtzulassungsbeschwerde die Zulassung eines Revisionsverfahrens vor dem Bundesgerichtshof zu erreichen.

Zur Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde hat die Klägerin nicht mehr angegriffen, dass die Bewertung des Grundstücks mit einem Betrag unter 216.000,00 € pflichtwidrig gewesen sei. Sie hat sich vielmehr allein gegen die Auffassung der Vorinstanz gewendet, der nach § 287 ZPO zu schätzende Schaden sei nicht auf den mit max. 20 % veranschlagten fiktiven Spielraum der Klägerin bei der Bestimmung des Kaufpreises zu mindern.

Die Beschwerde hatte im Ergebnis keinen Erfolg.

In der Begründung der Zurückweisung wurde auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hingewiesen, nach der bei der Schadensberechnung der Betrag anzusetzen ist, um den die geschädigte Partei den Grundstückskaufvertrag im Vertrauen auf die Rich-

tigkeit der pflichtwidrigen Angaben zu teuer erworben oder zu billig abgegeben hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs soll der zu leistende Schadensersatz die Vermögenslage herstellen, die bei pflichtgemäßem Verhalten, d. h. bei korrekter Ermittlung des Grundstückswertes eingetreten wäre. Der Schadensersatz kann dabei entweder darauf gerichtet sein, den Geschädigten so zu stellen, als hätte er den Grundstückskaufvertrag nicht geschlossen, oder darauf gestützt werden, dass der Geschädigte den bewerteten Gegenstand bei korrekter Wertfestsetzung zu einem für ihn günstigeren Preis veräußert hätte. Dabei hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass soweit der Geschädigte, wie im vorliegenden Fall, seinen Schaden nach der zweiten Methode berechnet, auf die Differenz zwischen dem fehlerhaft angegebenen und dem tatsächlichen Verkehrswert abzustellen ist, der bei ordnungsgemäßer Schätzung als Kaufpreis bezahlt worden wäre. Es ist danach der Betrag maßgeblich, um den der geschädigte Verkäufer den Gegenstand in diesem Vertrauen zu billig abgegeben hat.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

### **3. Keine Anwendbarkeit des § 314 Abs. 3 BGB im Wohnraummietrecht (Kündigung nur innerhalb angemessener Frist)**

**Der Bundesgerichtshof hat sich in einer Entscheidung mit der Frage befasst, ob eine auf § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Buchst. b BGB gestützte fristlose Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses gemäß § 314 Abs. 3 BGB unwirksam ist, wenn sie aufgrund älterer Mietrückstände erfolgt.**

Die Klägerin, eine katholische Kirchengemeinde, hatte der Beklagten seit dem Jahr 2006 eine Wohnung in Düsseldorf vermietet. Die Beklagte blieb die Mieten für die Monate Februar und April 2013 schuldig. Nach einer erfolglosen Mahnung vom 14.08.2013 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis mit Schreiben vom 15.11.2013 wegen der weiterhin offenen Mietrückstände fristlos.

Das Amtsgericht hat der Räumungsklage stattgegeben, das Landgericht hat sie unter

Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung abgewiesen. Nach Auffassung des Landgerichts war die Kündigung der Klägerin gemäß § 314 Abs. 3 BGB unwirksam, weil sie erst mehr als sieben Monate nach Entstehen des Kündigungsgrundes und damit nicht mehr in angemessener Zeit erfolgt sei. Die Beklagte sei schutzwürdig, weil sie angesichts des Zeitablaufs davon habe ausgehen dürfen, dass die Klägerin von ihrem Kündigungsrecht keinen Gebrauch mehr machen werde. Für die Beklagte als ehemalige Küsterin der Klägerin habe es durchaus nahe gelegen, dass diese aus sozialen und ethischen Erwägungen nach derart langer Zeit keine Kündigung mehr erklären werde. Mit ihrer vom Landgericht zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Der unter anderem für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass § 314 Abs. 3 BGB neben den speziell geregelten Vorschriften zur fristlosen außerordentlichen Kündigung im Wohnraummietrecht (§§ 543, 569 BGB) keine Anwendung findet. Diese vom Senat bislang offen gelassene Frage ist in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum umstritten.

Bereits der Wortlaut der §§ 543 und 569 BGB spricht gegen eine zeitliche Schranke für den Ausspruch der Kündigung. Diese Vorschriften, die im Einzelnen die Modalitäten der fristlosen Kündigung eines Mietverhältnisses regeln, sehen weder eine Zeitspanne, innerhalb derer die Kündigung auszusprechen ist, noch einen Verweis auf § 314 Abs. 3 BGB vor.

Das entspricht auch der Zielsetzung des Gesetzgebers. Dieser hat ausweislich der Materialien zum Mietrechtsreformgesetz von 2001 bewusst davon abgesehen festzulegen, dass die außerordentliche Kündigung nach §§ 543, 569 BGB innerhalb einer „angemessenen Zeit“ ab Kenntnis vom Kündigungsgrund zu erfolgen hat. Die Gesetzesbegründung verweist darauf, dass nach ständiger Rechtsprechung ein Kündigungsrecht verwirkt werden könne und deshalb ein Bedürfnis für eine solche Festlegung nicht bestehe - zumal eine einheitliche konkrete Ausschlussfrist angesichts der Vielgestaltigkeit der Mietverhältnisse ohnehin nicht festgelegt werden könne. Hieran hat sich durch die

Einführung der allgemein für Dauerschuldverhältnisse geltenden Vorschrift des § 314 BGB durch das kurze Zeit später eingeführte Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nichts geändert, da ausweislich der Gesetzesbegründung die spezialgesetzlichen Einzelbestimmungen weder aufgehoben noch geändert werden sollten.

Da die fristlose Kündigung von Mietverhältnissen in §§ 543, 569 BGB abschließend geregelt ist, war bereits die Anwendung des § 314 Abs. 3 BGB durch das Landgericht rechtsfehlerhaft. Überdies war seine Annahme, die Kündigung sei nicht in angemessener Frist ausgesprochen worden, als solche nicht berechtigt. Denn das Landgericht hat weder berücksichtigt, dass die Zahlungsrückstände trotz Mahnung fortbestanden, noch dass die Klägerin durch das Zuwarten mit der Kündigung vielmehr Rücksicht auf die Belange der Beklagten genommen hat (vgl. § 543 Abs. 2 S. 2 BGB).

Die vom Landgericht beanstandete „Verzögerung“ der Kündigung führte überdies auch nicht zur Verwirkung des Kündigungsrechts, denn tragfähige Anhaltspunkte für ein berechtigtes Vertrauen der Beklagten, dass die Klägerin von ihrem Recht zur fristlosen Kündigung wegen Verzugs mit zwei Monatsmieten keinen Gebrauch machen werde, sind nicht festgestellt und auch nicht ersichtlich (sog. Umstandsmoment). Sie liegen insbesondere nicht schon darin, dass es sich bei der Klägerin um eine Kirchengemeinde handelt und die Beklagte früher bei ihr als Küsterin beschäftigt gewesen ist.

Der Senat hat deshalb das Berufungsurteil aufgehoben und das amtsgerichtliche Urteil wiederhergestellt, da die fristlose Kündigung aufgrund des Zahlungsverzugs berechtigt und wirksam war.

BGH, Urteil vom 13. Juli 2016 - VIII ZR 296/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Thilo Braun

## V. Zwangsversteigerungsrecht

### **Auskehr des Erlöses: Zurückbehaltungsrecht eines Miteigentümers im Teilungsversteigerungsverfahren?**

**Ein Grundstücksmiteigentümer und Ersterher im Teilungsversteigerungsverfahren kann dem Anspruch des Miteigentümers auf Einwilligung in die Auszahlung des hälftigen Erlöses nach Hinterlegung des gesamten Versteigerungserlöses beim Amtsgericht und Begleichung der Gemeinschaftsverbindlichkeiten weder ein Zurückbehaltungsrecht wegen gemeinschaftsfremder Ansprüche noch die Aufrechnung mit derartigen Ansprüchen entgegenhalten.**

OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.02.2016 – 18 UF 156/15

In dem vom Oberlandesgericht Stuttgart entschiedenen Fall streiten sich die Beteiligten über die Auszahlung des Teilungsversteigerungserlöses aus dem ursprünglich im hälftigen Miteigentum der Beteiligten stehenden Hausgrundstücks, welches der Antragsgegner ersteigert hat. Ursprünglich waren beide Verfahrensbeteiligten hälftige Miteigentümer des Hausgrundstücks. Nach Scheidung wurde ein Teilungsversteigerungsverfahren durchgeführt, um die Bruchteilsgemeinschaft aufzuheben. Der Antragsgegner ersteigerte das Grundstück mit einem Gebot von 120.000,01 €. Nach Abzug diverser Kosten verblieb eine zu verteilende Teilungsmasse i.H.v. 116.357,04 €. Die Antragsstellerin verlangte nun die Auskehrung des hälftigen Erlöses. Der Antragsgegner widersprach jedoch der hälftigen Auskehrung des Erlöses an die Antragsstellerin, da er Ansprüche auf anteilige Nutzungsentschädigung und Zugewinnausgleich gegen die Antragsstellerin geltend machte. Nachdem eine Einigung vor dem Versteigerungsgericht nicht erzielt werden konnte, wurde der verbleibende Erlös bei der Hinterlegungsstelle des Amtsgerichts hinterlegt.

Die Verfahrensbeteiligten streiten deshalb um die Verteilung des Erlöses.

Das Oberlandesgericht Stuttgart hat entschieden, dass, solange die Bruchteilsgemeinschaft nicht aufgehoben worden ist, nur mit Ansprü-

chen, die in der Gemeinschaft wurzeln, aufgerechnet bzw. ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden kann.

Die Aufhebung einer Bruchteilsgemeinschaft an einem Grundstück, das nicht in Natur teilbar ist, erfolgt nach § 753 Abs. 1 S. 1 BGB durch Zwangsversteigerung und anschließende Teilung des Versteigerungserlöses. Da sich die an dem Grundstück bestehende Bruchteilsgemeinschaft mit dem Zuschlag im Teilungsversteigerungsverfahren im Wege der dinglichen Surrogation an dem Versteigerungserlös fortsetzt, steht den Miteigentümern des Grundstücks zur Zeit des Zuschlags die Forderung auf Zahlung des Versteigerungserlöses gemeinschaftlich in ihrem bisherigen Rechtsverhältnis zu, was auch dann gilt, wenn ein Miteigentümer das Grundstück selbst ersteigert.

Dieses Recht auf Aufhebung der Gemeinschaft darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass ein Bruchteilseigentümer dem Anspruch auf Auskehrung des Erlöses gemeinschaftsfremde Ansprüche entgegenhalten kann. Dies gilt jedenfalls so lange wie die Bruchteilsgemeinschaft noch nicht aufgehoben ist. Aufgehoben ist die Bruchteilsgemeinschaft beispielsweise aber dann, wenn der Erlös nicht vom Vollstreckungsgericht bei der Hinterlegungsstelle hinterlegt worden ist, sondern die Parteien ihn einvernehmlich unter die treuhänderische Verwahrung etwa ihrer Prozessbevollmächtigten gestellt oder auf ein Notarandenkonto hatten überweisen lassen.

Da im vorliegenden Fall mit güterrechtlichen Ausgleichsansprüchen aufgerechnet worden bzw. ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht worden ist und güterrechtliche Ansprüche nicht aus der Grundstücksgemeinschaft stammen, können diese gemeinschaftsfremden Ansprüche nicht entgegengehalten werden. Auch Nutzungsentschädigungsansprüche können nur dann entgegengehalten werden, wenn diese in der Bruchteilsgemeinschaft wurzeln. Familienrechtliche Nutzungsentschädigungsansprüche stammen aus der ehelichen Gemeinschaft und gerade nicht aus der Grundstücksgemeinschaft, so dass diese nicht geltend gemacht werden können.

Rechtsanwältin Andrea Hanke

## **VI. Entscheidungen zum Arbeitsrecht**

### **1. Einsicht in die Personalakten unter Hinzuziehung eines Rechtsanwalts**

Der Arbeitnehmer hat das Recht, in die über ihn geführten Personalakten Einsicht zu nehmen und hierzu ein Mitglied des Betriebsrats hinzuzuziehen (§ 83 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BetrVG). Die Regelung begründet damit keinen Anspruch des Arbeitnehmers auf Einsichtnahme unter Hinzuziehung eines Rechtsanwalts. Ein solcher Anspruch des Arbeitnehmers folgt jedenfalls dann weder aus der Rücksichtspflicht des Arbeitgebers (§ 241 Abs. 2 BGB) noch aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer erlaubt, für sich Kopien von den Schriftstücken in seinen Personalakten zu fertigen. In diesem Fall ist dem einem Beseitigungs- oder Korrekturantrag vorgelagerten Transparenzschutz genügt, dem das Einsichtsrecht des Arbeitnehmers in die Personalakten dient.

Der Kläger ist nach einem Betriebsübergang bei der Beklagten als Lagerist beschäftigt. Die bisherige Arbeitgeberin des Klägers hatte diesem eine Ermahnung erteilt und seinen Antrag, unter Hinzuziehung einer Rechtsanwältin Einsicht in seine Personalakten zu nehmen, unter Hinweis auf ihr Hausrecht abgelehnt. Allerdings hatte sie dem Kläger gestattet, Kopien von den Schriftstücken in seinen Personalakten zu fertigen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und angenommen, das Einsichtsrecht des Arbeitnehmers in seine Personalakten sei in § 83 BetrVG ausschließlich und abschließend geregelt.

Die Revision des Klägers hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die bisherige Arbeitgeberin hat dem Kläger gestattet, für sich Kopien der in seinen Personalakten befindlichen Dokumente anzufertigen. An diese Erlaubnis ist die Beklagte gebunden (§ 613a Abs. 1 S. 1 BGB). Der Kläger hat damit ausreichend Gelegenheit, anhand der gefertigten Kopien den Inhalt der

Personalakten mit seiner Rechtsanwältin zu erörtern.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 12.07.2016 - 9 AZR 791/14 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **2. Rechtsfolge verdeckter Arbeitnehmerüberlassung**

Besitzt ein Arbeitgeber die nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG erforderliche Erlaubnis, als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zu überlassen, kommt zwischen einem Leiharbeiter und einem Entleiher nach geltendem Recht auch dann kein Arbeitsverhältnis zustande, wenn der Einsatz des Leiharbeiters nicht als Arbeitnehmerüberlassung, sondern als Werkvertrag bezeichnet worden ist (verdeckte Arbeitnehmerüberlassung).

Die Klägerin ist technische Zeichnerin. Sie war bei der Beklagten, einem Automobilunternehmen, seit dem Jahr 2004 bis zum 31. Dezember 2013 tätig. Grundlage ihrer Tätigkeit waren zwischen der Beklagten und der Vertragsarbeitgeberin der Klägerin als Werkverträge bezeichnete Vereinbarungen. Die Vertragsarbeitgeberin verfügte über die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung. Die Klägerin hat gemeint, ihre Vertragsarbeitgeberin und die Beklagte hätten nur Scheinwerkverträge geschlossen, um die Arbeitnehmerüberlassung zu verdecken. Die Beklagte könne sich deshalb nicht auf die erteilte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung berufen.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen, mit der die Klägerin vor allem festgestellt haben wollte, dass zwischen ihr und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis besteht.

Die Revision der Klägerin hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Zwischen der Beklagten und der Klägerin ist auch dann kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen, wenn die Klägerin auf der Grundlage eines Scheinwerkvertrags als Leiharbeiterin der Beklagten zur Arbeitsleistung

überlassen worden wäre. Maßgeblich ist, dass die Vertragsarbeitgeberin der Klägerin die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung hatte. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG fingiert i.V.m. § 9 Nr. 1 AÜG das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses ausschließlich bei fehlender Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Verleihers. Für eine analoge Anwendung dieser Vorschrift bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat für eine solche nicht offene Arbeitnehmerüberlassung bewusst nicht die Rechtsfolge der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher angeordnet.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 12.07.2016 - 9 AZR 352/15 (PM)

Der Senat hat über diese Fragestellung in den ähnlich gelagerten Verfahren - 9 AZR 51/15 -, - 9 AZR 359/15 -, - 9 AZR 537/15 - und - 9 AZR 595/15 - ebenso entschieden.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **3. Gesetzlicher Mindestlohn für Bereitschaftszeiten**

Der gesetzliche Mindestlohn ist für jede geleistete Arbeitsstunde zu zahlen. Zur vergütungspflichtigen Arbeit rechnen auch Bereitschaftszeiten, während derer sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort - innerhalb oder außerhalb des Betriebs - bereithalten muss, um bei Bedarf die Arbeit aufzunehmen.

Der Kläger ist als Rettungsassistent im Rahmen einer Vier-Tage-Woche in Zwölfstundenschichten durchschnittlich 48 Stunden wöchentlich beschäftigt. Es fallen regelmäßig Bereitschaftszeiten an. Das Bruttomonatsgehalt des Klägers beläuft sich auf 2.680,31 € nebst Zulagen.

Der Kläger hat geltend gemacht, die Beklagte vergüte Bereitschaftszeit nicht mit dem gesetzlichen Mindestlohn. Durch das Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes sei die arbeitsvertraglich einbezogene tarifliche Vergütungsregelung unwirksam geworden. Deshalb stehe ihm die übliche Vergütung von 15,81 € brutto

je Arbeitsstunde zu. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat die Revision des Klägers zurückgewiesen. Dem Kläger steht für seine im Januar und Februar 2015 geleisteten Bereitschaftszeiten keine weitere Vergütung zu. Zwar ist Bereitschaftszeit mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten, der Anspruch des Klägers hierauf ist aber erfüllt. Bei maximal 228 Arbeitsstunden, die der Kläger mit Vollarbeit und Bereitschaftszeiten in einem Monat tatsächlich leisten kann, erreicht die gezahlte Monatsvergütung den gesetzlichen Mindestlohn (228 Stunden zu 8,50 € = 1.938,00 € brutto monatlich) nicht nur, sondern übersteigt ihn. Ein Anspruch auf weitere Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB besteht nicht. Die arbeitsvertraglich einbezogene tarifliche Vergütungsregelung ist nicht wegen des Inkrafttretens des Mindestlohngesetzes unwirksam geworden

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 29.06.2016 - 5 AZR 716/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

#### **4. Anspruch auf tabakrauchfreien Arbeitsplatz**

Nach § 5 Abs. 1 S.1 ArbStättV hat der Arbeitgeber die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die nicht rauchenden Beschäftigten wirksam vor den Gesundheitsgefahren durch Tabakrauch geschützt werden. Die ArbStättV geht damit davon aus, dass Passivrauchen die Gesundheit gefährdet. Bei Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr hat der Arbeitgeber nach § 5 Abs. 2 ArbStättV nur insoweit Schutzmaßnahmen zu treffen, als die Natur des Betriebs und die Art der Beschäftigung es zulassen.

Der Kläger arbeitet in dem von der Beklagten in Hessen betriebenen Spielcasino als Croupier. Er hat hierzu im Durchschnitt wöchentlich zwei Dienste (jeweils sechs bis zehn Stunden) in einem abgetrennten Raucherraum zu arbeiten. Nur dort und im Barbereich ist den Gästen das Rauchen gestattet. Der Raucherraum ist

mit einer Klimaanlage sowie einer Be- und Entlüftungsanlage ausgestattet.

Der Kläger verlangt von der Beklagten, ihm ausschließlich einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Die Revision des Klägers hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Zwar hat der Kläger nach § 5 Abs. 1 S. 1 ArbStättV grundsätzlich Anspruch auf einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz. Die Beklagte macht in ihrem Spielcasino jedoch von der Ausnahmeregelung in § 2 Abs. 5 Nr. 5 des Hessischen Nichtraucherschutzgesetzes (HessNRSchG) Gebrauch, die das Rauchen in Spielbanken ermöglicht. Sie muss deshalb Schutzmaßnahmen nur insoweit treffen, als die Natur ihres Betriebs und die Art der Beschäftigung dies zulassen. § 5 Abs. 2 ArbStättV verpflichtet sie allerdings, die Gesundheitsgefährdung zu minimieren. Diese Verpflichtung hat sie mit der baulichen Trennung des Raucherraums, seiner Be- und Entlüftung sowie der zeitlichen Begrenzung der Tätigkeit des Klägers im Raucherraum erfüllt.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 10.05.2016 - 9 AZR 347/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## VII. Sonstiges

### **Bornheim und Partner gratuliert „seinen“ Olympiateilnehmern**

Die Olympiade in Rio ist vorbei. Mit zahlreichen Nominierungsstreitigkeiten im Vorfeld hatte es für die sportrechtliche Abteilung unserer Kanzlei viel zu tun gegeben. Mit der Beratung der russischen „Whistleblowerin“ Yulia Stepanova waren wir auch in dem vom russischen Staatsdoping geprägten sportpolitischen Bereich der Olympiade eingebunden.

Wir haben uns gefreut, dass mit unserer juristischen Unterstützung die Speerwerferin Christina Obergföll doch noch in Rio als ihrer letzten Olympiade teilnehmen konnte. Wir gratulieren insbesondere der Bahnradfahrerin Kristina Vo-

gel zu ihrem Olympiasieg im Sprint und zu ihrer Bronzemedaille im Keirin. Wir gratulieren Dimitrij Ovtcharov zu seiner Bronzemedaille und Xiaona Shan zu ihrer Silbermedaille jeweils in den Tischtennismannschaftswettbewerben. Schade, dass Dima im Einzel denkbar knapp das Halbfinale verpasst hat. Besonders gefreut hat uns der 5. Platz über 5000 m des für die USA startenden früheren Mandanten Bernard Lagat, der in Rio mit 41 Jahren seine 5. Olympiade absolviert hat.

Insgesamt waren es 16 Teilnehmerinnen und Teilnehmer in Rio, die auf die rechtliche Beratung unserer Kanzlei vertraut haben.

Rechtsanwalt Dr. Michael Lehner

**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 2016**

Impressum:

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