

Mandanten-Rundbrief

- Dezember 2008 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Außergewöhnlich hoher Einheitspreis - keine Korrekturen dieses Preises bei Nachtragsberechnungen	2
2.	Architekten- und Ingenieurrecht: Wann führt eine Bausummenüberschreitung zur Schadensersatzpflicht?	3
3.	Auftraggeber haftet gegenüber Auftragnehmer für falsche Auskunft	3
II.	Leitsätze zum Privaten Bau- und Architektenrecht	4
III.	Vergaberecht	7
1.	Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte durch hohe Anforderung an den Verfügungsgrund faktisch ausgeschlossen	7
2.	Auch teilweise Kenntnis vom Angebot eines Mitbewerbers führt zum Angebotsausschluss	8
IV.	Leitsätze zum Vergaberecht	9
V.	Öffentliches Baurecht	10
	BVerwG zur Festsetzung gebietsbezogener Verkaufsflächenbeschränkungen im Bebauungsplan	10
VI.	Mietrecht	11
	Wärmecontracting und Mietrecht - Gesetzgeberische Aktivitäten	11
VII.	Leitsätze zum Mietrecht	12
VIII.	Arbeitsrecht	14
1.	Erlöschen des Jahresurlaubs bei andauernder Arbeitsunfähigkeit	14
2.	Kündigungsschutz und Altersdiskriminierung	14
3.	Kein Verbot von so genannten „Flash-Mob“- Aktionen im Arbeitskampf	15
IX.	Veröffentlichungen, Sonstiges	16

HEIDELBERG

Vangerowstr. 20
69115 Heidelberg
Tel.: 06221/9129-0
Fax: 06221/9129-29

FRANKFURT

Mylusstr. 14
60323 Frankfurt
Tel.: 069/727374-15
Fax: 069/727374-91

BERLIN

Markgrafenstr. 33
10117 Berlin
Tel.: 030/206278-0
Fax: 030/206278-78

DÜSSELDORF

Königsalle 63-65
40215 Düsseldorf
Tel.: 0211/436987-0
Fax: 0211/436987-9

HAMBURG

Esplanade 39
20354 Hamburg
Tel.: 040/2263038-0
Fax: 040/2263038-18

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Außergewöhnlich hoher Einheitspreis - keine Korrekturen dieses Preises bei Nachtragsberechnungen

a) Auch wenn ein Einheitspreis außergewöhnlich hoch oder niedrig ist, sei es aus spekulativen Gründen, sei es auf Grund eines Kalkulationsfehlers, erlaubt eine Nachtragsberechnung gem. § 2 Nr. 3 und 5 VOB/B grundsätzlich keine Korrekturen bezüglich dieses Preises.

b) Im Rahmen der Neuberechnung der Einheitspreise nach § 2 Nr. 3 VOB/B trägt der Unternehmer die volle Beweislast für die Höhe des kalkulierten Gewinns.

OLG Koblenz, Urteil vom 24.05.2006 - 6 U 1273/03 (nachfolgend: BGH, Beschluss vom 19.06.2008 - VII ZR 128/06 [Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen])

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Zahlung restlichen Werklohns für die durchgeführte Rekultivierungsarbeit an einer Deponieböschung. Weil für die Herstellung des Erdkörpers nicht genügend Masse in der Deponie vorhanden ist, wird das benötigte Material teilweise direkt dem Boden des Deponiegeländes entnommen (Teilmenge A) sowie außerdem aus einer dort gelagerten Bodenmiete (Teilmenge B). Zwischen den Parteien besteht Streit über die Höhe des geschuldeten Entgelts für Arbeiten bezüglich dieser beiden Teilmengen.

Die Leistungsbeschreibung enthält in der Position 3.01 „Lösen, Laden, Transportieren und Wiedereinbau von Müll sowie Herstellung eines Grobplanums unter der Abtragsfläche“. Die Position 3.06 beinhaltet „Lösen, Laden, Transportieren und Wiedereinbau von gelagertem bindigen Boden in einer Stärke von 120 cm“. Beide Positionen sind mit einem Einheitspreis von 0,10 DM/m³ bepreist. Die Leistungsbeschreibung enthält eine weitere Position 3.04, die folgende Leistung enthält „Abtrag wie

bei Position 3.01 jedoch Bodenklasse 3-5, die Massen werden nach Anweisung des Auftraggebers auf der Deponie abgelagert“. Der angegebene Einheitspreis für diese Position beträgt 117,50 DM/m³.

Der Auftragnehmer will die zusätzlichen Massen (Teilmenge A und B) nach der Position 3.04 für einen Einheitspreis in Höhe von 117,50 DM/m³ abrechnen. Der Auftraggeber meint, dass die Position 3.06 einschlägig sei.

Der AN obsiegt mit der Teilmenge A und unterliegt mit der Teilmenge B. Das OLG hält für die Teilmenge A die Position 3.04 für anwendbar, da das Lösen und der Einbau von bindigem Boden zur Herstellung des Erdkörpers im Wesentlichen der Leistungsbeschreibung unter Position 3.04 entspreche. Unschädlich sei, dass nach diesem Positionstext lediglich ein Ablagern und kein Einbau der Massen vorzunehmen sei. Der AN darf daher die Teilmenge A nach Position 3.04 abrechnen. Der ungewöhnlich hohe Gewinnanteil der Position 3.04 wird im Rahmen der Neuberechnung des Preises nach § 2 Nr. 3 VOB/B auf die volle Menge fortgeschrieben.

Dagegen muss der Auftragnehmer die Teilmenge B in Anlehnung an Position 3.01 und 3.06 abrechnen. Hier erhält der Auftragnehmer auch über eine Preisanpassung nach § 2 Nr. 5 VOB/B nur den dort angebotenen äußerst geringen Einheitspreis, der nicht erhöht werden kann.

Der Auftragnehmer wird für seine Spekulation oder für seinen Kalkulationsirrtum - der Angabe von Einheitspreisen, die sich um ein Vielfaches unterscheiden - teilweise belohnt und teilweise bestraft. Denn die Einheitspreise werden jeweils isoliert fortgeschrieben, was in einem Fall zu einem außergewöhnlich hohen Gewinnanteil und im anderen Fall zu einem außergewöhnlich hohen Verlustanteil führt.

Für die Gestaltung von Einheitspreisen gilt daher, eine sorgfältige Kalkulation anzustreben, da sich ansonsten unter Umständen die Verluste auch in den Nachträgen fortschreiben.

Die Heranziehung der §§ 2 Nr. 3 und 2 Nr. 5 VOB/B erscheint im vorliegenden Fall jedoch fraglich. Da Arbeiten durchgeführt wurden, welche im Vertrag in der Form nicht vorgesehen waren, geht das Gericht wohl unzutreffend von einer reinen Mengenüberschreitung und der Anwendung von § 2 Nr. 3 VOB/B aus. Hätte das Gericht richtigerweise die Arbeiten als zusätzliche Leistungen angesehen, wären nicht nur die Kosten bzw. Gewinnanteile der Einzelpositionen fortgeschrieben worden, sondern alle insoweit einschlägigen Kalkulationseinsätze des Vertrages berücksichtigt worden.

Rechtanwältin Daniela Beines

2. Architekten- und Ingenieurrecht: Wann führt eine Bausummenüberschreitung zur Schadensersatzpflicht?

In Architekten- und Ingenieurverträgen finden sich häufig Regelungen zu Bausummen oder Baukostenobergrenzen. Das OLG Karlsruhe hat dazu einige grundsätzliche Aussagen in seinem Urteil vom 24.07.2007 (Az.: 8 U 93/06) getroffen:

a) Ein Schadensersatzanspruch gegen den Architekten wegen Bausummenüberschreitung kommt dann in Frage, wenn eine Kostengrenze im Sinne einer Beschaffenheit verbindlich vereinbart ist.

b) Die volle Darlegungs- und Beweislast für eine solche Beschaffenheitsvereinbarung liegt beim Bauherrn.

c) Fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung im Architektenvertrag, muss sich die Vereinbarung der Kostenobergrenze als Beschaffenheit des Architektenwerks eindeutig aus den Umständen ergeben.

d) Ein Schadensersatzanspruch wegen Schlechterfüllung des Architektenvertrags kann grundsätzlich in Frage kommen, wenn die Baukosten eine dem Architekten bekannte Vorstellung des Bauherrn überschreiten.

e) Die volle Darlegungs- und Beweislast für die haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität liegt beim Bauherrn.

f) Bei der Feststellung des Schadens ist ein Vorteilsausgleich für die Wertsteigerung des Grundstücks infolge der Mehrkosten zu berücksichtigen.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk

3. Auftraggeber haftet gegenüber Auftragnehmer für falsche Auskunft

a) Wird die Werkleistung vor der Abnahme durch Dritte beschädigt, die ebenfalls dem Bauherrn vertraglich verbunden sind, ist dieser verpflichtet, dem Geschädigten umfassend und sachgemäß Auskunft über die Vertragsgestaltung zu geben. Scheitert ein Schadensersatzprozess gegen den vermeintlich Verantwortlichen infolge einer falschen Auskunft des Bauherrn, muss dieser dem Werkunternehmer die notwendigen Prozesskosten erstatten.

b) Trotz der Beschädigung durch einen ebenfalls vom Bauherrn beauftragten Dritten kann der Unternehmer eine Vergütung erst verlangen, wenn er die Werkleistung unter Beseitigung des Schadens vertragsgemäß fertig stellt.

OLG Koblenz, Urteil vom 25.09.2008 - 5 U 550/08

Das Urteil des Oberlandesgerichts Koblenz hat die in der Praxis häufig auftretende Konstellation zum Gegenstand, dass das Gewerk eines Auftragnehmers vor Abnahme durch einen anderen Auftragnehmer des Auftraggebers beschädigt wird.

Im konkreten Fall nannte der Auftraggeber - ohne jedoch insoweit über verlässliche Informationen zu verfügen - dem Auftragnehmer auf dessen Nachfrage als Verantwortliche für die Beschädigung seines noch nicht abgenommenen Gewerks eine Firma M, deren Subunternehmerin B den Schaden verursacht habe. Die (vermeintliche) Verantwortlichkeit

der Firma M hielten Auftraggeber und Auftragnehmer in einer Vereinbarung, mit der der Auftraggeber dem Auftragnehmer zugleich sämtliche aus der Beschädigung resultierenden Schadensersatzansprüche gegen M abtrat, noch einmal ausdrücklich fest. Der Auftragnehmer erhob daraufhin Klage gegen M. Diese wurde jedoch mit der Begründung abgewiesen, B sei nicht Subunternehmer von M gewesen, sondern direkt von bevollmächtigten Mitarbeitern des Auftraggebers selbst beauftragt worden. Daraufhin verklagte der Auftragnehmer den Auftraggeber unter anderem auf Ersatz der infolge der falschen Auskunft unnütz aufgewandten Prozesskosten für den Prozess gegen M.

Das Oberlandesgericht Koblenz hat dieser Klage, nachdem sie zunächst vom Landgericht Bad-Kreuznach abgewiesen worden war, insoweit stattgegeben. Der Auftraggeber sei im Rahmen einer Nebenpflicht aus dem Werkvertrag verpflichtet gewesen, den Auftragnehmer zutreffend zu unterrichten und bei diesem keine Irrtümer zu erregen. Dies gelte umso mehr, als die erbetenen Informationen über den Verursacher des für die Beschädigung seines Gewerks Verantwortlichen für den Auftragnehmer erkennbar von erheblicher Bedeutung gewesen seien. Diese Nebenpflicht habe der Auftraggeber schuldhaft verletzt, indem er ohne verlässliche Beurteilungsgrundlage und ohne offen zu legen, dass diese Auskunft lediglich auf einer Vermutung beruhte, die Firma M als Verantwortliche genannt habe. Daher sei er gemäß § 280 Abs. 1 BGB zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Auftragnehmer dadurch entstanden sei, dass er durch die vorwerfbar falsche Auskunft zu einem Rechtsstreit veranlasst worden sei, den er sonst nicht geführt hätte.

Abschließend bekräftigt das Oberlandesgericht Koblenz noch einmal die ständige höchstgerichtliche und obergerichtliche Rechtsprechung (vgl. hierzu z. B. BGH vom 27.06.1985 - VII ZR 23/84 - NJW 1985, 2475 = BauR 1985, 561, 562/563 m.w.N.), wonach der Auftragnehmer im Falle der Beschädigung seines Gewerks vor Abnahme durch einen ebenfalls vom Auftraggeber beauftragten Dritten eine Vergütung erst

verlangen kann, wenn er die Werkleistung unter Beseitigung des Schadens vertragsgemäß fertig gestellt hat.

Auftraggeber sollten aus diesem Urteil folgende Lehren ziehen: Zum einen sollten einem Auftragnehmer, dessen Gewerk vor Abnahme durch einen anderen, ebenfalls vom Auftraggeber beauftragten Dritten beschädigt worden ist, auf sein Ersuchen hin im Rahmen des Zumutbaren alle Informationen offen gelegt werden, die er benötigt, um diesen Dritten hierfür in Anspruch zu nehmen. Eventuelle Schadensersatzansprüche gegen den Dritten aus dem mit diesem bestehenden Vertragsverhältnis hat der Auftraggeber an den Auftragnehmer abzutreten (vgl. hierzu z. B. BGH vom 30.09.1969 - VI ZR 254/67 - NJW 1970, 38, 41 unter III.; OLG Dresden vom 15.11.2005 - 14 U 2368/04 - BauR 2007, 555 = IBR 2007, 71 [Ls.]). Zum anderen sollten erteilte Auskünfte entweder zweifelsfrei richtig sein oder aber in der Formulierung entsprechend relativiert werden (z. B.: „Wir gehen davon aus, dass ...“ o.ä.).

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt

II. Leitsätze zum Privaten Bau- und Architektenrecht

1. Mehrvergütung bei verzögertem Zuschlag

- a) Die Anfrage des Auftraggebers nach einer Binde- und Zuschlagsfristverlängerung, die darauf erteilte Zustimmung des Bieters und die Erteilung des Zuschlags durch den Auftraggeber auf das verlängerte Angebot beziehen sich grundsätzlich auf eine Leistung gemäß der unveränderten ursprünglichen Ausschreibung. Dies gilt auch für bereits überholte Ausführungsfristen, es sei denn, dass hinreichend deutlich gemacht wird, dass eine Änderung der zeitlichen Vorgaben gewollt ist.
- b) Der Vertrag kommt deshalb in der Regel auch bei einer zeitlichen Überholung zu-

nächst mit den ursprünglich ausgeschriebenen Ausführungsfristen zustande.

- c) Es besteht deshalb die Notwendigkeit, den geschlossenen Vertrag in zeitlicher Hinsicht an die Wirklichkeit anzupassen (Zwei-Stufen-Modell). Diese Anpassung, die der Auftraggeber möglicherweise einseitig gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B anordnen kann, zu der die Vertragsparteien einander aber jedenfalls wegen des gegenseitigen Kooperationsgebotes verpflichtet sind, braucht der Auftragnehmer nicht ohne Ausgleich seiner auf Grundlage seiner ursprünglichen Kalkulation zu berechnenden Mehrkosten hinzunehmen.
- d) Nach diesen Grundsätzen kann dem Auftragnehmer eine Mehrvergütung auch dann zustehen, wenn in der Ausschreibung Ausführungsfristen nicht kalendermäßig bestimmt waren, sondern die Fristen vom Tag des bis zu einem bestimmten Datum vorgesehenen Zuschlags berechnet werden sollten.

OLG Hamm, Urteil vom 26.06.2008 - 21 U 17/08

2. Zur Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrags

- a) Bei der Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrags kann der Auftragnehmer in besonderen Ausnahmefällen die ihm zustehende Mindestvergütung in der Weise abrechnen, dass er die gesamte Leistung als nicht erbracht zugrunde legt und von dem Pauschalpreis die hinsichtlich der Gesamtleistung ersparten Aufwendungen absetzt.
- b) Dies kann in Ermangelung einer „Urkalkulation“ so geschehen, dass die Angebote aller Subunternehmer mit der Gesamtkalkulation des Auftragnehmers gleichgesetzt und darüber hinaus keine weiteren Eigenleistungen des Auftragnehmers berücksichtigt werden. Der Wert der nicht erbrachten Leistungen des Auftragnehmers entspricht dann den

Aufwendungen, die nach den Angeboten der Subunternehmer insgesamt hätten erbracht werden müssen.

OLG Celle, Urteil vom 10.09.2008 - 14 U 79/08

3. Änderung von Leistungspositionen durch Begleitschreiben und deren Vergütung

Ändert ein Unternehmer eine ihm vorgegebene Leistungsposition, wonach bei der Dämmung von Heizungsrohren keine gesonderte Vergütung der benötigten Formteile erfolgen soll, mit seinem Angebot dahin ab, dass je 10 Meter Rohr jeweils nur ein Formteil eingeschlossen ist und im Übrigen eine Vergütung der Formteile nach Stückzahlen verlangt wird, und nimmt der Auftraggeber dieses Angebot an, so besteht im Falle der Überschreitung der Inklusiv-Stückzahlen ein Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B. Hierfür ist es unerheblich, ob der Vertrag im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens geschlossen wurde.

OLG Naumburg, Urteil vom 03.04.2008 - 1 U 106/07

4. Beurkundungspflicht der Baubeschreibung

Ein Notar verletzt seine Amtspflicht zur vollständigen Beurkundung, wenn er bei Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages eine Baubeschreibung nicht mit beurkundet.

BGH, Urteil vom 03.07.2008 - III ZR 189/07

5. Zur Rechnungsprüfung durch den Architekten

- a) Im Rahmen der Kostenkontrolle hat der Architekt bei der Überprüfung der Abschlagsrechnung eines Unternehmers neben dem richtigen Ausführungsstand grundsätzlich auch die korrekten Preise unter Berücksichtigung zwischen dem Bauherrn und dem

Unternehmer vereinbarter Nachlässe zu beachten.

- b) Der Architekt kann zudem zur Prüfung verpflichtet sein, ob der Unternehmer eine vertraglich vereinbarte Vertragserfüllungs- und/oder Gewährleistungsbürgschaft gestellt hat und ob im Falle des Unterlassens Werklohn einbehalten werden kann.
- c) Ein gegen den Architekten wegen fehlerhafter Rechnungsprüfung bestehender Schadensersatzanspruch ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil gegen den - inzwischen in Insolvenz geratenen - Unternehmer ein Rückzahlungsanspruch besteht.
- d) Den Bauherrn, der sich auf die Richtigkeit der Rechnungsprüfung des Architekten verlässt, trifft in der Regel kein Mitverschulden.

OLG Hamm, Urteil vom 07.08.2008 - 21 U 78/07

6. Hinreichende Bezeichnung des geltend gemachten Anspruchs im Mahnbescheid

- a) Nimmt der Gläubiger in einem Mahnantrag auf Rechnungen Bezug, die dem Mahngegner weder zugegangen noch dem Mahnbescheid als Anlage beigefügt sind, so sind die angemahnten Ansprüche nicht hinreichend bezeichnet, soweit sich ihre Individualisierung nicht aus anderen Umständen ergibt.
- b) Wird jemand durch Mahnbescheid auf Vergütung von Leistungen in Anspruch genommen, die nicht allein ihm gegenüber erbracht worden sind, so ist der Gesamtanspruch unzureichend bezeichnet, wenn nur die Leistung an den Schuldner genannt ist und eine Mithaftung für die Schuld Dritter nicht behauptet wird.

BGH, Urteil vom 10.07.2008 - IX ZR 160/07

7. Druckzuschlag auch bei Durchgriffsfälligkeit

- a) § 641 Abs. 2 BGB regelt ausschließlich die Voraussetzungen der sog. (Durchgriffs-) Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Unternehmers. Das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers nach §§ 641 Abs. 3, 320 BGB wird hierdurch nicht ausgeschlossen (Anschluss an OLG Nürnberg, NJW-RR 2003, 1526 = NZBau 2004, 47 = OLG-Report 2003, 336).
- b) Kann der Hauptunternehmer vom Subunternehmer die Beseitigung eines Mangels verlangen, so steht ihm somit im Fall einer Durchgriffsfälligkeit nach § 641 Abs. 2 BGB das Verweigerungsrecht aus § 641 Abs. 3 BGB ebenso zu wie bei Fälligkeitseintritt nach erfolgter Abnahme gemäß § 641 Abs. 1 BGB.

OLG Bamberg, Urteil vom 27.03.2008 - 1 U 164/07

8. Reichweite des Urteils auf Vorschuss für Mangelbeseitigungskosten

Ein Urteil, mit dem dem Auftraggeber Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten zugesprochen wird, enthält regelmäßig die Feststellung, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist, die gesamten Mängelbeseitigungskosten zu tragen, gegebenenfalls auch die den gezahlten Vorschuss übersteigenden Selbstvorkosten (im Anschluss an BGH, Urteile vom 18.03.1976 - VII ZR 41/74, BGHZ 66, 138 und vom 20.02.1986 - VII ZR 318/84, BauR 1986, 345 = ZfBR 1986, 210).

BGH, Urteil vom 25.09.2008 - VII ZR 204/07

9. Verjährungshemmung durch Nachbesserung

- a) Bessert der Auftragnehmer nach Abnahme nach, wird bei Vereinbarung der VOB/B die Gewährleistungsfrist grundsätzlich ge-

hemmt, bis die Mängelbeseitigungsarbeiten abgenommen sind.

- b) Die Hemmung endet auch, wenn der Auftraggeber die Abnahme endgültig verweigert, weil er eine weitere Erfüllung des Vertrages ablehnt. Sie endet ferner, wenn der Auftraggeber die Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung verweigert und der Auftragnehmer seinerseits die weitere Mängelbeseitigung ablehnt.
- c) Erbringt der Auftragnehmer Mängelbeseitigungsleistungen und werden diese abgenommen, beginnt mit der Abnahme die neue Gewährleistungsfrist des § 13 Nr. 5 S. 3 VOB/B (Bestätigung von BGH, Urteil vom 15. Juni 1989 - VII ZR 14/88, BGHZ 108, 65).

BGH, Urteil vom 25.09.2008 - VII ZR 32/07

10. Auflockerung der strengen Rechtsprechung zum Koppelungsverbot

Tritt ein Bauwilliger an einen Architekten mit der Bitte heran, ein passendes Grundstück für ein bestimmtes Projekt zu vermitteln, und stellt er ihm gleichzeitig in Aussicht, ihn im Erfolgsfall mit den Architektenleistungen zu beauftragen, ist der in der Folge abgeschlossene Architektenvertrag nicht nach Art. 10 § 3 MRVG unwirksam. Ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot liegt auch dann nicht vor, wenn der Architekt zu einem späteren Zeitpunkt die Vermittlung des Grundstücks davon abhängig macht, dass ihm der zuvor in Aussicht gestellte Architektenauftrag erteilt wird (Aufgabe von BGH, Urteil vom 10. April 1975 - VII ZR 254/73, BGHZ 64, 173).

BGH, Urteil vom 25.09.2008 - VII ZR 174/07

11. Preisermittlung für Zusatzleistungen beim BGB-Vertrag

Für erbrachte Zusatzleistungen beim BGB-Bauvertrag ist mangels konkreter Preisvereinbarung die übliche Vergütung geschuldet, nicht

eine entsprechend der Urkalkulation für den Pauschalpreis ermittelte Vergütung.

OLG Koblenz, Urteil vom 30.05.2008 - 10 U 652/07

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Vergaberecht

1. Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte durch hohe Anforderung an den Verfügungsgrund faktisch ausgeschlossen

Der Bieter kann in einem Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte den Zuschlag der Vergabestelle selbst bei einem fehler- und lückenhaften Leistungsverzeichnis im einstweiligen Rechtsschutz nur verhindern, wenn er als Verfügungsgrund glaubhaft machen kann, er hätte bei ordnungsgemäßer Ausschreibung der Zuschlag erhalten.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.05.2008 - 12 U 235/07

In einem Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte rügte ein Bieter mit Angebotsabgabe erfolglos mehrere Unklarheiten im Leistungsverzeichnis der Vergabestelle. Im einstweiligen Rechtsschutz attestierte das sachverständig beratende Landgericht willkürliche Vergabeverstöße, insbesondere gegen § 9 VOB/A und untersagte der Vergabestelle, Angeboten auf der Grundlage des fehler- und lückenhaften Leistungsverzeichnisses den Zuschlag zu erteilen.

Nach Auffassung des OLG Brandenburg hätte diese Verfügung jedoch nicht ergehen dürfen, weil der Bieter nicht glaubhaft gemacht habe, dass der Erlass der einstweiligen Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt nötig gewesen sei (sog. Regelungsverfügung, § 940 ZPO). Dazu hätte er insbesondere nachvollziehbar vortragen müssen, dass er bei einer ordnungsgemäßen Ausschreibung den Zu-

schlag erhalten bzw. Chancen darauf gehabt hätte.

Wie die Entscheidung zeigt, sind beim Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte auch nach weitgehender Klärung der Rechtswegfrage längst nicht alle Probleme gelöst. Die Entscheidung des OLG Brandenburg stellt überhöhte Anforderungen an den Erlass einer einstweiligen Verfügung und hebt damit den Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte faktisch aus. Denn zumindest bei fehler- und lückenhaften Leistungsverzeichnissen kann der Bieter regelmäßig nicht darlegen, dass er bei einer ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung den Zuschlag erhalten hätte. Er müsste dazu die Rolle der Vergabestelle übernehmen und zunächst eine vergaberechtmäßige Leistungsbeschreibung aufstellen. Das kann jedoch nicht Sache des Bieters sein. Außerdem kann er auch zu den Angeboten der Mitbieter im Falle einer vergaberechtmäßigen Leistungsbeschreibung nichts vortragen. Vor diesem Hintergrund ist zu hoffen, dass die Entscheidung des OLG Brandenburg bald durch andere Entscheidungen an Relevanz verliert. Bis dahin sind die Erfolgsaussichten des Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte - zumindest in Fällen wie diesem - kritisch zu beurteilen.

Rechtsanwalt Dr. Jan Scheube

2. Auch teilweise Kenntnis vom Angebot eines Mitbewerbers führt zum Angebotsausschluss

Der gegenseitige Austausch wesentlicher Angebotsteile von Mitgliedern konkurrierender Bietergemeinschaften in Kenntnis der Konkurrenzsituation stellt eine wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise dar.

OLG München, Beschluss vom 11.08.2008 - Verg 16/08

Vergabestellen sind aufgrund von § 2 Nr. 1 VOB/A verpflichtet, ihre Leistungen in der Regel im Wettbewerb zu vergeben und wettbewerbsbeschränkende sowie unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen. § 25 Nr. 1 Abs. 1

lit. c VOB/A ordnet ergänzend an, dass die Angebote derjenigen Bieter, die in Bezug auf die konkret in Rede stehende Vergabe eine unzulässige, wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben, ausgeschlossen werden müssen. Der Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Abrede im Sinne von § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. c VOB/A ist dabei mit Blick auf den - das gesamte Vergabeverfahren beherrschenden - Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 I GWB, § 2 Nr. 1 VOB/A) weit auszulegen. Er ist nicht auf gesetzwidriges Verhalten beschränkt, sondern umfasst auch alle sonstigen Absprachen und Verhaltensweisen eines Bieters, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot unvereinbar sind.

Im konkreten Fall wusste ein Mitarbeiter eines Bieters vor dem Abgabetermin, dass sich ein anderes Unternehmen auch als Bieterin an dem Verfahren beteiligen würde. Es war nämlich zu Gesprächen zur Bildung einer Bietergemeinschaft gekommen, die aber scheiterten, weil das andere Unternehmen mit einem anderen Partner anbieten wollte. Im Zuge dieser Gespräche war dem Konkurrenten aber bereits die Kalkulation für Beton- und Erdearbeiten mitgeteilt worden, allerdings als schon feststand, dass ein gemeinsames Angebot nicht möglich war.

Das OLG München hält einen Angebotsausschluss nach §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. c, 2 VOB/A für berechtigt, wenn eine Kenntnis des Angebots oder zumindest der Angebotsunterlagen des Mitbewerbers gegeben ist. Vorliegend ist der Austausch wesentlicher Teile der Angebote (26 von 65 Titeln des Leistungsverzeichnisses) in Kenntnis der jeweiligen Bieterabsicht erfolgt, so dass beide Angebote auszuschließen waren.

Zwar führen Verhandlungen mit Mitbewerbern also nicht immer zum Verstoß gegen den Geheimwettbewerb (OLG Koblenz, VergabeR 2006, 392), beim Austausch konkreter Kalkulationsgrundlagen ist aber durchaus zur Vorsicht zu raten.

Rechtsanwalt Dr. Thilo Tetzlaff

IV. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Verhandlungsverfahren kann nach Aufhebung auch mit neuen Bietern durchgeführt werden

- a) Die angebliche Unklarheit, Zweifelhafteigkeit oder Mehrdeutigkeit eines Punktbewertungssystems, welches den Bietern mit den Verdingungsunterlagen bekannt gemacht worden ist, ist regelmäßig in der Angebotsphase zu rügen. Für die laienhafte rechtliche Bewertung des Inhalts der Bekanntmachung der Zuschlagskriterien als nicht ausreichend transparent kommt es nur darauf an, ob ein Bieter sich aufgrund der gegebenen Informationen im Stande sieht, ein wettbewerbsfähiges Angebot zu erstellen, oder nicht. Es ist regelmäßig auch ohne rechtliche Beratung möglich zu entscheiden, ob der Inhalt der Verdingungsunterlagen aus fachlicher Sicht erkennen lässt, worauf es dem Auftraggeber ankommt und ob die vorgenommenen Einstufungen für die Punkteverteilung für einen branchen- und fachkundigen Bieter eindeutig verständlich sind oder nicht.
- b) Ebenso kann ein fachkundiger Bieter ohne eingehende rechtliche Beratung beurteilen, ob „ca.“-Angaben bei den Abmessungen von Einrichtungsgegenständen die verlangte Leistung hinreichend genau beschreiben oder nicht.
- c) Nach Aufhebung eines Offenen Verfahrens mit der Begründung, dass ausschließlich unvollständige bzw. von den Verdingungsunterlagen abweichende und daher nach § 25 Nr. 1 VOB/A auszuschließende Angebote eingegangen waren, kann der Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren ohne (erneute) Vergabebekanntmachung auch unter Einbeziehung weiterer Unternehmen als der Bieter des vorangegangenen Offenen Verfahrens durchführen (§ 3a Nr. 6 lit. b VOB/A). Für die Zulässigkeit seiner Wahl der Vergabeart ist es unerheblich, ob er sich von Anfang an rechtlich darüber im Klaren war, auf welche Rechtsnorm er diese Wahl stützen kann.

- d) Die Vorschrift des § 22 Nr. 1 S. 1 Halbsatz 2 VOB/A - Bieteröffentlichkeit des Angebotseröffnungstermins - gilt nicht im Verhandlungsverfahren.

OLG Naumburg, Beschluss vom 13.05.2008 - 1 Verg 3/08

2. Wartungskosten dürfen beim Kriterium „Preis“ berücksichtigt werden

Die Vergabestelle darf beim Kriterium „Preis“ die Wartungskosten in die Wertung einbeziehen. Dies ist ein übliches Verfahren, um die Wirtschaftlichkeit eines Angebotes zu ermitteln. Ein niedriges Angebot kann durch hohe Wartungskosten im Ergebnis unwirtschaftlich werden und umgekehrt.

VK Nordbayern, Beschluss vom 23.04.2008 - 21.VK-3194-15/08

3. Vergabestelle steht ein Beurteilungsspielraum bei Beurteilung der Eignung zu

- a) Bei der Beurteilung der Eignung handelt es sich um eine Prognoseentscheidung. Dem Auftraggeber ist ein Beurteilungsspielraum zuzugestehen. Die Vergabekammer kann nur überprüfen, ob Beurteilungsfehler vorliegen, die sich aus der Nichteinhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens, einer unvollständigen oder unzutreffenden Sachverhaltsermittlung oder der Einbeziehung sachwidriger Erwägungen in die Entscheidung ergeben.
- b) Ein Bieter muss nicht von Anfang an sämtliche technischen und personellen Mittel für eine Auftragsdurchführung vorhalten. Es genügt auch die konkrete und berechtigte Erwartung, dass der Bieter aufgrund seiner technischen, organisatorischen und finanziellen Ausstattung bereit und in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen.
- c) Die materielle Beweislast für das Vorbringen, dass der von einem Konkurrenten an-

gebotene Preis im Sinne von § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung steht, trägt die Antragstellerin, nicht die Antragsgegnerin.

- d) Der Bieter kann seinen Nachprüfungsantrag nur dann auf eine fehlende oder unzureichende Dokumentation stützen, wenn sich die diesbezüglichen Mängel gerade auch auf seine Rechtsstellung im Vergabeverfahren nachteilig ausgewirkt haben könnten.

VK Nordbayern, Beschluss vom 18.09.2008 - 21.VK-3194-43/08

4. Im Verhandlungsverfahren ist kein öffentlicher Submissionstermin notwendig

Das Verhandlungsverfahren, welches einer freihändigen Vergabe gleicht, ist zwar dem Wettbewerb und der Transparenz auch weiterhin verpflichtet, es bietet dem Auftraggeber im Falle seiner Zulässigkeit jedoch zahlreiche Privilegierungen. Dazu gehört auch die Entbindung von der Verpflichtung, einen öffentlichen Submissionstermin durchzuführen.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 15.04.2008 - 1 VK LVwA 02/08

5. Ausschluss bei verdeckter Bietergemeinschaft

- a) Bei einer gegenseitigen Bestellung zweier Bieter als Nachunternehmer ist jedenfalls dann von einer unzulässigen wettbewerbswidrigen Abrede gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f in Verbindung mit § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A auszugehen, wenn die jeweiligen Verpflichtungserklärungen von einer Person für beide Bieter ausgefüllt werden, der Firmenstempel eines Bieters auf der Verpflichtungserklärung des anderen erscheint und ein Bieter die Preise bei einem Zulieferer aushandelt, die dieser dann auch dem zweiten Bieter „in etwa“ zugesteht.

- b) Eine „verdeckte Bietergemeinschaft“ führt aufgrund einer zweifachen Bewerbung um den Auftrag zum Ausschluss beider Angebote.

VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 17.09.2008 - VK-SH 10/08

6. Kein Beginn der Wartefrist, wenn die Bieterinformation nicht den Bestbieter nennt

Eine Bieterinformation, die den Namen des erfolgreichen Bieters nicht nennt, ist nicht in der Lage, die Wartefrist des § 13 S. 2 ff. VgV in Gang zu setzen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.03.2008 - Verg 13/08

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

V. Öffentliches Baurecht

BVerwG zur Festsetzung gebietsbezogener Verkaufsflächenbeschränkungen im Bebauungsplan

- a) **Die durch Bebauungsplan erfolgte Festsetzung einer baugebietsbezogenen, vorhabenunabhängigen Verkaufsflächenobergrenze zur Steuerung des Einzelhandels in einem Sondergebiet ist mangels Rechtsgrundlage unzulässig.**

- b) **Erklärt das Normenkontrollgericht einen vom Antragsteller umfassend angegriffenen Bebauungsplan für teilweise unwirksam, so ist der Antrag im Übrigen mit der Kostenfolge aus § 155 Abs. 1 S. 1 VwGO abzulehnen, wenn der Antragsteller mit der Anfechtung des ihn beschwerenden Teils des Plans erfolglos bleibt (Abgrenzung zu BVerwGE 88, 268).**

BVerwG, Urteil vom 03.04.2008 - 4 CN 3.07

Das BVerwG hat mit Urteil vom 03.04.2008 die Unwirksamkeit einer Sondergebietsfestsetzung im Bebauungsplan damit begründet, dass die Festsetzung einer baugebietsbezogenen, vorhabensunabhängigen Verkaufsflächenobergrenze zur Steuerung des Einzelhandels in einem Sondergebiet mangels einer Rechtsgrundlage unzulässig sei.

Eine derartige Festsetzung sei weder als Bestimmung des Maßes der baulichen Nutzung zulässig, weil sie nicht mit Hilfe eines der von § 16 Abs. 2 BauNVO zugelassenen Parameter wie Grundfläche oder Geschossfläche vorgenommen werde, noch sei sie eine nach § 11 Abs. 2 S. 1 BauNVO in sonstigen Sondergebieten zulässige Festsetzung der Art der baulichen Nutzung. Auch wenn die Gemeinde im Rahmen des § 11 BauNVO geringeren Beschränkungen als bei der Festsetzung von Baugebieten nach §§ 2-9 BauNVO unterliege und weder an bestimmte Nutzungsarten noch nach § 1 Abs. 3 S. 3 BauNVO an die Möglichkeiten der Feinsteuerung gebunden sei und auch wenn sie in einem Sondergebiet den Anlagentyp durch die von ihr bestimmte Begrenzung der Verkaufsfläche selbst festsetzen dürfe, sei ihr eine betriebsunabhängige Festsetzung von Verkaufsflächenobergrenzen für alle im Sondergebiet ansässigen oder zulässigen Einzelhandelsbetriebe nicht gestattet.

Damit verlasse sie das System der vorhabensbezogenen Typisierung, auf dem die Vorschriften der BauNVO zur Art der baulichen Nutzung beruhen. Eine vorhabensunabhängige Kontingentierung von Nutzungsoptionen sei der BauNVO grundsätzlich fremd. Sie würde z. B. im Falle der Erschöpfung des Kontingentes zur Folge haben können, dass Grundeigentümer von der Nutzung ausgeschlossen seien.

Das BVerwG beschränkt dieses Urteil nur auf gebietsbezogene Verkaufsflächenbegrenzungen für eine Mehrzahl von Handelsbetrieben. Sei in einem Sondergebiet nur ein einziger Handelsbetrieb zulässig, dann sei eine solche vorhabensbezogene Verkaufsflächenbeschränkung zulässig. Ein Sondergebiet für ein Einkaufszentrum entspreche der BauNVO.

Das Urteil ist von einer unvergleichlichen praktischen Bedeutung, da es eine seit Jahrzehnten bundesweit geübte Praxis, Sondergebiete für großflächigen Einzelhandel mit Verkaufsflächenbegrenzungen zu beschließen, für unzulässig erklärt. Als Folge dieses Urteils sind zahllose Bebauungspläne an die neuen Vorgaben anzupassen.

Kommunen sollten dieses Grundsatzurteil bei der Festsetzung eines Sondergebiets für mehrere Vorhaben unbedingt beachten.

Rechtsanwalt Christian Schultz, StD a. D.

VI. Mietrecht

Wärmecontracting und Mietrecht - Gesetzgeberische Aktivitäten

Wie bereits im Mandanten-Rundbrief vom März 2008 berichtet und zwischenzeitlich vom BGH mit Urteil vom 16.04.2008, Az.: VIII ZR 75/07, erneut bestätigt, darf der Vermieter, der während des laufenden Mietverhältnisses den Betrieb einer im Haus vorhandenen Heizungsanlage einstellt und statt dessen Wärme bezieht (Contracting oder Fernwärme), die Kosten der Wärmelieferung auf den Mieter umlegen, wenn im Mietvertrag bestimmt ist, dass der Mieter die Betriebskosten der Heizung nach der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV trägt, und die im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags gültige Fassung dieser Verordnung die Tragung der Kosten der eigenständigen gewerblichen Lieferung von Wärme und Warmwasser vorsieht. Nach dieser Rechtsprechung liegt in einer während des laufenden Mietverhältnisses erfolgten Umstellung der Wärmeversorgung keine Änderung des Mietvertrags, wenn sich dieser - durch die Bezugnahme auf die Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV - von vornherein auf mehrere Arten der Wärmeversorgung bezieht und damit die jeweils entstehenden Kosten als umlagefähig vereinbart sind. Dazu gehören die gesamten Kosten, die der Wärmelieferant seinerseits dem Vermieter in Rechnung stellt, einschließlich der Investiti-

ons- und Verwaltungskosten sowie des Unternehmergewinns.

Diese große Flexibilität droht nunmehr durch einen neuen § 556c BGB eingeschränkt zu werden, wie ihn das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung als Arbeitsentwurf vorgelegt hat. Demnach sind die entstehenden Kosten nur dann als Betriebskosten von den Mietern zu tragen, wenn der Dritte die Wärme aus einer von ihm errichteten neuen Anlage zur Wärmeerzeugung oder als Fernwärme liefert. Zudem dürfen die Wärmelieferungskosten die preisbereinigten Betriebskosten der bisherigen Heizungs- und Warmwasserversorgungsanlage bei Umstellung nicht übersteigen, es sei denn, die Umstellung bewirkt eine nachhaltige und wesentliche Einsparung von Energie und mindestens die Hälfte der versorgten Mieter stimmt der Umstellung zu.

Praxishinweis:

Durch diese inhaltlichen und formellen Bedingungen für die Umstellungen dürfte ein neuer Konfliktstoff zwischen Mietern und Vermietern geschaffen werden. Für Vermieter dürfte es daher ratsam sein, eine beabsichtigte Umstellung auf Contracting vorzuziehen, um bei der Umstellung noch nicht den sich abzeichnenden Vorschriften zu unterfallen und ein formelles Abstimmungsverfahren mit den Mietern durchführen zu müssen.

Auf ein solches formelles Abstimmungsverfahren könnte ein Vermieter in Zukunft wohl nur noch dann verzichten, falls er von dem zu beauftragenden Contractor die Garantie erhält, dass die Wärmelieferungskosten die preisbereinigten Betriebskosten der bisherigen Heizungs- und Warmwasserversorgungsanlage bei Umstellung nicht übersteigen. Wir halten es jedoch nur in Ausnahmefällen für realistisch, dass der Contractor eine solche Garantie abgibt.

Rechtsanwalt Martin Butzmann

VII. Leitsätze zum Mietrecht

1. „Farbwahlklausel“ in Wohnraummietvertrag unwirksam

- a) Eine formularvertragliche Klausel, die den Mieter dazu verpflichtet, die auf ihn abgewälzten Schönheitsreparaturen in „neutralen, hellen, deckenden Farben und Tapeten auszuführen“, ist wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters unwirksam, wenn sie nicht auf den Zustand der Wohnung im Zeitpunkt der Rückgabe der Mietsache beschränkt ist, sondern auch für Schönheitsreparaturen gilt, die der Mieter im Laufe des Mietverhältnisses vorzunehmen hat.
- b) Die formularmäßige unangemessene Einengung des Mieters in der Art der Ausführung von Schönheitsreparaturen führt zur Unwirksamkeit der Abwälzung der Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen schlechthin.

BGH, Urteil vom 18.06.2008 - VIII ZR 224/07

2. Außerordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzug

- a) Ein Verzug mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete im Sinne des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB liegt bei vereinbarter monatlicher Mietzahlung auch bei der Geschäftsraummiete jedenfalls dann vor, wenn der Rückstand den Betrag von einer Monatsmiete übersteigt.
- b) Ein solcher Rückstand reicht für eine außerordentliche fristlose Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB nur aus, wenn er aus zwei aufeinanderfolgenden Zahlungszeiträumen (hier: Monaten) resultiert.
- c) Ein Rückstand, der diese Voraussetzung nicht erfüllt, weil er (auch) aus anderen Zahlungszeiträumen herrührt, rechtfertigt die außerordentliche fristlose Kündigung lediglich, wenn seine Höhe zwei Monats-

mieten erreicht (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 b BGB).

BGH, Urteil vom 23.07.2008 - XII ZR 134/06

3. Starre Fristenregelung für Schönheitsreparaturen auch bei Gewerberaummietverträgen unwirksam

Eine Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter in einem Formularmietvertrag ist auch bei Mietverträgen über Gewerberäume unwirksam, wenn der Mieter unabhängig von dem Erhaltungszustand der Räume zur Renovierung nach Ablauf starrer Fristen verpflichtet werden soll (im Anschluss an BGH, Urteil vom 23.06.2004 - VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586 zum Wohnraummietrecht und das Senatsurteil vom 06.04.2005 - XII ZR 308/02, NJW 2005, 2006).

BGH, Urteil vom 08.10.2008 - XII ZR 84/06

4. Reihenhausmiete durch juristische Person ist Geschäftsraummiete

Mietet eine juristische Person ein Reihenhaus an, um es teils als Büroraum für ihren Geschäftsbetrieb zu nutzen und teils ihrem Geschäftsführer als Wohnung zur Verfügung zu stellen, handelt es sich um einen der Kündigungsfrist des § 580a Abs. 2 BGB unterliegenden Mietvertrag über Geschäftsräume.

BGH, Urteil vom 16.07.2008 - VIII ZR 282/07

5. Wahrung des Schriftformerfordernisses bei verspäteter Annahmeerklärung

Der Umstand, dass der Mietvertrag erst einen Tag nach Ablauf der von der Vermieterin gesetzten Frist unterzeichnet worden ist, führt nicht zu einem Schriftformmangel. Denn auch bei verspätet vollzogener und übersandter Annahmeerklärung ist die „äußere Form“ eingehalten. Wenn der Anbietende die verspätete Annahmeerklärung akzeptiert, also seinerseits

nochmals annimmt, und der Vertrag von beiden Parteien vollzogen wird, wäre es unnötige Förmerei, müsste der Anbietende zur Wahrung der Schriftform ein zweites Mal unterzeichnen. Juristisch nicht geschulten Vertragsparteien wäre auch nicht zu vermitteln, dass hier lediglich der verspätet annehmende Mieter den gesamten Vertrag unterschrieben habe, der Vermieter hingegen lediglich einen Vertragsentwurf. Auch der Schutz des späteren Grundstückserwerbers rechtfertigt diese strenge Auffassung nicht.

OLG Jena, Urteil vom 13.03.2008 - 1 U 130/07

6. Zum vertraglichen Ausschluss der Minderung durch Mieteinbehalt bei Gefahr des Vermögensverfalls des Vermieters

Ein vertraglich vereinbarter Ausschluss der Minderung durch Einbehalt eines Teils der Miete ist auch dann wirksam und kommt auch dann zum Zuge, wenn sich der Vermieter in Vermögensverfall befindet und der Mieter Gefahr läuft, den ihm bereicherungsrechtlich zustehenden Anspruch bei isolierter Geltendmachung der Minderung nicht durchsetzen zu können. Der Mieter ist jedoch dadurch geschützt, dass er in Höhe des maximal denkbaren Minderungsbetrags nur zur Zahlung Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung verpflichtet ist.

OLG Stuttgart, Urteil vom 29.09.2008 - 5 U 65/08

Rechtsanwalt Michael Giebel

VIII. Arbeitsrecht

1. Erlöschen des Jahresurlaubs bei andauernder Arbeitsunfähigkeit

LAG Düsseldorf, Beschluss vom 02.08.2006 - 12 Sa 486/06

Mit einer Vorlage zur Vorabentscheidung (Rechtssache C-350/06) ersucht das LAG Düsseldorf den EuGH um Auslegung von Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung. Das LAG ist der Auffassung, dass die Entscheidung des Rechtsstreits von der Auslegung der Richtlinie 2003/88 abhängt, welche die Festlegung bestimmter Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung bezweckt.

Das LAG möchte im Wesentlichen wissen, ob es mit Art. 7 der Richtlinie 2003/88 vereinbar ist, dass der Anspruch eines Arbeitnehmers, bezahlten Mindesturlaub von vier Wochen zu erhalten, zum Ende des Urlaubsjahrs, spätestens aber mit dem Ende des Übertragungszeitraums erlischt und der Urlaub bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch finanzielle Vergütung zu ersetzen ist, wenn der Arbeitnehmer anschließend bis zum Ende des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt.

Die Generalanwältin des EuGH - Verica Trstenjak - schlägt dem Gerichtshof vor, auf das Vorabentscheidungsersuchen des LAG wie folgt zu antworten:

a) Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahin zu verstehen, dass Arbeitnehmer auf jeden Fall einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen erhalten müssen. Insbesondere ist ein vom Arbeitnehmer wegen Krankheit im Urlaubsjahr nicht genommener Urlaub zu einer späteren Zeit zu gewähren.

b) Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahin zu verstehen, dass Arbeitnehmern bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall ein Anspruch auf finanzielle Vergütung als

Ersatz für erworbenen und nicht genommenen Urlaub (Urlaubsabgeltung) zusteht.

c) Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahin zu verstehen, dass der Anspruch auf Jahresurlaub oder auf finanziellen Ersatz auch bei entschuldigtem Fehlen (wegen Krankheit) im gesamten Urlaubsjahr entsteht.

Die Generalanwältin kommt also zu der Einschätzung, dass nationale Vorschriften, nach welchen der Mindesturlaub verfällt, wenn der Arbeitnehmer ihn beispielsweise wegen Krankheit nicht nehmen konnte, gegen Art. 7 der Richtlinie zur Arbeitszeitgestaltung (2003/88/EG) verstoßen. Auch folge aus der Richtlinie, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall ein Anspruch auf finanzielle Vergütung als Ersatz für erworbenen und nicht genommenen Urlaub (Urlaubsabgeltung) zu gewähren sei.

Sollte sich der EuGH der Sichtweise der Generalanwältin Trstenjak anschließen, wäre das ein massiver Eingriff in das deutsche Urlaubsrecht und eine Korrektur der ständigen Rechtsprechung des BAG.

Rechtsanwalt Tobias Mosig

2. Kündigungsschutz und Altersdiskriminierung

Die Diskriminierungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (§§ 1 - 10 AGG) finden im Rahmen des Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz Anwendung. Eine Kündigung, die ein Diskriminierungsverbot verletzt, kann daher sozialwidrig und damit unwirksam sein (§ 1 KSchG).

BAG, Urteil vom 06.11.2008 - 2 AZR 701/07

Die Entscheidung des BAG ist bemerkenswert, da gemäß § 2 Abs. 4 AGG für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten sollen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes sollen die Diskriminierungsverbote des

AGG bei Kündigungen also gerade nicht gelten.

Mit der vorliegenden Entscheidung hat das BAG einen seit Inkrafttreten des AGG im August 2006 währenden Streit beendet. Die Regelung des § 2 Abs. 4 AGG wurde seitdem heftig kritisiert und als europarechtswidrig angesehen, da die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, welche die Grundlage des AGG darstellt, in Art. 3 Abs. 1 c) ausdrücklich einen Geltungsbereich bestimmt, wonach u. a. „die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen ...“ zum Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote gehören.

Der EuGH hatte in dem Urteil „Chacón Navas“ (EuGH, Urteil vom 11.07.2006 - C-13/05) bereits ausdrücklich festgestellt, dass das in der Richtlinie geregelte Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung auch bei Entlassungen anzuwenden ist.

Das BAG ist der vom EuGH aufgezeigten Rechtsprechungslinie nunmehr gefolgt.

Im vorliegenden Fall hat das BAG entschieden, dass in der Zuteilung von Sozialpunkten nach dem Lebensalter und in der Altersgruppenbildung zwar eine an das Alter anknüpfende unterschiedliche Behandlung liegt. Diese unterschiedliche Behandlung ist aber im Sinne des § 10 S. 1 AGG gerechtfertigt. Das Verbot der Altersdiskriminierung (§§ 1, 10 AGG) steht der Berücksichtigung des Lebensalters im Rahmen der Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 S. 1 KSchG) nicht entgegen. Auch die Bildung von Altersgruppen bei der Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 S. 2 KSchG) ist nach dem AGG zulässig.

Wenn das BAG somit festgestellt hat, dass die Diskriminierungsverbote des AGG im Rahmen des Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz gelten, macht es allerdings auch deutlich, dass die Berücksichtigung des

Alters bei der Sozialauswahl weiterhin zulässig ist.

Rechtsanwalt Tobias Mosig

3. **Kein Verbot von so genannten „Flash-Mob“- Aktionen im Arbeitskampf**

LAG Berlin-Brandenburg vom 29.09.2008 - 5 Sa 967/08

Das LAG Berlin-Brandenburg hat am 29.09.2008 die Berufung des Handelsverbandes Berlin-Brandenburg (HBB) zurückgewiesen, mit welcher der Gewerkschaft ver.di der Aufruf zu so genannten „Flash-Mob“-Aktionen (wörtlich „Blitzpöbel“) untersagt werden sollte, bei denen viele Personen in bestreikten Filialen seiner Mitgliedsunternehmen zur Blockade des Kassenbereichs Pfennigartikel kaufen bzw. Einkaufswagen voll packen und stehen lassen sollten.

Derartige Aufrufe zur Ergänzung laufender Streikmaßnahmen seien nach Auffassung des LAG Berlin-Brandenburg zulässig und durch die den Tarifvertragsparteien zugewiesene freie Wahl der Kampfmittel grundrechtlich geschützt. Sie seien nicht offensichtlich ungeeignet oder nicht erforderlich, um das Ziel des Arbeitskampfes, den Abschluss des Tarifvertrages zu erreichen.

Der Aufruf zu derartigen Aktionen sei auch nicht unangemessen in Abwägung mit den kollidierenden Rechtspositionen Dritter. Die in der Filiale tätigen Arbeitnehmer könnten erkennen, dass eine derartige Aktion sich nicht gegen sie selbst, sondern gegen das jeweilige Mitgliedsunternehmen richte, weshalb sie nicht in ihrer Menschenwürde beeinträchtigt würden. Eigentumsverletzungen beabsichtigten die Aktionen nicht, weil in den Aufrufen explizit darauf hingewiesen werde, keine Frischwaren einzupacken. Das Recht des jeweiligen Mitgliedsunternehmens des Klägers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das nur ein Rahmenrecht sei, überwiege nicht das in Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Recht der Beklagten zur Auswahl der Kampfmittel im Arbeitskampf.

Soweit der Kläger durch den Aufruf auch an Außenstehende besondere Exzessgefahren befürchte, seien diese gegenüber sonstigen Arbeitskämpfmaßnahmen nicht erheblich verstärkt, da die Gewerkschaft nur die Handy-Nummern von den Interessenten begehre und bei Absendung der SMS zur Benachrichtigung über Zeitpunkt und Ort der jeweiligen Aktion noch auswählen könne, wie viele und welche der Interessenten sie zu der Aktion tatsächlich einlade.

Das Landesarbeitsgericht hat die Revision zugelassen.

Hätte die Entscheidung des LAG Bestand, so könnten Arbeitskämpfe mit erheblich gesteigerter Intensität geführt werden, da im Ergebnis die gezielte Sabotage der Geschäftstätigkeit im Einzelhandel für zulässig erachtet wird.

Rechtsanwalt Tobias Mosig

IX. Veröffentlichungen, Sonstiges

1. Rechtsanwälte Dr. Frank Maier und Tobias Mosig

Unwirksame Rückzahlungsklauseln bei arbeitgeberseitiger Übernahme der Ausbildungskosten NZA 2008, 1168 - 1170

Das BAG hat erneut zur Wirksamkeit einer Fortbildungskosten-Rückzahlungsklausel entschieden (BAG, Urteil vom 18.03.2008 - 9 AZR 186/07, NZA 2008, 1004). Die Kollegen Dr.

Frank Maier und Tobias Mosig besprechen die Entscheidung, die sich in die bisherige Rechtsprechungslinie einfügt. Das BAG hat eine Verletzung des Transparenzgebotes bejaht und die Rückzahlungsklausel wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB als unwirksam angesehen. Die Kollegen Dr. Frank Maier und Tobias Mosig gehen in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des BAG zu Rückzahlungsklauseln ein und erläutern, auf welche Gesichtspunkte besonders zu achten ist, um eine unangemessene Benachteiligung zu vermeiden.

2. Rechtsanwalt Christian Schultz, StD a. D.

Ausschreibungspflicht für kommunale Grundstücksverträge - Neue Rechtsprechung zum Dauerbrenner „kommunale Grundstücksverkäufe“ NZBau, Januar 2009

Zum unverändert brisanten Thema der Ausschreibung kommunaler Grundstücksgeschäfte mit einer Bauverpflichtung hat unser Düsseldorfer Kollege Christian Schultz in einem Aufsatz, der im Januar 2009 in der NZBau veröffentlicht werden soll und der vorab bereits auf unserer Homepage zu lesen ist, eine informative Übersicht über die vor allem vom OLG Düsseldorf seit der „Ahlhorn“-Entscheidung geprägte aktuelle Rechtsprechung gegeben, verbunden mit einer kritischen Würdigung des aktuellen Regierungsentwurfs der Vergaberechtsnovelle anhand der Rechtsprechung des EuGH.

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

- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg -

im Dezember 2008