

Mandanten-Rundbrief

- Juni 2015 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Stoffpreisgleitklausel des öffentlichen Auftraggebers kann überraschend sein und wird dann nicht Vertragsbestandteil!	2
2.	Keine Kostenerstattung ohne Kündigung bei Mängeln vor Abnahme	2
3.	Auf „Nullpositionen“ ist § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B entsprechend anwendbar!	3
4.	Für eigenmächtige Verbesserungen der Ausführung gibt es keine Mehrvergütung!	4
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	5
III.	Vergaberecht	7
	Zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen mit intellektuellem Charakter	7
IV.	Leitsätze zum Vergaberecht	8
V.	Miet- und Maklerrecht	9
1.	Formularklauseln bei Schönheitsreparaturen: Änderung der BGH-Rechtsprechung	9
2.	Kein Widerruf eines Maklervertrages nach dem Fernabsatzgesetz?	10
VI.	Arbeitsrecht	11
VII.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	12
VIII.	Sonstiges, Veröffentlichungen	15

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Stoffpreisgleitklausel des öffentlichen Auftraggebers kann überraschend sein und wird dann nicht Vertragsbestandteil!

Eine Stoffpreisgleitklausel des öffentlichen Auftraggebers von Bauleistungen ist überraschend und wird nicht Vertragsbestandteil, wenn sie ohne ausreichenden Hinweis den Auftragnehmer zur Vermeidung erheblicher Nachteile bei Stoffpreissenkungen dazu anhält, bereits bei seiner Kalkulation von üblichen Grundsätzen abzuweichen.

BGH, Urteil vom 01.10.2014 - VII ZR 344/13;
OLG Dresden, Urteil vom 13.12.2013 -10 U 355/13

Der Auftragnehmer (AN) war im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens von einem öffentlichen Auftraggeber (AG) mit Brücken- und Straßenbauarbeiten beauftragt worden. Gegenstand der Vertragsunterlagen der öffentlichen Ausschreibung war die „HVA B-STB-Stoffpreisgleitklausel (03/06)“. Nach dieser Klausel ist für die Abrechnung und Vergütung des eingebauten Betonstahls die Differenz zwischen einem vom AG bei Vertragsabschluss festgesetzten fiktiven Marktpreis und dem Preis zum Zeitpunkt des Einbaus bzw. der Verwendung zu berücksichtigen. Der Preis zum Zeitpunkt des Einbaus bzw. der Verwendung wird ermittelt aus dem vom AG vorgegebenen Marktpreis, multipliziert mit dem Quotienten der Preisindizes der Erzeugnisse gewerblicher Produkte des Statistischen Bundesamtes vom Monat des Einbaus bzw. der Verwendung und dem vom AG vorgegebenen Marktpreis. Im Rahmen der Schlussrechnung kürzt der AG die Vergütung des AN unter Berufung auf die Stoffpreisgleitklausel mit dem Argument, dass sinkende Stoffpreise zu einer Verringerung des Preises der angebotenen Leistung führen. Der AN klagt den gekürzten Betrag ein. Das Landgericht hatte der Klage des AN zunächst stattgegeben. Das OLG Dresden hatte auf die Berufung des AG die Klage abgewiesen.

Der BGH gibt dem AN Recht. Nach Ansicht des BGH ist die Stoffpreisgleitklausel des öf-

fentlichen AG für den AN überraschend und wird daher nicht Vertragsbestandteil, weil sie ohne ausreichenden Hinweis den AN zur Vermeidung erheblicher Nachteile bei Stoffpreissenkungen dazu anhält, bereits bei seiner Kalkulation von üblichen kalkulatorischen Grundsätzen abzuweichen. Der AN wird dazu angehalten, einen fiktiv vom AG festgelegten Marktpreis anstelle des aktuellen Marktpreises zum Zeitpunkt der Kalkulation in sein Angebot aufzunehmen. Die Klausel ist daher nach Auffassung des BGH überraschend und gemäß § 305 c Abs. 1 BGB daher nicht Vertragsbestandteil geworden. Der BGH weist hier anhand eines Rechenbeispiels nach, dass ein redlich kalkulierender AN, der den zum Kalkulationszeitpunkt gültigen Marktpreis in das Angebot aufnimmt, bei entsprechender Preisentwicklung Gefahr läuft, keine Vergütung für die der Preisgleitung unterliegenden Materialien zu erhalten.

Im Ergebnis führt das Urteil dazu, dass bei Verwendung der HVA B-StB-Stoffpreisgleitklausel (03/06) diese nicht wirksam vereinbart wurde und der AN somit bei Preissenkungen eine Reduzierung seines Angebotspreises nicht hinnehmen muss. Sollten Rechnungskürzungen von öffentlichen AG vorgenommen worden sein, so ist den Unternehmen zu raten, diese dahingehend zu prüfen, ob die hier zugrunde liegende Stoffpreisgleitklausel auch in dem dortigen Vertrag verwendet wurde. Möglicherweise können solche Kürzungen noch zurückgefordert werden.

Rechtsanwältin Daniela Fiedler
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

2. Keine Kostenerstattung ohne Kündigung bei Mängeln vor Abnahme

Der Auftraggeber kann vor der Abnahme die Beseitigung von Mängeln verlangen. Ein Anspruch auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten steht ihm jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen zu. Der Auftraggeber muss dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel gesetzt und für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs die Entziehung des Auftrages angedroht haben. Nach Ablauf der Frist und vor Durchführung der Mängelbe-

seitigung muss der Vertrag gekündigt werden, um die Kosten der Mängelbeseitigung geltend machen zu können.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.11.2014 – 21 U 172/12

Der AG beauftragt den AN mit der Ausführung von Bauleistungen unter Einbeziehung der VOB/B. Vor Abnahme fordert der AG den AN mit Fristsetzung zur Beseitigung von Mängeln auf. Nach fruchtlosem Fristablauf lässt der AG die Mängel durch Dritte beseitigen. Eine vorherige Kündigung des Vertrages mit dem AN erfolgt nicht. Der AG verlangt vom AN die Erstattung der Mängelbeseitigungskosten in Höhe von € 6.000.

Die Klage des AG hat keinen Erfolg. Zwar kann ein AG, der vor der Abnahme Mängel an der Werkleistung feststellt deren Beseitigung durch den AN verlangen. Kommt der AN dieser Verpflichtung nicht nach, kann der AG die Kosten der Mängelbeseitigung nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B vom AN ersetzt verlangen. Der AG muss dem AN eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und gleichzeitig erklären, dass er ihm nach Ablauf der Mängelbeseitigungsfrist den Auftrag entziehen werde. Nach Ablauf der Frist muss der AG den Vertrag gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B kündigen. Erst nach erfolgter Entziehung des Auftrages ist der AG berechtigt den Mangel auf Kosten des AN von einem Dritten beseitigen zu lassen, § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B. Im zugrunde liegenden Fall hat der AG zwar eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt, die fruchtlos abgelaufen ist. Er hat nach Ablauf der Frist den Vertrag jedoch nicht gekündigt. Aus diesem Grund besteht kein Anspruch auf Erstattung der Mängelbeseitigungskosten.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf war nicht überraschend, da sie mit der bisherigen Rechtsprechung (BGH, Ur. v. 20.08.2009 – VII ZR 212/07) übereinstimmt. Allerdings ist für die Praxis besonderes zu beachten, dass der AG den Vertrag nur vollständig oder auf einen in sich abgeschlossenen Teil der Leistung beschränkt kündigen kann, § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B. Ein Teil der Leistung ist in sich abgeschlossen, wenn er von der Gesamtleistung

funktional trennbar und selbstständig gebrauchsfähig ist. Diese Voraussetzung für eine Teilkündigung ist häufig nicht erfüllt, da bspw. Leistungsteile innerhalb eines Gewerkes grundsätzlich keine in sich abgeschlossenen Teile der Leistung sind. Ihnen mangelt es regelmäßig an der Selbstständigkeit, die eine eigenständige Beurteilung der Teilleistung ermöglicht. § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B gibt dem AG nicht das Recht, die Kündigung auf einzelne Mängel zu beschränken. Dieses Recht muss und sollte vertraglich vereinbart werden.

Rechtsanwältin Filiz Alcelik

3. Auf „Nullpositionen“ ist § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B entsprechend anwendbar!

Gelangen einzelne Positionen eines Einheitspreisvertrags nicht zur Ausführung, ohne dass dies auf einer Kündigung, einem Verzicht oder einer Anordnung des Auftraggebers beruht, hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Vergütung in Höhe der Beträge, die er zur Deckung seiner unabhängig von der Leistungserbringung anfallenden Gemeinkosten sowie seines Gewinns in die Einheitspreise für die entfallenen Leistungen einkalkuliert hat. Dabei ist ein etwa durch Nachträge entstandener Ausgleich zu berücksichtigen.

OLG Hamm, Urteil vom 19.06.2012 - 21 U 85/11 (NZB am 26.06.2014 vom BGH zurückgewiesen)

Ein häufig anzutreffender Fall: Bei einem VOB/B-Vertrag (hier Trockenbauarbeiten) brauchen einzelne LV-Positionen „einfach so“ nicht ausgeführt zu werden. Eine Kündigung, eine Anordnung oder einen Verzicht des AG gab es nicht. Auf Grundlage einer baubetrieblichen Betrachtung verklagt der AN den AG auf Zahlung von EUR 130.000,00 Vergütung für die entfallenen LV-Positionen. Der AG beruft sich darauf, die (vermeintlichen) „Nullpositionen“ seien durch anderweitige Nachtrags- und Mehrvergütungsansprüche kompensiert worden.

Der AN erhält im Grundsatz recht, geht am Ende aber leer aus.

Wenn die Ursache für die Nullpositionen nicht auf ein Verhalten des AG zurückzuführen ist (Anordnung, Kündigung oder Verzicht), hat der AN Anspruch auf Vergütung der in den nicht ausgeführten LV-Positionen enthaltenen kalkulierten Gemeinkosten, die unabhängig von der Leistungserbringung anfallen, sowie des kalkulierten Gewinns. Auf einen solchen Fall ist in ergänzender Auslegung § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B anzuwenden. Das hat der BGH im Jahr 2012 (IBR 2012, 188) entschieden. Nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B werden bei Mindermengen unter 90% die Einheitspreise für die ausgeführten Mengen um die Deckungsbeiträge der entfallenen Mengen erhöht. Die Erhöhung des Einheitspreises soll im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen, der sich durch die Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten sowie der Allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge ergibt. Da bei „Nullpositionen“ aber (schon rechnerisch) kein Einheitspreis erhöht werden kann, hat der BGH im Jahr 2012 für solche Fälle die entsprechende Anwendbarkeit von § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B klargestellt. Bis hierhin war der AN erfolgreich.

Nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B findet eine Anpassung des Einheitspreises jedoch nicht statt, soweit der AN durch Mengenmehrungen bei anderen Positionen oder Nachträge einen Ausgleich erhält. In diesem Fall liegt keine so genannte Äquivalenzstörung vor. Erträge aus anderen Bauverträgen muss sich der AN nicht anrechnen lassen. Die Ausgleichsberechnung ist vom AN zu erstellen. Denn nur er ist dazu in der Lage, die Angaben zur Verteilung der Gemeinkosten auf die Leistungspositionen des Vertrages zu liefern. Dazu war der AN nicht in der Lage, und deswegen hat er den Rechtsstreit unter dem Strich verloren.

Rechtsanwalt Dr. Hartwig Schäfer
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

4. Für eigenmächtige Verbesserungen der Ausführung gibt es keine Mehrvergütung!

Hat ein Auftragnehmer Bedenken gegen die zur Ausführung vorgesehene Leistung, darf er nicht einfach eine andere und teurere Leistung ausführen, ohne sich zuvor vergewissert zu haben, dass der Auftraggeber damit einverstanden ist.

OLG Köln, Urteil vom 16.05.2012 - 11 U 154/11 (NZB vom BGH am 05.06.2014 zurückgewiesen)

Der AG beauftragt den AN unter Einbeziehung der VOB/B mit Brückenbauarbeiten. Der Vertrag sieht eine feuerverzinkte Drahtseilverspannung vor. Der AN hat Bedenken gegen die Art der Ausführung, weil er Rostbildung befürchtet. Auf seine Bedenkenanzeige reagiert der AG jedoch nicht. Daraufhin führt der AN die Drahtseilverspannung ohne Absprache in V2A-Edelstahl aus und verlangt eine Mehrvergütung von € 70.000,00.

Die Klage wird abgewiesen. Da die Drahtseilverspannung in V2A-Edelstahl eine Abweichung vom vertraglichen Bausoll darstellt und eine Änderungsanordnung des AG fehlt, kann sich der Mehrvergütungsanspruch des AN nur aus § 2 Abs. 8 VOB/B oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben. Beide Anspruchsgrundlagen setzen u. a. voraus, dass die geänderte Leistung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des AG entspricht. Da es dem AN grundsätzlich verwehrt ist, durch eigenmächtige Abweichungen vom Auftragsinhalt zusätzliche Vergütungsansprüche zu generieren, sind die Anforderungen an die notwendige Übereinstimmung der geänderten Leistung mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des AG nicht gering. Insbesondere ist es für einen Mehrvergütungsanspruch des AN nicht ausreichend, wenn die eigenmächtig geänderte Bauleistung die Erfüllung des Vertrags lediglich erleichtert oder verbessert. Zwar hatte der AN dem AG im vorliegenden Fall seine Bedenken gegen die feuerverzinkte Drahtseilverspannung angezeigt. Da jedoch keine Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass die feuerverzinkte Ausführung schlechthin mangelhaft wäre und ausschließlich die Verwendung von V2A-Edelstahl eine mangelfreie

Leistung gewährleistet, durfte der AN trotz ausbleibender Reaktion des AG auf die Bedenkenanzeige nicht eigenmächtig die teurere Drahtseilverspannung in Edelstahl wählen. Der AN hätte vor der Ausführung sicherstellen müssen, dass der AG mit der geänderten Leistung einverstanden ist.

Für Leistungen, die der AN ohne Auftrag bzw. unter eigenmächtiger Abweichung vom Bausoll ausführt, gilt im Grundsatz § 2 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B: sie werden nicht vergütet! Hat der AN Bedenken gegen die vertragliche vorgesehene Art der Ausführung und meldet er gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B Bedenken an, befreit ihn das zwar von einer etwaigen Mängelhaftung. Die Bedenkenanzeige führt aber nicht dazu, dass der AN bei ausbleibender Reaktion des AG eine andere, seiner Meinung nach geeignetere Leistung ausführen und hierfür Mehrvergütungsansprüche geltend machen kann. Mit einer eigenmächtigen „Verbesserung“ der geschuldeten Leistung geht der AN stattdessen ein erhebliches Risiko ein. Sein Mehrvergütungsanspruch ist davon abhängig, dass die Bausollabweichung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des AG entspricht. Das zu beweisen wird dem AN kaum gelingen, wenn seine Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung nicht absolut zwingend sind. Aus diesem Grund muss der AN vor Ausführung einer geänderten Leistung immer die Zustimmung des AG einholen. Reagiert der AG auf eine Bedenkenanzeige des AN nicht, ist eine zusätzliche Behinderungsanzeige in Betracht zu ziehen.

Rechtsanwalt Dr. Christoph Siegl

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Unwirksamkeit der Sicherungsabrede im Generalunternehmervertrag

- a) Eine Vertragsklausel im Generalunternehmervertrag, wonach nur insgesamt 90 % des vereinbarten Werklohns im Laufe des Bauvorhabens bis zu dessen Fertigstellung durch Abschlagszahlungen zu leisten ist, restliche 10 % dagegen erst nach erfolgreichem Wirkprinzip-Test, Abnahme des Werks und Vorlage der Ge-

währleistungsbürgschaft, kann in der Gesamtschau eine gegen § 307 Abs. 1 BGB verstoßende Übersicherung des AG darstellen, wenn diese zusätzlich durch eine vom Werkunternehmer gestellte Vertragserfüllungsbürgschaft abgesichert ist. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn nach den Vertragsklauseln noch weitere Belastungen des Werkunternehmers, wie die Überdeckung von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft, hinzukommen.

- b) Die Inhaltskontrolle hat in der Gesamtschau abstrakt und ohne Rücksicht darauf zu erfolgen, ob der Bürgschaftsnehmer auf Rechte aus einzelnen Klauseln verzichtet. Auch können nicht einzelne Klauseln als unwirksam kassiert werden, um den verbleibenden Klauseln damit zur Wirksamkeit zu verhelfen. Denn es ist nicht Sache des Gerichts auszusuchen, welche der betroffenen Klauseln bestehen bleiben soll.
- c) Auf die aus § 307 Abs. 1 BGB folgende Unwirksamkeit einer Klausel kann sich der Bürge gegenüber dem Bürgschaftsnehmer gemäß höchstrichterlicher Rechtsprechung nach § 768 Abs. 1 S. 1 BGB berufen, so dass er nicht aus der Bürgschaft leisten muss. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn es sich bei dem Bürgen um ein Kreditinstitut handelt und dieses bei Übernahme der Vertragserfüllungsbürgschaft keine rechtlichen Bedenken gegen die Sicherungsabrede erhoben hat.

OLG Celle, Urteil vom 05.03.2014 – 7 U 114/13

2. Bei längerer Nutzung der mangelhaften Werkleistung: Abzug „neu für alt“

- a) Zwar kommt ein Abzug „neu für alt“ dann nicht in Betracht, wenn die längere Lebensdauer der Werkleistung (im Falle der Mängelbeseitigung) ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruht und sich der AG jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen musste. Dagegen ist eine Anrechnung des Vorteils zu erwägen, der durch eine deutlich verlängerte Nutzungsdauer entsteht, wenn

der Mangel sich verhältnismäßig spät auswirkt und der AG bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste.

- b) Zur Ermittlung der Höhe des Abzugs ist die normative Lebensdauer des mangelfreien Werks zu tatsächlichen Nutzungsdauer am mangelhaften Werk ins Verhältnis zu setzen. Bei einem mangelhaften Flachdach mit einer normativen Lebensdauer von 30 Jahren ist nach 10-jähriger uneingeschränkter Nutzung ein Abzug in Höhe von ein Drittel gerechtfertigt.

OLG Naumburg, Urteil vom 19.02.2015 – 2 U 49/13

3. Kostenerstattung bei Mängeln vor Abnahme nur nach Kündigung!

Im VOB-Vertrag kann der AG bereits vor der Abnahme die Beseitigung von Mängeln verlangen. Ein Anspruch auf Erstattung etwaiger Mängelbeseitigungskosten steht dem AG jedoch nur zu, wenn er dem AN eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt hat und für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs die Auftragsentziehung androht wurde. Weitere Voraussetzung ist die Kündigung des Vertrags nach Ablauf der Frist.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.11.2014 – 21 U 172/12

4. Nachbesserungsrecht des AN nach Kündigung durch AG?

- a) Eine Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 VOB/B muss erkennen lassen, auf welchen Grund sie gestützt wird. Wird die Kündigung ausdrücklich auf einen bestimmten Grund gestützt, ist die Beendigung des Vertragsverhältnisses allein auf diesen Grund beschränkt.
- b) Kündigungsgründe können bis zum Beginn der Selbstvornahme nachgeschoben werden.*)
- c) Der AG muss dem AN nach einer Kündigung grundsätzlich Gelegenheit zur Nachbesserung geben. Das Nachbesserungs-

recht des AN entfällt, wenn er sich als so unzuverlässig erwiesen hat, dass der AG nicht mehr darauf vertrauen kann, von ihm eine mangelfreie Leistung zu erhalten. Dafür trägt der AG die Darlegungs- und Beweislast.

- d) Der AG kann sich auf eine das Nachbesserungsrecht ausschließende Unzuverlässigkeit des AN in der Regel nicht berufen, wenn er selbst durch ein ihm zuzurechnendes Planungsverschulden an der Entstehung des Mangels mitgewirkt hat. Das Unterlassen eines Bedenkenhinweises führt dann allein nicht zu einer solchen Unzuverlässigkeit.

OLG Stuttgart, Urteil vom 03.03.2015 – 10 U 62/14

5. Schadensersatz für Planungsmangel = Mängelbeseitigungskosten

Der Schadensersatzanspruch des AG richtet sich nach dem positiven Interesse. Um dieses zu ermitteln, kann auf den Geldbetrag zurückgegriffen werden, der für die Mängelbeseitigung erforderlich wird. Dies ist ein seit langem angewandter Berechnungsmaßstab. Hat der AG den Mangel tatsächlich beseitigen lassen und ist nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt, ist von seinem Anspruch auch auf jeden Fall die entstandene Mehrwertsteuer erfasst

OLG Düsseldorf, Urteil vom 02.10.2012 – 21 U 54/09 (NZB vom BGH am 13.11.2014 zurückgewiesen)

6. Ermittlung des Restwerklohns nach Kündigung durch Abzug der Dritunternehmerkosten

Durch die vollständige Bezahlung der Schlussrechnung des Architekten gibt der AG zu erkennen, dass er die Architektenleistung als im Wesentlichen vertragsgemäß erbracht ansieht und dadurch konkludent die Abnahme des Architektenwerks erklärt.

OLG Dresden, Urteil vom 12.12.2013 – 10 U 1954/12 (NZB vom BGH am 13.11.2014 zurückgewiesen)

7. Keine Einwendungen gegen die Prüfbarkeit der Schlussrechnung nach Ablauf der Rügefrist

- a) Der AG ist nach Treu und Glauben mit solchen Einwendungen gegen die Prüffähigkeit der Schlussrechnung des Architekten ausgeschlossen, die er nicht spätestens innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Zugang der Rechnung vorgebracht hat.
- b) Rügt der AG die mangelnde Prüfbarkeit nicht rechtzeitig, wird der Architektenhonoraranspruch zwei Monate nach Rechnungszugang fällig.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.10.2014 – 14 U 64/14 (NZB vom BGH am 08.01.2015 zurückgewiesen)

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Vergaberecht

Zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen mit intellektuellem Charakter

Die bisherige strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien ist in Bezug auf das Team, welches den Auftrag ausführen soll, bereits unter Geltung der Richtlinie 2004/18/EG aufzugeben (im Anschluss an EuGH, Urteil v. 26.03.2015 – C-601/13).

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.04.2015, VII - Verg 35/14 und EuGH Urteil vom 26.03.2015 - C-601/13 [Nersant]

Im Zuge eines Verhandlungsverfahrens schrieb ein AG die Beantwortung von Forschungsfragen einer Begleitforschung zu den Auswirkungen eines pauschalierenden Entgeltsystems für psychiatrische und psychosomatische Einrichtungen aus. Als eines mehrerer Zuschlagskriterien machte der AG die „Qualität der Projektorganisation zur Durchführung der Begleitforschung“ bekannt. Zu diesem Kriterium sollten die Bieter unter anderem beschreiben, welche Projektleiter und verantwortlichen Mitarbeiter mit der Durchführung der Begleitforschung betraut werden sollten und deren Erfahrungen mit vergleichbaren Daten-

erhebungen und –auswertungen mitteilen. Zudem sollten die Bieter erklären, über welche Kenntnisse des Vergütungssystems für psychiatrische und psychosomatische Leistungen die für die Auftragsdurchführung vorgesehenen Mitarbeiter verfügten.

Ein Bieter rügte nach Erhalt des Informationsschreibens gemäß § 101a GWB, dass er den Zuschlag nicht erhalten solle, unter anderem die Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien. Mit der Wertung der Erfahrungen und Kenntnisse der für den Auftrag vorgesehenen Mitarbeiter als Zuschlagskriterium gehe deshalb eine unzulässige Mehrfachbewertung einher. Die Vergabekammer des Bundes (VK Bund) gab dem Bieter in diesem Punkt ebenso Recht wie sie seinem Nachprüfungsantrag wegen weiterer stattgab. Das daraufhin vom AG angerufene OLG Düsseldorf bestätigte zwar im Ergebnis die Entscheidung der VK Bund; die Rüge der Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien beschied das OLG Düsseldorf aber abschlägig.

Hintergrund der Entscheidung des OLG Düsseldorf war insoweit eine jüngste Entscheidung des EuGH vom 26.03.2015 (Rs C 601/13 [Nersant]), der sich das OLG Düsseldorf in Begründung und Ergebnis anschloss. Mit diesem Urteil hatte der EuGH entschieden, dass ein AG jedenfalls bei Dienstleistungen mit intellektuellem Charakter – die Entscheidung des EuGH hatte Dienstleistungen im Bereich Fortbildung und Beratung betroffen – Zuschlagskriterien anwenden darf, mit denen er die Qualität der von den Bietern für die Auftragsausführung vorgeschlagenen Teams bzw. deren Mitglieder bewertet. Nach dem bisher noch vorherrschenden Verständnis war das nach deutschem Vergaberecht nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich, um die an sich strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien zu gewährleisten. Die Eignungsprüfung stellt nämlich eine unternehmensbezogene Untersuchung dar, wohingegen die Prüfung der Wirtschaftlichkeit der Angebote anhand der Zuschlagskriterien nicht die konkurrierenden Unternehmen, sondern leistungsbezogen die Angebote betrifft (so z.B. BGH, Urteil vom 15. April 2008 - X ZR 129/06 [Sporthallenbau]). Demgemäß hatte der EuGH mehrfach entschieden, dass als Zuschlagskriterien solche Kriterien ausgeschlossen sind,

die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, sondern die im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrags zusammenhängen (vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 24.01.2008 - C-532/06 [Lianakis]).

Demgegenüber stellte der EuGH nunmehr im Fall Nersant klar, dass sein Urteil in der Angelegenheit Lianakis nicht nur zu einer früheren Rechtslage unter Geltung einer anderen Richtlinie (nämlich der Richtlinie 92/50/EWG) ergangen war. Dieses Urteil schließe zudem nicht aus, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Eignungsmerkmale bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung angewandt werden dürfen. Nach dem Lianakis-Urteil sei es nur unzulässig, das Personal und die Erfahrung der Bieter *im Allgemeinen* als Zuschlagskriterium zu verwenden, nicht aber das Personal und die Erfahrung der für *die konkrete Auftragsausführung* vorgesehenen Personen.

Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass die Rechtslage unter der Richtlinie 2004/18/EG (dort Art. 53 Abs. 1) dem öffentlichen AG einen größeren Ermessensspielraum einräume als noch nach der Richtlinie 92/50/EWG. Der AG bestimme die Kriterien, die aus seiner Sicht zur Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots geeignet sind. Zudem lege die Richtlinie 2004/18/EG verstärktes Gewicht auf die Qualität der angebotenen Leistungen, was sich aus der besonderen Erwähnung des „Preis-Leistungs-Verhältnisses“ der Angebote ergebe. Die Qualität der Leistung könne aber – so der EuGH und ihm folgend das OLG Düsseldorf – gerade maßgeblich von der beruflichen Qualifikation (Befähigung und Erfahrung) der mit der Ausführung konkret befassten Mitarbeiter abhängig sein. Das gelte jedenfalls, wenn die Dienstleistung „intellektuellen Charakter“ habe.

Das OLG Düsseldorf hält demnach im Anschluss an den EuGH zwar daran fest, dass Zuschlagskriterien selbstverständlich auftragsbezogen sein müssen. Jedenfalls bei intellektuellen Dienstleistungen – darunter werden zumindest alle Leistungen fallen, die nach der VOF vergeben werden – ist die strikte Grenzziehung zwischen Eignungs- und Zuschlagskri-

terien aber etwas aufgeweicht. Das gilt bereits unter der aktuellen Rechtslage.

Zwischenzeitlich sieht die überarbeitete Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU) ausdrücklich vor, dass „die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals“ als Zuschlagskriterium zulässig ist, wenn „die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“ (Art. 67 Abs. 2 UA 1 Buchst. B). Die Umsetzung dieser Richtlinie in deutsches Recht steht allerdings noch aus. Die Umsetzung muss bis zum 18.04.2016 erfolgen.

Rechtsanwalt Martin vom Brocke
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

IV. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Zur verdeckten produktspezifischen Ausschreibung

Gegen die Verpflichtung zur produktneutralen Ausschreibung nach § 7 EG Abs. 8 VOB/A wird nicht nur dann verstoßen, wenn ein Leitfabrikat offen und explizit in der Leistungsbeschreibung benannt worden ist, sondern auch dann, wenn durch die Vielzahl der Vorgaben verdeckt ein Leitfabrikat ausgeschrieben wurde, weil nur ein einziges Produkt allen Vorgaben gerecht werden kann.

VK Bund, Beschluss vom 19.02.2015 – VK 2-1/15

2. Bieter-AGB auf der Rückseite des Anschreibens führt zum Ausschluss!

- a) Führt die Antragstellerin auf der Rückseite ihres Begleitschreibens zum Angebot ihre eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf, sind diese AGB als Bestandteil des Angebots aufzufassen, wenn kein ausdrücklicher Hinweis erfolgt, dass die AGB nicht Bestandteil des Angebotes sind und nicht gelten sollen.
- b) AGB als Bestandteil des Angebots stellen Änderungen an den Vertragsunterla-

gen im Sinne von § 13 Abs. 4 VOL/A dar, so dass das Angebot zwingend auszuschließen ist. Bereits die formelle Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen genügt, um eine unzulässige Abweichung von den Vertragsunterlagen zu bejahen. Es kommt nicht darauf an, ob die Bestimmungen der AGB im konkreten Fall eines Vertragsschlusses tatsächlich Anwendung gefunden hätten.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 14.01.2015 – 3 VK LSA 102/14

3. Öffentlicher Bauauftrag nur bei unmittelbarem wirtschaftlichem Interesse

- a) Der Verkauf eines Gemeindegrundstücks zur Bebauung des Grundstücks mit einem Hotel durch einen privaten Investor ist kein öffentlicher Bauauftrag i.S.v. § 99 Abs. 3 GWB, es sei denn es existieren verifizierbare Anhaltspunkte dafür, dass die Kommune Bauleistungen durch Dritte fordert, die ihr unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen.
- b) Rein städtebauliche Interessen einer Kommune stellen kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Bauleistung des Investors dar, da der Kommune hierdurch kein unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil zugutekommt.

VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 02.02.2015 – 1 VK 65/14

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

V. Miet- und Maklerrecht

1. Formularklauseln bei Schönheitsreparaturen: Änderung der BGH-Rechtsprechung

Am 18.03.2015 hat der VIII. Zivilsenat des BGH mit zwei Grundsatzurteilen entgegen der früheren Rechtsprechung die formularmäßige Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter bei unrenoviert übergebener Wohnung sowie formularmäßige

Big Quotenabgeltungsklauseln für unwirksam erklärt.

BGH, Urteile vom 18.03.2015 - VIII ZR 185/14 und vom 18.03.2015 - VIII ZR 242/13

Der BGH hat nunmehr - wie bereits im Hinweisbeschluss vom 22. Januar 2014 (VIII ZR 352/12) erwogen - seine frühere Rechtsprechung aufgegeben, dass die Schönheitsreparaturen auch bei einer zu Mietbeginn dem Mieter unrenoviert überlassenen Wohnung durch AGB auf den Mieter übertragen werden können. An dieser Sichtweise hält der VIII. Zivilsenat angesichts der Entwicklung der Rechtsprechung des BGH zu den verschärften Maßstäben der Inhaltskontrolle formularmäßiger Renovierungsklauseln (flexibler Fristenplan / kundenfeindlichste Auslegung) nicht fest.

Nach der neuen Rechtsprechung ist eine Formularklausel, die dem Mieter einer unrenoviert übergebenen Wohnung die Schönheitsreparaturen ohne angemessenen Ausgleich auferlegt, unwirksam (§ 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB). Denn eine solche Klausel verpflichtet den Mieter zur Beseitigung sämtlicher Gebrauchsspuren des Vormieters und führt - jedenfalls bei kundenfeindlichster Auslegung - dazu, dass der Mieter die Wohnung vorzeitig renovieren oder gegebenenfalls in einem besseren Zustand zurückgeben müsste als er sie selbst vom Vermieter erhalten hat.

In dem Verfahren VIII ZR 185/14, hat der BGH unter Aufhebung des Urteils des Berufungsgerichts abschließend entschieden, dass die Klage wegen unterlassener Schönheitsreparaturen (insgesamt) abgewiesen wird. Die formularmäßige Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf die beklagten Mieter ist unwirksam, denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts waren bei Mietbeginn in drei Zimmern Streicharbeiten erforderlich, so dass die Mieter bei Nutzungsbeginn eine unrenovierte Wohnung übernommen hatten. Der ihnen zu Mietbeginn gewährte Nachlass von lediglich einer halben Monatsmiete stellt in diesem Fall keinen angemessenen Ausgleich dar.

Auch an seiner früheren Rechtsprechung zur Wirksamkeit formularmäßiger Quotenabgeltungsklauseln hält der Senat gemäß seinem Urteil vom 18.03.2015 - VIII ZR 242/13 - nicht

mehr fest. Derartige Klauseln hielten bislang der Inhaltskontrolle stand, wenn sie den vom Mieter zu zahlenden Anteil nach dem Verhältnis zwischen der Mietdauer seit Durchführung der letzten Schönheitsreparaturen und dem Zeitraum bemessen würden, nach dem bei einer hypothetischen Fortsetzung des Wohnverhaltens des Mieters voraussichtlich Renovierungsbedarf bestünde (flexible Regelung).

Seine ebenfalls im Hinweisbeschluss vom 22. Januar 2014 (VIII ZR 352/12) bereits angedeutete Bedenken hinsichtlich einer Berechnung des vom Mieter zu tragenden Anteils an den Renovierungskosten anhand einer hypothetischen Fortsetzung seines bisherigen Wohnverhaltens hat der Senat nunmehr für durchgreifend erachtet und unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass eine - zur Unwirksamkeit der Abgeltungsklausel nach § 307 Abs. 1 S. 1, 2 BGB führende - unangemessene Benachteiligung des Mieters darin liegt, dass der auf ihn entfallende Kostenanteil nicht verlässlich ermittelt werden kann und für ihn bei Abschluss des Mietvertrags nicht klar und verständlich ist, welche Belastung gegebenenfalls auf ihn zukommt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Wohnung dem Mieter zu Beginn des Mietverhältnisses renoviert oder unrenoviert überlassen wurde.

Rechtsanwalt Thilo Braun

2. Kein Widerruf eines Maklervertrages nach dem Fernabsatzgesetz?

a) Das vom Fernabsatzrecht bezweckte Widerrufsrecht passt für den Immobilienmaklervertrag nicht. Der Maklervertrag ist von vornherein kein selbstständiger wechselseitig zu erfüllender Vertrag, sondern lediglich Dienstleistungs-Annex zu einem Vertrag, der planmäßig niemals allein unter Zuhilfenahme von Fernkommunikationsmitteln und ohne eingehende Begutachtung der Ware abgeschlossen wird.

b) Der Betrieb eines Immobilienmaklers erscheint typischerweise auch nicht als ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem.

OLG Schleswig, Urteil vom 22.01.15 – 16 U 89/14 – (nicht rechtskräftig)

Die Parteien streiten sich über die Zahlung einer Maklerprovision. Im Prozess widerruft der beklagte Kunde den geschlossenen Maklervertrag mit dem Argument, dass der Makler den Kunden nicht über sein Widerrufsrecht belehrt habe. Sofern dem Kunden ein Widerrufsrecht zusteht, hätte der Widerruf zur Folge, dass ein Maklervertrag zwischen den Parteien nicht rechtswirksam zustande gekommen wäre.

Nach Auffassung des OLG Schleswig fehlt es bei vorliegendem Sachverhalt bereits an einem Fernabsatzvertrag. Die Parteien hätten vorliegend nicht ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwendet, und der Vertrag sei erst im Zuge der persönlichen Begegnung der Parteien anlässlich der Objektsbesichtigung geschlossen worden.

Hierdurch unterscheidet sich das Maklergeschäft ganz wesentlich von Fernabsatzverträgen, die gerade darauf ausgelegt sind, dass die Vertragsparteien sich persönlich nicht zu sehen und zu sprechen bekommen. Aber auch darüber hinausgehend vertritt der Senat des OLG Schleswig die Auffassung, dass Grundstücksmaklerverträge den Regelungen über Fernabsatzverträge grundsätzlich nicht unterfallen.

Das Gericht verweist insoweit unter Bezugnahme auf zahlreiche Entscheidungen darauf, dass schon höchst streitig ist, ob Immobilienmaklerverträge Verträge über die Erbringung von „Dienstleistungen“ i.S.d. Gesetzes sind.

Weiter führt der Senat aus, dass sich Maklerverträge sich von geläufigen Absatzverträgen, auf die das Fernabsatzgesetz abzielt, gleich ob diese nun Waren- oder Dienstleistungen betreffen, unterscheidet. So erbringt typischerweise der Makler seine Leistung – den Nachweis des Objekts und des Verkäufers – bereits zu einem Zeitpunkt, da er sich nicht sicher sein kann, dass er einen Provisionsanspruch überhaupt erwirbt. Spiegelbildlich geht auch der Maklerkunde, in dem er sich auf das Provisionsversprechen einlässt, noch keine Zahlungsverpflichtung ein, da deren Entstehung ja davon abhängt ob es letztendlich zum Abschluss des Hauptvertrages (Kaufvertrag bzw. Mietvertrag) kommt.

Im Übrigen sei auch die Widerrufsfrist von zwei Wochen letztendlich auf Fälle abgestellt, in

denen der Verbraucher über die Qualität der Ware getäuscht und hierdurch vorschnell zum Abschluss eines Vertrages bewogen wird. Ein solcher Schutz ist aber beim Immobilienmaklervertrag nach Auffassung des Senats nicht angebracht, da es hier keinerlei Zahlungsverpflichtungen allein aufgrund der fernmündlichen „Bestellung“ gibt und das Risiko der Übervorteilung dementsprechend nicht im Abschluss des Maklervertrages liegt, sondern vielmehr im Bereich des finanziell erheblich bedeutsameren Hauptvertrages.

Nachdem der Maklervertrag, wie aufgezeigt, von vorneherein kein selbstständiger wechselseitig zu erfüllender Vertrag ist, hält das Gericht den Schutz des Fernabsatzgesetzes, insbesondere die Widerrufsfrist von zwei Wochen beim Immobilienmaklervertrag für nicht angebracht. Im Ergebnis hat das OLG Schleswig dementsprechend dahin entschieden, dass dem Maklerkunden kein Widerrufsrecht zusteht und der Maklerkunde die vereinbarte Provision zu bezahlen hat.

Bislang entspricht es der herrschenden Meinung, dass spätestens mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der EU-Richtlinie über die Rechte der Verbraucher zum 13.06.14 auch Maklerverträge dem Widerrufsrecht unterliegen, wenn sie mit Hilfe der Kommunikationsmittel „Telefonate, Emails, Internet, Briefe, Faxe etc.“ zwischen einem Unternehmen und einem Verbraucher abgeschlossen werden.

Das OLG Schleswig hat nun in seiner Entscheidung unter Bezugnahme auf diverse Urteile dahin entschieden, dass das vom Fernabsatzrecht bezweckte Widerrufsrecht auf Immobilienmaklerverträge nicht anzuwenden ist. Demgegenüber hat das OLG Düsseldorf (IMR 2014, 531) entschieden, dass das Widerrufsrecht auch auf Maklerverträge Anwendung findet.

Zudem ist die zitierte Entscheidung des OLG Schleswig bislang nicht rechtskräftig. Es ist dementsprechend zu erwarten, dass die durch widersprechende obergerichtliche Entscheidungen entstandene Rechtsunsicherheit in absehbarer Zeit im Rahmen eines Revisionsverfahrens dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt wird. Einstweilen ist aber weiterhin zu empfehlen, Maklerkunden, mit denen der Maklervertrag mit Hilfe der bezeichneten Fernkommunikationsmittel abgeschlossen

wurde, auch auf ihr Widerrufsrecht zu hinweisen, um so zu vermeiden, dass der Maklerkunde möglicherweise noch im Provisionsprozess von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

VI. Arbeitsrecht

Aussetzung nur bei ernsthaften Zweifeln an der Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung!

Nur vernünftige Zweifel an der Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung können die Aussetzung eines Rechtsstreits nicht begründen. Erforderlich sind vorgelegene oder gerichtsbekannte ernsthafte Zweifel an der Wirksamkeit, welche das Gericht im Aussetzungsbeschluss detailliert zu begründen hat.

BAG, Beschlüsse vom 07.01.2015, - 10 AZB 109/14 und - 10 AZB 110/14

Im Rahmen des Tarifautonomiestärkungsgesetzes ordnete der Gesetzgeber an, dass die Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach Antrag in einem Beschlussverfahren vor den Landesarbeitsgerichten zu klären ist. Im Rahmen dieses Beschlussverfahrens sind die Landesarbeitsgerichte von Amts wegen zur Erforschung des Sachverhalts verpflichtet. Die Entscheidung gilt gegenüber jedermann, also nicht nur zwischen den Parteien des Beschlussverfahrens.

Damit beabsichtigte der Gesetzgeber, die bisherige Praxis der Gerichte zu beenden. Zuvor prüften zahlreiche Verwaltungs- und Arbeitsgerichte die Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung unabhängig voneinander im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten inzident. Dies führte zu zahlreichen abweichenden Entscheidungen über dieselbe Allgemeinverbindlichkeitserklärung. Erschwerend kam hinzu, dass die Arbeitsgerichte nur dann zur Inzidentprüfung verpflichtet und berechtigt waren, wenn „ernsthafte Zweifel“, an der Wirksamkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung bestanden. Grund für diese hohe Anforderung war der (angebliche) erste Anschein für die

Richtigkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung.

Mit Einführung des Beschlussverfahrens schuf der Gesetzgeber zugleich eine Regelung, welche die Arbeitsgerichte bis zur Erledigung des Beschlussverfahrens zur Aussetzung von Rechtsstreitigkeiten zwang, falls deren Ergebnis von der Wirksamkeit der jeweiligen Allgemeinverbindlichkeitserklärung abhing. Die Zielrichtung des Gesetzgebers war klar: Es sollte mit größtmöglicher Sicherheit nur noch konzentriert im Beschlussverfahren mit allgemeiner Wirkung über die Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung entschieden werden.

Die Neuregelungen zu Beschlussverfahren und Aussetzung orientierten sich hierbei im Wortlaut sehr eng an bestehenden Regelungen zur Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit. Auch dort sind Beschlussverfahren und Aussetzung vorgesehen. Die Rechtsprechung schränkte die diesbezügliche Pflicht zur Aussetzung jedoch ein, um zu verhindern, dass die Parteien eines Rechtsstreits die Aussetzung rechtmisbräuchlich rein formell durch die Einleitung des Beschlussverfahrens bewirken. Erforderlich für die Aussetzung sind daher „vernünftige Zweifel“ an Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit.

Aus diesem Grund ließ das LAG Hessen auch zunächst „vernünftige Zweifel“ an der Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung gelten, um entsprechende Verfahren auszusetzen. Das BAG schob dieser Auffassung mit zwei Beschlüssen vom 07.01.2015 einen Riegel vor. Es setzt die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des Tarifautonomiestärkungsgesetzes fort und lässt eine Aussetzung nur bei ernsthaften Zweifeln zu. Sprachlich mag der Unterschied gering sein, praktisch hat er jedoch weitreichende Folgen. Da die Gerichte nun weitaus stärker an der Wirksamkeit zweifeln müssen, werden sie in der Regel eine Aussetzung auch bei anhängigen Beschlussverfahren verneinen. Die Ziele des Gesetzgebers werden somit weit verfehlt. Die Gerichte werden zu einer Inzidentprüfung der Allgemeinverbindlichkeitserklärung gezwungen, die sie gerade nicht mehr vornehmen sollen. Es drohen wie zuvor abweichende Entscheidun-

gen und ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit.

Erschwerend kommt hinzu, dass das BAG in erster Linie die Parteien in der Pflicht sieht, Gründe für die ernsthaften Zweifel zu liefern. Dass die Gerichte auch ihnen bekannte Tatsachen beachten müssen, ist hierbei nur ein schwacher Trost. Es ist zu erwarten, dass sie dennoch ausschließlich die Parteien in die Pflicht nehmen werden. Auch fordert das BAG im Aussetzungsbeschluss eine Begründung, von welchen vorgetragene oder gerichtsbekannte ernsthaften Zweifeln an der Wirksamkeit das Gericht ausgeht und welche Tatsachen es dieser Annahme zu Grunde legt. Vor diesem Hintergrund ist zu erwarten, dass die Gerichte den Weg des geringsten Widerstandes gehen werden und dass es faktisch trotz anhängiger Beschlussverfahren kaum noch zu Aussetzungen kommen wird.

Arbeitgeber, die von möglicherweise unwirksamen Allgemeinverbindlichkeitserklärungen betroffen sind, sollten daher noch immer damit rechnen, dass diesbezügliche Rechtsstreitigkeiten in aller Regel fortgeführt werden.

Rechtsanwalt Thorsten Kreckel

VII. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Observation durch einen Detektiv mit heimlichen Videoaufnahmen

Ein Arbeitgeber, der wegen des Verdachts einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit einem Detektiv die Überwachung eines Arbeitnehmers überträgt, handelt rechtswidrig, wenn sein Verdacht nicht auf konkreten Tatsachen beruht. Für dabei heimlich hergestellte Abbildungen gilt dasselbe. Eine solche rechtswidrige Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann einen Geldentschädigungsanspruch („Schmerzensgeld“) begründen.

Die Klägerin war bei der Beklagten seit Mai 2011 als Sekretärin der Geschäftsleitung tätig. Ab dem 27. Dezember 2011 war sie arbeitsunfähig erkrankt, zunächst mit Bronchialerkrankungen. Für die Zeit bis 28. Februar 2012 legte sie nacheinander sechs Arbeitsunfähigkeitsbe-

scheinungen vor, zuerst vier eines Facharztes für Allgemeinmedizin, dann ab 31. Januar 2012 zwei einer Fachärztin für Orthopädie. Der Geschäftsführer der Beklagten bezweifelte den zuletzt telefonisch mitgeteilten Bandscheibenvorfall und beauftragte einen Detektiv mit der Observation der Klägerin. Diese erfolgte von Mitte bis Ende Februar 2012 an vier Tagen. Beobachtet wurden u. a. das Haus der Klägerin, sie und ihr Mann mit Hund vor dem Haus und der Besuch der Klägerin in einem Waschlalon. Dabei wurden auch Videoaufnahmen erstellt. Der dem Arbeitgeber übergebene Observationsbericht enthält elf Bilder, neun davon aus Videosequenzen. Die Klägerin hält die Beauftragung der Observation einschließlich der Videoaufnahmen für rechtswidrig und fordert ein Schmerzensgeld, dessen Höhe sie in das Ermessen des Gerichts gestellt hat. Sie hält 10.500 € für angemessen. Die Klägerin habe erhebliche psychische Beeinträchtigungen erlitten, die ärztlicher Behandlung bedürften.

Das Landesarbeitsgericht hat der Klage in Höhe von 1.000,00 € stattgegeben. Die Revisionen beider Parteien blieben vor dem Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts ohne Erfolg. Die Observation einschließlich der heimlichen Aufnahmen war rechtswidrig. Der Arbeitgeber hatte keinen berechtigten Anlass zur Überwachung. Der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen war weder dadurch erschüttert, dass sie von unterschiedlichen Ärzten stammten, noch durch eine Änderung im Krankheitsbild oder weil ein Bandscheibenvorfall zunächst hausärztlich behandelt worden war. Die vom Landesarbeitsgericht angenommene Höhe des Schmerzensgeldes war revisionsrechtlich nicht zu korrigieren. Es war nicht zu entscheiden, wie Videoaufnahmen zu beurteilen sind, wenn ein berechtigter Anlass zur Überwachung gegeben ist.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.02.2015 - 8 AZR 1007/13 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Urlaubsgewährung nach fristloser Kündigung

Kündigt ein Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos sowie hilfsweise ordentlich unter Wahrung der Kündigungsfrist und erklärt er im Kündigungsschreiben, dass der Arbeitnehmer für den Fall der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung unter Anrechnung der Urlaubsansprüche von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt wird, wird der Anspruch des Arbeitnehmers auf bezahlten Erholungsurlaub nicht erfüllt, wenn die außerordentliche Kündigung unwirksam ist. Nach § 1 BUrlG setzt die Erfüllung des Anspruchs auf Erholungsurlaub neben der Freistellung von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung auch die Zahlung der Vergütung voraus. Deshalb gewährt ein Arbeitgeber durch die Freistellungserklärung in einem Kündigungsschreiben nur dann wirksam Urlaub, wenn er dem Arbeitnehmer die Urlaubsvergütung vor Antritt des Urlaubs zahlt oder vorbehaltlos zusagt.

Der Kläger war bei der Beklagten seit dem 1. Oktober 1987 beschäftigt. Mit Schreiben vom 19. Mai 2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich mit sofortiger Wirkung und hilfsweise fristgemäß zum 31. Dezember 2011. Im Kündigungsschreiben heißt es: „Im Falle der Wirksamkeit der hilfsweise fristgemäßen Kündigung werden Sie mit sofortiger Wirkung unter Anrechnung sämtlicher Urlaubs- und Überstundenansprüche unwiderruflich von der Erbringung Ihrer Arbeitsleistung freigestellt.“ Im Kündigungsrechtsstreit schlossen die Parteien einen Vergleich, in dem sie die wechselseitigen Ansprüche regelten.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, mit der der Kläger die Abgeltung von 15,5 Urlaubstagen verlangt. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage stattgegeben.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Zwar hat die Beklagte mit der Freistellungserklärung im Kündigungsschreiben den Anspruch des Klägers auf bezahlten Erholungsurlaub mangels einer vorbehaltlosen Zusage von Urlaubsentgelt nicht erfüllt. Die Klage war jedoch abzuweisen, weil die Parteien in dem vor dem Arbeitsgericht geschlossenen

Vergleich ihre Ansprüche abschließend regeln.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 10.02.2015 - 9 AZR 455/13 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

3. Schmerzensgeld und Schadensersatz im Berufsausbildungsverhältnis

Auszubildende, die durch ihr Verhalten bei einem Beschäftigten desselben Betriebs einen Schaden verursachen, haften ohne Rücksicht auf ihr Alter nach den gleichen Regeln wie andere Arbeitnehmer.

Der Kläger und der Beklagte waren als Auszubildende bei einer Firma beschäftigt, die einen Kfz-Handel mit Werkstatt und Lager betreibt. Am Morgen des 24. Februar 2011 arbeitete der damals 19jährige Beklagte an der Wuchtmaschine. Der damals 17jährige Kläger, ein weiterer Auszubildender und ein anderer Arbeitnehmer waren im Raum, der Kläger mehrere Meter entfernt in der Nähe der Aufzugstür. Der Beklagte warf ohne Vorwarnung mit vom Kläger abgewandter Körperhaltung ein ca. 10 g schweres Wuchtgewicht hinter sich. Dieses traf den Kläger am linken Auge, am Augenlid und an der linken Schläfe. Er wurde in einer Augenklinik behandelt. Im Herbst 2011 und im Frühjahr 2012 unterzog er sich erneut Untersuchungen und Eingriffen, wobei eine Kunstlinse eingesetzt wurde; Einschränkungen aufgrund einer Hornhautnarbe verblieben. Die zuständige Berufsgenossenschaft zahlt dem Kläger eine monatliche Rente i.H.v. 204,40 €. Das Landesarbeitsgericht ist zu dem Ergebnis gekommen, der Wurf sei nicht betrieblich veranlasst gewesen. Der Beklagte habe schuldhaft gehandelt. Das Landesarbeitsgericht hat ihn zur Zahlung von Schmerzensgeld in Höhe von 25.000 Euro verurteilt.

Die Revision des Beklagten blieb vor dem Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts ohne Erfolg. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist ohne Rechtsfehler. Die Voraussetzungen des Haftungsausschlusses nach § 105 Abs. 1, § 106 Abs. 1 SGB VII sind nicht erfüllt. Die vom Landesarbeitsgericht angenommene Hö-

he des Anspruchs des Klägers ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.03.2015 - 8 AZR 67/14 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

4. Kündigung nach In-vitro-Fertilisation

Nach § 9 Abs. 1 S. 1 MuSchG ist eine ohne behördliche Zustimmung ausgesprochene Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft unzulässig, wenn dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft bekannt war oder sie ihm innerhalb zweier Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird. Im Fall einer Schwangerschaft nach einer Befruchtung außerhalb des Körpers (In-vitro-Fertilisation) greift das mutterschutzrechtliche Kündigungsverbot bereits ab dem Zeitpunkt der Einsetzung der befruchteten Eizelle (so genannter Embryonentransfer) und nicht erst mit ihrer erfolgreichen Einnistung (Nidation). Dies hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts entschieden und - wie schon die Vorinstanzen - der Kündigungsschutzklage einer Arbeitnehmerin stattgegeben.

Die Klägerin war als eine von zwei Angestellten seit Februar 2012 in der Versicherungsvertretung des Beklagten beschäftigt. Ermahnungen oder Abmahnungen etwa wegen schlechter Leistungen erhielt sie nicht. Am 14. oder 15. Januar 2013 teilte sie dem Beklagten mit, dass sie seit mehreren Jahren einen bisher unerfüllten Kinderwunsch hege und ein erneuter Versuch einer künstlichen Befruchtung anstehe. Der Embryonentransfer erfolgte am 24. Januar 2013. Am 31. Januar 2013 sprach der Beklagte - ohne behördliche Zustimmung - eine ordentliche Kündigung aus. In der Folge besetzte er die Stelle mit einer älteren Arbeitnehmerin. Am 7. Februar 2013 wurde bei der Klägerin eine Schwangerschaft festgestellt. Hierüber informierte sie den Beklagten am 13. Februar 2013.

Die Kündigung ist unwirksam. Die Klägerin genoss bei ihrem Zugang wegen des zuvor erfolgten Embryonentransfers den besonderen

Kündigungsschutz des § 9 Abs. 1 S. 1 MuSchG. Die Kündigung verstößt zudem gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. §§ 1, 3 AGG. Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 26. Februar 2008 (C-506/06) entschieden, es könne eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts vorliegen, wenn eine Kündigung hauptsächlich aus dem Grund ausgesprochen werde, dass die Arbeitnehmerin sich einer Behandlung zur In-vitro-Fertilisation unterzogen habe.

Im Streitfall durfte das Landesarbeitsgericht nach den gesamten Umständen davon ausgehen, dass die Kündigung wegen der (beabsichtigten) Durchführung einer solchen Behandlung und der damit einhergehenden Möglichkeit einer Schwangerschaft erklärt wurde.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 26.03.2015 - 2 AZR 237/14 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

VIII. Sonstiges, Veröffentlichungen

1. Die Qualität der Bauleistung und die Ansprüche und Haftung der Projektbeteiligten - Vortrag von Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk

Am 24. und 25. Juni 2015 fand in Frankfurt am Main, im Tagungszentrum THE SQUAIRE, der 5. Fachkongress „Die Klinikimmobilie der nächsten Generation: Die Qualität der Bauleistung - aus Sicht von AG, Planer und Bauunternehmer“ statt.

Das Hessische Sozialministerium leitete den Kongress auf den Punkt gebracht ein: „In Krankenhäusern muss man in der Planungs- und Bauphase, aber auch im späteren Betrieb möglichst alles richtig machen, denn davon hängt die Qualität der Behandlung der Patientinnen und Patienten in hohem Maße mit ab. Der Klinikimmobilienkongress greift wesentliche Aspekte rund um Bau und Betrieb von Krankenhäusern auf, gewährt einen Überblick über die Themenvielfalt und stellt die aktuellen Trends dar. Dabei wird immer wieder "über

den Tellerrand geschaut“, in diesem Jahr mit dem Themenland Schweiz. Das macht ihn in der Kongresslandschaft einzigartig und erklärt den Erfolg der ersten vier Veranstaltungen.“

Unser Heidelberger Kollege und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Dr. Heiko Falk war zum dritten Mal eingeladen, einen Beitrag zum „juristischen Themenblock“ der Veranstaltung zu leisten. In diesem Jahr hat der Referent die Qualität der Bauleistung und die Ansprüche und Haftung der Projektbeteiligten aus verschiedenen Perspektiven beleuchtet:

Es gibt kein Bauvorhaben ohne Mängel. Die Steuerung der Qualität der Bauleistung stellt höchste Ansprüche an Entwicklung, Planung und Realisierung der Klinikimmobilie. Der Beitrag stellt die Anforderungen und Einflussmöglichkeiten, die Ansprüche und Verantwortlichkeiten der Baubeteiligten dar. Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk gab dabei einen Abriss über

- Grundlagen des Mängelhaftungsrechts,
- Mängel der Architekten- und Ingenieurleistung,
- die mangelhafte Bauleistung,
- Baumängel und die anerkannten Regeln der Technik,
- die Haftung des Bauunternehmers für fremde Mängelursachen,
- seine Prüfungs- und Hinweispflichten,
- die Mängelansprüche des AG vor und nach der Abnahme,
- die jeweiligen Leistungsverweigerungsrechte,
- die gemeinschaftliche Haftung mehrerer Baubeteiligter,
- die Mitverantwortung des AG,
- die Begriffe „Sowiesokosten“ und „Vorteilsausgleich“ sowie
- die Verjährung der Mängelrechte.

Die Präsentationsunterlagen zu dem Vortrag geben wir Ihnen auf Anfrage gerne weiter.

2. Rechtsanwalt Dr. Michael Lehner

**Juristische Grundlagen zum Doping, in:
Dresen, Form & Brand (Hrsg.): Beiträge zur
Lehre und Forschung im Sport, Band Nr.
187: Dopingforschung, Perspektive und
Themen, Schorndorf 2015**

Im 187. Band der Reihe „Beiträge zur Lehre und Forschung im Sport“ mit dem Titel „Dopingforschung - Perspektiven und Themen“ (S. 59 ff.) hat unser Heidelberger Kollege Dr. Michael Lehner einen Aufsatz zu den juris-

tischen Grundlagen des Doping veröffentlicht. Dr. Lehner zeigt dort zunächst auf, dass es keine Frage ist, ob Doping im Sport eine juristische Grundlage hat. Doping ist rechtlich und weltweit verboten und damit selbst zum Rechtsbegriff geworden. Im Anschluss gibt Rechtsanwalt Dr. Lehner einen Überblick über die juristischen Grundlagen, nämlich Doping als Rechtsbegriff, verbandssanktioniertes Verbot, Vertragsverletzung, Körperverletzung, Verstoß gegen das Arzneimittelgesetz und als Sportbetrug.

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

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -
im Juni 2015**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim
Verantwortliche Redakteurin: Rechtsanwältin Dr. Susanne Lösch, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg
Druck: Rhein-Neckar-Druck, Karl-Trunzer-Straße 2, 74722 Buchen