

Mandanten-Rundbrief

- September 2017 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Kein völliger Ausschluss des Anspruchs auf Preisanpassung wegen Mengenänderungen in AGB!	2
2.	Keine zusätzliche Vergütung bei Bauzeitverlängerung aufgrund außergewöhnlichem Schlechtwetter	3
3.	Auftraggeber hat fehlende Prüfbarkeit der Schlussrechnung nicht gerügt. Folgen?	3
4.	Zu den Grenzen der Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers	4
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	5
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	9
IV.	Immobilienrecht	11
	Zur Haftung des Immobilienverkäufers – u. a. bei „nicht bekannten“ Mängeln	11
V.	Mietrecht	12
	BGH zu Wohnraumkündigungen wegen Berufs- oder Geschäftsbedarfs	12
VI.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Kein völliger Ausschluss des Anspruchs auf Preisanpassung wegen Mengenänderungen in AGB!

Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eines Einheitspreis-Bauvertrags enthaltene Klausel "Die dem Angebot des Auftragnehmers zu Grunde liegenden Preise sind grundsätzlich Festpreise und bleiben für die gesamte Vertragsdauer verbindlich." benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist daher unwirksam.

BGH, Urteil vom 20.07.2017 - VII ZR 259/16

Im zu entscheidenden Fall war der klagende Auftragnehmer (AN) mit Erd-, Mauer- und Betonarbeiten für einen Neubau zu Einheitspreisen beauftragt worden. Der Vertrag enthielt in seinen "Allgemeinen Vertragsbedingungen" unter Ziffer 3.1 die oben im Leitsatz wiedergegebene Klausel. Weiter wurde die VOB/B einbezogen, die aber „bei Widersprüchen“ für die Auslegung nur nachrangig nach Ziffer 3.1 der Allgemeinen Vertragsbedingungen gelten sollte. Im Vergleich zu den im Auftrags-Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen kam es zu Mehr- und Minderleistungen. Der AN machte unter Berufung auf § 2 Abs. 3 VOB/B für die über 10 % hinausgehende Mengenüberschreitung Mehrvergütung geltend. Das Landgericht wies die Klage ab. Das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigte als Berufungsgericht die Klageabweisung mit der Argumentation, mit der Klausel unter Ziffer 3.1 der Allgemeinen Vertragsbedingungen sei § 2 Abs. 3 VOB/B wirksam abbedungen worden, obwohl es sich dabei um AGB handele.

Auf die Revision des AN hebt der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil auf. Ziffer 3.1 der Allgemeinen Vertragsbedingungen sei gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Denn bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung schließe die Klausel auch die gesetzlichen Ansprüche des AN auf Anpassung der Vergütung wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB aus. Die Verwendung des zusätzlichen Begriffs "grundsätzlich" sei nicht geeignet, die Reichweite der Klausel einzu-

schränken, weil dieser Begriff häufig auch im Sinne von "ausnahmslos" verwendet werde. Durch die so auszulegende Klausel werde der AN unangemessen benachteiligt, weil er dann auch in Fällen, in denen ihm das unzumutbar wäre, an dem unveränderten Vertragspreis festgehalten werde. Die Unwirksamkeit von Ziffer 3.1 der Allgemeinen Vertragsbedingungen führe dazu, dass § 2 Abs. 3 VOB/B anwendbar sei. Nach den vertraglichen Regelungen solle die VOB/B nur im Falle eines Widerspruchs erst nachrangig nach den Allgemeinen Vertragsbedingungen gelten. Ein solcher Widerspruch liege aber nicht vor, weil Ziffer 3.1 ja gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sei. § 306 Abs. 2 BGB, wonach die Unwirksamkeit einer AGB-Klausel grundsätzlich dazu führt, dass sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften regelt, stehe dem nicht entgegen. Es sei schon fraglich, ob § 306 Abs. 2 BGB nach seinem Zweck auch dann Anwendung finde, wenn eine im Vergleich zum Gesetz für den Vertragspartner günstigere Ersatzklausel zur Verfügung stehe (wie hier § 2 Abs. 3 VOB/B). Jedenfalls aber könne sich der Auftraggeber (AG) als Verwender nicht auf die Unwirksamkeit der AGB-Klausel berufen, da die AGB-Inhaltskontrolle ausschließlich dem Schutz des Vertragspartners des Verwenders diene.

Der Bundesgerichtshof hat damit die Linie seiner bisherigen Rechtsprechung (siehe z. B. BGH, Beschluss vom 04.11.2015 - VII ZR 282/14) fortgeführt und damit das in BauR 2017, 727 veröffentlichte Berufungsurteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf zu Recht korrigiert. Wenn der AG die Geltung des § 2 Abs. 3 VOB/B in AGB wirksam abbedingen möchte, muss er die betreffende Regelung so formulieren, dass sie dem AN die in § 313 BGB für den Fall einer Störung der Geschäftsgrundlage gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Anpassung der Vergütung eindeutig offen lässt. Hervorzuheben ist auch der nochmalige Hinweis des Bundesgerichtshofs darauf, dass sich zwar der Verwendungsgegner auf die Unwirksamkeit von AGB-Klauseln berufen kann, nicht aber deren Verwender.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. Keine zusätzliche Vergütung bei Bauzeitverlängerung aufgrund außergewöhnlichem Schlechtwetter

Es ist vorbehaltenlich abweichender Vereinbarungen keine dem Auftraggeber obliegende erforderliche Mitwirkungshandlung im Sinne des § 642 BGB, während der Dauer des Herstellungsprozesses außergewöhnlich ungünstige Witterungseinflüsse auf das Baugrundstück in Form von Frost, Eis und Schnee, mit denen nicht gerechnet werden musste, abzuwehren.

BGH, Urteil vom 20.04.2017 - VII ZR 194/13

Die Klägerin begehrt Zahlung in Höhe von 95.438,67 € wegen witterungsbedingter Unterbrechung der Bauausführung. Die Klägerin wurde von der Beklagten mit der Errichtung einer Autobahnbrücke beauftragt. Dem Vertrag lag die VOB/B zugrunde. Die Bauausführung sollte spätestens am 15.05.2010 vollendet sein. Aufgrund einer außergewöhnlich langen Periode mit Frost, Eis und Schnee, die deutlich über den Durchschnittswerten der vergangenen 30 Jahre lag, war die Klägerin in der Ausführung der Leistungen behindert und zeigte dies der Beklagten an. Die Ausführungsfrist wurde daraufhin um den Zeitraum des witterungsbedingten Stillstands zuzüglich eines Zeitraumes für die Wiederaufnahme der Arbeiten verlängert. Durch die witterungsbedingte Verzögerung sind der Klägerin die geltend gemachten Kosten entstanden. Die Beklagte lehnte eine Zahlung von diesen ab.

Der Bundesgerichtshof weist die Revision der Klägerin gegen die Klageabweisung zurück und begründet seine Entscheidung insbesondere damit, dass es an einer dem Auftraggeber (AG) obliegenden erforderlichen Mitwirkungshandlung im Sinne des § 642 BGB fehle. Dem AG obliegt nicht, während der Dauer des Herstellungsprozesses außergewöhnlich ungünstige Witterungseinflüsse abzuwehren. Zwar obliegt dem AG das Zur-Verfügung-Stellen des Baugrundstücks in einer derartigen Weise, dass der Auftragnehmer die geschuldeten Leistungen erbringen kann, ungünstige Witterungseinflüsse sind hiervon jedoch nur umfasst, wenn dies ausdrücklich im Vertrag vereinbart ist.

Darüber hinaus scheidet im vorliegenden Fall ein Anspruch aus § 2 Abs. 5 VOB/B aufgrund einer fehlenden Anordnung und aus § 6 Abs. 6 VOB/B aufgrund eines fehlenden Verschuldens des AG aus.

Rechtsanwalt Peter Fath

3. Auftraggeber hat fehlende Prüfbarkeit der Schlussrechnung nicht gerügt. Folgen?

Die Prüfbarkeit der Schlussrechnung und eine insoweit unterlassene Rüge seitens des Auftraggebers sind in der Praxis häufig Gegenstand von Streitigkeiten. Das Oberlandesgericht Köln sorgt hier mit seiner Entscheidung vom 02.04.2015 für mehr Klarheit in der Rechtsanwendung.

OLG Köln, Urteil vom 02.04.2015 - 24 U 175/14; BGH, Beschluss vom 29.03.2017 - VII ZR 70/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Das Oberlandesgericht Köln hat sich in dem vorgenannten Urteil mit praxisrelevanten Fragen zu den Folgen einer vom Auftraggeber (AG) unterlassenen Rüge der fehlenden Prüfbarkeit der Schlussrechnung befasst und erklärt:

1. Hat der AG die Prüfbarkeit der Schlussrechnung nicht gerügt, kann er sich nicht mehr auf die fehlende Prüfbarkeit berufen und die Schlusszahlung wird mit Ablauf von 30 bzw. 60 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung fällig.
2. Eine nicht rechtzeitige Rüge der Prüfbarkeit führt nicht dazu, dass der AG mit Einwendungen gegen die inhaltliche Richtigkeit der Rechnung ausgeschlossen ist.
3. Auch wenn der AG mit dem Einwand der fehlenden Prüfbarkeit ausgeschlossen ist, muss der Auftragnehmer (AN) seine Werklohnforderung im Prozess schlüssig darlegen.

Bei Architektenverträgen und bei Bauverträgen (vornehmlich bei vorzeitig beendeten sowie bei der Abrechnung von Nachträgen) stellt sich häufig die Frage der Prüfbarkeit einer Schlussrechnung. Die fehlende Prüfbarkeit muss der AG binnen 30 Tagen nach Zugang rügen.

Im entschiedenen Fall stritten die Parteien um restliche Vergütung für erbrachte Leistungen aus einem vom AG frei (§ 649 BGB, § 8 Abs. 1 VOB/B) gekündigten VOB/B-Vertrag. Der Kläger (AN) war vom AG mit Trockenbau-, Wärmedämm- und Außenputzarbeiten durch einen Pauschalpreisvertrag mit detaillierter Leistungsbeschreibung beauftragt worden. Die seiner Ansicht nach fehlende Prüfbarkeit der Schlussrechnung des AN rügte der AG - lange nach Ablauf der Rügefrist - erst mit der Klageerwidern. Das Landgericht wies die Klage - trotz verspäteter Prüfbarkeitsrüge - mangels Prüfbarkeit als derzeit unbegründet ab.

Der Kläger legte Berufung ein. Das Oberlandesgericht gab ihm im Zwischenschritt bezüglich der verspäteten Prüfbarkeitsrüge Recht, wies dann aber im Ergebnis aus anderen Gründen die Klage und Berufung ab. Der Vergütungsanspruch ist zwar entgegen der Ansicht des Landgerichts fällig geworden, weil der AG sich nicht binnen der Frist des § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 3 VOB/B auf die - möglicherweise - fehlende Prüfbarkeit der Schlussrechnung berufen hat. Der Vortrag des AN im Prozess zum geltend gemachten restlichen Vergütungsanspruch ist aber unschlüssig, weil er nicht den - in vielen Urteilen klargestellten - Anforderungen an eine Abrechnung nach Maßgabe der Rechtsprechung zum vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrag genügt. Nach diesen Grundsätzen sind zunächst die erbrachten von den nicht erbrachten Leistungen abzugrenzen. Sodann sind die erbrachten bzw. nicht erbrachten Leistungen anhand des ausgehandelten Pauschalpreises zu bewerten und das Ergebnis in Bezug zum Pauschalpreis zu setzen. Da diese Anforderungen im vorliegenden Fall nicht erfüllt waren, ließ sich auch keine mindestens noch geschuldete restliche Vergütung berechnen. Da der AN auch im Prozess nicht diesen Voraussetzungen entsprochen hat, war seine Klage als endgültig unbegründet abzuweisen.

Der AN hat vor dem Oberlandesgericht also einen Pyrrhussieg errungen: Er hat sich zwar mit der Meinung durchgesetzt, dass der AG die Prüfbarkeitsrüge versäumt hat - hat dann aber selbst versäumt, den Anforderungen an eine prüfbarere Rechnung zu entsprechen. Hätte der AG rechtzeitig die Prüfbarkeit gerügt, wäre die Klage des AN nur als „derzeit“ unbegründet

und nicht als „endgültig“ unbegründet abgewiesen worden und der AN hätte seine Rechnung nachbessern und seinen Anspruch noch (wenn auch mit späterem Zinsbeginn) durchsetzen können.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

4. Zu den Grenzen der Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers

Die Zumutbarkeit und die Grenzen der an den Auftragnehmer zu stellenden Anforderungen an seine Prüf- und Hinweispflicht richten sich nach dem Einzelfall mit seinen Besonderheiten. Hinweise sind umso weniger geboten, wie der Auftragnehmer darauf vertrauen darf, dass entsprechendes Wissen auf Seiten des Auftraggebers vorausgesetzt werden kann. Der Auftraggeber, der ein nach allgemeinen Kenntnissen in Fachkreisen bestehendes Risiko durch die gewählte Konstruktion in Kauf nimmt (hier: Anbindung verschiedener Materialien ohne Fugenbildung im Bereich von sonnenbedingter Hitzeeinwirkung) kann nicht erwarten, von den bauausführenden Unternehmern einen Bedenkenhinweis zu erhalten.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.07.2015 - 6 U 7/14; BGH, Beschluss vom 17.05.2017 - VII ZR 198/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Das Oberlandesgericht Zweibrücken, bei dem inzwischen der frühere Rechtsanwalt der Kanzlei, Herr Dr. Daniel Fitterer, als Richter tätig ist, hat sich in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall mit praxisrelevanten Fragen zur Reichweite der Prüf- und Hinweispflicht des Bau-Auftragnehmers befasst und hierzu die vorstehenden Leitsätze vertreten.

Die Klägerin klagt auf Zahlung von Restwerklohn aufgrund ab dem Jahr 2005 u. a. an einem Hangar eines Flugplatzes durchgeführter Arbeiten. Das Leistungssoll der Klägerin umfasste hierbei auch Beschichtungsarbeiten im Bereich von Rolltoren. Diese Rolltore liefen auf in Beton eingelassenen Stahlschienen. Die Arbeiten sollten dergestalt erfolgen, dass zunächst der Beton abgefräst und anschließend

die Beschichtung aufgebracht wird. Die Beklagte war im Rahmen der Planung und Ausschreibung von einem Ingenieurbüro beraten. Nach ca. sechs Monaten nach Fertigstellung und Abnahme der Arbeiten kam es zu einem Abriss der Beschichtung im Betongefüge. Ursächlich hierfür war eine im Gegensatz zu dem Beton erhöhte Wärmeleitfähigkeit des Stahls. Die Beklagte wendet daher Mängelansprüche wegen eines Verstoßes gegen Prüf- und Hinweispflichten gegen die Klageforderung ein.

Das Oberlandesgericht geht von einer Mangelhaftigkeit der Leistungen der Klägerin aus, da die Funktionstauglichkeit der Beschichtung nicht gegeben ist und verweist auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum funktionalen Mangelbegriff (BGH, Urteil vom 08.11.2007 - VII ZR 183/05). Die Klägerin sieht keine Verletzung einer Hinweispflicht als gegeben an, sodass sie sich von dem Mangelvorwurf befreien kann (vgl. BGH a.a.O.).

Der Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers sind Grenzen gesetzt. Es ist im Einzelfall zu bewerten, was dem AN zugemutet werden kann. Hierbei sind sämtliche bedeutsame Umstände des Einzelfalles miteinzubeziehen sowie insbesondere zu erwartendes Fachwissen des Auftraggebers (vgl. auch BGH, Entscheidung vom 23.10.1986 - VII ZR 48/85). Im vorliegenden Fall lag die Mangelursache darin, dass in der Technik allgemein bekanntes Grundwissen über physikalische Eigenschaften von Materialien nicht beachtet wurde. Dieses Grundwissen konnte bei der Beklagten und dem von ihr beauftragten Ingenieurbüro vorausgesetzt werden. Die Klägerin durfte dieses Wissen voraussetzen und darauf vertrauen, dass dieses konstruktionsbedingte Risiko von dem Auftraggeber gesehen und bei der Ausschreibung berücksichtigt wurde.

Rechtsanwalt Peter Fath

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Besondere Vergütung für Abruf einer VOB/C-Nebenleistung?

a) Ist die VOB/C in einen Bauvertrag einbezogen, so stellt der Abruf einer dort als

Nebenleistung bewerteten Leistung keine vergütungspflichtige Leistungsänderung dar, solange nicht die Auslegung des Vertrags in seiner Gesamtheit zweifelsfrei zu einem anderen Ergebnis führt.

- b) Streitet ein Bauunternehmer einerseits mit seinem Auftraggeber und andererseits mit seinem Nachunternehmer in unterschiedlichen Prozessen wegen der gleichen angeblichen Leistungsänderung um einen Vergütungsnachtrag, so ist zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen in beiden Rechtsstreitigkeiten eine Streitverkündung des Bauunternehmers an die jeweils nicht beteiligte Partei zulässig.
- c) Lehnt eine Partei den Sachverständigen des Gerichts nach dem letzten Verhandlungstermin wegen der Besorgnis der Befangenheit ab, kann das Gericht ein unbegründetes Ablehnungsgesuch in seinem Urteil zurückweisen. Ein solches Vorgehen ist gegenüber einer Zurückweisung durch gesonderten Beschluss vorzugswürdig, um Verzögerungen des Rechtsstreits zu vermeiden.

KG, Urteil vom 09.05.2017 - 21 U 97/15

2. Darf der Auftraggeber einen erkannten Kalkulationsirrtum des Auftragnehmers ausnutzen?

- a) Ein einseitiger Kalkulationsirrtum des Auftragnehmers im Vorfeld der Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung stellt einen nicht zur Anfechtung berechtigenden Motivirrtum dar.
- b) Wenn der Empfänger ein Vertragsangebot annimmt oder auf der Durchführung des Vertrags besteht, obwohl er wusste (oder sich treuwidrig der Kenntnisnahme entzog), dass das Angebot auf einem Kalkulationsirrtum des Erklärenden beruht, kann hierin - unter strengen Voraussetzungen - eine unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) liegen (Abgrenzung zu BGH, IBR 1998, 419, und BGH, IBR 2015, 84 = VPR 2015, 6). Erforderlich ist die Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung bei Festhalten an den fehlerhaft berechneten Ange-

botspreisen und die Kenntnis hiervon bei dem Auftraggeber; für letzteres reicht die Kenntnis der fehlenden Auskömmlichkeit der angebotenen Preise nicht aus.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.02.2016 - 21 U 100/15

3. Zur Unwirksamkeit einer Teilkündigung und zum Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers

- a) Unterliegt ein Bauvertrag der VOB/B, ist eine teilweise Auftragsentziehung, die sich nicht auf einen in sich abgeschlossenen Teil der Leistung bezieht, gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B unwirksam. Je nach Auslegung der Kündigungserklärung im konkreten Einzelfall kann daraus nur die Unwirksamkeit der Beschränkung der Kündigung auf einen Leistungsteil folgen. Die nicht mit § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B konforme Teilkündigung ist dann als Gesamtkündigung zu verstehen.
- b) Aus der Vorleistungspflicht des Unternehmers im Bauvertrag folgt der Grundsatz "Vertragsdurchführung geht vor Preisgewissheit". Der Unternehmer darf seine Leistung deshalb nicht allein aus dem Grund verweigern, dass ihm der Besteller einen umstrittenen Nachtrag nicht zubilligt. Ein Grund zur Leistungsverweigerung entsteht erst dann, wenn der Besteller in Verzug mit der Zahlung tatsächlich fälliger Abschlagszahlungen gerät, die allerdings auch für die Ausführung umstrittener Nachträge begründet werden können.
- c) Legt ein Unternehmer die von der Kündigungsvergütung gemäß § 648a Abs. 5 oder § 649 BGB abzuziehenden ersparten Aufwendungen anhand einer Kalkulation des Vertrages dar, ist es unschädlich, wenn diese Kalkulation keinen Unternehmergewinn ausweist.

KG, Urteil vom 13.06.2017 - 21 U 24/15

4. Wie lange kann der Auftraggeber mit Abruf der Leistung warten, ohne dass der Auftragnehmer kündigen kann?

- a) Ein Bauvertragspartner kann den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen, wenn der andere Bauvertragspartner seine Vertragspflichten grob verletzt hat, etwa dadurch, dass er seinerseits unberechtigt gekündigt hat.
- b) Das Kündigungsrecht des Auftragnehmers nach § 6 Abs. 7 VOB/B setzt nicht voraus, dass mit den Arbeiten bereits begonnen worden ist. Es reicht auch aus, dass sich der vertraglich vorgesehene Beginn um mehr als drei Monate hinausschiebt.
- c) Eine den Baubeginn nicht fixierende, sondern vom Abruf des Auftraggebers abhängig machende Regelung ähnlich § 5 Abs. 2 VOB/B ist regelmäßig als Bestimmungsrecht nach billigem Ermessen zu verstehen. Der Bauunternehmer wird durch ein derartiges Abrufrecht nicht unangemessen benachteiligt.
- d) Wann ein Hinauszögern des Leistungsabrufs durch den Auftraggeber nicht mehr billigem Ermessen entspricht, sondern für den Auftragnehmer unzumutbar ist, hängt von den Gegebenheiten des Einzelfalls ab. Bei einem Bauvorhaben erheblichen Umfangs (hier: drei Mehrfamilienhäuser) kann jedenfalls ein Abruf binnen drei Monaten nach dem im Vertrag unverbindlich angegebenen "Circa"-Baubeginn noch ermessensfehlerfrei sein.

OLG Frankfurt, Urteil vom 28.04.2017 - 29 U 166/16

5. Auftragnehmer ist grundsätzlich an einmal angebotene Preise gebunden

- a) Bietet der Auftragnehmer eine bestimmte (Teil-)Leistung im Ursprungsangebot mit einem bestimmten Einheitspreis an, wird der Auftrag allerdings insoweit zunächst nicht erteilt und erst später auch auf diese Leistung erstreckt, ist unter Zugrundelegung des objektiven Empfängerhorizonts davon auszugehen, dass bei der nachträglichen Einbeziehung der Leistung der ursprünglich angebotene Einheitspreis Vertragsgrundlage wird.

- b) Eine Preisanpassung aufgrund eingetretener Mengenänderungen wegen Störung der Geschäftsgrundlage ist nicht veranlasst, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer lediglich zur Unterstützung eines anderen Unternehmers hinzugezogen hat, bei dem die Mengen ohne die ergänzende Beauftragung des Auftragnehmers ebenfalls angefallen wären.

OLG Koblenz, Beschluss vom 06.04.2017 - 5 U 176/17

6. Architektenvertrag ist kein Bauvertrag – daher Möglichkeit des Widerrufs durch privaten Bauherr

Ein Architektenvertrag ist kein "Vertrag über den Bau von Gebäuden oder erhebliche Umbaumaßnahmen" i.S.d. § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Er unterfällt daher den Vorschriften über den Verbraucherwiderruf in §§ 312b ff. BGB.

OLG Köln, Beschluss vom 23.03.2017 - 16 U 153/16

7. Zur Haftung des planenden Ingenieurs / Architekten

- a) Die Haftung eines Ingenieurs für Fehler des von ihm beauftragten Tragwerkplaners gegenüber dem Besteller kommt unter anderem in Betracht, wenn die Leistung des Tragwerkplaners für den Ingenieur erkennbar fehlerhaft war. Das ist der Fall, wenn der Bezugswert für maximal-Rissbreiten in der statischen Berechnung zu hoch angesetzt ist und der zutreffende Wert sich aus dem für den Ingenieur maßgeblichen Regelwerk der Technik ergibt.
- b) Die Kürzung eines Schadensersatzanspruchs aus dem werkvertraglichen Gewährleistungsrecht unter dem Gesichtspunkt des "Abzugs neu für Alt" wegen einer verlängerten Lebensdauer kommt überhaupt nur dann in Betracht, wenn der Mangel sich verhältnismäßig spät auswirkt und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste. Hinsichtlich der Gebrauchsnachteile ist es bei einem in sich geschlossenen Bauwerk un-

erheblich, ob diese sich aus dem Mangel ergeben, auf dem der Schadensersatzanspruch beruht, oder sie die Folge anderer Mängel der Werkleistung sind.

- c) Die Kosten eines Vorprozesses des Bauherrn gegen den ausführenden Unternehmer wegen Baumängeln können zum Schadensersatzanspruch des Bauherrn wegen Baumängeln als Folge von Planungsfehlern des Architekten / Ingenieurs gehören. Voraussetzung ist, dass der Vorprozess verloren geht, weil der Bauherr sich das Planungsverschulden des Architekten / Ingenieurs zurechnen lassen muss und der Architekt / Ingenieur seine Gewährleistungspflicht im Vorfeld verneint hat.

OLG Oldenburg, Urteil vom 17.01.2017 - 2 U 68/16

8. Bürgermeister beauftragt anderes Planungsbüro als vom Gemeinderat beschlossen – Vertrag dennoch wirksam?

- a) Die organschaftliche Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde ist im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt; infolgedessen wird die Gemeinde auch durch solche Rechtshandlungen des ersten Bürgermeisters berechtigt und verpflichtet, die dieser ohne die erforderliche Beschlussfassung des Gemeinderats vorgenommen hat (Bestätigung von BGH, IBR 2017, 166).
- b) Etwaige Vergaberechtsverstöße haben auf die Wirksamkeit eines Architektenvertrags keinen Einfluss. Etwas anderes gilt, wenn der Bürgermeister sich in kollusivem Zusammenwirken mit dem Architekten bewusst über die Beschlüsse des Gemeinderats und das Vergaberecht hinweggesetzt hat.

BGH, Urteil vom 01.06.2017 - VII ZR 49/16

9. Werklohnklage auf Grundlage einer vom Auftraggeber erstellten Schlussrechnung

- a) Hat ein Auftraggeber die Schlussrechnung gemäß § 14 Abs. 4 VOB/B selbst erstellt, kann er sich regelmäßig nicht auf die fehlende Prüffähigkeit dieser Schlussrechnung berufen.
- b) Im Urkundenprozess kann grundsätzlich auch die Zahlung von Werklohn aus einem Einheitspreis-Bauvertrag geltend gemacht werden.
- c) Klagt ein Auftragnehmer restlichen Werklohn auf Grundlage einer vom Auftraggeber gemäß § 14 Abs. 4 VOB/B erstellten Schlussrechnung ein, muss er in der Schlussrechnung aufgeführte streitige Gegenforderungen nicht berücksichtigen. Es ist vielmehr Sache des Auftraggebers, das Bestehen dieser Gegenforderungen darzulegen und zu beweisen. Dies ist im Urkundenprozess nur mit den im Urkundenprozess zulässigen Beweismitteln möglich.
- d) Erkundigt sich eine Partei im Laufe des Rechtsstreits nicht bei dem von ihr mit der Planung und Bauüberwachung beauftragten Planungsbüro, ob dort zusammen mit dem unterzeichneten Bauvertrag ein Übersendungsanschreiben eingegangen ist, darf sie den Zugang dieses Schreibens beim Planungsbüro nicht mit Nichtwissen bestreiten, da sie verpflichtet ist, die ihr möglichen Informationen von Personen einzuholen, die unter ihrer Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung tätig geworden sind (Anschluss an BGH, IBR 2016, 558).
- e) Die Auslegungsregel des § 154 Abs. 2 BGB findet keine Anwendung, wenn die Beurkundung erkennbar nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit des Vertrags sein soll.

OLG Stuttgart, Urteil vom 14.02.2017 - 10 U 107/16

10. Wann kommt der Auftragnehmer in Verzug, wenn ein Fertigstellungstermin nicht (wirksam) vereinbart ist?

- a) Enthält ein Bauvertrag keine bestimmte oder bestimmbare (bzw. eine unwirksame) Frist, ist § 271 BGB anwendbar. Für den Zeitpunkt der Fertigstellung (im Sinne der Fälligkeit der Leistung) kommt es darauf an, in welcher Zeit bei nach dem vom Bauvertrag vorausgesetzten Bauablauf die Fertigstellung möglich war. Der Unternehmer hat die Herstellung in angemessener Zeit zügig zu Ende zu führen und muss Abweichungen von dem auf diese Weise ermittelten Fertigstellungstermin darlegen und ggf. beweisen.
- b) Für einen Verzug mit der Leistung des Werkunternehmers müssen über die vorstehende Fälligkeit der Leistung hinausgehend jedenfalls auch die Voraussetzungen des § 286 BGB vorliegen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.07.2016 - 22 U 54/16

11. Neuer Grundstückseigentümer ist an Zustimmung des Voreigentümers gebunden

Ein Rechtsnachfolger des Grundstückseigentümers ist an eine von diesem gegenüber der Bauaufsichtsbehörde wirksam erklärte Zustimmung zu einem Nachbarbauvorhaben gebunden.

VGH Hessen, Beschluss vom 24.11.2016 - 3 B 2515/16

12. Ablösung des Sicherheitseinbehalts erst nach Beseitigung von Mängeln – entsprechende AGB unwirksam!

Die von einem Auftraggeber in einem Bauvertrag gestellten Formulklauseln

„Die Parteien vereinbaren – unabhängig von einer Ausführungsbürgschaft – den Einbehalt einer unverzinslichen Sicherheitsleistung durch den Auftraggeber in Höhe von 5 % der Brutto-Abrechnungssumme für die Sicherstellung der Gewährleistung einschließlich Schadensersatz und die Erstattung von Überzahlungen.

Der Auftragnehmer ist berechtigt, den Sicherheitseinbehalt gegen Vorlage einer unbefristeten, selbstschuldnerischen und unwiderruflichen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder Versicherung abzulösen; frühestens jedoch nach vollständiger Beseitigung der im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel oder fehlender Leistungen.“

sind bei der gebotenen Gesamtbeurteilung wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (Fortführung von BGH, Urteil vom 13.11.2003 - VII ZR 57/02, BGHZ 157, 29 = IBR 2004, 67, 68).

BGH, Urteil vom 30.03.2017 - VII ZR 170/16

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Nachträgliche Benennung von Herstellern nicht gestattet

- a) Leistungsbezogene Unterlagen i.S.v. § 56 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2, Abs. 3 Satz 1 VgV sind nur solche, die den Inhalt der angebotenen Leistung belegen.
- b) Lässt das Angebot eines Bieters offen, um welchen Hersteller es sich beim angebotenen Produkt handelt, wurde aber die Angabe des Herstellers vom öffentlichen Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung gefordert, liegt in der nachträglichen Benennung eines Herstellers nicht bloß ein Beleg des Inhalts der angebotenen Leistung, sondern vielmehr eine erstmalige Festlegung auf einen konkreten Hersteller und damit auf ein Produkt. Dies wird von § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV nicht gestattet.

VK Westfalen, Beschluss vom 09.06.2017 - VK 1-12/17

2. Zum Nachweis der Eignung

- a) Der Nachweis der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen nach den §§ 123 oder 124 GWB kann gem. § 122 Abs. 3 GWB ganz oder teilweise

durch die Teilnahme an Präqualifizierungssystemen erbracht werden. Eine solche Präqualifikation zieht die Eignungsprüfung vor die Klammer, stellt selbst aber kein Vergabeverfahren dar. Sie steht zudem einer vertieften Auseinandersetzung des Auftraggebers mit der Eignung eines Bieters nicht von vorneherein entgegen, wenn sich aus besonderen Umständen oder aus Erkenntnissen aus der Vergangenheit ergibt, dass Anlass besteht, die Eignung des Bieters in Frage zu stellen.

- b) Will ein Bieter den Ausschluss seines Angebots wegen Unauskömlichkeit vermeiden, ist es in erster Linie seine Obliegenheit, den Anschein der Unauskömlichkeit seines Angebots zu widerlegen und die Gründe zu benennen, aufgrund derer die Leistung ordnungsgemäß erbracht werden kann.

VK Sachsen, Beschluss vom 01.03.2017 - 1/SVK/037-16

3. Wann ist eine Teillosvergabe unwirtschaftlich?

Auch bei einer Teillosvergabe kann Unwirtschaftlichkeit im Sinne des § 63 Abs. 1 Nr. 3 VgV nur angenommen werden, wenn das Gesamtergebnis unwirtschaftlich ist.

OLG Koblenz, Beschluss vom 28.06.2017 - Verg 1/17

4. Wann weist ein Kriterium diskriminierende Wirkung auf?

- a) Die Abgabe eines Angebots ist nicht zwingende Voraussetzung für die Bejahung des Interesses am Auftrag, insbesondere, wenn die ASt vorträgt, gerade durch vergaberechtlich unzulässige Eignungsanforderungen an der Teilnahme am Wettbewerb gehindert worden zu sein. Die Ausarbeitung und Abgabe eines Angebots, von dem von vornherein bekannt ist, dass es anhand der von der VSt aufgestellten Kriterien ausgeschlossen werden würde, kann von der ASt nicht verlangt werden.

- b) Die in § 97 GWB niedergelegten vergaberrechtlichen Grundsätze geben der Vergabestelle einen Rahmen vor, in dem sie sich hinsichtlich der Anforderung von Eignungsnachweisen und dem Aufstellen von Ausschlusskriterien bewegen darf. Dabei steht es einem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich frei, die von ihm für erforderlich gehaltenen Eignungsvorgaben selbst zu definieren und die von den Bietern zu erfüllenden Anforderungen festzulegen.
- c) Für die Frage, ob ein Kriterium diskriminierende Wirkung aufweist, kommt es nicht darauf an, ob die Antragstellerin tatsächlich als einzige Teilnehmerin des Vergabeverfahrens von diesem Kriterium betroffen ist. Vielmehr ist danach zu fragen, ob das Kriterium so ausgestaltet wurde, dass bereits die Möglichkeit einer Betroffenheit von Anfang an nur für die ASt gegeben war.
- d) Ein Auftraggeber ist hinsichtlich der Aufstellung von Kriterien zur Eignung bzw. Nichteignung nicht völlig frei, sondern die aufgestellten Erfordernisse müssen durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein sowie die allgemeinen vergaberechtlichen Anforderungen berücksichtigen.

VK Nordbayern, Beschluss vom 27.09.2016 - 21.VK-3194-34/16

5. Zweifel bei der Auslegung des Angebots gehen zulasten des Bieters

- a) Bestehen Zweifel daran, wie ein Angebot zu verstehen ist, weil dieses zwei sich widersprechende Aussagen enthält, bedarf es zunächst einer Auslegung.
- b) In diesem Zusammenhang kommt es darauf an, wie der öffentliche Auftraggeber das Angebot in dem Streitgegenständlichen Punkt bei objektiver Würdigung aller Umstände und mit Rücksicht auf Treu und Glauben zu verstehen hatte. Anders ausgedrückt: Zu ermitteln ist nicht der subjektive innere Wille des Bieters, sondern der objektive Erklärungswert.

- c) Führt diese Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis und bleiben deshalb Zweifel, ob das Angebot den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entspricht, ist das Angebot auszuschließen.

VK Westfalen, Beschluss vom 07.04.2017 - VK 1-07/17

6. Kommunale Wohnungsbaugesellschaft ist öffentlicher Auftraggeber

- a) Die Beurteilung, ob eine kommunale Wohnungsbaugesellschaft öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB a.F. (entspricht inhaltlich § 99 Nr. 2 GWB n.F.) ist, richtet sich nach funktionaler Betrachtung.
- b) Der soziale Wohnungsbau und die soziale Wohnraumförderung stellen als Bestandteil der öffentlichen Daseinsvorsorge eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe dar.
- c) In diesem Bereich tätige kommunale Wohnungsbaugesellschaften üben die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe regelmäßig auch dann in nichtgewerblicher Art aus, wenn sie daneben in Gewinnerzielungsabsicht unter Marktbedingungen Wohnraum anbieten. Es entspricht dem typischen Bild heutiger kommunaler Wohnungsbaugesellschaften, dass sie die Aufgabe der sozialen Wohnraumförderung mit der Tätigkeit eines nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten agierenden Wohnungsunternehmens verbinden. Das ändert nichts daran, dass die im Allgemeininteresse liegende besondere Aufgabe der sozialen Wohnraumförderung eine solche nichtgewerblicher Art ist.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 06.12.2016 - 6 Verg 4/16

7. Zur Zulässigkeit einer Teilaufhebung des Vergabeverfahrens

- a) Eine teilweise Zurückversetzung bzw. Teilaufhebung des Vergabeverfahrens ist grundsätzlich zugelassen, wenn ein öffentlicher Auftraggeber vor Zuschlagserteilung

feststellt, dass die Vergabeunterlagen einen wesentlichen Fehler enthalten, der korrigiert werden soll.

- b) Wenn das ursprüngliche Leistungsverzeichnis nicht den vom Auftraggeber benötigten Leistungsumfang enthält, ist in dem damit verbundenen Korrekturbedarf ein sachlicher Grund und eine Rechtfertigung für eine Teilaufhebung zu sehen.

VK Bund, Beschluss vom 14.02.2017 - VK 1-140/16

8. Zur Vergütung von Lösungsvorschlägen

- a) Lösungsvorschläge, die als Grundlage der qualitativen Wertung der Angebote einzureichen sind, sind keine unaufgefordert eingereichten Ausarbeitungen, die gem. § 76 Abs. 2 Satz 3 VgV unberücksichtigt bleiben, sondern regelmäßig solche, die der Auftraggeber im Sinne des § 77 Abs. 2 VgV verlangt hat.
- b) Bei der Abforderung von Lösungsvorschlägen für Planungsaufgaben im Vergabeverfahren ist der öffentliche Auftraggeber gem. § 77 Abs. 2 VgV vergaberechtlich zur Festsetzung einer angemessenen Vergütung verpflichtet.
- c) Stellen die im Rahmen der Lösungsvorschläge geforderten Planungsleistungen Teilleistungen einer Leistungsphase der HOAI dar, ist die gem. § 77 Abs. 2 VgV vom Auftraggeber festzusetzende Vergütung nach § 77 Abs. 3 VgV nur dann angemessen, wenn sie nach den Regelungen der HOAI ermittelt wurde.

VK Südbayern, Beschluss vom 29.06.2017 - Z3-3-3194-1-13-04/17

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

IV. Immobilienrecht

Zur Haftung des Immobilienverkäufers – u. a. bei „nicht bekannten“ Mängeln

Die (behauptete) Erklärung des Verkäufers, das verkaufte Gebäude befinde sich in einem sehr guten Zustand, ihm seien keinerlei Feuchtigkeitserscheinungen bekannt, enthält ebenso wenig eine Beschaffenheitsgarantie wie seine Versicherung im notariellen Kaufvertrag, er kenne und verschweige keine verdeckten Mängel. Zudem führt die Beschreibung von Eigenschaften einer Immobilie vor Vertragsschluss, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.01.2017 - 24 U 36/16

Nach dem Erwerb einer gebrauchten Immobilie stellten die Käufer Feuchtigkeit an einer Gebäudetrennwand aufgrund einer fehlerhaften Abdichtung fest. Dieser Mangel wurde durch ein Sachverständigengutachten bestätigt. Die Käufer machten infolgedessen Gewährleistungsansprüche gegen die Verkäufer geltend. Vor Vertragsschluss sollen die Verkäufer erklärt haben, dass sich das Gebäude in einem sehr guten Zustand befinde und dass ihnen keinerlei Feuchtigkeitserscheinungen bekannt seien. In der Kaufvertragsurkunde wurde festgehalten, dass die Verkäufer keine verdeckten Mängel kennen und verschweigen. Im Übrigen wurde im Kaufvertrag – wie bei gebrauchten Immobilien durchaus üblich – die Gewährleistung ausgeschlossen. In erster Instanz hatten die Käufer keinen Erfolg.

Auch das Oberlandesgericht Düsseldorf lehnte eine Haftung der Verkäufer ab. Für das Oberlandesgericht war entscheidend, dass aufgrund des vereinbarten Gewährleistungsausschlusses eine Haftung der Verkäufer wegen der Feuchtigkeitsproblematik gemäß § 444 BGB nur in Betracht kommt, wenn die Verkäufer diese arglistig verschwiegen oder eine Beschaffenheitsgarantie übernommen hätten. Entsprechendes gelte, wenn eine Beschaffenheit der Kaufsache im notariellen Kaufvertrag vereinbart worden wäre.

Der behaupteten Erklärung der Verkäufer, der Bau befände sich in einem sehr guten Zustand und es seien ihnen keinerlei Feuchtigkeitsercheinungen bekannt, könne jedoch keine Beschaffenheitsgarantie entnommen werden, so das Oberlandesgericht. Eine Beschaffenheitsgarantie setze voraus, dass der Verkäufer die Gewähr für das Vorhandensein der vereinbarten Beschaffenheit der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Beschaffenheit einzustehen und erforderlichenfalls Schadensersatz selbst dann zu leisten, wenn ihn hinsichtlich des Fehlens der garantierten Beschaffenheit kein Verschulden trifft (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder dem Käufer der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist (§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB). Einen derart weitreichenden Haftungswillen hätten die Verkäufer mit der behaupteten Erklärung aber nicht zum Ausdruck gebracht. Selbst die Versicherung im notariellen Vertrag, keine verdeckten Mängel zu kennen und keine bekannten Mängel zur verschweigen, bedeute nicht die Gewährübernahme für das Fehlen von Mängeln, sondern enthalte lediglich eine Aussage zum Kenntnisstand und zur Redlichkeit des Verkäufers.

Unter Bezugnahme auf die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes vor Vertragsschluss durch den Verkäufer, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB führt (BGH, Urteil vom 22.04.2016 - V ZR 23/15), verneinte das Oberlandesgericht im vorliegenden Fall auch das Vorliegen einer vom Haftungsausschluss nicht umfassten Beschaffenheitsvereinbarung.

Schließlich konnten die Käufer nicht hinreichend darlegen, dass die Verkäufer sie bei Unterzeichnung des notariellen Kaufvertrages im Hinblick auf die später festgestellte Feuchtigkeit oder deren Ursache arglistig getäuscht hätten. Insoweit hält das Oberlandesgericht Düsseldorf fest, dass der Verkäufer auf in der Vergangenheit aufgetretene Schäden nur dann hinzuweisen hat, wenn er damit rechnen musste, dass die Schadensursache nicht ordnungsgemäß und nachhaltig behoben wurde. Wenn

er ein Fachunternehmen mit der umfassenden Beseitigung eines Mangels beauftragt hat, müsse sich der Verkäufer nicht Kenntnis vom Erfolg der Sanierungsbemühungen verschaffen.

Angesichts der vorstehenden, sich an der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs orientierenden Entscheidung und aufgrund des Umstandes, dass eine Arglist des Verkäufers für den Käufer nur sehr schwer nachweisbar ist, gilt, dass seitens des Käufers darauf zu achten ist, dass vorvertragliche Erklärungen und Zusicherungen des Verkäufers hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufobjekts in den notariellen Kaufvertrag aufgenommen werden. Wird dies versäumt, werden sich insbesondere bei gebrauchten Immobilien entsprechende Mängelansprüche regelmäßig kaum noch durchsetzen lassen.

Rechtsanwalt Thilo Braun

V. Mietrecht

BGH zu Wohnraumkündigungen wegen Berufs- oder Geschäftsbedarfs

Ob die Geltendmachung eines Berufs- oder Geschäftsbedarfs ein typischerweise anzuerkennendes Vermieterinteresse an der Beendigung eines Wohnraummietverhältnisses darstellt, ist anhand einer an den Einzelfallumständen ausgerichteten Abwägung der Interessen von Vermieter und Mieter zu beurteilen.

BGH, Urteil vom 29.03.2017 – VIII ZR 45/16

Die Klägerin erwarb ein Mehrfamilienhaus, in dem der Beklagte seit dem Jahr 1977 eine 27 m² große Einliegerwohnung bewohnte. Der Ehemann der Klägerin richtete in einem Teil des Mehrfamilienhauses seine seit 14 Jahren bestehende Beratungsfirma ein. Die Klägerin kündigte das Mietverhältnis mit dem Beklagten und begründete die Kündigung mit einem Bedarf ihres Ehemannes an weiteren Räumlichkeiten für dessen Beratungsfirma. Die Wohnung des Beklagten sollte danach für einen weiteren Arbeitsplatz und als Archiv des Be-

etriebes des Ehemannes der Klägerin genutzt werden.

Die Klage hatte keinen Erfolg. Der Bundesgerichtshof verneinte ein für die Kündigung erforderliches berechtigtes Interesse der Klägerin. Ein Eigenbedarf der Klägerin liege nicht vor, da diese die Wohnung nicht zu Wohnzwecken nutzen, sondern sie einer gewerblichen Nutzung zuführen wolle. Auch die Voraussetzungen einer Verwertungskündigung lägen nicht vor. Eine Verwertungskündigung ermöglicht einem Vermieter die Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses, wenn dieses der Realisierung des dem Grundstück innewohnenden Wertes entgegensteht. Hierauf habe sich die Klägerin aber nicht berufen, insbesondere nicht geltend gemacht, ihrem Ehemann die Wohnung des Beklagten mietweise überlassen zu wollen und dadurch höhere Mieteinnahmen als bisher zu erzielen. Der Klägerin sei es darum gegangen, ihrem Ehemann für dessen Beratungsunternehmen weitere Räumlichkeiten zu Akteneinlagerungszwecken und zur Einrichtung eines weiteren Arbeitsplatzes zur Verfügung zu stellen.

Diese Begründung stelle, so der Bundesgerichtshof, nicht per se ein berechtigtes Interesse dar. Der Gesetzgeber habe mit den Kündigungsmöglichkeiten „Eigeninteresse“ und „Verwertungskündigung“ vertypete Regelbeispiele geschaffen, mit denen er zum Ausdruck brachte, unter welchen Voraussetzungen der Erlangungswunsch des Vermieters Vorrang vor dem Bestandsinteresse des Mieters habe. Ob ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses vorliege, erfordere eine umfassende Würdigung aller Umstände des Einzelfalles. Eine allgemeine Beantwortung der Frage, ob ein (frei-) beruflicher oder gewerblicher Bedarf eine Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses rechtfertige, verbiete sich.

Der Bundesgerichtshof nimmt sodann eine umfassende Interessenabwägung anhand der den Parteien jeweils zustehenden Grundrechte vor. Die der Klägerin zustehende Eigentums-garantie beziehe sich darauf, die Mietwohnung sowohl zu Wohnzwecken als auch für (frei-) berufliche oder gewerbliche Zwecke zu nutzen. Aber auch dem Beklagten komme die Eigentums-garantie zugute, denn die Wohnung sei

für jedermann der Mittelpunkt seiner privaten Existenz. Der Einzelne sei auf ihren Gebrauch zur Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse sowie zur Freiheitssicherung und Entfaltung seiner Persönlichkeit angewiesen.

Für den Bundesgerichtshof liegt die von der Klägerin ausgesprochene Kündigung zwischen den Regelbeispielen des Gesetzes, mit etwas größerer Tendenz zur Verwertungskündigung. Bei einer Verwertungskündigung genügt der Wunsch nach einer wirtschaftlichen Verwertung einer Immobilie allein nicht. Hinzukommen muss nach dem Gesetz ein durch die Fortsetzung des Mietverhältnisses bedingter erheblicher Nachteil beim Vermieter. Vor diesem Hintergrund verneint der Bundesgerichtshof die Rechtmäßigkeit der Kündigung, denn in diesem Einzelfall würden die Mieträumlichkeiten nicht zur Aufnahme oder Fortsetzung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit benötigt, sondern allein zur räumlichen Erweiterung eines Beratungsunternehmens. Die Klägerin und ihr Ehemann seien zur Erweiterung des Betriebes des Ehemannes mangels anderweitiger Darlegung auch nicht auf die Räumlichkeiten des Beklagten angewiesen, so dass die Verdrängung des Beklagten aus seinem persönlichen Lebensmittelpunkt nicht gerechtfertigt sei.

Rechtsanwältin Anna-Katrin Büntzly

VI. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Überwachung mittels Keylogger – Verwertungsverbot

Der Einsatz eines Software-Keyloggers, mit dem alle Tastatureingaben an einem dienstlichen Computer für eine verdeckte Überwachung und Kontrolle des Arbeitnehmers aufgezeichnet werden, ist nach § 32 Abs. 1 BDSG unzulässig, wenn kein auf den Arbeitnehmer bezogener, durch konkrete Tatsachen begründeter Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung besteht.

Der Kläger war bei der Beklagten seit 2011 als „Web-Entwickler“ beschäftigt. Im Zusammenhang mit der Freigabe eines Netzwerks teilte

die Beklagte ihren Arbeitnehmern im April 2015 mit, dass der gesamte „Internet-Traffic“ und die Benutzung ihrer Systeme „mitgeloggt“ werde. Sie installierte auf dem Dienst-PC des Klägers eine Software, die sämtliche Tastatureingaben protokollierte und regelmäßig Bildschirmfotos (Screenshots) fertigte. Nach Auswertung der mit Hilfe dieses Keyloggers erstellten Dateien fand ein Gespräch mit dem Kläger statt. In diesem räumte er ein, seinen Dienst-PC während der Arbeitszeit privat genutzt zu haben. Auf schriftliche Nachfrage gab er an, nur in geringem Umfang und in der Regel in seinen Pausen ein Computerspiel programmiert und E-Mail-Verkehr für die Firma seines Vaters abgewickelt zu haben. Die Beklagte, die nach dem vom Keylogger erfassten Datenmaterial davon ausgehen konnte, der Kläger habe in erheblichem Umfang Privattätigkeiten am Arbeitsplatz erledigt, kündigte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich.

Die Vorinstanzen haben der dagegen gerichteten Kündigungsschutzklage stattgegeben. Die Revision der Beklagten hatte vor dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die durch den Keylogger gewonnenen Erkenntnisse über die Privattätigkeiten des Klägers dürfen im gerichtlichen Verfahren nicht verwertet werden. Die Beklagte hat durch dessen Einsatz das als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistete Recht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) verletzt. Die Informationsgewinnung war nicht nach § 32 Abs. 1 BDSG zulässig. Die Beklagte hatte beim Einsatz der Software gegenüber dem Kläger keinen auf Tatsachen beruhenden Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung. Die von ihr „ins Blaue hinein“ veranlasste Maßnahme war daher unverhältnismäßig. Hinsichtlich der vom Kläger eingeräumten Privatnutzung hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, diese rechtfertige die Kündigungen mangels vorheriger Abmahnung nicht.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 27.06.2017 - 2 AZR 681/16 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Versetzung – Verbindlichkeit einer unbilligen Weisung

Der Zehnte Senat möchte die Auffassung vertreten, dass der Arbeitnehmer im Anwendungsbereich des § 106 GewO eine unbillige Weisung des Arbeitgebers auch dann nicht befolgen muss, wenn keine dementsprechende rechtskräftige Entscheidung der Gerichte für Arbeits­sachen vorliegt. Damit weicht der Senat von der Rechtsprechung des Fünften Senats (22.02.2012 - 5 AZR 249/11 - Rn. 24, BAGE 141, 34) ab. Der Zehnte Senat fragt deshalb nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG an, ob der Fünfte Senat an seiner Rechtsauffassung festhält.

Der Kläger ist seit dem Jahr 2001 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt. Er war zuletzt als Immobilienkaufmann am Standort Dortmund eingesetzt. Zwischen den Parteien war in den Jahren 2013/14 ein Kündigungsrechtsstreit anhängig, der zugunsten des Klägers ausging. Nachdem Mitarbeiter im März 2014 eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger abgelehnt hatten, teilte die Beklagte ihm mit Schreiben vom 23.02.2015 mit, dass sie ihn für die Zeit vom 16.03.2015 bis zum 30.09.2015 am Standort Berlin einsetzen werde; eine Beschäftigungsmöglichkeit in Dortmund außerhalb dieses Teams bestehe nicht. Nachdem der Kläger seine Arbeit am Standort Berlin nicht aufgenommen hatte, mahnte ihn die Beklagte mit Schreiben vom 26.03.2015 ab. Im April erfolgte eine weitere Abmahnung. Mit Schreiben vom 28.05.2015 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos.

Mit der vorliegenden Klage möchte der Kläger u. a. festgestellt wissen, dass er nicht verpflichtet war, der Weisung vom 23.02.2015 Folge zu leisten. Des Weiteren begehrt er die Entfernung der Abmahnungen aus seiner Personalakte. In einem weiteren Verfahren (2 AZR 329/16) wendet er sich gegen die Wirksamkeit der Kündigung. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben der Klage stattgegeben.

Über die Revision der Beklagten kann noch nicht entschieden werden. Die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, die Bestimmungen des Arbeitsvertrags der Parteien ließen zwar grundsätzlich eine Änderung des Arbeitsortes

des Klägers zu, die Versetzung von Dortmund nach Berlin habe aber nicht billigem Ermessen entsprochen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Fünfte Senat hat allerdings die Auffassung vertreten, dass sich ein Arbeitnehmer über eine unbillige Weisung, die nicht aus anderen Gründen unwirksam sei, nicht hinwegsetzen dürfe, solange keine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung vorliege, die deren Unwirksamkeit feststelle. Der Zehnte Senat möchte hingegen die Auffassung vertreten, dass der Arbeitnehmer einer unbilligen Weisung des Arbeitgebers nicht – auch nicht vorläufig – folgen muss und fragt deshalb nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG an, ob der Fünfte Senat an seiner Rechtsauffassung festhält.

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom
14.06.2017 - 10 AZR 330/16 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

3. Fristlose Kündigung einer Geschäftsführerin wegen illoyalen Verhaltens

Betreibt die Geschäftsführerin eines Vereins auf intrigante Weise zielgerichtet die Abwahl des Vereinsvorsitzenden, kann dies die außerordentliche Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Durch ein solch illoyales Verhalten wird die für eine weitere Zusammenarbeit erforderliche Vertrauensbasis zerstört und der Betriebsfriede erheblich gestört.

Die Klägerin war als Geschäftsführerin bei dem beklagten Verein beschäftigt. Dieser bildet den Dachverband für seine örtlichen Mitgliedsverbände. Nach Differenzen mit dem sogenannten Präsidenten des Vereins rief die Klägerin die Vereinsmitglieder dazu auf, die Einberufung einer außerordentlichen Mitgliederversammlung mit dem Ziel der Abwahl der Vereinsspitze zu fordern. Der als Präsidium bezeichnete Vorstand des Vereins beschloss daraufhin die fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung der Klägerin. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Klage. Sie wendet u. a. ein, der Präsidiumsbeschluss sei unwirksam, weil das Präsidium wegen des vorherigen Rücktritts eines Mitglieds nicht vollständig besetzt gewesen sei.

Das Landesarbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Der Kündigung liegt zwar ungeachtet des vorherigen Rücktritts eines Vizepräsidenten ein nach der Vereinssatzung wirksamer Beschluss des Präsidiums zugrunde. Wegen des illoyalen Verhaltens der Klägerin liegt auch ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses vor. Der Senat konnte aber nicht abschließend beurteilen, ob die fristlose Kündigung gemäß § 626 Abs. 2 BGB innerhalb von zwei Wochen nach Kenntniserlangung von den maßgebenden Tatsachen erklärt wurde. Das Landesarbeitsgericht wird zu prüfen haben, ob entsprechend dem Vortrag des Beklagten eine Anhörung der Klägerin den Fristbeginn gehemmt hat. Dies würde voraussetzen, dass der Klägerin bezogen auf den kündigungsrelevanten Sachverhalt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde. Ob dies der Fall war, ist zwischen den Parteien streitig geblieben.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 01.06.2017 -
6 AZR 720/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

4. Pfändungsschutz für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszulagen

Zulagen für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit sind Erschwerniszulagen i.S.v. § 850a Nr. 3 ZPO und damit im Rahmen des Üblichen unpfändbar. Zulagen für Schicht-, Samstags- oder sogenannter Vorfestarbeit sind dagegen der Pfändung nicht entzogen. Hinsichtlich der Frage, in welchem Umfang und welcher Höhe Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit als „üblich“ und damit unpfändbar i.S.v. § 850a Nr. 3 ZPO anzusehen sind, kann an die Regelung in § 3b EStG angeknüpft werden.

Die Klägerin arbeitet bei der Beklagten, die eine Sozialstationen betreibt, als Hauspflegerin. Nach einem zwischenzeitlich aufgehobenen Insolvenzverfahren befand sich die Klägerin in der sogenannten Wohlverhaltensphase, in der sie ihre pfändbare Vergütung an einen Treu-

händer abgetreten hatte. Im Zeitraum Mai 2015 bis März 2016 führte die Beklagte von der jeweiligen Nettovergütung der Klägerin den sich aus ihrer Sicht ergebenden pfändbaren Teil der Vergütung an den Treuhänder ab. Dabei berücksichtigte sie auch die an die Klägerin gezahlten tarifvertraglichen Zuschläge für Sonntags-, Feiertags-, Nacht-, Wechsel- schicht-, Samstags- und Vorfestarbeit als pfändbar. Die Klägerin, die diese Zuschläge als unpfändbare Erschwerniszulagen i.S.v. § 850a Nr. 3 ZPO ansieht, begehrt von der Beklagten Zahlung von insgesamt 1.144,91 €, die diese zu viel an den Treuhänder abgeführt habe. Die Vorinstanzen haben der Klage statt- gegeben.

Auf die Revision der Beklagten hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufgehoben. Die Vorinstanzen haben allerdings zutreffend an- genommen, dass Zulagen für Sonntags-, Fei- ertags- und Nachtarbeit Erschwerniszulagen i.S.v. § 850a Nr. 3 ZPO und deshalb unpfänd- bar sind. Der Gesetzgeber hat in § 6 Abs. 5 ArbZG die Ausgleichspflichtigkeit von Nachtar- beit geregelt, die von ihm als besonders er- schwerend bewertet wurde. Sonntage und ge- setzliche Feiertage stehen kraft Verfassung (Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV) unter be-

sonderem Schutz. § 9 Abs. 1 ArbZG ordnet an diesen Tagen ein grundsätzliches Beschäfti- gungsverbot an. Damit geht der Gesetzgeber auch hier von einer Erschwernis aus, wenn an diesen Tagen dennoch gearbeitet wird.

Eine entsprechende gesetzgeberische Wer- tung gibt es für Schicht-, Samstags- und Vor- festarbeit hingegen nicht. Zudem ist zu be- rücksichtigen, dass die Sonderregelung des § 850a ZPO zwar dem Schuldnerschutz dient und diesem einen größeren Teil seines Netto- einkommens als unpfändbar belassen will. An- gesichts der ebenso in den Blick zu nehmen- den Gläubigerinteressen bedarf die in § 850a Nr. 3 ZPO geregelte Unpfändbarkeit von Er- schwerniszulagen aber einer sachlichen Be- grenzung.

Der Senat konnte nicht abschließend ent- scheiden, da zur genauen Höhe der zu Un- recht an den Treuhänder abgeführten Vergü- tung eine weitere Sachaufklärung erforderlich ist.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 23.08.2017 - 10 AZR 859/16 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Thilo Braun

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

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -
im September 2017**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwältinnen, 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