

Mandanten-Rundbrief

- Dezember 2016 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Symptomtheorie: Rüge eines Mangelsymptoms umfasst gesamten Mangel	2
2.	Wann ist eine Planfreigabe eine Änderungsanordnung?	2
3.	Ist eine Leistung mangelhaft, obwohl alle technischen Vorgaben des Vertrages eingehalten werden (Lüftungsanlage, die nach Vorgaben gebaut ist, lüftet nicht)?	3
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	4
III.	Vergaberecht	7
	Müssen Bewertungsmethoden im Vergaberecht nicht (mehr) bekannt gemacht werden?	7
IV.	Leitsätze zum Vergaberecht	8
V.	Mietrecht	10
1.	Schönheitsreparaturklausel: Auch bei Gewerberaummiete unwirksam, wenn Räume unrenoviert und ohne Ausgleich übergeben werden	10
2.	Befriedigung aus Mietsicherheit bei verjährten Betriebskostennachzahlungsforderungen?	11
3.	Diebstahl von Gerüstteilen: Ersatzansprüche verjähren in sechs Monaten	12
VI.	Gesellschaftsrecht	13
	Zur Treuepflicht eines Gesellschafters	13
VII.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Symptomtheorie: Rüge eines Mangelsymptoms umfasst gesamten Mangel

Benennt der Auftraggeber Mangelsymptome, wird dadurch der gesamte Mangel ausreichend bezeichnet. Von einer solchen Mängelrüge sind alle Ursachen des Mangelsymptoms umfasst, auch wenn sich die Symptome nicht an allen Stellen der Werkleistung zeigen.

BGH, Beschluss vom 24.08.2016 – VII ZR 41/14

Der Auftraggeber (AG) beauftragt den Auftragnehmer (AN) mit der Errichtung des Gebäudes inkl. mehrerer Aufzugsschächte und Tiefgaragen. Nach einiger Zeit kommt es zu Wassereintritten in den Tiefgaragen I und II sowie den Aufzugsschächte 1 und 2. Der AN beseitigt die Mängel nicht. Daraufhin geht der AG in die Selbstvornahme. Dabei muss das gesamte Untergeschoss saniert werden. Die Aufwendungen klagt der AG ein. Das Oberlandesgericht Braunschweig spricht dem AG nur diejenigen Kosten zu, die sich unmittelbar auf die gerügten Tiefgaragen I und II sowie die Aufzugsschächte 1 und 2 beziehen. Die restlichen Kosten versagt das Oberlandesgericht dem AG. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts lag für die übrigen sanierten Bereiche des Untergeschosses keine ordnungsgemäße Mängelrüge vor.

Dem folgt der Bundesgerichtshof nicht. Nach der BGH-Rechtsprechung ist ein Mangel ausreichend bezeichnet, wenn der AG die Symptome des Mangels benennt. Dann sind von der Mängelrüge alle möglichen Ursachen für die bezeichneten Symptome erfasst. Das gelte – so der Bundesgerichtshof – auch, wenn die angezeigten Symptome des Mangels nur an einigen Stellen auftreten, während die Ursache und somit der eigentliche Mangel in Wahrheit das ganze Gebäude erfassen. Demnach war es ausreichend, dass der AG die Feuchtigkeitseintritte (nur) im Bereich der Tiefgaragen I und II sowie der Aufzugsschächte 1 und 2 ausdrücklich gerügt hat. Es war nicht notwen-

dig, dieselben Symptome beispielsweise auch für den Aufzugsschacht 3 zu rügen.

Die BGH-Entscheidung hört sich für den AG zunächst komfortabel an. In Sachen Verjährung ist gleichwohl Vorsicht geboten. Verlässt sich der AG auf die sogenannte Quasi-Unterbrechung der Verjährung nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B, wonach eine schriftliche Mängelrüge – vereinfacht ausgedrückt – zur Verlängerung der Gewährleistungsfrist für den gerügten Mangel um maximal 2 Jahre führt, kann sich diese Quasi-Unterbrechung der Verjährung nach der Symptomtheorie des Bundesgerichtshofs von Anfang an auf alle Ursachen des Mangelsymptoms beziehen. Rügt der AG dasselbe Symptom späterer noch einmal für einen anderen Gebäudebereich, handelt es sich in Wahrheit nicht um die erste Mängelrüge. Weil aber nur die erste Rüge die Quasi-Unterbrechung der Verjährung auslöst, kann der AG mit der späteren Rüge verjährungstechnisch nichts mehr bewirken.

Rechtsanwalt Dr. Hartwig Schäfer
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. Wann ist eine Planfreigabe eine Änderungsanordnung?

Die Freigabe von Plänen, die der Auftragnehmer im Rahmen der ihm übertragenen Leistungspflichten zu erstellen hat, stellt keine Anordnung des Auftraggebers dar, wenn der Auftragnehmer abweichend vom vertraglichen Leistungssoll darin eine andere Ausführung als geschuldet eingetragen hat.

OLG Naumburg, Urteil vom 13.10.2014 - 12 U 110/14; BGH, Beschluss vom 13.07.2016 - VII ZR 274/14 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Der Auftragnehmer (AN) verlangt vom Auftraggeber (AG) eine Mehrvergütung für eine geänderte Leistung. Der AG hatte den AN mit Instandsetzungsarbeiten an einer Brücke beauftragt. Grundlage des Auftrags war ein Leistungsverzeichnis (LV) des AG mit Entwurfsplänen. Die Ausführungsplanung oblag dem AN. Bei Freilegen des Bestands stellte der AN fest, dass er eine Sonderkonstruktion statt der

ursprünglich vorgesehenen Brückenkonstruktion ausführen muss. Hierfür erstellte der AN ein Nachtragsangebot, das der AG ablehnte. Die vom AN geplante Sonderkonstruktion gab der AG frei. Der AN meint, dass die Sonderkonstruktion vertraglich nicht geschuldet, aber funktional zur Erreichung des Leistungserfolges notwendig gewesen sei. Der AG sei mit der Sonderkonstruktion einverstanden gewesen. Der AG meint, dass er im LV und den Entwurfsplänen keine endgültige Lösung vorgegeben habe. Das sei Aufgabe des AN gewesen. Mit der Freigabe der Sonderkonstruktionsplanung habe der AG keine geänderte Leistung angeordnet.

Das erstinstanzliche Gericht (Landgericht Stendal) spricht dem AN eine Mehrvergütung gemäß § 2 Abs. 8 VOB/B zu, weil der AG dem AN im LV eine bestimmte Konstruktion vorgegeben habe, letztlich aber eine andere Konstruktion zur Erreichung des Leistungserfolges notwendig gewesen sei, die dem mutmaßlichen Willen des AG entsprochen habe und ihm unverzüglich angezeigt worden sei. Der AG legt daraufhin Berufung beim Oberlandesgericht Naumburg ein.

Nach dem Oberlandesgericht Naumburg steht dem AN kein Mehrvergütungsanspruch zu. Die Voraussetzungen des § 2 Abs. 5 VOB/B liegen nicht vor. Der AG hat durch die Freigabe der Sonderkonstruktionsplanung keine Änderungsanordnung erteilt. Die Freigabe von Ausführungsplänen stellt keine Anordnung dar, wenn der AN diese Planung vertraglich schuldet. Die Freigabe bezieht sich in diesem Fall nur auf die technische Schlüssigkeit einer Änderung. Einen Anspruch gemäß § 2 Abs. 8 VOB/B lehnt das Oberlandesgericht Naumburg ab, weil die Sonderkonstruktion bereits vom vertraglich geschuldeten Leistungssoll des AN erfasst war. Selbst wenn das LV und die Entwurfsplanung des AG fehlerhaft gewesen wären, hätte der AN diesen Fehler erkennen müssen. Mit Übernahme der Ausführungsplanung übernimmt der AN das Planungsrisiko.

Das Urteil des Oberlandesgerichts Naumburg zeigt, dass die Freigabe von Plänen durch den AG je nach Umfang der Beauftragung unterschiedlich zu bewerten ist. Übergibt der AG dem AN nach Vertragsschluss von der Entwurfsplanung abweichende Ausführungspläne,

liegt eine Änderungsanordnung mit der Folge eines Mehrvergütungsanspruchs für den AN vor. Wenn aber der AN vertraglich dazu verpflichtet ist, die Ausführungsplanung zu erstellen und bei Vertragsschluss nicht auf (erkennbare) Fehler der Entwurfsplanung des AG hinweist, liegt in der Freigabe einer abweichenden Ausführungsplanung des AN keine Änderungsanordnung des AG, sondern nur eine Bestätigung der technischen Schlüssigkeit. Der unterlassene Hinweis bei Vertragsschluss gefährdet in diesen Fällen eine Mehrvergütung des AN.

Rechtsanwalt Sven Wellhausen
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

3. Ist eine Leistung mangelhaft, obwohl alle technischen Vorgaben des Vertrages eingehalten werden (Lüftungsanlage, die nach Vorgaben gebaut ist, lüftet nicht)?

Bei der Bestimmung des vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungssolls wird die ausdrücklich vereinbarte Ausführungsart von der werkvertraglichen Pflicht, die geschuldete Funktionstauglichkeit zu erreichen, überlagert. Auf Bedenken gegen diese Funktionstauglichkeit hat der Auftragnehmer ausdrücklich hinzuweisen.

OLG Zweibrücken, Urteil vom 03.12.2013 - 8 U 32/11; BGH, Beschluss vom 27.04.2016 - VII ZR 345/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Ein Besteller (AG) beauftragte den Unternehmer (AN) mit dem Einbau einer Heizungs- und Lüftungsanlage für ein Geschäftshaus, in welchem sich unter anderem ein Fitness-Studio befand. Nach Auffassung des AN war die vorhandene Anlage nicht mehr verwendbar, weshalb er selbst ein Konzept für eine neue Anlage erstellte. Nach deren Einbau entstanden in den Trainingsräumen des Fitness-Studios so hohe Raumtemperaturen, dass mehrere Kunden die Verträge mit dem Fitnessstudio kündigten. Der AN verweigerte die Mängelbeseitigung mit der Begründung, eine Abkühlung der Luft sei nur mit einer anderen, teureren Anlage zu erreichen gewesen. Außerdem habe er den

AG darauf hingewiesen, dass die Anlage nicht die Funktion einer Klimaanlage ersetze. Der AG verlangt vom AN Schadensersatz.

Das Oberlandesgericht Zweibrücken gab dem Anspruch des AG statt. Wie in dem Urteil ausgeführt wird, war Ursache der Funktionsuntauglichkeit, dass Räume unterschiedlicher Nutzung und unterschiedlicher Lasten von einem Zentralgerät versorgt wurden. Deshalb war die vereinbarte Ausführungsart objektiv nicht geeignet, die erforderliche Luftqualität in den verschiedenen Räumen zu gewährleisten.

Dabei hob das Oberlandesgericht hervor, dass der geschuldete Erfolg nicht nur durch die vereinbarte Ausführungsart definiert werde. Entscheidend sei vielmehr die Funktionstauglichkeit des Werks für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch. Hier sollte die Anlage die Luftqualität in einem Fitness-Studio sicherstellen, was mit der vereinbarten Ausführungsart nicht möglich war. Der AN hätte den AG auf die Erforderlichkeit weiterer, getrennter RLT (Raumlufttechnik)-Anlagen wegen der unterschiedlichen Nutzlasten der verschiedenen Räumlichkeiten hinweisen müssen.

Dass der AN eine funktionstaugliche Anlage schuldete, ist seit der im Rahmen der Mandantenrundbriefe bereits öfters zitierten BGH-Entscheidungen „Bistroküche“ und „Forsthaus“ keine Überraschung. Die Frage, die sich hier aber stellt ist, welche Folgen die Vereinbarung einer von der geschuldeten Leistung (dem Erfolg „funktionstaugliche Anlage“) abweichenden Ausführungsart (Lüftungsgerät statt Klimaanlage) hat. Das Oberlandesgericht Zweibrücken wendet hier die Grundsätze der Vorteilsausgleichung an und kürzt den Schadensersatzanspruch des AG (unter dem Aspekt der "Sowieso-Kosten") um diejenigen "Mehrkosten", um welche die Bauleistung bei ordnungsgemäßer Ausführung von vorneherein teurer gewesen wäre.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Einwand der fehlenden Prüfbarkeit ausgeschlossen bei geprüfter und gekürzter Rechnung

Hat der Auftraggeber eine Rechnung geprüft und ausschließlich Einwendungen gegen deren sachliche Richtigkeit erhoben, ist der Einwand der fehlenden Prüfbarkeit für den Auftraggeber ausgeschlossen. Die Forderung wird dann bereits im Zeitpunkt der Mitteilung des Prüfergebnisses fällig.

OLG Stuttgart, Urteil vom 10.12.2015 - 19 U 57/15 (NZB vom BGH mit Beschluss vom 13.07.2016 - VII ZR 19/16 zurückgewiesen)

2. Vertragsschluss durch Zahlung

- a) Spätestens wenn der Auftraggeber mehrere Abschlagszahlungen beglichen hat, kommt ein Bauvertrag auch dann (konkulent) zu Stande, wenn der Auftraggeber den ihm zugesandten Vertragsentwurf nicht unterzeichnet hat.
- b) Enthält der Vertragsentwurf einen Hinweis auf die VOB/B, wird sie Vertragsgrundlage, wenn es sich beim Auftragnehmer um einen Unternehmer handelt.

OLG Dresden, Urteil vom 02.07.2014 - 1 U 1915/13 (NZB vom BGH mit Beschluss vom 15.06.2016 - VII ZR 177/14 zurückgewiesen)

3. Wie wirkt sich eine Überschreitung der Baukostenobergrenze auf das Architektenhonorar aus?

- a) Hat der Architekt eine mit dem Auftraggeber vereinbarte Baukostenobergrenze nicht eingehalten, kann dem Auftraggeber ein Schadensersatzanspruch zustehen (Fortführung von BGH, Urteil vom 23.01.2003 - VII ZR 362/01, BauR 2003, 566 = NZBau 2003, 281 = IBR 2003, 203). Der auf die Nichteinhaltung einer solchen Obergrenze gestützte Schadensersatzanspruch führt dazu, dass der Architekt den sich aus der Honorarordnung für Architekten-

ten und Ingenieure ergebenden Honoraranspruch auf der Grundlage der anrechenbaren Kosten gemäß § 10 HOAI 2002 insoweit nicht geltend machen kann, als dieser das Honorar überschreitet, welches sich ergäbe, wenn die anrechenbaren Kosten der vereinbarten Baukostenobergrenze entsprochen hätten (dolo-agit-Einwand, § 242 BGB).

- b) Beruft sich der Auftraggeber auf eine Überschreitung einer vereinbarten Baukostenobergrenze, trägt er die Darlegungs- und Beweislast für die von ihm behauptete Beschaffenheitsvereinbarung.

BGH, Urteil vom 06.10.2016 - VII ZR 185/13

4. Erhöhte Überwachungspflicht bei Ausführung einer "weißen Wanne"

- a) Für den bauleitenden Architekten besteht bei kritischen Bauabschnitten (Ausführung eines Kellers/Tiefgarage als sog. "weiße Wanne"), die besondere Gefahrenquellen bergen, eine erhöhte Überwachungspflicht.
- b) Zwar sind der Überwachungstätigkeit des Architekten Grenzen gesetzt, die sich aus dem von ihm zu erwartenden Wissensstand ergeben. Allerdings hat der Architekt die Zuverlässigkeit und Qualität des ausführenden Unternehmers einzuschätzen, er kann die Einhaltung der erforderlichen Rahmenbedingungen und der Grundvoraussetzungen für das konkrete Gewerk überprüfen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.04.2016 - 5 U 135/14

5. Rechtfertigt eine enge Zusammenarbeit eine Mindestsatzüberschreitung?

- a) Wird die Arbeitskraft eines Architekten einseitig durch einen Bauträger gebunden und gerät er dadurch in eine wirtschaftliche Abhängigkeit, kann ein Ausnahmefall i.S.d. § 4 Abs. 2 HOAI 1996 vorliegen, der die Überschreitung der Mindestsätze rechtfertigt, wenn diese enge Zusammenarbeit ei-

ne Qualität hat, die die Unterschreitung der Mindestsätze kompensiert. Dies kann der Fall sein, wenn der Arbeitsaufwand aufgrund von Synergieeffekten geringer ist oder eine stabile soziale Absicherung mit der Tätigkeit verbunden ist.

- b) Gerade Ingenieure, die eine dauerhafte Zusammenarbeit auf der Basis von zu niedrigen Honorarsätzen anbieten und praktizieren, setzen sich in gesteigertem Maß der Gefahr unauskömmlicher Honorierung aus (vgl. BGH, NJW 2012, 848 ff. = IBR 2012, 88) und verdienen den Schutz des Preisrechts der HOAI.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.07.2016 - 5 U 73/14

6. Gesamtschuldnerische Haftung von Architekt und Sonderfachmann

- a) Architekt und Sonderfachmann können als Gesamtschuldner haften, wenn beide mangelhafte Planungsleistungen erbringen und diese zu einem Mangel am Bauwerk führen. Der Architekt haftet nur für solche dem Sonderfachmann in Auftrag gegebene Bereiche nicht, bei denen konkrete fachspezifische Fragen nicht zum Wissensbereich des Architekten gehören. Der Architekt braucht zwar den Sonderfachmann im Allgemeinen nicht zu überprüfen, sondern darf sich grundsätzlich auf dessen Fachkenntnisse verlassen. Statische Spezialkenntnisse werden von einem Architekten insoweit nicht erwartet. Muss indes der Architekt solche bautechnischen Fachkenntnisse haben, ist ein "Mitdenken" vom Architekten zu erwarten und er muss sich vergewissern, ob der Sonderfachmann zutreffende bautechnische Vorgaben gemacht hat. Es ist entscheidend darauf abzustellen, ob dem Architekten eine Überprüfung der Leistungen des Sonderfachmanns möglich und zumutbar war und ob sich ihm dabei Bedenken aufdrängen mussten.
- b) Die Darlegung und den Beweis für eine unzureichende Bauaufsicht muss zwar grundsätzlich der Auftraggeber führen; ihm kommen jedoch Darlegungs- und Be-

weiserleichterungen zugute. Liegen Mängel von Werkleistungen vor, die vom Architekten typischerweise entdeckt werden mussten, so spricht der Anscheinsbeweis für eine Bauaufsichtspflichtverletzung des Architekten.

- c) Ist eine Architektenleistung nicht entsprechend den Vorgaben einer DIN-Norm ausgeführt worden, so spricht der Beweis des ersten Anscheins für eine schuldhaft mangelhafte Architektenleistung und es obliegt dem Architekten darzulegen und zu beweisen, dass eingetretene Schäden nicht auf der Verletzung der DIN-Norm beruhen.
- d) Der Architekt kann dem Auftraggeber kein Mitverschulden des Statikers im Sinne eines Planungs- bzw. Koordinierungsverschuldens entgegenhalten, auch wenn der Auftraggeber den Statiker eigenständig beauftragt hat, da den Auftraggeber weder eine Verpflichtung noch eine Obliegenheit im Rechtsverhältnis zum Architekten zur Vorlage einer mangelfreien Fachplanung bzw. Statik trifft bzw. vom Schutzzweck einer etwaigen Obliegenheit jedenfalls nicht umfasst ist, den Architekten dadurch von seiner o.a. Pflicht zum "Mitdenken" ganz oder auch nur teilweise zu entbinden.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.01.2016 - 22 U 92/15

7. Selbständiges Beweisgutachten trotz Schiedsgutachtenabrede?

- a) Trotz Schiedsgutachtenabrede bleibt ein selbständiges Beweisverfahren zulässig, wenn ein Rechtsschutzinteresse für die Beweiserhebung besteht.
- b) Das Rechtsschutzinteresse ist zu bejahen, soweit der Schiedsgutachtenvertrag einer Verwertung der Ergebnisse aus dem selbständigen Beweisverfahren in einem späteren Hauptprozess voraussichtlich nicht entgegenstehen wird.
- c) Die Schiedsgutachtenabrede steht einem selbständigen Beweisverfahren insbesondere dann nicht entgegen, wenn die ver-

einbarte Einholung des Schiedsgutachtens unterbleibt.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17.08.2015 - 9 W 30/15

8. Abnahme durch Ingebrauchnahme trotz Rüge von Mängeln beim Einzug?

- a) Eine als AGB anzusehende Klausel, nach der die (Teil-)Abnahme allein und damit unweigerlich an die tatsächliche Ingebrauchnahme des Vertragsgegenstands geknüpft wird, ist unwirksam.
- b) Eine konkludente Abnahme durch Ingebrauchnahme ist ausgeschlossen, wenn der Besteller durch das Erheben von Beanstandungen erkennen lässt, dass er das Werk nicht als vertragsgemäß gelten lässt.

OLG Koblenz, Urteil vom 19.10.2016 - 5 U 458/16 (nicht rechtskräftig)

9. Unwirksame Bindefrist von über drei Monaten beim Abschluss eines Bauträgervertrags

- a) Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach denen der den Abschluss eines Bauträgervertrags Antragende an sein Angebot länger als drei Monate gebunden ist, sind auch dann mit § 308 Nr. 1 BGB unvereinbar, wenn dem Antragenden ein (inhaltlich beschränktes) Lösungsrecht eingeräumt wird.
- b) In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist eine Klausel unwirksam, wonach das Angebot zum Abschluss eines Bauträgervertrags durch die Erklärung des Antragenden aufschiebend bedingt ist, dass die Finanzierung gesichert ist.

BGH, Urteil vom 26.02.2016 - V ZR 208/14

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Vergaberecht

Müssen Bewertungsmethoden im Vergaberecht nicht (mehr) bekannt gemacht werden?

Soll ein Auftrag nach dem Kriterium des aus Sicht des Auftraggebers wirtschaftlichsten Angebots vergeben werden, ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, den potenziellen Bietern in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen die Bewertungsmethode, die er zur konkreten Bewertung und Einstufung der Angebote anwenden wird, mitzuteilen. Die Anwendung dieser Methode darf aber nicht zur Veränderung der Zuschlagskriterien oder ihrer Gewichtung führen.

EuGH – Urteil vom 14.07.2016 – Rs. C-6/15 (TNS Dimarso)

Die Regierung Flanderns schrieb im Jahr 2012 einen Dienstleistungsauftrag über die Durchführung einer umfangreichen Erhebung zu dem Wohnungswesen und den Wohnkonsumenten in Flandern europaweit aus. Zuschlagskriterium waren einerseits mit einer Gewichtung von 50 % die Qualität der Vorbereitung, Organisation und Ausführung der Feldarbeit sowie der ersten Auswertung der erhobenen Daten, andererseits mit einer Gewichtung von weiteren 50 % der Preis. In der Bekanntmachung waren die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung genannt. Nicht genannt – weder in der Bekanntmachung noch im Rahmen sonstiger Vergabeunterlagen – war die Bewertungsmethode, anhand derer der Auftraggeber (AG) die Angebote innerhalb der Kriterien einzuordnen beabsichtigte. Für interne Zwecke der Bewertung hatte der AG allerdings festgelegt, dass jedes Angebot zunächst für das Kriterium „Qualität“ eine bestimmte Bewertung erhalten sollte, nämlich entweder „hoch“, „ausreichend“ oder „niedrig“. In einem zweiten Schritt wurde das Kriterium Preis innerhalb der qualitativ jeweils gleich gut bewerteten Angebote angewandt. Im Streitfall führte dieses Bewertungssystem des AGs dazu, dass die Qualität dreier von vier Angeboten mit „hoch“, eines Angebots – das Angebot des Bieters Dimarso – dagegen nur mit „niedrig“ bewertet wurde. Die mit für das Kriterium „Qualität“ mit

„hoch“ bewerteten Angebote belegten aus eben jenem Grund die Wertungsplätze 1 bis 3, unter ihnen das preislich günstigste den ersten Platz. Das mit qualitativ als „niedrig“ bewertete Angebot war allein aus diesem Grund viertplatziert. Weil es das einzige Angebot war, das als qualitativ „niedrig“ eingeordnet wurde, spielte der Preis dieses Angebots im Ergebnis keine Rolle, obwohl es deutlich günstiger war als alle anderen Angebote.

Gegen diese Wertung wehrte sich Dimarso u.a. mit dem Argument, sie sei anhand von Bewertungsmethoden erfolgt, die nicht in der Bekanntmachung mitgeteilt und ohne dass die Angebote tatsächlich anhand der bekannt gemachten Zuschlagskriterien angemessen geprüft, verglichen und abschließend bewertet worden seien. Der zur Entscheidung in Belgien berufene Raad van State legte anschließend dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) die Frage vor, ob der AG nicht nur Kriterien und Unterkriterien seiner Wertung den Bietern mitteilen müsse, sondern auch die Bewertungsmethode, die er zur konkreten Beurteilung der Angebote bei Anwendung der Kriterien und / oder Unterkriterien verwenden werde.

Der EuGH verneint diese Frage. Bewertungsmethoden müssten dem AG Freiräume lassen, innerhalb derer der eigentliche, konkrete Wertungsvorgang vorstattengehe. Zwar müsse der AG in der Regel die Bewertungsmethode vor Öffnung der Angebote intern festlegen, um Manipulationsgefahren vorzubeugen; die – auf das Verfahren noch anzuwendende – europäische Richtlinie (2004/18 EG) verpflichte den AG aber wegen der erforderlichen Flexibilität auch unter dem Gesichtspunkt der Transparenz nicht, die Bewertungsmethode vorab den Bietern auch mitzuteilen. Sicher gestellt sein müsse aber, dass die vom AG vorgesehene Bewertungsmethode die bekannt gemachte Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht veränderten.

Im durch den EuGH entschiedenen Fall war – wenn das auch das nationale Gericht zu entscheiden hatte – letzteres offensichtlich nicht der Fall: Dadurch, dass zunächst – völlig unabhängig von Preisen – alle Angebote anhand des Nichtpreiskriteriums „Qualität“ eingeordnet wurden und alsdann (nur) innerhalb ein- und

derselben qualitativen Wertungsstufe der Preis den Ausschlag geben sollte, entsprach die Gewichtung des Kriteriums Preis nicht mehr 50 %. Jedenfalls war dieses Verständnis der Gewichtungsregel aus der Bekanntmachung nicht abzuleiten.

Gerade aus Sicht der deutschen Vergabepaxis ist aber die Klarstellung des EuGH von Interesse, dass die Bewertungsmethode nicht bekannt gemacht werden muss, anhand derer der AG die Angebote konkret bewertet und mit dem er eine Reihenfolge für sie erstellt. Diese Rechtsprechung steht nämlich im Widerspruch zu einer sich in jüngerer Zeit verfestigten und verschärfenden Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (OLG Düsseldorf), nach der beispielsweise allein die Bekanntmachung von (Unter-)Kriterien mit der Erläuterung, die Bewertung erfolge innerhalb dieser (Unter-)Kriterien mittels einer Schulnotenskala, nicht hinreichend sei (so z.B. Beschluss vom 15.06.2016 – VII Verg 49/15; Beschluss vom 21.10.2015 – VII Verg 25/15; Beschluss vom 09.04.2014 – VII 36/13). Vielmehr müsse der AG den Bietern darüber hinaus auch mitteilen, welchen Erfüllungsgrad die Angebote auf der Grundlage des Kriterienkatalogs und konkreter Kriterien aufweisen müssen, um mit einer bestimmten Schulnote bewertet zu werden. Die Bieter müssten so erkennen können, unter welchen Voraussetzungen welche Kriterien mit welcher Schulnote bewertet werden, also z.B. auf welche anzubietenden Leistungen konkret der AG Wert lege. Diese Rechtsprechung leitete das OLG Düsseldorf unmittelbar aus dem vergaberechtlichen Transparenzgrundsatz ab; würde die Bewertungsmethode nicht mitgeteilt, bestehe objektiv Raum für Manipulationen und Willkür bei der Bewertung der Angebote.

Diese Rechtsprechung wurde vielfach als praxisfern kritisiert, weil die Vorgaben des OLG Düsseldorf häufig nicht nur schwer umzusetzen sind, sondern überdies dem AG keine Bewertungsspielräume mehr lassen, obwohl der letztendliche Wertungsvorgang – zumindest bei Nichtpreis-Kriterien – regelmäßig subjektive Elemente hat und haben muss. Mit seinem nunmehrigen Urteil erkannte der EuGH zumindest darauf, dass aus europarechtlichen Vorgaben eine Pflicht zur Bekanntmachung der Bewertungsmethode nicht folgt, auch nicht aus

dem europarechtlich verankerten Transparenzgrundsatz.

Das Urteil des EuGH hatte zwar noch die Auslegung der Richtlinie 2004/18/EG zum Gegenstand, die im Rahmen der Vergaberechtsreform durch die Richtlinie 2014/24/EU ersetzt wurde. An der Rechtslage hat sich insoweit aber nichts geändert, auch nicht im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, das mit Wirkung zum 18.04.2016 in Kraft trat und unter anderem den vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die Vergabeverordnung (VgV) novellierte. Die Erwägungen des EuGH werden also auf die neuen EU-Richtlinien und das neue GWB übertragbar sein, denn das GWB selbst verlangt über die europarechtlich geforderte Transparenz hinaus keine schärferen Anforderung an die Bekanntmachung der Zuschlagskriterien und Unterkriterien als der europäische Gesetzgeber (§ 58 Abs. 3 VgV).

Offen ist dagegen, ob und wenn ja in welcher genauen Ausprägung die deutsche vergaberechtliche Rechtsprechung tatsächlich dem Diktum des EuGH folgt. Nimmt man den deutschen Gesetzgeber beim Wort, der bei der Umsetzung der Vergaberechtsreform in deutsches Recht unter anderem zum Ziel hatte, europarechtliche Vorgaben eins zu eins umzusetzen – und im Grundsatz keine strengeren Regeln zu schaffen –, führt an der Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH durch deutsche Gerichte an sich kaum ein Weg vorbei.

Rechtsanwalt Martin vom Brocke
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht

IV. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Zulässigkeit von Bietergemeinschaften

- a) Bietergemeinschaften sind in folgenden Fällen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.06.2016 - Verg 3/16, IBRRS 2016, 2216 = VPRRS 2016, 0302), als wettbewerbsunschädlich anzusehen,

(a) sofern die beteiligten Unternehmen ein jedes für sich objektiv aufgrund ihrer betrieblichen oder geschäftlichen Verhältnisse zu einer Teilnahme an der Ausschreibung mit einem eigenständigen Angebot nicht leistungsfähig ist, oder

(b) sie für sich genommen zwar leistungsfähig sind, Kapazitäten aufgrund anderweitiger Bindung aktuell jedoch nicht einsetzbar sind, oder

(c) die beteiligten Unternehmen für sich genommen leistungsfähig sind, aber im Rahmen einer wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Entscheidung erst der Zusammenschluss ein Erfolg versprechendes Angebot ermöglicht.

- b) Eine "unternehmerische Pflicht" zu einer Kapazitätsausweitung, die den Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft überflüssig machen würde, besteht nicht. Die Entscheidung, eine Bietergemeinschaft zu bilden, um auf den Einsatz von Nachunternehmern verzichten zu können, kann eine sachlich begründete kaufmännische Entscheidung darstellen.

OLG Celle, Beschluss vom 08.07.2016 - 13 Verg 2/16

2. Preisangabe mit 0,00 €: Wertung oder Ausschluss?

Bleibt unklar, ob Preisangaben mit 0,00 Euro die Bedeutung haben „das Produkt wird für 0,00 Euro geliefert“ oder „das Produkt wird nicht angeboten und gehört nicht zum Leistungsumfang“, sind die entsprechenden Angebote nicht wertbar.

VK Südbayern, Beschluss vom 03.05.2016 - Z3-3-3194-1-61-12/15

3. Produktneutrale Formulierung der Ausschreibung

- a) Eine produktneutral formulierte Gestaltung der Ausschreibung, die auf eine Abfrage der Typen und Fabrikate verzichtet, ist

vergaberechtlich zulässig und verlagert die konkrete Produktabfrage auf die Aufklärung.

- b) Ist der Vorlagezeitpunkt von Nachweisen unklar geblieben oder auf den Zeitpunkt der nach Angebotsabgabe zu erstellenden Werk- und Montageplanung verlagert, kann in der Nichtvorlage solcher Nachweise zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe kein Ausschlussgrund zu Lasten des entsprechenden Bieters gesehen werden.

VK Sachsen, Beschluss vom 24.06.2016 - 1/SVK/009-16

4. Zum Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“

- a) Eine gemeinnützige GmbH, die vom Land mit der Erbringung sozialer Transferleistungen beauftragt ist (hier: anerkannte Werkstatt für Menschen mit Behinderungen), wird nicht allein aus diesem Grund zum öffentlichen Auftraggeber, wenn sie ihrerseits Dritte mit Leistungen (hier Fahrdienste) beauftragt.

- b) Erforderlich ist vielmehr, dass die Voraussetzungen des § 99 GWB vorliegen. Ist dies nicht der Fall, erfordert auch weder das primäre noch das sekundäre Gemeinschaftsrecht, die Einrichtung als Auftraggeber "sui generis" anzusehen.

OLG Celle, Beschluss vom 13.10.2016 - 13 Verg 6/16

5. Zum Inhalt der Auskömmlichkeits- und Eignungsprüfung

- a) Die Auskömmlichkeitsprüfung stellt eine Prognoseentscheidung dar, ob der Bieter in der Lage ist, seine Leistungen zu den angebotenen Preisen auftragsgerecht zu erbringen. Ihre abschließende Durchführung beinhaltet die Ausübung eines Beurteilungsspielraumes.

- b) Einem Wiedereinstieg in eine bereits abgeschlossene Prüfung der Auskömmlichkeit der Angebotspreise stehen keine

rechtlichen Bedenken entgegen, wenn neue objektive, sachbezogene und nicht-diskriminierende Gründe dafür vorliegen.

- c) Ein Auftraggeber, der in der Vergangenheit wiederholt negative Erfahrungen mit der Preisbildung, der Preistransparenz oder der Belastbarkeit von in Aufklärungsgesprächen abgegebenen Preisauskünften eines Bieters gemacht hat, darf diese bei neuen Vergabeverfahren berücksichtigen und kann bei diesem Bieter eine Tiefenprüfung der Preise durchführen.
- d) Standen sich Auftraggeber und Bieter bisher ausschließlich in problembelasteten Vertragsverhältnissen gegenüber, die in einem Fall in einer gegen Mitarbeiter des Auftraggebers gestellte Strafanzeige mündeten und geht selbst der Bieter davon aus, dass die Zusammenarbeit (oder das Vertrauensverhältnis) mittlerweile völlig gestört sei, kann nicht mehr von üblichen Meinungsverschiedenheiten auf der Baustelle die Rede sein. In einem solchen Fall ist ein Auftraggeber berechtigt, das Angebot dieses Bieters nach § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB a.F. i.V.m. § 16 EG Abs. 2 Nr. 1 VOB/A 2012 wegen fehlender Eignung auszuschließen.

VK Sachsen, Beschluss vom 20.10.2016 - 1/SVK/020-16

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

V. Mietrecht

1. Schönheitsreparaturklausel: Auch bei Gewerberaummiete unwirksam, wenn Räume unrenoviert und ohne Ausgleich übergeben werden

Nach Auffassung des OLG Celle ist die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Unwirksamkeit der formularmäßigen Überwälzung der Verpflichtung zur Vornahme laufender Schönheitsreparaturen einer dem Mieter unrenoviert übergebenen Wohnung ohne die Gewährung eines angemessenen Ausgleichs auf die Vermietung unrenoviert

übergebener Geschäftsräume zu übertragen.

OLG Celle, Beschluss vom 13.07.2016 - 2 U 45/16

In dem vom Oberlandesgericht Celle zu entscheidenden Fall verlangte der Vermieter vom Mieter Schadensersatz wegen nicht durchgeführter Schönheitsreparaturen. Der zwischen den Parteien geschlossene Geschäftsraummietvertrag enthält eine seitens des Vermieters gestellte formularvertragliche Schönheitsreparaturklausel, wonach der Mieter während der Mietzeit die laufenden Schönheitsreparaturen auf eigene Kosten fachgerecht und regelmäßig vorzunehmen hat, soweit das Aussehen der Räume den Gebrauch mehr als nur unerheblich beeinträchtigt. Nach den Feststellungen des Gerichts wurden dem Mieter die Mieträume in unrenoviertem Zustand übergeben.

Das Oberlandesgericht lehnte einen Schadensersatzanspruch des Vermieters ab. Bei der zentralen Frage nach der Wirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel verwies der entscheidende Senat auf die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wohnraummietrecht, wonach die formularmäßige Überwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen dann gemäß § 307 BGB unwirksam ist, wenn die Wohnung dem Mieter ohne angemessenen Ausgleich nicht renoviert oder renovierungsbedürftig überlassen wurde. Diese Rechtsprechung sei auf die Vermietung von Geschäftsräumen zu übertragen. Eine entsprechende Klausel würde dazu führen, dass der Mieter ohne angemessenen Ausgleich auch zur Beseitigung von Gebrauchsspuren verpflichtet wäre, die von seinem Vorgänger verursacht wurden, und dadurch bei kundenfeindlichster Auslegung die Mietflächen vorzeitig renovieren oder gegebenenfalls in einem besseren Zustand zurückgeben müsste, als er sie selbst vom Vermieter erhalten hat. Dies stelle ein Übermaß an Renovierungspflichten und damit eine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar. Der Gewerberaummieter sei insoweit jedoch nicht weniger schutzwürdig als der Wohnraummieter.

Es war angesichts der im Zusammenhang mit Schönheitsreparaturklauseln immer strenger

werdenden Klauselkontrolle des Bundesgerichtshofs und der bereits von ihm in vergleichbaren Rechtsfragen selbst von der Wohnraummiete auf die Gewerberaummiete übertragenen Grundsätze damit zu rechnen, dass die Gerichte die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von Schönheitsreparaturverpflichtungen bei unrenoviert übergebenen Wohnräumen (BGH, Urteil vom 18.03.2015 - VIII ZR 185/14, hierzu auch unser Beitrag im Mandantenrundbrief Juni 2015) auf die Gewerberaummiete übertragen.

Im Zusammenhang mit dieser Rechtsprechung bietet sich ein Hinweis auf das Urteil des Landgerichts Berlin vom 18.08.2015 - 63 S 114/14 an. Dieses stellt mit Verweis auf die oben erwähnte Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18.03.2015 klar, dass die Darlegungs- und Beweislast für den unrenovierten oder renovierungsbedürftigen Zustand der Mietwohnung bei Übergabe, auch wenn das Mietverhältnis über 50 Jahre Bestand hatte, dem Mieter obliegt, wenn sich dieser auf die Unwirksamkeit der Renovierungsklausel beruft. Vor diesem Hintergrund sollte insbesondere aus der Sicht des Mieters bei der Übergabe von Mieträumen auf eine schriftliche Dokumentation des Renovierungszustandes (Übergabeprotokoll) Wert gelegt werden.

Rechtsanwalt Thilo Braun

2. Befriedigung aus Mietsicherheit bei verjährten Betriebskostennachzahlungsforderungen?

Der Anspruch des Mieters auf Rückgabe einer Mietsicherheit wird erst fällig, wenn eine angemessene Überlegungsfrist abgelaufen ist und dem Vermieter keine Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr zustehen, wegen derer er sich aus der Sicherheit befriedigen darf. Betriebskostennachforderungen aus Jahresabrechnungen sind wiederkehrende Leistungen im Sinne des § 216 Abs. 3 BGB. Dem Vermieter ist es deshalb nach § 216 Abs. 3 BGB verwehrt, sich wegen bereits verjährter Betriebskostennachforderungen aus der Mietsicherheit zu befriedigen.

BGH, Versäumnisurteil vom 20.07.2016 – VIII ZR 263/14

Der Mieter einer Wohnung (Kläger) hatte zu Beginn des Mietverhältnisses ein Kautions-sparbuch über 695,36 € eingerichtet, eine Verpfändungserklärung abgegeben und das Sparbuch der Vermieterin (Beklagte) übersandt. Das Mietverhältnis endete im Mai 2009. Die dem Mieter für die Jahre 2006 bis 2009 erteilten Betriebskostenabrechnungen wiesen jeweils Nachzahlungsforderungen aus, die sich nach Teilzahlungen des Mieters auf insgesamt 959,57 € beliefen. Mit der am 28.12.2012 anhängig gemachten und am 21.02.2013 zugestellten Klage hat der Kläger Pfandfreigabe und Rückgabe des Sparbuchs begehrt. Die Beklagte hat sich auf ihre Nachzahlungsansprüche berufen und widerklagend 959,57 € geltend gemacht. Beide Parteien berufen sich wechselseitig auf Verjährung der gegen sie erhobenen Ansprüche.

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass der Freigabeanspruch des Klägers nicht automatisch nach Ablauf von sechs Monaten seit Mietende fällig geworden sei, denn zum damaligen Zeitpunkt standen der Beklagten die Betriebskostennachzahlungsforderungen aus den Jahren 2006 bis 2008 unstreitig zu; diese waren allerdings im Zeitpunkt der Erhebung der Widerklage verjährt. Die entscheidende Frage war also, ob sich die Beklagte wegen der verjährten Forderungen trotzdem noch aus dem Pfandrecht befriedigen konnte. Der Bundesgerichtshof verneinte diese Frage.

Gemäß § 216 Abs. 1 BGB hindert die Verjährung eines Anspruchs, für den ein Pfandrecht bestellt ist, den Gläubiger nicht, seine Befriedigung aus dem belasteten Gegenstand zu suchen. Dieses Verwertungsrecht findet gemäß § 216 Abs. 3 Alt. 2 BGB keine Anwendung auf die Verjährung von wiederkehrenden Leistungen. Wiederkehrende Leistungen definiert der Bundesgerichtshof als solche, die nach dem Gesetz oder Parteivereinbarung zu von vornherein bestimmten regelmäßig wiederkehrenden Terminen erbracht werden müssen. Ob die Leistung, sofern sie in einer Geldzahlung besteht, in der immer gleichen Summe erbracht wird, ist für die Beurteilung ohne Bedeutung; der zu zahlende Betrag kann schwanken

oder auch zu manchen Terminen ganz ausbleiben.

Der Bundesgerichtshof stützt seine Überlegungen auf § 556 b Abs. 1 BGB. Danach ist die Miete nach bestimmten Zeitabschnitten zu entrichten. Die Vorauszahlungen auf Betriebskosten gehören, sofern vertraglich vereinbart, für den Bundesgerichtshof unzweifelhaft zu der periodisch zu entrichtenden Miete. Den Charakter als wiederkehrende Leistung verlieren Betriebskostenzahlungen nicht dadurch, dass sie als Saldo einer Betriebskostenjahresabrechnung verlangt werden, zumal auch die sich daraus ergebenden Zahlungen regelmäßig wiederkehrend zu erbringen sind, da der Vermieter über die Betriebskosten jährlich abzurechnen hat. Die Betriebskostenabrechnung sei zudem nur ein Rechenvorgang, der die Fälligkeit des Nachforderungsanspruchs herbeiführt; ein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert komme ihr nicht zu.

Rechtsanwältin Anna-Katrin Büntzly

3. Diebstahl von Gerüstteilen: Ersatzansprüche verjähren in sechs Monaten

- a) Ein Vertrag über den Aufbau, die Vorhaltung und den Um- und Abbau eines Gerüsts (sogenannter selbständiger Gerüstbauvertrag) ist – jedenfalls für den Zeitraum der Vorhaltung des Gerüsts – nach Mietrecht zu beurteilen.**
- b) Ersatzansprüche des Gerüstvermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen des Gerüsts im Zeitraum der Vorhaltung (hier: Verlust von Baugerüstteilen) verjähren in sechs Monaten.**

AG Euskirchen, Urteil vom 04.07.2016 – 20 C 14/16

Die Parteien streiten über Ersatzansprüche aus einem selbstständigen Gerüstbauvertrag. Bei diesem Vertragstyp übernimmt der Auftragnehmer (AN) die entgeltliche Verpflichtung, mit eigenem Material ein Gerüst aufzustellen, das Gerüst seinem Auftraggeber (AG) zum Gebrauch zu überlassen und nach erfolgtem Gebrauch wieder abzubauen. Daneben er-

bringt der AN keine weiteren Leistungen auf der Baustelle. Während der Standzeit im November 2012 werden Gerüstteile gestohlen. Die noch vorhandenen Gerüstbauteile holt der AN im November / Dezember 2012 ab. Wegen der gestohlenen Gerüstteile leitet der AN Ende 2015 die gerichtliche Inanspruchnahme des AG ein und verlangt von ihm Schadensersatz in Höhe der Wiederbeschaffungskosten. Zur Begründung führt der AN aus, der AG habe die ihm obliegenden Obhutspflichten verletzt, so dass er für den Verlust der Gerüstteile verantwortlich sei. Zudem sei zwischen den Parteien vertraglich vereinbart, dass der AG die volle Haftung für Schäden und Verlust des Gerüsts übernehme. Er sei daher auch unter diesem Gesichtspunkt dem AN zum Schadensersatz verpflichtet. Der AG lehnt eine Zahlung ab. Zum einen treffe ihn kein Verschulden an dem Diebstahl. Das Bauvorhaben befinde sich in einer guten Wohnlage, wo mit Diebstählen nicht habe gerechnet werden müssen. Zum anderen seien etwaige Schadensersatzansprüche des AN bereits verjährt.

Das Amtsgericht Euskirchen gibt dem Verjährungseinwand des AG statt und weist die Klage des AN ab. Der zwischen den Parteien geschlossene selbstständige Gerüstbauvertrag ist nach den Vorschriften des Mietrechts zu beurteilen. Der Vertrag beinhaltet zwar nicht nur rein mietvertragliche Elemente, da der AN auch zum Auf- und Abbau des Gerüsts verpflichtet ist. Jedenfalls das diesen Vertragstyp kennzeichnende Schwergewicht liegt aber nach dem Willen der Vertragspartner auf der entgeltlichen Nutzung des Gerüsts auf Zeit. Aus diesem Grund finden die Vorschriften des Mietrechts Anwendung. Der AN macht mit seiner Klage im Ergebnis Ersatzansprüche wegen der Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache geltend, für die die kurze Verjährungsfrist in § 548 BGB gilt. Danach verjähren Ersatzansprüche sechs Monate nach Rückgabe der Mietsache. Diese Frist begann mit Abbau und Rückgabe der verbliebenen Gerüstteile im November / Dezember 2012 und endete jedenfalls vor Erhebung der Klage Ende 2015. Der Anspruch ist damit verjährt. Demzufolge kommt es nicht auf die Beantwortung der sehr umstrittenen Frage an, in welchem Umfang der AG verpflichtet war, das angemietete Gerüst während der Standzeit gegen Beschädigung und Diebstahl zu sichern.

Dass auf den selbstständigen Gerüstbauvertrag – jedenfalls für den Zeitraum der Vorhaltung des Gerüsts – Mietrecht anwendbar ist, ist in der Praxis weithin unbekannt, hat aber – wie die vorstehende Entscheidung zeigt – große Bedeutung. In diesen Fällen ist schnelles Handeln geboten.

Rechtsanwalt Torsten Boekhoff

VI. Gesellschaftsrecht

Zur Treuepflicht eines Gesellschafters

Aufgrund der Treuepflicht ist ein Gesellschafter einer Gesellschaft verpflichtet einer Maßnahme zuzustimmen, wenn sie zur Erhaltung wesentlicher Werte, die die Gesellschafter geschaffen haben, oder zur Vermeidung erheblicherer Verluste, die die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter erleiden können, objektiv unabweisbar erforderlich ist und den Gesellschaftern unter Berücksichtigung ihrer eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar ist. Dass ist der Fall, wenn der Gesellschaftszweck und das Interesse der Gesellschaft gerade diese Maßnahme zwingend gebietet und der Gesellschafter seine Zustimmung ohne vertretbaren Grund verweigert.

BGH, Urteil vom 12.04.2016 – II ZR 275/14

Sind sich Gesellschafter, beispielsweise einer BGB-Gesellschaft oder einer GmbH, nicht einig über die Durchführung bestimmter Maßnahmen, kann sich unter bestimmten Voraussetzungen eine Zustimmungspflicht ergeben, die auch gerichtlich durchgesetzt werden kann.

Der Bundesgerichtshof hat im entschiedenen Fall die Treuepflicht jedes einzelnen Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft hervorgehoben.

Eine Zustimmungspflicht besteht jedoch nicht schon dann, wenn eine Maßnahme lediglich dem Sinne der Gesellschaft dient, sie die Zwecke der Gesellschaft fördert und die Zustimmung dem Gesellschafter zumutbar ist.

Aufgrund der Treuepflicht ist der Gesellschafter vielmehr nur dann in einem bestimmten Sinn verpflichtet abzustimmen, wenn die zu beschließende Maßnahme zur Erhaltung wesentlicher Werte, die die Gesellschafter geschaffen haben, oder zur Vermeidung erheblicher Verluste, die die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter erleiden könnten, objektiv unabweisbar erforderlich ist und den Gesellschaftern unter Berücksichtigung ihrer eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar ist. Der Gesellschaftszweck und das Interesse der Gesellschaft muss gerade diese Maßnahme zwingend gebieten.

Praxishinweis: Als baurechtsnahe Fallgestaltung könnte diese Frage virulent werden, wenn bei einer Bauherrngemeinschaft, die als GbR organisiert ist, nicht alle Gesellschafter der Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens zustimmen. Wenn der Zweck der Bauherrngemeinschaft gerade darin bestand ein Bauwerk zu errichten, steht die mangelfreie Errichtung gerade im Mittelpunkt der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung bzw. stellt den Gesellschaftszweck dar. Vertretbare Gründe, die Zustimmung zur Durchführung eines solchen Verfahrens zu verweigern, sind kaum denkbar.

Rechtsanwältin Andrea Hanke

VII. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags - Sozialkassenverfahren des Baugewerbes (AVE VTV 2014)

Die Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom 17.03.2014 ist mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nach § 5 TVG a.F. unwirksam. Zwar hat sich die zuständige Ministerin für Arbeit und Soziales mit der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) befasst, jedoch war die nach damaligem Rechtsstand erforderliche 50 %-Quote nicht erreicht.

Auf Antrag der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) den Tarifvertrag

über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) vom 03.05.2013 i.d.F. vom 03.12.2013 am 17.03.2014 gemäß § 5 TVG in der damals geltenden Fassung mit bereits im Antrag enthaltenen Einschränkungen bezüglich des betrieblichen Geltungsbereichs („Große Einschränkungsklausel“) für allgemeinverbindlich erklärt (AVE VTV 2014).

Der für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag regelt das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe. Bei den Sozialkassen des Baugewerbes (SOKA-BAU) handelt es sich um gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes (Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt - IG BAU -, Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. - HDB - und Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e.V. - ZDB -). Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse erbringt Leistungen im Urlaubs- und Berufsbildungsverfahren, die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes zusätzliche Altersversorgungsleistungen, die jeweils in gesonderten Tarifverträgen näher geregelt sind. Zur Finanzierung dieser Leistungen werden nach Maßgabe des VTV Beiträge von den Arbeitgebern erhoben. Durch die AVE gelten die Tarifverträge nicht nur für die tarifgebundenen Mitglieder der Tarifvertragsparteien, sondern auch für alle anderen Arbeitgeber der Branche. Sie sind hiernach zur Beitragszahlung verpflichtet. Sowohl die Arbeitgeber als auch ihre Beschäftigten erhalten Leistungen von den Sozialkassen.

Bei den Antragstellern handelt es sich überwiegend um Arbeitgeber, die nicht Mitglied einer Arbeitgebervereinigung sind und deshalb nur auf Grundlage der Allgemeinverbindlicherklärung zu Beitragszahlungen herangezogen wurden. Sie haben die Auffassung vertreten, die gesetzlichen Voraussetzungen für die AVE hätten nicht vorgelegen. Insbesondere hätten die tarifgebundenen Arbeitgeber der Baubranche nicht 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigt (50 %-Quote). Auch habe kein öffentliches Interesse für die Allgemeinverbindlicherklärung vorgelegen. Das Landesarbeitsgericht hat die Anträge zurückgewiesen und festgestellt, dass die angegriffene Allgemeinverbindlicherklärung wirksam ist.

Die vom Landesarbeitsgericht zugelassene Rechtsbeschwerde hatte vor dem Zehnten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Die Allgemeinverbindlicherklärung vom 17.03.2014 des VTV ist unwirksam. Bei der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen handelt es sich um Normsetzung, die nach dem in Art. 20 GG verankerten Demokratieprinzip die Befassung des zuständigen Ministers für Arbeit und Soziales erfordert. Eine solche Befassung ist - anders als in dem am heutigen Tag ebenfalls entschiedenen Verfahren - 10 ABR 33/15 - betreffend die AVE VTV 2008 und die AVE VTV 2010 - hinsichtlich der AVE VTV 2014 durch die Ministerin Andrea Nahles erfolgt. Sie hat aufgrund des Einspruchs des Freistaats Sachsen nach § 5 Abs. 3 TVG die Zustimmung der Bundesregierung zur beabsichtigten Allgemeinverbindlicherklärung eingeholt. Jedoch gibt es keine tragfähige Grundlage für die Annahme des BMAS, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der AVE VTV 2014 in der Baubranche mindestens 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt waren. Insbesondere durfte, anders als vom BMAS angenommen, die in der jeweiligen AVE vorgenommene Einschränkung des betrieblichen Geltungsbereichs bei der Berechnung der 50 %-Quote nicht berücksichtigt werden.

Die Feststellung der Unwirksamkeit der AVE VTV 2014 wirkt gem. § 98 Abs. 4 ArbGG für und gegen jedermann. Sie hat zur Folge, dass im maßgeblichen Zeitraum nur für tarifgebundene Arbeitgeber eine Beitragspflicht zu den Sozialkassen des Baugewerbes bestand. Andere Arbeitgeber der Baubranche sind nicht verpflichtet, für diesen Zeitraum Beiträge zu leisten. Rechtskräftig abgeschlossene Klageverfahren über Beitragsansprüche werden von der Feststellung der Unwirksamkeit jedoch nicht berührt; eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 580 ZPO ist insoweit nicht möglich. Ob im Übrigen unter Beachtung der Verjährungsfristen wechselseitige Rückforderungsansprüche hinsichtlich erbrachter Beitrags- und Erstattungsleistungen bestehen und ob die Feststellung der Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung des VTV 2014 einer Vollstreckung von Beitragsansprüchen aus rechtskräftigen Entscheidungen entgegensteht, hatte der Senat nicht zu entscheiden.

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom
21.09.2016 - 10 ABR 48/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Betriebsübergang bei Rettungsdiensten

Ein Betriebs(teil)übergang i.S.v. § 613a Abs. 1 BGB liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit ihre Identität bewahrt, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen im Rahmen einer Gesamtbewertung berücksichtigt werden, ohne dass Teilaspekte isoliert betrachtet werden dürfen.

Die Klägerin war seit April 2001 bei dem J. e.V. beschäftigt, zuletzt als Rettungsassistentin. Dieser sicherte den Rettungsdienst für den beklagten Landkreis im Gebiet S. ab und betrieb hierzu vier Rettungswachen. Er beschäftigte 41 Arbeitnehmer/innen zu den Bedingungen der Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werks der Evangelischen Kirche in Deutschland (AVR). Ende 2010 entschied sich der beklagte Landkreis, den Rettungsdienst ab Juni 2011 selbst durchzuführen. Er kündigte die mit dem J. e.V. bestehenden Untermiet- und Mietverträge über die Rettungswachen, bestellte neue Rettungsfahrzeuge und schrieb die Stellen des Rettungsdienstes neu aus. Im Auswahlverfahren wählte er aus 70 Bewerbern neben den bereits zuvor beim J. e.V. tätigen 41 Beschäftigten etwas mehr als zehn neue Beschäftigte aus, um ein verändertes Schichtmodell durchführen zu können. Er schloss mit allen Beschäftigten neue Arbeitsverträge zum 01.06.2011 ab, die eine Probezeit vorsahen und eine Bezugnahme auf den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) enthielten. Die neuen Fahrzeuge kamen beim beklagten Landkreis ab dem 01.06.2011 zum Einsatz. Die von dem J. e.V. im Jahr 2006 beschafften Rettungsfahrzeuge übernahm der beklagte Landkreis - anders als die Einrichtungsgegenstände der Rettungswachen - nicht.

Mit ihrer Feststellungsklage hat die Klägerin geltend gemacht, der beklagte Landkreis sei

im Wege des Betriebsübergangs nach § 613a BGB in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverträgen mit dem J. e.V. eingetreten. Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen.

Die Revision der Klägerin hatte vor dem Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Zwar durfte das Landesarbeitsgericht seine die Klage abweisende Entscheidung nicht damit begründen, allein die sächlichen Betriebsmittel - insbesondere die Rettungsfahrzeuge - seien für den Betrieb des Rettungsdienstes identitätsprägend, da deren Einsatz den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs ausmache. Die gebotene Gesamtbewertung aller maßgeblichen Kriterien durch den Senat ergab allerdings, dass das Landesarbeitsgericht die Klage im Ergebnis zutreffend abgewiesen hat, weil die wirtschaftliche Einheit „Rettungsdienst“ nach dem Inhaberwechsel ihre Identität nicht bewahrt hatte.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25.08.2016 -
8 AZR 53/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

3. Sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis im Anschluss an ein Heimarbeitsverhältnis

Ein Arbeitsvertrag kann auch dann ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren kalendermäßig befristet werden, wenn zwischen den Parteien zuvor ein Heimarbeitsverhältnis bestanden hat.

Die Klägerin war für die Beklagte in der Zeit vom 15.06.2009 bis zum 31.08.2010 als Heimarbeiterin tätig. Ab dem 01.09.2010 wurde sie im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses bei der Beklagten beschäftigt. Der zunächst für die Dauer von einem Jahr befristete Arbeitsvertrag wurde durch Ergänzungsvertrag vom 12.05.2011 bis zum 31.08.2012 verlängert. Die Klägerin hat die Feststellung begehrt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht auf Grund der Befristung am 31.08.2012 geendet hat.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte vor dem Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die Befristung des Arbeitsvertrags ist wirksam. Der Arbeitsvertrag konnte nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG für die Dauer von zwei Jahren ohne Vorliegen eines sachlichen Grunds befristet werden. Eine sachgrundlose Befristung ist zwar nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder

unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Ein Heimarbeitsverhältnis nach § 2 Abs. 1 HAG ist jedoch kein Arbeitsverhältnis im Sinne von § 14 Abs. 2 TzBfG.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 24.08.2016 - 7 AZR 342/14 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

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

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -
im Dezember 2016**

Impressum:

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

Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Thilo Braun, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg

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