

Mandanten-Rundbrief

- Dezember 2020 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch Architekten	2
2.	Verjährung des Anspruchs nach § 650 f BGB	2
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	3
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	8
IV.	Öffentliches Baurecht	10
	Gemeindliches Vorkaufsrecht	10
V.	Mietrecht	11
	Pflicht des Vermieters zur Vornahme von Schönheitsreparaturen	11
VI.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13

Vangerowstraße 20 69115 Heidelberg Tel.: 06221/91290 Fax: 06221/912929	Myliusstraße 14 60323 Frankfurt Tel.: 069/72737415 Fax: 069/72737491	Lennéstraße 9 10785 Berlin Tel.: 030/2062780 Fax: 030/20627878	Königsallee 63/65 40215 Düsseldorf Tel.: 0211/4369870 Fax: 0211/4369879	Esplanade 39 20354 Hamburg Tel.: 040/22630380 Fax: 040/226303818	Finkenstraße 7 80333 München Tel.: 089/38859720 Fax: 089/38859728
---	---	---	--	---	--

Partnerschaftsgesellschaft mbB von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch Architekten

Ein Architekt macht sich wegen Verstoßes gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz schadensersatzpflichtig, wenn er für den Bauherrn konkrete Sekundärrechte, wie den Ausspruch einer Kündigung des Bauvertrages, prüft und diese Kündigung vorbereitet.

OLG Koblenz, Beschluss vom 07.05.2020 – 3 U 2182/19

Sachverhalt:

Der Architekt wird vom Auftraggeber mit der Planung zur Sanierung eines Einfamilienhauses beauftragt. Der Auftraggeber ist mit einer der beteiligten Baufirmen unzufrieden und will diese kündigen. Der Architekt übernimmt die Prüfung einer Kündigung und empfiehlt dem Auftraggeber, den Bauvertrag zu kündigen. Später stellt sich heraus, dass es für die Kündigung entgegen der Ansicht des Architekten keinen wichtigen Grund gab und es sich somit um eine „freie Kündigung“ des Auftraggebers gehandelt habe. Als Folge muss der Auftraggeber dem Bauunternehmen entgangenen Gewinn zahlen, welchen er außergerichtlich im Vergleichswege zugesteht. Daraufhin nimmt der Auftraggeber den Architekten in Regress und verklagt diesen.

Entscheidungsgründe:

Das OLG Koblenz bejaht einen Anspruch des Auftraggebers gegen den Architekten gemäß § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 2 Abs. 1, 3 Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG). Der Architekt hat durch seine Empfehlung, eine Kündigung auszusprechen und die Erstellung des Entwurfs der Kündigung eine Rechtsdienstleistung erbracht, welche nach § 3 RDG unzulässig ist. Die Prüfung des Architekten sei insoweit auch keine Nebenleistung zur Architektenleistung, da er in Bezug auf die Geltendmachung der konkreten Sekundärrechte (Kündigung) im Außenverhältnis tätig wird. Es handele sich in der Regel bei solchen Fragen um komplexe Rechtsfragen, die ein erhebliches Risikopotential

für den Auftraggeber bedeuten. Daher sei der Architekt dem Auftraggeber zum Schadensersatz verpflichtet. Der Schadensersatzanspruch scheitere auch nicht daran, dass der Auftraggeber im Wege eines außergerichtlichen Vergleiches freiwillig an die Bauunternehmung gezahlt hat. Hierbei handele es sich um eine nachvollziehbare Reaktion, die durch die unzulässige Rechtsdienstleistung des Architekten „herausgefordert“ wurde.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Verjährung des Anspruchs nach § 650 f BGB

Die Verjährung des Anspruchs des Auftragnehmers auf Stellung einer Bauhandwerkersicherheit gemäß § 650 f BGB beginnt erst am Schluss desjenigen Jahres, in dem der Auftragnehmer die Sicherheit tatsächlich verlangt, nicht schon mit dem Abschluss des Bauvertrages.

OLG Köln, Urteil vom 17.06.2020 – 11 U 186/19

Sachverhalt:

Der Bauvertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer wird Anfang 2013 abgeschlossen. Die Schlussrechnung stellt der Auftragnehmer im Jahre 2014. Nachdem keine vollständige Zahlung erfolgt, erhebt der Auftragnehmer im Jahre 2015 Zahlungsklage. Nachdem der Prozess im Jahre 2018 immer noch anhängig ist, verlangt der Auftragnehmer eine Sicherheit nach § 650 f BGB (Bauhandwerkersicherheit) für die offenstehenden Forderungen. Daraufhin wendet der Auftraggeber die Einrede der Verjährung ein, da er der Auffassung ist, der Anspruch sei mit Abschluss des Bauvertrages im Jahre 2013 entstanden und demgemäß Ende 2016 verjährt. Der Auftragnehmer klagt ungeachtet dessen in einem weiteren Prozess die Stellung der Sicherheit ein.

Entscheidungsgründe:

Das OLG Köln gibt dem Auftragnehmer Recht. § 650 f BGB sei ein „verhaltener“ Anspruch,

der zwar jederzeit, aber nur auf Verlangen des Auftragnehmers zu erfüllen ist. Daher beginnt die Verjährungsfrist nicht schon mit Abschluss des Bauvertrages, sondern erst dann, wenn der Auftragnehmer die Gestellung der Bauhandwerkersicherheit tatsächlich verlangt. Un-erheblich ist auch, dass der Auftragnehmer die Sicherheit nur deshalb einklagt, um in dem Parallelverfahren auf den Auftraggeber Druck auszuüben. Hierzu ist der Auftragnehmer nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 2018, S. 549) berechtigt.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Formularmäßige Vereinbarung von Sicherheiten

Ergibt sich aus den formularmäßigen Vertragsbestimmungen eines Bauvertrags - für sich oder in ihrem Zusammenwirken -, dass der Auftragnehmer für einen nicht unerheblichen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen möglicher Mängelansprüche des Auftraggebers eine Sicherheit stellen muss, die 8 % der Auftragssumme beträgt, führt dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu einer unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers (Fortführung von BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 – VII ZR 120/14, BauR 2015, 832 = NZBau 2015, 223; Urteil vom 1. Oktober 2014 – VII ZR 164/12, BauR 2015, 114 = NZBau 2014, 759; Urteil vom 5. Mai 2011 – VII ZR 179/10, BauR 2011, 1324 = NZBau 2011, 410). (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urteil vom 16.07.2020 – VII ZR 159/19 (Aufhebung von OLG Stuttgart, Urteil vom 09.07.2019 – 10 U 247/18, Mandanten-Rundbrief März 2020, Seite 4)

2. Leistungsverweigerungsrecht wegen fehlender Bauhandwerkersicherung erlischt bei Geltendmachung weiterer, unbegründeter Forderungen

a) Die Einstellung der Arbeiten ist der Extremfall der unzureichenden Ausstattung

einer Baustelle mit Arbeitskräften. § 5 Abs. 3 VOB/B begründet auf das Verlangen des Auftraggebers eine Pflicht des Auftragnehmers zur Abhilfe des unzureichenden Baustelleneinsatzes. Kommt der Auftragnehmer dieser Verpflichtung trotz berechtigten Abhilfeverlangens nicht nach, gerät der Auftragnehmer mit der Abhilfepflicht in Verzug. (amtlicher Leitsatz)

b) Unter den weiteren Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 VOB/B führt die unberechtigte Arbeitseinstellung des Auftragnehmers zu einem Kündigungsrecht des Auftraggebers nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B. (amtlicher Leitsatz)

c) Zwar steht grundsätzlich eine notwendige, aber fehlende Mitwirkung des Auftraggebers (hier: Übergabe einer Statik) einem Verzug des Auftragnehmers entgegen. Das gilt jedoch dann nicht, wenn der Auftragnehmer seine Leistung von der Erfüllung nicht bestehender Gegenrechte abhängig macht (unberechtigte Forderung auf Abschlagszahlung) und deshalb unabhängig von der Mitwirkung des Auftraggebers seine Leistung verweigert. (amtlicher Leitsatz)

d) Haben die Parteien eines Bauvertrags neben einem Zahlungsplan, der sich allein an Daten orientiert, einen Bauzeitenplan vereinbart, ist der Bauzeitenplan im Zweifel Geschäftsgrundlage des Zahlungsplans. Dann haben die Parteien keine Zahlungen unabhängig vom Baufortschritt, sondern Abschlagszahlungen vereinbart, die sich nach den vereinbarten Fälligkeitszeitpunkten und dem zu diesen Zeitpunkten nach dem Bauzeitenplan erwarteten Baufortschritt richten. (amtlicher Leitsatz)

e) Ein Leistungsverweigerungsrecht oder Kündigungsrecht des Auftragnehmers wegen fehlender Bauhandwerkersicherung nach § 648a Abs. 5 S. 1 BGB a.F. steht dem bereits eingetretenen Verzug mit der Abhilfepflicht nach § 5 Abs. 3 VOB/B durch die Arbeitseinstellung des Auftragnehmers und einem daraus entstehenden Kündigungsrecht des Auftrag-

gebers entgegen, wenn der Auftragnehmer seine eigene Leistung Zug um Zug gegen das Bewirken der Bauhandwerkersicherung anbietet. (amtlicher Leitsatz)

- f) Der Verzug des Auftragnehmers und damit das Kündigungsrecht des Auftraggebers bestehen fort, wenn der Auftragnehmer die Fertigstellung der Werkleistung neben der Erfüllung seines Anspruchs auf Bauhandwerkersicherung von der Zahlung weiterer, vertraglich nicht geschuldeter Abschläge abhängig macht. (amtlicher Leitsatz)

OLG Stuttgart, Urteil vom 28.04.2020 – 10 U 294/19

3. Vergütung nach freier Kündigung unterliegt der Umsatzsteuer

Wird der Werkvertrag nach teilweiser Erbringung der Werkleistung gekündigt, unterliegt auch der Anspruch aus § 649 Satz 2 aF BGB der Umsatzsteuer. (amtlicher Leitsatz)

FG Niedersachsen, Urteil vom 28.02.2019 – 5 K 214/18, anhängig beim BFH – VR 13/19

4. Entschädigung nach § 642 BGB

- a) § 642 BGB erfordert eine Abwägungsentscheidung des Tatrichters auf der Grundlage der in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien (BGH, Urteil vom 30. Januar 2020 - VII ZR 33/19 Rn. 47). Die Vorschrift sieht keine exakte Berechnung des Entschädigungsanspruchs vor, sondern geht davon aus, dass der Tatrichter im Rahmen der erforderlichen Abwägung einen Ermessensspielraum hat. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Ein produktionsloses Bereithalten von Produktionsmitteln erfordert nicht, dass die Produktionsmittel auf der Baustelle brachliegen. § 642 BGB gewährt dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür, dass er während des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Ka-

pital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält (BGH a.a.O. Rn. 42). Das setzt nach Sinn und Zweck des § 642 BGB voraus, dass der Unternehmer die Produktionsmittel für das konkrete Bauvorhaben des Bestellers so bereithält, dass sie dort jederzeit eingesetzt werden können, nicht aber, dass die Produktionsmittel während der Dauer des Annahmeverzugs auf die Baustelle verbracht und ausschließlich dort bereitgehalten werden. (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.08.2020 – 8 U 49/19

5. Klausel zur Kostenbeteiligung an Schuttbeseitigung

- a) Dass die Höhe der Pauschale durch handschriftliche Ergänzung des vorgegedruckten Textes festgelegt wurde, nimmt der Klausel nicht ihren Charakter als allgemeine Geschäftsbedingung; die gewählte Schriftart ist nach § 305 Abs.1 S. 2 BGB vielmehr ohne Bedeutung (BGH NJW-RR 2017, S. 137; NJW 2005, S. 1574). (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Eine Klausel, die u. a. die Kostenbeteiligung an einer Schuttbeseitigung regelt, hält einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB nicht stand, vielmehr ist eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 20.08.2020 – 12 U 34/20

6. Zuschlagsschreiben mit geänderter Bauzeit

Enthält das Zuschlagsschreiben wegen der Verzögerung des Vergabeverfahrens eine neue Bauzeit und bringt der Auftraggeber darin eindeutig und klar zum Ausdruck, dass er den Vertrag mit diesen Fristen zu dem angebotenen Preis bindend schließen will, kann es nicht dahin ausgelegt werden, der Zuschlag sei auf eine Leistung zur ausgeschriebenen Bauzeit erteilt worden. Die Erteilung des Zuschlags

stellt in einem solchen Fall, eine Ablehnung des im Vergabeverfahren unterbreiteten Angebots des Bieters und zugleich ein neues Angebot des Auftraggebers dar (BGH, Urteil vom 6. September 2012 VII ZR 193/10 Rn. 16, BGHZ 194, 301). (Zitat aus der Entscheidung)

7. Verjährung des Ausgleichsanspruchs des Architekten

- a) Der Ausgleichsanspruch des bauplanenden und bauausführenden Architekten gegen die Werkausführenden verjährt kenntnisunabhängig nach 10 Jahren ab seiner Entstehung.
- b) Der Anspruch entsteht mit der Abnahme der Bauleistungen.

OLG München, Beschluss vom 18.09.2019 – 27 U 211/19; BGH, Beschluss vom 17.06.2020 – VII ZR 238/19

8. Durchgriffsfälligkeit in der vertikalen Leistungskette

- a) Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller seinerseits einem Dritten versprochen hat, also im Rahmen einer vertikalen Leistungskette, selbst wenn nur eine partielle Leistungsidentität besteht (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.04.2011 - 22 U 165/10, juris-Rdn. 65 = BeckRS 2013, 9656; Jauernig/Mansel, BGB, 17. Aufl., § 641 Rdn. 4; MüKoBGB/Busche, 8. Aufl., § 641 Rdn. 20; Palandt/ Sprau, BGB, 79. Aufl., § 641 Rdn. 7 f.) wird spätestens fällig, soweit das Werk des Bestellers von dem Dritten abgenommen worden ist oder als abgenommen gilt.
- b) Die sogenannte Durchgriffsfälligkeit tritt unabhängig davon ein, ob die Abnahme im Verhältnis zwischen Besteller und Unternehmer stattgefunden hat und ob dort Abnahmereife zu bejahen ist (vgl. OLG Düsseldorf aaO Rdn. 67; ebenso BeckOGK-BGB/Kögl, Stand 01.05.2020, § 641 Rdn. 41; Kniffka in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, BauR-Kompendium, 5. Aufl., Teil 4 Rdn. 477,

Palandt/Sprau aaO Rdn. 7 und 9; Pause/Vogel in Kniffka, BauVertrR, 2. Aufl., § 641 Rdn. 20; Seewald in Motzke/Bauer/Seewald, Prozesse in Bausachen, 3. Aufl., § 5 Teil A Rdn. 432 sowie Rdn. 436 und Fn. 743). (Zitat aus der Entscheidung)

- c) Zwar befasst sich die gesetzliche Regelung ihrem Wortlaut nach lediglich mit dreigliedrigen Leistungsketten; das steht ihrer Anwendung bei Ketten, die [...] weitere Glieder haben, aber keineswegs entgegen (ebenso HK-BGB/Scheuch, 10. Aufl., § 641 Rdn. 9; MüKoBGB/Busche aaO a.E.). (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Brandenburg, Urteil vom 10.06.2020 – 11 U 120/17

9. Anforderungen an einen Bedenkenhinweis

- a) Wenn ein Mangel aus der Sphäre des Bauherrn stammt, etwa auf dessen Anweisungen oder auf den Vorleistungen eines anderen Unternehmers beruht, bleibt der Unternehmer verantwortlich. Er kann sich in diesem Fall nach § 13 Abs. 3 VOB/B von der Verantwortung befreien, wenn er den Bauherrn nach § 4 Abs. 3 VOB/B auf die bestehenden Bedenken hinweist. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Hat der Bauherr einen bauleitenden Architekten eingesetzt, kann der Hinweis auch diesem erteilt werden. Das gilt jedoch nicht ausnahmslos. So muss der Unternehmer den Bauherrn selbst informieren, wenn er Bedenken gegen Anordnungen oder Planungen des Architekten selbst hat (BGH, Urteil vom 19.12.1996, VII ZR 309/95; OLG Oldenburg, Urteil vom 15.10.1997, 2 U 178/97). Dasselbe gilt, wenn der Architekt sich der Bedenkenanmeldung durch den Unternehmer verschließt (BGH, Urteil vom 19.01.1989, VII ZR 87/88; BGH, Urteil vom 19.12.1996, VII ZR 309/95; OLG Düsseldorf, Baurecht 1995, 244, 245; OLG Celle, Urteil vom 21.10.2004, 14 U 26/04; OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.02.2013, 23 U 1 U 71/18 Seite 7 185/11), also keine Anweisungen

- gibt, die zu einer mangelfreien Ausführung führen. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Nichts anderes gilt, wenn der Bauherr jemanden anderes als Bauleiter einsetzt (BGH NZBau 2004, 150, 152; OLG Hamm, Urteil vom 30.03.1995, 17 U 205/93; Werner/ Pastor, Der Bauprozess, 16. Auflage, Rn. 2047). Die als Bauleiter eingesetzte Person ersetzt den Bauherrn nicht, gleich ob es sich um einen externen Architekten oder einen angestellten Bauleiter handelt. (Zitat aus der Entscheidung)
- d) Dem Bauherrn muss die Tragweite der Nichtbefolgung klar werden (BGH, Urteil vom 10.04.1975, VII ZR 183/74). Die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Bauausführung müssen konkret dargelegt werden (OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.02.2013, 23 U 185/11; OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.03.2015, 21 U 62/14). (Zitat aus der Entscheidung)
- e) Der Hinweis, die beabsichtigte Ausführung stelle einen Mangel dar, wird diesen Anforderungen nicht gerecht.

OLG Schleswig, Urteil vom 24.05.2019 – 1 U 71/18; BGH, Beschluss vom 27.05.2020 – VII ZR 126/19

10. Anforderungen an den Bedenkenhinweis II

- a) An den erforderlichen Bedenkenhinweis des Auftragnehmers sind [...] keine geringen Anforderungen zu stellen; er muss speziell zur rechten Zeit, in der gebotenen Form, mit der notwendigen Klarheit und gegenüber dem richtigen Adressaten erfolgen (so zusammenfassend Jurgeleit in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, BauR-Kompendium, 5. Aufl., Teil 5 Rdn. 67 ff.; vgl. BGH, Urt. v. 10.04.1975 - VII ZR 183/74, Rdn. 11, juris = WKRS 1975, 12811; ferner BeckOGK-BGB/Schmidt, Stand 01.04.2020, § 633 Rdn. 39 f.; jeweils m.w.N.). (Zitat aus der Entscheidung)

- b) Erklärungen pauschalen Inhalts sind – jedenfalls wenn ein Fachunternehmen beauftragt wurde – unzulänglich (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.02.2013 - 23 U 185/11, LS 5 und Rdn. 102 f., juris = BeckRS 2013, 12930; Urt. v. 06.10.2017 - 22 U 41/17, LS 5, juris-Rdn. 166 = BeckRS 2017, 131243 Rdn. 161; BeckOGK-BGB/Schmidt aaO; Jurgeleit aaO Rdn. 68 f.; Merkens in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 7. Aufl., B § 4 Rdn. 98; jeweils m.w.N.). (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Brandenburg, Urteil vom 20.05.2020 – 11 U 74/18

11. Umsatzsteuer und Steuerschuldnerschaft

- a) Der Anspruch auf Sicherheit umfasst nicht die noch nicht geleistete Umsatzsteuer, wenn der Auftraggeber Steuerschuldner ist.
- b) Für eine Rückabwicklung der geflossenen Zahlungen besteht kein Anlass, wenn der Auftragnehmer die im Rechnungsbetrag enthaltenen Umsatzsteueranteile an das Finanzamt abgeführt hat.

OLG Oldenburg, Urteil vom 02.10.2018 – 13 U 8/16; BGH, Beschluss vom 20.04.2020 – VII ZR 221/18

12. Ordnungsgemäße Fristsetzung und Umdeutung bei Teilkündigung

- a) Wenn durch notwendige Vorleistungen zur Mangelbeseitigung unangemessene Einschränkungen im laufenden Betrieb entstehen, darf der Auftraggeber den Auftragnehmer zunächst zu einer verbindlichen Mitteilung zu Beginn und Art der Mangelbeseitigungsarbeiten auffordern (vgl. BGH NJW 1983, 989: Im Ausnahmefall Forderung nach verbindlichen Terminzusagen und Benennung des beauftragten Bauunternehmens ausreichend) und erfüllt damit die Kündigungsvoraussetzung einer ordnungsgemäßen Fristsetzung zur Mangelbeseitigung.

- b) Zwar kann die Entziehung des Auftrags gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 VOB/B (2006) auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung beschränkt werden. [...] Leistungsteile innerhalb eines Gewerks können [jedoch] grundsätzlich nicht als abgeschlossenen angesehen werden. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Die Kündigung eines nicht in sich abgeschlossenen Teils der vertraglichen Leistung kann gemäß § 140 BGB in eine unbeschränkte außerordentliche Auftragsentziehung gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B umgedeutet werden (zur grundsätzlichen Möglichkeit einer solchen Umdeutung vgl. BGH NJW 2009, 3717), wenn sich der Kündigung und dem Gesamtzusammenhang entnehmen lässt, dass der Auftraggeber die Zusammenarbeit mit dem Auftragnehmer insgesamt beenden will.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 17.04.2018 – 19 U 66/16; BGH, Beschluss vom 20.04.2020 – VII ZR 112/18

13. Voraussetzungen eines Anspruchs auf Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB a.F.

- a) Für den Anspruch auf Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB a.F. ist es nicht erforderlich, dass der zu sichernde Vergütungsanspruch fällig ist. Vorausgesetzt wird grundsätzlich nur das Bestehen solcher Ansprüche oder die Möglichkeit ihrer Entstehung, nicht jedoch deren Fälligkeit oder sofortige Durchsetzbarkeit (vgl. hierzu auch Palandt, BGB, 77. Auflage § 650 f Rn. 7).
- b) Zum schlüssigen Vortrag der dem Architekten zustehenden Vergütung ist es nicht erforderlich, dass eine prüfbare Schlussrechnung nach den Grundsätzen der HOAI vorliegen muss.

OLG Bamberg, Beschluss vom 19.02.2018 – 5 U 190/17; BGH, Beschluss vom 20.04.2020 – VII ZR 48/18

14. Detailpauschalvertrag und Anspruch auf zusätzliche Vergütung

- a) Typisches Charakteristikum des Detailpauschalvertrags ist die positionsbezogene Leistungsbestimmung, wobei nur geschuldet ist, was in der Leistungsbeschreibung ausdrücklich als Hauptleistungsposition benannt ist. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Da das Leistungsverzeichnis abschließend ist, trägt der Unternehmer das Mengenrisiko und der Besteller das Vollständigkeitsrisiko. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Dem Unternehmer stehen damit Ansprüche gemäß § 2 Abs. 8 Nr. 2 i. V. m. § 2 Abs. 6 VOB/B für geleistete Arbeiten zu, die vertraglich nicht erfasst werden.

OLG München, Urteil vom 17.09.2019 – 28 U 945/19 Bau; BGH, Beschluss vom 15.04.2020 – VII ZR 232/19

15. Anpassung der Pauschalsumme bei Mindermengen

Abweichungen, die zu einem Ausgleich führen könnten, kommen nur in Betracht, wenn die ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehene Leistung so erheblich abweicht, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist. Bezug genommen wird auf § 313 BGB. Demnach müsste ein objektiv feststellbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen, dass für einen Vertragspartner unerträglich ist und für ihn nicht vorhersehbar war. Maßgeblich ist der Einzelfall, jedoch wird in der Rechtsprechung eine Störung der Geschäftsgrundlage angenommen, wenn ein Abweichen von der Gesamtauftragssumme im Bereich von 20% vorliegt (Ingenstau/Korbion, VOB, 20. Aufl., § 2 Abs. 7, Rnr. 38, 39). (Zitat aus der Entscheidung)

OLG München, Beschluss vom 08.07.2019 – 27 U 3203/18 Bau; BGH, Beschluss vom 15.04.2020 – VII ZR 180/19

16. Kündigung wegen mangelhafter Erbringung selbstständiger Planungsleistungen

- a) Eigenständige Planungsleistungen des Auftragnehmers unterfallen den Regelungen für Architekten- und Ingenieurverträge (Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl., vor § 1 VOB/B Rdnr. 3).
- b) Als „wichtige Gründe“ zur Kündigung hat die Rechtsprechung die Verursachung besonders grober Mängel anerkannt (vgl. Messerschmidt/Niemöller/Preussner HOAI, 1. Aufl. Rdnr. 206 m.w.N.). (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Eine Kündigung muss grundsätzlich nicht begründet werden (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 9. Teil Rdnr. 7). Der Kündigende bleibt daher an etwa geäußerte Kündigungsgründe nicht gebunden (Kniffka/Koeble, a.a.O.). Besteht ein benannter Grund nicht oder ist keiner benannt, kann der Auftraggeber auch später zur Rechtfertigung der Kündigung noch (andere) tatsächlich bestehende Gründe nachschieben (Kniffka/Koeble, a.a.O.). (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Nürnberg, Urteil vom 28.03.2019 – 13 U 560/16; BGH, Beschluss vom 15.04.2020 – VII ZR 83/19

17. Rechtsberatungspflicht des Architekten

- a) Der Architekt ist zwar insoweit grundsätzlich zur rechtlichen Beratung verpflichtet (BGH, Urteil vom 24.05.1973 - VII ZR 92/71, Rn. 61; Locher/Koeble/Frik [Koeble/Locher], HOAI, 13. Aufl., Einl. Rn. 122), als er darauf hinzuwirken hat, dass die notwendigen Schritte ergriffen werden, um Schadensersatzansprüche gegen den Bauunternehmer zu erhalten. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Unter besonderen Umständen kann der Architekt allerdings von dieser Beratungspflicht befreit sein, etwa dann, wenn der

Bauherr selbst die erforderliche Sachkunde besitzt (BGH, a.a.O., Rn. 63 bei juris). (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Dresden, Urteil vom 07.12.2017 – 10 U 245/17; BGH, Beschluss vom 15.04.2020 – VII ZR 5/18

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Wertung und Zuschlagsvorschlag durch externen Dritten

- a) Der Vergabestelle steht bei der Bewertung einzelner Angebote allgemein ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Die Vergabekammer prüft die Bewertung der Vergabestelle nur daraufhin, ob diese ihren Beurteilungsspielraum verletzt hat, sie ersetzt insbesondere nicht die Wertung der Vergabestelle durch eine eigene Wertung. (amtlicher Leitsatz)
- b) Die Wertungsentscheidung muss den an sie zu stellenden vergaberechtlichen Anforderungen genügen. Dazu gehört, dass das vorgeschriebene Verfahren für die Bewertung eingehalten und der Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt wird sowie die von der Vergabestelle selbst aufgestellten Vorgaben beachtet und keine sachwidrigen und gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßenden Erwägungen angestellt werden. (amtlicher Leitsatz)
- c) Einer eigenständigen Begründung und Dokumentation zum Umstand, dass die Vergabestelle nicht bereits den Zuschlag auf das wirtschaftlichste indikative Angebot erteilt hat, bedarf es nicht. Die Tatsache, dass die Vergabestelle in das Verhandlungsverfahren eintreten wollte, ist bereits dadurch ausreichend dokumentiert, dass die Bieter zum Verhandlungsgespräch eingeladen wurden. (amtlicher Leitsatz)
- d) Die Vergabestelle muss die Vergabeentscheidung eigenständig treffen und darf sie nicht einem Dritten überlassen. Dieser Pflicht und Verantwortung im Hinblick auf

eine eigene Vergabeentscheidung genügt ein Auftraggeber, wenn er die Wertung durch einen externen Dritten und dessen Zuschlagsvorschlag durch einen Prüfungsvermerk mit verantwortlicher Unterschrift billigt. (amtlicher Leitsatz)

VK Nordbayern, Beschluss vom 18.06.2020 – RMF-SG21-3194-5-7

2. Vorläufige Insolvenz in Eigenverwaltung eines Mitglieds der Bietergemeinschaft

- a) Bei Insolvenz eines Bietergemeinschaftsmitglieds hat der öffentliche Auftraggeber die Eignung der Bietergemeinschaft insgesamt vollständig zu prüfen (OLG Celle, Beschluss vom 5. September 2007, Az. 13 Verg 9/07). (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Bei einer vorläufigen Insolvenz in Eigenverwaltung und dem Bestehen einer Bietergemeinschaft ist die Schwelle für die Intensität der Aufklärung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Bieterin gesenkt.

VK Lüneburg, Beschluss vom 18.05.2020 – VgK-07/2020

3. Abfrage von Referenzen und Dokumentation

- a) Werden in der Bekanntmachung Referenzen über "vergleichbare" Aufträge gefordert, darf der Auftraggeber bei der Bewertung der Referenzen keinen zu engen Maßstab anlegen (vgl. OLG Gelle, Beschluss vom 03.07.2018 - 13 Verg 8/17 [...]). Der öffentliche Auftraggeber ist aber vor allem gehalten, den Referenzangaben bei jedem Bieter zumindest teilweise nachzugehen, sie z. B. durch telefonische Nachfrage bei den Referenzbeauftragten zu überprüfen und Prüfung und Ergebnis in der Vergabeakte nachvollziehbar und hinreichend zu dokumentieren. (Zitat aus der Entscheidung)

- b) Die Dokumentation genügt nicht den Anforderungen, wenn nicht dokumentiert ist, ob, wann, mit welchem Inhalt und mit welchem Ergebnis Kontakt zum Referenzbeauftragten aufgenommen und sich mit dem dortigen Ansprechpartner über die Art und Weise des dortigen Auftrages und der dortigen Auftrags erledigung ausgetauscht wurde.

VK Lüneburg, Beschluss vom 18.05.2020 – VgK-06/2020

4. Verspätung aufgrund Update im elektronischen Vergabeverfahren

Der Bieter hat den verspäteten Eingang seines Angebots zu vertreten, wenn er im elektronischen Vergabeverfahren erst etwa 20 Minuten vor Fristablauf mit dem Hochladen beginnt und der Vorgang erst nach Fristablauf abgeschlossen werden kann, weil in der Zwischenzeit noch ein Update durchgeführt werden muss.

VK Bund, Beschluss vom 29.05.2020 – VK 2-19/20

5. Geldbuße gegen Auftragnehmer im Nachprüfungsverfahren

- a) Das Unionsrecht gestattet eine nationale Regelung, die es im Rahmen eines von einer Überwachungsbehörde von Amts wegen veranlassten Nachprüfungsverfahrens gestattet, nicht nur dem öffentlichen Auftraggeber, sondern auch dem Auftragnehmer eines öffentlichen Auftrags eine Rechtsverletzung zuzurechnen und gegen beide eine Geldbuße zu verhängen, wenn bei Änderung dieses Auftrags während des Ausführungszeitraums die Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge rechtswidrig missachtet wurden. Ist eine solche Möglichkeit im nationalen Recht vorgesehen, muss das Nachprüfungsverfahren jedoch das Unionsrecht einschließlich seiner allgemeinen Rechtsgrundsätze beachten, da der betroffene öffentliche Auftrag, sei es von Anfang an oder infolge seiner rechtswidrigen Änderung, in den sachlichen Anwendungsbe-

reich der Vergaberichtlinien fällt. (Zitat aus der Entscheidung)

- b) Die Höhe der Geldbuße zur Sanktionierung der rechtswidrigen Änderung eines Vertrags über einen öffentlichen Auftrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Auftragnehmer ist unter Berücksichtigung des jeweiligen Verhaltens jeder dieser Parteien festzusetzen. (Zitat aus der Entscheidung)

EuGH, Urteil vom 14.05.2020 – Rs. C-263/19

6. Preis als alleiniges Zuschlagskriterium

- a) In seiner neuen Fassung - in Kraft seit dem 18.04.2016 - stellt § 127 Abs. 1 GWB ausdrücklich klar, dass das alleinige Zuschlagskriterium „Preis“ dem Vergaberecht entspricht. Grundsätzlich gilt, dass öffentliche Auftraggeber einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Bestimmung der Zuschlagskriterien haben. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Anders als bei einem kommunalen Eigenbetrieb sind kommunale Auftraggeber bei einer Fremdvergabe nicht für die tarifliche Situation der Bieter verantwortlich. Grundsätzlich gilt im Vergaberecht, dass strukturell ungleiche Ausgangsbedingungen verschiedener Wirtschaftsteilnehmer nicht korrigiert werden. (Zitat aus der Entscheidung)

VK Lüneburg, Beschluss vom 27.04.2020 – VgK-04/2020

7. Widersprüchliche Vergabeunterlagen

- a) Widersprüchliche Vergabeunterlagen verstoßen gegen das Gebot der Transparenz gemäß § 97 Abs. 1 GWB und der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gemäß § 121 GWB, § 29 Abs. 1 VgV.
- b) Es obliegt dem Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers, vertraglich festzuschreiben, ob er Mehrvergütungsan-

sprüche ausschließen möchte. Auch diesbezüglich obliegt es einem Unternehmen, zu entscheiden, ob es sich solchen vertraglichen Klauseln unterwerfen möchte oder nicht. Sofern eine spätere vertragliche Anpassung, welche vertraglich nicht vorgesehen war, gegen zivilrechtliche Regelungen, zu denen auch die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführungen von Leistungen – Teil B (VOL/B) gehören, verstoßen sollte, ist dies zivilrechtlich zu prüfen und zu bewerten.

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020 – VK B 1-08/20

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

IV. Öffentliches Baurecht

Gemeindliches Vorkaufsrecht

Die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BauGB ist gerechtfertigt, wenn die Flächen von der Gemeinde unmittelbar oder mittelbar für die Errichtung von Wohngebäuden oder für deren infrastrukturelle Ausstattung erworben werden sollen. Der gemeindliche Wunsch, in einer noch nicht absehbaren Zukunft den Darstellungen des Flächennutzungsplanes entsprechend zu verfahren, genügt hierfür dagegen nicht.

VGH München, Beschluss vom 24.04.2020 – 15 ZB 19.1987

Sachverhalt:

Die Gemeinde hatte im Rahmen eines Kaufvertrages ihr gesetzliches Vorkaufsrecht nach § 24 BauGB ausgeübt und dies damit begründet, dass das Grundstück im Flächennutzungsplan als Bestandteil einer Wohnbaufläche dargestellt sei und die Gemeinde beabsichtige, einen Teil des Grundstücks für einen Wendehammer und einen Fußweg zu erwerben. Nachdem keine Einigung zwischen der Gemeinde und dem Erwerber des Grundstücks zustande kam, übte die Gemeinde das Vorkaufsrecht für das gesamte Grundstück

aus und erließ einen entsprechenden Bescheid. Hiergegen klagte der Käufer.

Entscheidungsgründe:

Der gemeindliche Bescheid wurde bereits in der I. Instanz aufgehoben. Der VGH München lehnte den Antrag der Gemeinde auf Zulassung der Berufung ab.

§ 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BauGB rechtfertigt ein gemeindliches Vorkaufsrecht zum „Wohl der Allgemeinheit“. Dies gelte allerdings nur, wenn die Flächen unmittelbar oder mittelbar für die Errichtung von Wohngebäuden oder für deren infrastrukturelle Ausstattung erworben werden sollen. Die Gemeinde hatte hier jedoch (noch) nicht die Absicht, alsbald die erforderlichen Schritte zur Verwirklichung entsprechender städtebaulicher Ziele vorzunehmen. Durch die Ausübung des Vorkaufsrechts für die gesamte Grundstücksfläche sollte aus Sicht der Gemeinde nur die Möglichkeit gesichert werden, auf einer Teilfläche einen Wendehammer sowie einen Fußweg zu realisieren. Eine gemeindliche Willensbildung hinsichtlich der Verwendung des gesamten Grundstückes habe noch nicht stattgefunden. Der gemeindliche Wunsch, in noch nicht absehbarer Zukunft den Darstellungen des Flächennutzungsplans entsprechend zu verfahren (und einen entsprechenden Bebauungsplan aufzustellen) genüge hierfür nicht.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht

V. Mietrecht

Pflicht des Vermieters zur Vornahme von Schönheitsreparaturen

Ein Mieter, dem eine unrenovierte Wohnung als vertragsgemäß überlassen wurde und auf den die Schönheitsreparaturen nicht wirksam abgewälzt wurden, kann vom Vermieter die Durchführung von Schönheitsreparaturen verlangen, wenn eine wesentliche Verschlechterung des Dekorationszustandes eingetreten ist. Allerdings hat er sich in diesem Fall nach Treu und Glauben an den hierfür anfallenden Kosten (regelmäßig zur Hälfte) zu beteiligen, weil die

Ausführung der Schönheitsreparaturen zu einer Verbesserung des vertragsgemäßen (unrenovierten) Dekorationszustands der Wohnung bei Mietbeginn führt.

BGH, Urteil vom 08.07.2020 – VIII ZR 270/18 und VIII ZR 163/18 (PM)

Sachverhalt und Prozessverlauf:

Verfahren VIII ZR 163/18

Die Kläger mieteten im Jahr 2002 von der beklagten Vermieterin eine bei Überlassung unrenovierte Wohnung in Berlin. Da sich aus ihrer Sicht der Zustand der Wohnungsdekoration zwischenzeitlich verschlechtert habe, forderten sie die Beklagte im März 2016 vergeblich auf, Tapezier- und Anstricharbeiten gemäß einem beigefügten Kostenvoranschlag ausführen zu lassen. Die auf Zahlung eines entsprechenden Vorschusses in Höhe von (zuletzt) 7.312,78 € gerichtete Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg.

Zur Begründung hat das Landgericht (LG Berlin, 18. Zivilkammer) ausgeführt, den Klägern stehe ein Vorschussanspruch aus § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht zu, da die Mietsache aufgrund ihres dekorativen Verschleißes nicht mangelhaft (§ 536 Abs. 1 BGB) geworden sei. Da die Schönheitsreparaturklausel im Mietvertrag unwirksam sei, sei zwar grundsätzlich der Vermieter zur Instandhaltung verpflichtet. Auch sei davon auszugehen, dass sich der Zustand der Wohnungsdekoration nach einer Mietzeit von 14 Jahren im Vergleich zum (unrenovierten) Anfangszustand weiter verschlechtert habe. Jedoch hätten die Kläger diesen Zustand als vertragsgemäß akzeptiert, so dass ein Anspruch auf Vornahme von Renovierungsarbeiten gegen den Vermieter von vorne herein ausscheide, zumal dadurch eine deutlich über den vertragsgemäß geschuldeten Zustand der Wohnung hinausgehende Verbesserung erzielt würde, welche die Beklagte nicht schulde. Ein Anspruch des Mieters auf ein Tätigwerden des Vermieters bestehe nur dann, wenn die Wohnung zwischenzeitlich "verkommen" und "Substanzschäden" vorzubeugen sei. Dafür sei nichts ersichtlich.

Verfahren VIII ZR 270/18

In diesem Verfahren begehrt der Mieter (im Rahmen einer Widerklage) die Verurteilung

der Vermieterin zur Vornahme konkret bezeichneter Schönheitsreparaturen. Die Wohnung war ihm bei Mietbeginn im Jahr 1992 von der Rechtsvorgängerin der Vermieterin unrenoviert überlassen worden. Im Dezember 2015 forderte er die Vermieterin vergeblich auf, die aus seiner Sicht zur Beseitigung des mangelhaften Renovierungszustands erforderlichen Malerarbeiten in der Wohnung auszuführen. Die Klage hatte in den Vorinstanzen Erfolg.

Zur Begründung hat das Landgericht (LG Berlin, 63. Zivilkammer) ausgeführt, dem Beklagten stehe ein Anspruch auf Durchführung der von ihm geforderten Instandhaltungsarbeiten aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB zu. Zwar bestimme sich die Erhaltungspflicht des Vermieters nach dem Zustand der Mietsache bei Vertragsschluss. Danach wäre die Klägerin (Vermieterin) aufgrund der unrenoviert überlassenen Wohnung lediglich verpflichtet, nach einem weiteren dekorativen Verschleiß den Ursprungszustand wiederherzustellen, nicht aber durch eine vollständige Renovierung dem Mieter eine Wohnung zu verschaffen, die deutlich besser sei als zu Anfang.

Jedoch sei in Fällen wie dem vorliegenden nicht davon auszugehen, dass der schlechte Anfangszustand der vertragsgemäße sei. Der Vermieter müsse sich an dem im Mietvertrag festgehaltenen – jedoch unwirksamen – "Renovierungsprogramm", wonach der Mieter von Zeit zu Zeit die Schönheitsreparaturen hätte ausführen müssen, spiegelbildlich festhalten lassen.

Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs:

Der Bundesgerichtshof hat in beiden Fällen das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Zwar sind die Berufungskammern in beiden Fällen zutreffend davon ausgegangen, dass die Übertragung der Schönheitsreparaturen auf die Mieter im Formularmietvertrag unwirksam ist, da diesen jeweils eine unrenovierte Wohnung überlassen und ihnen hierfür kein angemessener finanzieller Ausgleich gezahlt wurde. Der Bundesgerichtshof hat damit seine Rechtsprechung bestätigt, wonach in diesen Fällen an die Stelle der unwirksamen Schönheitsreparaturklausel die gesetzlich (§ 535

Abs. 1 Satz 2 BGB) normierte Erhaltungspflicht des Vermieters tritt (vgl. Senatsurteile vom 18. März 2015 – VIII ZR 185/14, Rn. 15, 35; vom 22. August 2018 – VIII ZR 277/16, Rn. 20).

Für eine von der Vermieterseite befürwortete ergänzende Vertragsauslegung – die ohnehin nicht zu dem - einseitig an den Interessen des Vermieters orientierten - Ergebnis führen könnte, dass dem Mieter die Ausführung von Arbeiten auf eigene Kosten freistehe, der Vermieter Schönheitsreparaturen unter keinen Umständen auszuführen habe, ist deshalb kein Raum. Ebenso wenig kann – anders als einige Literaturstimmen und das Berufungsgericht im Verfahren VIII ZR 270/18 meinen - der unwirksamen Formularklausel der Inhalt beigemessen werden, der Vermieter müsse sich spiegelbildlich an der dort vorgesehenen (frischen) Renovierung festhalten lassen und deshalb treffe ihn - ohne Rücksicht auf den (vertragsgemäßen) unrenovierten Zustand bei Mietbeginn - eine uneingeschränkte Renovierungspflicht.

Ausgangspunkt der den Vermieter treffenden Erhaltungspflicht ist grundsätzlich der Zustand der Wohnung im Zeitpunkt ihrer Überlassung an die jeweiligen Mieter, vorliegend nach der Verkehrsanschauung mithin der unrenovierte Zustand, in dem sie sie die Wohnung besichtigt und angemietet haben, ohne dass Vereinbarungen über vom Vermieter noch auszuführende Arbeiten getroffen wurden.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts im Verfahren VIII ZR 163/18 führt das aber nicht dazu, dass Instandhaltungsansprüche der Mieter unabhängig von dem weiteren Verschleiß der Dekoration von vornherein auszuscheiden hätten. Vielmehr trifft den Vermieter eine Instandhaltungspflicht, wenn sich der anfängliche Dekorationszustand wesentlich verschlechtert hat - was nach langem Zeitablauf seit Mietbeginn (hier: 14 bzw. 25 Jahre) naheliegt.

Allerdings ist die Wiederherstellung des (vertragsgemäßen) Anfangszustandes in der Regel nicht praktikabel, zumindest aber wirtschaftlich nicht sinnvoll und liegt auch nicht im Interesse vernünftiger Mietvertragsparteien. Vielmehr ist allein eine Durchführung von Schönheitsreparaturen sach- und interessen gerecht, durch die der Vermieter die Wohnung in einen frisch renovierten Zustand versetzt. Da hierdurch auch die Gebrauchsspuren aus

der Zeit vor dem gegenwärtigen Mietverhältnis beseitigt werden und der Mieter nach Durchführung der Schönheitsreparaturen eine Wohnung mit einem besserem als dem vertragsgemäßen Zustand bei Mietbeginn erhält, gebietet es der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), die jeweiligen Interessen der Vertragspartner in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

Vor diesem Hintergrund hat der Senat entschieden, dass der Mieter in derartigen Fällen zwar einerseits vom Vermieter eine "frische" Renovierung verlangen kann, sich aber andererseits in angemessenem Umfang an den dafür erforderlichen Kosten zu beteiligen hat. Soweit nicht Besonderheiten vorliegen, wird dies regelmäßig eine hälftige Kostenbeteiligung bedeuten.

Begehrt der Mieter (wie im Verfahren VIII ZR 270/18) die Vornahme der Schönheitsreparaturen durch den Vermieter, so kann dieser die Kostenbeteiligung des Mieters nach Art eines Zurückbehaltungsrechts einwenden. Verlangt der Mieter von dem mit der Durchführung der Arbeiten in Verzug geratenen Vermieter die Zahlung eines Kostenvorschusses (wie im Verfahren VIII ZR 163/18) führt die angemessene Kostenbeteiligung zu einem entsprechenden Abzug von den voraussichtlichen Kosten.

Beide Verfahren sind an das jeweilige Berufungsgericht zurückverwiesen worden, da noch weitere Feststellungen zu treffen sind und den Parteien Gelegenheit zur Ergänzung ihres Sachvortrags und Anpassung ihrer Anträge zu geben ist.

VI. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Betriebliche Altersversorgung – Ablösung einer Versorgungszusage

Dem Anspruch eines Versorgungsempfängers auf richtige Berechnung seiner Ausgangsrente auf der Grundlage einer Betriebsvereinbarung - und damit die Überprüfung der Wirksamkeit einer Ablösung einer früheren, günstigeren Versorgungsordnung - kann der Einwand der Verwirkung aus § 242 BGB nicht entgegengehalten werden.

Der Kläger war seit 1955 bei der Beklagten beschäftigt. Die betriebliche Altersversorgung bei der Beklagten war seit dem Jahr 1979 durch eine Betriebsvereinbarung (BV 1979) geregelt. Die BV 1979 wurde zum 1. Januar 1988 durch eine weitere Betriebsvereinbarung (BV 1988) geändert. Dabei wurde jedes Dienstjahr der ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit nach Inkrafttreten der BV 1988 mit 0,2 % des Arbeitseinkommens bewertet, statt wie zuvor nach der BV 1979 mit 0,4 %. Der Kläger schied mit Ablauf des 31. Dezember 2003 aus dem Arbeitsverhältnis aus und bezieht seit dem 1. Januar 2004 ua. eine Betriebsrente von der Beklagten.

Der Kläger verlangt die Zahlung einer höheren Ausgangsbetriebsrente. Die Halbierung der künftigen Steigerungsbeträge durch die BV 1988 sei mangels sachlich-proportionaler Gründe unzulässig. Die Beklagte verweist demgegenüber ua. auf ihre damalige wirtschaftliche Lage und hält dem Begehren des Klägers nach einer Neuberechnung seiner Ausgangsrente den Einwand der Verwirkung entgegen. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung insoweit zurückgewiesen.

Die vom Bundesarbeitsgericht eingeschränkt auf eine um 119,12 Euro brutto höhere Ausgangsrente zugelassene Revision des Klägers hatte vor dem Dritten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg und führte zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen ist der Anspruch des Klägers auf Berechnung seiner Ausgangsrente und damit die Überprüfung der Wirksamkeit der Ablösung der BV 1979 durch die BV 1988 nicht aus dem aus § 242 BGB abgeleiteten Grundsatz der Verwirkung ausgeschlossen. Der Kläger verfolgt ein Recht, dass durch eine Betriebsvereinbarung eingeräumt wurde. Dieses ist von Gesetzes wegen nach § 77 Abs. 4 Satz 3 BetrVG dem Einwand der Verwirkung entzogen. Ob die Klage begründet ist, konnte der Senat auf der Grundlage der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden. Das Landesarbeitsgericht hatte zu den von der Beklagten vorgebrachten Gründen für die Ablösung der früheren Betriebsvereinbarung keine Feststellungen getroffen. Dies wird es im fort-

gesetzten Berufungsverfahren nachzuholen haben.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13. Oktober 2020 - 3 AZR 246/20 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwältin Bettina Keidel

2. Ruhegeld – Ablösung - Überversorgung

Liegt ein Fall der planmäßigen Überversorgung vor, können im öffentlichen Dienst die Anforderungen der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung die Anpassung von Versorgungsregelungen, wie etwa die Einführung einer sog. Nettolimitierung, rechtfertigen. Die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit können die Änderung einer Anpassungsregelung stützen.

Dem Kläger war von seinem früheren Arbeitgeber - einer Handelskammer - eine betriebliche Altersversorgung in Form einer Gesamtzusage (VO I) zugesagt worden. Im Jahr 1995 wurde die VO I überarbeitet (VO I 1995) und für Neueintritte geschlossen. Zugesagt war hiernach eine Gesamtversorgung iHv. max. 75 vH des zuletzt bezogenen Bruttogehalts unter Anrechnung der gesetzlichen Rente. Im Versorgungsfall wurde der Gesamtversorgungsbeitrag jeweils entsprechend der Erhöhung der Tarifgehälter aufgrund einer betrieblichen Übung angepasst. Seit 1991 lag - bei einer Bruttoversorgung von 75 vH bezogen auf einen Durchschnittsverdienst - eine sog. Überversorgung iHv. 107,4 vH vor, in den Jahren 1995 und 2015 iHv. 113,1 vH. Zum Abbau der Überversorgung schloss die ehemalige Arbeitgeberin 2017 mit ihrem Personalrat eine Dienstvereinbarung (DV 2017). Hierdurch wurde für die Versorgungsempfänger eine sog. Nettolimitierung eingeführt. Um eine Reduzierung des bisher gezahlten Ruhegeldes zu vermeiden, ist ein Ausgleichsbetrag vorgesehen. Gleichzeitig wurde die Regelung über die Anpassung der laufenden Ruhegelder dahin geändert, dass keine Anpassung der Gesamtversorgung an die Tarifentwicklung mehr erfolgt, sondern nur noch des gezahlten Ruhegeldes. Die Rentensteigerungen in der gesetzlichen Rentenversicherung werden nicht mehr angerechnet. Der Ausgleichsbetrag, der an der

Tarifsteigerung ebenfalls nicht teilhat, wird über einen Zeitraum von in der Regel 10 Jahren abgeschmolzen. Für den Kläger bedeutet dies, dass sich das zuletzt gezahlte Ruhegeld tatsächlich nicht vermindert hat, ihm allerdings im Vergleich zur Rechtslage nach der VO I 1995 ab dem 1. April 2017 Steigerungen seines Ruhegeldes entgangen sind.

Der Kläger begehrt mit seiner Klage ein Altersruhegeld nach den bisherigen Regelungen der VO I 1995. Die Ablösung der VO I 1995 und der Anpassungsregelung durch die DV 2017 sei ihm gegenüber nicht wirksam erfolgt. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem Dritten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Die DV 2017, die die Beklagte gegenüber dem Kläger als Ruhegeldempfänger auch bei einer ggf. vorliegenden Teilunwirksamkeit wegen Überschreitung der Regelungsmacht der Dienstvereinbarungsparteien umsetzen konnte, war geeignet, die VO I 1995 und die auf betrieblicher Übung beruhende Anpassungsregelung abzulösen. Die damit verbundenen Eingriffe hielten einer rechtlichen Überprüfung stand. Sie konnten auf das gesetzliche Gebot der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung des öffentlichen Dienstes bzw. die Ablösungsoffenheit der Versorgungsregelungen unter Berücksichtigung der Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit gestützt werden. Sowohl die Einführung der sog. Nettolimitierung zum Abbau einer planmäßigen Überversorgung als auch die Änderung der Anpassungsregelung waren ausreichend sachlich gerechtfertigt.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13. Oktober 2020 - 3 AZR 410/19 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwältin Bettina Keidel

3. Vorausabtretung der Insolvenzverwaltervergütung einer angestellten Rechtsanwältin an die Arbeitgeberkanzlei

Eine vertragliche Abrede über die Vorausabtretung der Insolvenzverwaltervergütung angestellter Rechtsanwältinnen an ihre Arbeitgeber-

kanzlei ist mit den Grundsätzen der Insolvenzverwaltervergütung und der persönlichen Stellung des Insolvenzverwalters vereinbar.

Die Klägerin, eine Rechtsanwaltskanzlei, schloss mit der Beklagten, einer angestellten Rechtsanwältin, folgende Änderungsvereinbarung zum Arbeitsvertrag:

„Die Rechtsanwältin ist berechtigt, sich auch als Gutachterin, vorläufige Insolvenzverwalterin, Insolvenzverwalterin, Treuhänderin etc. sowie Zwangsverwalterin bestellen zu lassen.

Sämtliche Tätigkeiten der vorgenannten Art werden ausschließlich auf Rechnung der Gesellschaft ausgeführt. Von der Rechtsanwältin beantragte Vergütungen tritt diese hiermit im Voraus an den Arbeitgeber ab.

Für die Haftpflichtfälle wird die Arbeitnehmerin im Innenverhältnis freigestellt, soweit nicht die Haftpflichtversicherung den Schaden deckt.“

Nachdem die Klägerin das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zum 31. Oktober 2012 gekündigt hatte, verlangte sie von dieser die Auskehrung der Insolvenzverwaltervergütungen für noch im bestehenden Arbeitsverhältnis begonnene, aber erst ab November 2012 abgeschlossene Insolvenzverfahren. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass solche Insolvenzverwaltervergütungen von der Abrede nicht erfasst würden.

Das Landesarbeitsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Die Revision der Beklagten hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts weit überwiegend Erfolg, die der Klägerin war erfolglos.

Die Parteien haben mit der streitbefangenen Klausel nur die Vorausabtretung von Insolvenzverwaltervergütungen geregelt, die noch im bestehenden Arbeitsverhältnis beantragt wurden. In dieser Auslegung ist die Vereinbarung wirksam, insbesondere steht sie nicht im Widerspruch zu der persönlichen Stellung des Insolvenzverwalters und ist nicht unangemessen iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Eine - rechtlich grundsätzlich mögliche - Abtretungsvereinbarung über Insolvenzverwaltervergü-

tungen für begonnene, aber erst nach dem Ausscheiden der Beklagten aus dem Arbeitsverhältnis von dieser abgeschlossene Insolvenzverfahren enthält die Klausel dagegen nicht. Eine solche folgt auch nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung, da mehrere gleichwertige Möglichkeiten zur Schließung einer etwaigen planwidrigen Regelungslücke in Betracht kommen. Andere Anspruchsgrundlagen, die die Beklagte verpflichteten, nach dem 1. November 2012 beantragte Insolvenzverwaltervergütungen an die Klägerin auszukehren, bestehen nicht. Dementsprechend hat die Klägerin allein für ein noch während des bestehenden Arbeitsverhältnisses zu Ende geführtes Insolvenzverfahren Anspruch auf die von der Beklagten erhaltene Insolvenzverwaltervergütung.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 22. Oktober 2020 - 6 AZR 566/18 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwältin Bettina Keidel

4. Betriebliche Altersversorgung – Auslegung einer Versorgungsordnung

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Versorgungsregelung, wonach befristet Beschäftigte nicht und Arbeitnehmer, die in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stehen, nur dann versorgungsberechtigt sind, wenn sie bei Beginn des Arbeitsverhältnisses das 55. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, ist dahin zu verstehen, dass sie auf das Lebensalter bei Beginn der Beschäftigung abstellt, wenn eine unbefristete Beschäftigung unmittelbar einer befristeten folgt. Werden Leistungen der betrieblichen Altersversorgung in einer Versorgungsordnung davon abhängig gemacht, dass eine schriftliche Vereinbarung über die Versorgungszusage zu treffen ist, ist dies keine echte Anspruchsvoraussetzung.

Der Kläger wurde von der Beklagten zunächst befristet und im unmittelbaren Anschluss unbefristet beschäftigt. Zu Beginn des Arbeitsverhältnisses hatte er das 55. Lebensjahr noch nicht vollendet. Bei der Beklagten gilt eine Versorgungsordnung in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Danach ist versorgungsberechtigt, wer in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zur Beklagten steht. Weitere

Voraussetzung ist, dass bei Beginn des Arbeitsverhältnisses noch nicht das 55. Lebensjahr vollendet ist. Außerdem ist eine schriftliche Vereinbarung über die Versorgungszusage gefordert. Nicht teilnahmeberechtigt sind befristet Beschäftigte. Der Kläger meint, es komme nicht auf das Alter bei Beginn der unbefristeten Beschäftigung an, sondern auf das bei Beginn des Arbeitsverhältnisses. Daher sei auf sein Alter bei Aufnahme des - zunächst - befristeten Arbeitsverhältnisses abzustellen. Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem Dritten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Der Kläger hat Anspruch auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung. Die Versorgungsordnung der Beklagten war dahin auszulegen, dass das Höchstalter bei Beginn der Betriebszugehörigkeit maßgeblich ist. Das gilt unabhängig davon, ob zunächst ein befristetes Arbeitsverhältnis vorlag, sofern sich eine unbefristete Beschäftigung unmittelbar an das befristete Arbeitsverhältnis anschließt. Die Vo-

oraussetzung einer „schriftlichen Vereinbarung über die Versorgungszusage“ ist nicht konstitutiv für den Versorgungsanspruch des Klägers. Dies hat nur bestätigende, dh. deklaratorische Wirkung. Die „Zusage einer Versorgungszusage“ ist bereits als Versorgungszusage iSv. § 1 Abs. 1 BetrAVG anzusehen, wenn und soweit das Erstarben einer Anwartschaft zum Vollrecht nur noch vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses und vom Eintritt des Versorgungsfalles abhängt, dem Arbeitgeber also kein Entscheidungsspielraum mehr über den Inhalt und den Umfang der zu erteilenden Zusage bleibt.

Mit der Frage einer möglichen Diskriminierung von befristet beschäftigten Arbeitnehmern durch die fragliche Versorgungsordnung musste sich der Senat nicht auseinandersetzen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 22. September 2020 - 3 AZR 433/19 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwältin Bettina Keidel

**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.).**

Unsere Mandanten-Rundbriefe sind auch auf unserer Website www.bornheim.com unter der Rubrik „News“ abrufbar.

Falls Sie künftig keinen Mandanten-Rundbrief mehr oder diesen lieber als PDF per E-Mail erhalten möchten, teilen Sie uns dies bitte telefonisch oder per E-Mail an heidelberg@bornheim.com mit.

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -
im Dezember 2020**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner mbB Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft mbB von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim
Verantwortliche Redakteurin: Rechtsanwältin Viviana Tambini, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg
Druck: City-Druck Heidelberg, Bergheimer Straße 119, 69115 Heidelberg