

Mandanten-Rundbrief

- Juni 2017 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Keine Mängelansprüche bei nachträglicher Schwarzgeldabrede	2
2.	Mängeleinbehalt: nicht wegen Mängeln an anderem Bauvorhaben	2
3.	Schadensersatzanspruch des Hauptunternehmers gegenüber Nachunternehmer trotz Vergleich mit dem Auftraggeber?	3
4.	Haftungsbefreiung durch Bedenkenanmeldung trotz Untätigkeit des Auftraggebers?	4
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	5
III.	Vergaberecht	8
	BGH entscheidet Streit um „Schulnotenrechtsprechung“ - erwarteter Zielerreichungsgrad muss nicht bekannt gemacht werden	8
IV.	Leitsätze zum Vergaberecht	10
V.	Mietrecht	12
	Schönheitsreparaturenklausel: Unwirksamkeit auch bei renoviert überlassener Wohnung	12
VI.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Keine Mängelansprüche bei nachträglicher Schwarzgeldabrede

Ein zunächst nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßender Werkvertrag kann auch dann nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG i.V.m. § 134 BGB nichtig sein, wenn er nachträglich so abgeändert wird, dass er nunmehr von dem Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG erfasst wird.

BGH, Urteil vom 16.03.2017 – VII ZR 197/16

Der Kläger begehrt Rückerstattung geleisteten Werklohns für die Entfernung des alten sowie Beschaffung und Verlegung eines neuen Teppichbodens in seinem Privathaus. Der Beklagte bot die gewünschten Leistungen zu einem Gesamtpreis von 16.164,38 € an und führte die Arbeiten in der Folgezeit aus. Zwischen den Parteien sind Zeitpunkt des Vertragschlusses, die Höhe des vereinbarten Werklohns sowie ob, wann und inwieweit eine Ohne-Rechnung-Abrede getroffen und welcher Betrag vom Kläger in bar erbracht wurde, streitig. Der Beklagte erstellte eine Rechnung über lediglich 8.619,57 €, die sich wahrheitswidrig auf Verlegearbeiten in Wohnungen in einem vom Kläger vermieteten Wohnhaus bezog. Diesen Betrag überwies der Kläger. Der Beklagte behauptet, man habe sich nach dem Vertragsschluss darauf verständigt, dass ein Teil des Werklohns nicht auf Rechnung und ohne Mehrwertsteuer gezahlt werde. Über den anderen Teil habe der Beklagte eine Rechnung über fingierte Arbeiten in dem vermieteten Wohnhaus des Klägers erstellen sollen. Der Kläger erklärte wegen behaupteter Mängel den Rücktritt vom Vertrag. Er begehrt Rückzahlung von 15.019,57 €.

Der Bundesgerichtshof weist die Revision des Klägers gegen die Klageabweisung zurück und begründet seine Entscheidung damit, dass Mängelansprüche nicht bestünden, da der Werkvertrag gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG i.V.m. § 134 BGB nichtig sei. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG enthalte das Verbot zum Abschluss eines Werkvertrages, wenn dieser Regelungen enthalte, die dazu dienen, dass die steuerpflichtige Vertragspartei ihre sich aus

dem Vertrag ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfülle. Das Verbot führe jedenfalls dann zur Nichtigkeit des Vertrages, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstoße und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kenne und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutze.

Mit der vorliegenden Entscheidung weitet der Bundesgerichtshof seine bisherige Rechtsprechung auf Fälle aus, in denen ein zunächst nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßender Vertrag nachträglich so abgeändert wird, dass er nunmehr von dem Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG erfasst wird. Er begründet dies zum einen mit dem Wortlaut der Vorschrift, der beide Fallgestaltungen erfasse. Ziel des Gesetzes sei es zum anderen, Schwarzarbeit schlechthin zu verbieten und den Leistungsaustausch zwischen den Vertragspartnern zu verhindern. Im Interesse der wirtschaftlichen Ordnung solle den zugrunde liegenden Rechtsgeschäften die rechtliche Wirkung genommen werden.

Eine isolierte Unwirksamkeit nur der Änderungsvereinbarung unter Aufrechterhaltung des ursprünglichen Werkvertrages scheide aus. Vielmehr liege mit der Änderung des Ursprungsvertrages Schwarzarbeit vor, die zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führe.

Rechtsanwältin Anna-Katrin Büntzly

2. Mängeleinbehalt: nicht wegen Mängeln an anderem Bauvorhaben

Wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer mit Bauleistungen an verschiedenen Bauvorhaben beauftragt hat, kann er dem Vergütungsanspruch des Auftragnehmers ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln nur aus dem jeweiligen - gegenseitigen - Vertrag entgegenhalten.

KG, Urteil vom 20.09.2016 - 21 U 67/15

Der Entscheidung des Berliner Kammergerichts lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Unternehmer (AN) verlangte vom Auftraggeber (AG) restlichen Werklohn von rund 50.000,00 € für Dachdecker-, Abdichtungs- und Klempnerarbeiten an zwei unterschiedli-

chen Bauvorhaben. Der AG macht demgegenüber wegen verschiedener Mängel - darunter auch solcher an anderen Bauvorhaben - ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Außerdem erklärt er die Aufrechnung mit Ersatzvornahmekosten. Das Landgericht verurteilt den Auftraggeber zur Zahlung; dieser geht in die Berufung gegen das Urteil.

Das Kammergericht weist die Berufung zurück. Wegen Mängeln an anderen Bauvorhaben steht dem AG kein Zurückbehaltungsrecht zu. Dem Werklohnanspruch kann der AG ein Zurückbehaltungsrecht nur wegen Mängeln aus dem gleichen Bauvorhaben entgegengehalten.

Mit dieser Entscheidung hebt das Kammergericht nochmals deutlich hervor, dass ein Zurückbehaltungsrecht gegen den Werklohnanspruch nicht auf Mängel aus anderen Bauvorhaben gestützt werden kann. Die Leistungsverweigerungsrechte nach § 320 BGB und § 641 Abs. 3 BGB sind Ausfluss der wechselseitigen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung im gegenseitigen Vertrag. Auch das allgemeine Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB setzt voraus, dass Leistung und Gegenleistung demselben rechtlichen Verhältnis entstammen - d. h. dass sie durch einen einheitlichen Lebenssachverhalt innerlich verbunden sein müssen.

Dem AG wäre vorliegend nur die Möglichkeit geblieben, nach erfolgloser Setzung einer Mängelbeseitigungsfrist - zu welcher der AG nach Ansicht des Kammergerichts jedoch nicht hinreichend vorgetragen hat - mit einem eventuellen Zahlungsanspruch wegen des Mangels die Aufrechnung zu erklären. Die Aufrechnung ist auch möglich, wenn die Ansprüche nicht aus dem gegenseitigen Vertrag resultieren. Sie setzt nur voraus, dass sich gleichartige Forderungen der beiden Parteien gegenüberstehen (§ 387 BGB).

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

3. Schadensersatzanspruch des Hauptunternehmers gegenüber Nachunternehmer trotz Vergleich mit dem Auftraggeber?

Vergleichen sich Auftraggeber und Hauptunternehmer über die Höhe der Mängelbeseitigungskosten und umfasst dieser Vergleich auch die Mängel der Nachunternehmerleistung, kann sich der Nachunternehmer nur dann mit Erfolg auf einen fehlenden haftungsrechtlichen Zusammenhang zwischen dem Mangel und dem Schaden berufen, wenn der Hauptunternehmer durch den Vergleichsabschluss in ungewöhnlicher und unsachgemäßer Weise in den schadensträchtigen Geschehensablauf eingegriffen hat.

OLG München, Beschluss vom 16.06.2016 - 28 U 882/16 Bau (vorgehend Beschluss vom 24.05.2016 - 28 U 882/16 Bau)

In dem vom Oberlandesgericht München entschiedenen Fall begehrte der klagende Hauptunternehmer (HU) von dem von ihm beauftragten Nachunternehmer (NU) Schadensersatz wegen mangelhafter Bauleistungen (Fenstersohlbänke) in Höhe von 28.000,00 €. Der Kläger wurde in einem Vorprozess von dessen Auftraggeber (AG) selbst wegen mangelhafter Bauleistungen in Anspruch genommen. Die im Vorprozess geltend gemachten Mängel betrafen auch die Arbeiten des vom HU beauftragten NU. Dem NU wurde daher im Rechtsstreit zwischen dem AG und dem HU der Streit verkündet. Der Vorprozess endete schließlich mit einem Vergleich zwischen dem AG und dem HU, in dem u. a. eine Zahlungspflicht des HU gegenüber dem AG in Höhe von 93.000,00 € vereinbart wurde.

Das Landgericht München hat in erster Instanz der Klage des HU bezüglich der Hauptsache in Höhe von 25.500,00 € stattgegeben. Gegen dieses Urteil legte der NU u. a. mit der Begründung, der HU könne nicht nachweisen, dass ihm gegenüber ein Schadensersatz entstanden sei, den er gegenüber dem NU geltend machen könne, Berufung ein. Dass der NU dem Kläger dem Grunde nach schadensersatzpflichtig ist, wurde durch die Berufung nicht in Frage gestellt.

Die Berufung hatte vor dem Oberlandesgericht München kein Erfolg. Das Berufungsgericht hebt in seiner Entscheidung zunächst hervor, dass der Schaden, welcher dem HU durch die mangelhafte Leistung des NU entsteht, grundsätzlich darin bestehe, dass er seinerseits Schadenersatzansprüchen des AG ausgesetzt ist. Entscheidend sei demnach grundsätzlich, welche Schadensersatzansprüche der AG gegen den HU hat. Insoweit habe das Landgericht auf Grundlage eines Sachverständigen-gutachtens fehlerfrei festgestellt, dass die Mangelbeseitigungskosten bezüglich der Leistung des beklagten NU mit 25.500,00 € zu beziffern sind. Hätte es keinen Vergleich im Vorprozess gegeben, hätte der HU vom NU daher den an den AG zur Mangelbeseitigung gezahlten Betrag in Höhe von 25.500,00 € als Schadensersatz verlangen können.

Daran ändere auch der zwischen den Parteien des Vorprozesses geschlossene Vergleich nichts. Entscheidend sei insoweit, dass neben der Zahlungspflicht des HU im Vergleich ausdrücklich festgestellt wurde: „Die Parteien sind sich weiter darüber einig, dass in dem Vergleichsbetrag von 93.000,00 € gemäß Ziff. 1 die vom Sachverständigen festgestellten Kosten für die Mängelbeseitigung der Fenster-sohlbänke in voller Höhe, also mit 28.000,00 € enthalten sind.“ Hätten die Parteien im Vorprozess für die mangelhaften Arbeiten des NU einen niedrigeren Wert festgesetzt, dann wäre das dem NU zugutegekommen, weil dann der Schaden des Klägers (wegen der geringeren Zahlungspflicht) geringer gewesen wäre. Hätten die Parteien im Vorprozess für diesen Gegenstand des Vorprozesses einen höheren Wert festgesetzt, dann wäre das - jedenfalls bei einem unvertretbaren Maß - nicht zu Lasten des beklagten NU gegangen, so das Oberlandesgericht. Der (erhöhte eigene) Schaden hätte dann auf einem eigenen Willensentschluss des HU beruht. In diesem Fall hätte es dann an einem haftungsrechtlichen Zusammenhang zwischen dem Mangel der Beklagtenleistung und dem Schaden fehlen können. An einem solchen haftungsrechtlichen Zusammenhang fehle es hier aber nicht, da der Kläger (HU) durch den Abschluss des - in Anbetracht des Sachverständigen-gutachtens rat-samen - Vergleichs nicht in ungewöhnlicher und unsachgemäßer Weise in den schadens-trächtigen Geschehensablauf eingegriffen und

daher keine weitere Ursache gesetzt habe, die den Schaden endgültig herbeiführte (mit Verweis auf BGH, Urteil vom 21.05.1992 - I ZR 175/90).

Das Oberlandesgericht weist des Weiteren darauf hin, dass der Umstand, dass in dem Vergleich noch andere Gegenstände des Vorprozesses abgehandelt wurden und bei diesen Kompromisse geschlossen wurden, nichts daran ändere, dass der Vergleich im Hinblick auf die Beklagtenleistungen nicht unsachgemäß war.

Angesichts der vorstehenden Entscheidung des Oberlandesgerichts München wird wieder einmal deutlich, wie wichtig es ist, vor Abschluss eines Vergleichs dessen mögliche Auswirkungen auf Regressansprüche bzw. etwaige Nachfolgeprozesse im Blick zu haben. Dies gilt insbesondere im Fall von sogenannten Leistungsketten, wie sie bei Bauvorhaben regelmäßig vorkommen.

Rechtsanwalt Thilo Braun

4. Haftungsbefreiung durch Bedenkenanmeldung trotz Untätigkeit des Auftraggebers?

Ein Auftragnehmer ist auch dann von der Mängelhaftung befreit, wenn er ordnungsgemäß gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B Bedenken mitteilt, aber der Auftraggeber untätig bleibt und darauf nicht reagiert. Betrifft der ordnungsgemäße Bedenkenhinweis des ausführenden Bauunternehmers einen Planungsmangel, besteht kein Gesamtschuldverhältnis zwischen dem Planer und dem ausführenden Bauunternehmer. Es liegt auch kein Fall der gestörten Gesamtschuld vor.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.11.2016 - 10 U 71/16

Im zu entscheidenden Fall war der klagende Auftragnehmer (AN) mit der Ausführung von Bodenbelagsarbeiten beauftragt worden. Es kam zu Beulen- und Blasenbildungen, deren Beseitigung der Auftraggeber (AG) verlangte. Obwohl der AN vor der Ausführung schriftlich Bedenken gegen die vom Architekten des AG

erstellte Planung angemeldet hatte, beseitigte er die Mängel und verlangte nun vom Architekten im Wege des Gesamtschuldnerregresses Zahlung von 10.301,44 €. Das Landgericht wies die Klage ab.

Das Oberlandesgericht weist die Berufung des AN mangels Erfolgsaussichten einstimmig gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurück. Es stellt zwar zunächst fest, dass der AN für den Mangel gemäß § 13 Abs. 4 VOB/B nicht einzustehen hat, weil er ordnungsgemäß schriftlich gegenüber dem AG Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung angemeldet und damit seiner Verpflichtung aus § 4 Abs. 3 VOB/B genügt hat. Dass der AG auf diese Bedenkenanmeldung nicht reagiert habe, sondern untätig geblieben sei, stehe dem nicht entgegen; auch der untätig bleibende AG habe für die sich daraus ergebenden Folgen einzustehen. Gerade weil der AN aufgrund des ordnungsgemäßen Bedenkenhinweises von seiner Haftung gegenüber dem AG befreit sei, bestehe aber keine gesamtschuldnerische Haftung des AN mit dem beklagten Architekten, auf die der AN seine Klage gestützt hatte.

Dieser Beschluss des Oberlandesgerichts Stuttgart sollte mit Zurückhaltung behandelt werden. Ob der AN bei bloßem Schweigen und Untätigkeit des AG und anschließender Ausführung der Leistungsart, gegen die Bedenken angemeldet wurden, tatsächlich von seiner Haftung befreit ist, erscheint nicht gesichert. Denn bei verständiger Würdigung wird der AN nicht ohne weiteres davon ausgehen dürfen, dass der AG die Herstellung eines mangelhaften Werks wünscht und dessen Schweigen auf den Bedenkenhinweis nicht als Einverständnis ansehen können, eine unbrauchbare Leistung zu produzieren (s. dazu Kniffka/Krause-Allenstein, [ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht](#), Stand: 12.05.2017, § 634 Rn 60). Dem AN ist daher in einem solchen Fall anzuraten, beim AG nachzufragen, ob trotz der Bedenken weitergearbeitet werden soll. Diese Nachfrage kann insbesondere zur Klärung dienen, ob der Bedenkenhinweis ausreichend deutlich war. Gleichzeitig sollte der AN Behinderung anzeigen und dann bis zu einer Entscheidung des AG über das weitere Vorgehen von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch machen. Falls das mangelhafte Werk eine Gefahr für die öf-

fentliche Sicherheit darstellen würde, ist der AN in jedem Fall dazu verpflichtet, die Arbeiten zu unterlassen. Weigert sich der AG auf eine Behinderungsanzeige Abhilfe zu schaffen, steht dem AN neben dem Leistungsverweigerungsrecht auch ein Recht zur Kündigung des Vertrags gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B zu.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Unwirksame Vertragsstrafe bei Tagessatz über 0,3 % der Nettoabrechnungssumme

Die folgende Vertragsstrafenregelung hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB nicht stand und ist daher in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam:

"Überschreitet der Auftragnehmer die Vertragstermine (Zwischen- und Endtermine) schuldhaft, ist eine Vertragsstrafe von 0,3 % der Nettoabrechnungssumme, jedoch mindestens 520,00 Euro je Werktag und nicht fertig gestellter Wohneinheit vereinbart, höchstens jedoch 5 % der Nettoauftragssumme."

Die Regelung stellt nicht sicher, dass der Tagessatz der Vertragsstrafe nicht die in der Rechtsprechung anerkannte Höchstgrenze von 0,3 % der Nettoabrechnungssumme überschreitet.

KG, Beschluss vom 23.02.2017 - 21 U 126/162

2. Zur Vorschussklage

- a) Bereits im Vorschussverfahren ist eine zwischen den Parteien streitige Mangelbeseitigungsmethode (hier: Notwendigkeit eines Gerüsts) vom Gericht zu klären und mit Bindungswirkung für das Abrechnungsverfahren festzustellen.
- b) Ein Vorschussanspruch besteht nicht, wenn der Besteller sich aus zurückgehal-

tenem Werklohn befriedigen kann. Der Auftragnehmer kann gegen einen Vorschussanspruch des Auftraggebers die Aufrechnung mit seinem Restwerklohnanspruch erklären. Dies gilt trotz der Zweckgebundenheit und Abrechnungsbedürftigkeit des Vorschusses.

- c) Die Tragweite einer Hemmung der Verjährung richtet sich nicht nach der bezeichneten Manglerscheinung, sondern nach den der Werkleistung anhaftenden Mängeln selbst, soweit sie Ursache der angeführten Manglerscheinung im Sinne der Symptomtheorie sind.
- d) Eine Vorschussklage hemmt die Verjährung auch hinsichtlich nicht eingeklagter Beträge. Ein den Vorschussanspruch zusprechendes Urteil enthält regelmäßig die Feststellung, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist, die gesamten Mängelbeseitigungskosten (d. h. auch die den geforderten bzw. gezahlten Vorschuss übersteigenden Ersatzvornahmekosten) zu zahlen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Kläger aus anderen Gründen als der fehlenden bzw. unzureichenden Gewissheit über die Mängelbeseitigungskosten die Klage beschränkt, z. B. wenn er den Auftragnehmer nur für verpflichtet hält, (etwa wegen eines Mitverschuldens o.ä.) eine Quote der Mängelbeseitigungskosten als Vorschuss zu zahlen.
- e) Auch neben einer bezifferten Kostenvorschussklage ist ein Feststellungsantrag zulässig, der die Verjährung ebenfalls hemmt.
- f) Der Anspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB geht auf den Geldbetrag, der die Mängelbeseitigungskosten mutmaßlich, d. h. aus der Sicht eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden und sachkundig beratenen Bestellers voraussichtlich abdecken wird. Die Höhe kann bei Vorliegen greifbarer Anhaltspunkte geschätzt werden. Der Auftraggeber muss keine sachverständige Beratung in Anspruch nehmen oder Kostenvoranschläge einholen, um die voraussichtlichen Kosten zu substantiieren, sondern darf die Kosten laienhaft schätzen.

- g) Dem Auftragnehmer obliegt - abhängig von Art und Umfang der Substanziierung der Vorschussforderung durch den Auftraggeber - ein substanziiertes Bestreiten der Einzelpositionen der Vorschussforderung.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2017 - 22 U 134/16

3. Verjährung bei „eingeschlafenen“ Verhandlungen

Die Wiederaufnahme abgebrochener Verhandlungen führt nicht zu einer auf den Beginn der Verhandlungen rückwirkenden Hemmung der Verjährung.

BGH, Urteil vom 15.12.2016 - IX ZR 58/16

4. Unwirksamkeit einer formularmäßigen Selbsteintrittsklausel für Baumangelbeseitigung im Architektenvertrag

Die von einem Architekten als Allgemeine Geschäftsbedingung gestellte Vertragsbestimmung in einem Architektenvertrag: "Wird der Architekt wegen eines Schadens am Bauwerk auf Schadensersatz in Geld in Anspruch genommen, kann er vom Bauherrn verlangen, dass ihm die Beseitigung des Schadens übertragen wird." ist wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 09.04.1981 - VII ZR 263/79, BauR 1981, 395).

BGH, Urteil vom 16.02.2017 - VII ZR 242/13

5. Bei nicht gezahltem Auslagenvorschuss trägt der Antragssteller die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens

Der Antragsteller hat in entsprechender Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO grundsätzlich die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu tragen, wenn er den angeforderten Auslagenvorschuss, von dessen Einzahlung das Gericht die Beweiserhebung abhängig gemacht hat, trotz Erinnerung seitens des Gerichts nicht einzahlt und eine Beweiserhe-

bung deshalb unterbleibt. Ist kein Hauptsacheverfahren anhängig, in dem diese Kostenfolge ausgesprochen wird, und haben die Parteien sich über die Kosten nicht geeinigt, ergeht eine solche Kostenentscheidung auf Antrag im selbständigen Beweisverfahren.

BGH, Beschluss vom 14.12.2016 - VII ZB 29/16

6. Zur Entstehung und Verjährung des Ausgleichsanspruchs zwischen Gesamtschuldern

- a) Der Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB entsteht bereits in dem Augenblick, in dem die mehreren Ersatzpflichtigen dem Geschädigten ersatzpflichtig werden, d. h. mit der Entstehung der Gesamtschuld im Außenverhältnis.
- b) Für den Beginn der Verjährung ist es nicht erforderlich, dass der Ausgleichsanspruch beziffert werden bzw. Gegenstand einer Leistungsklage sein kann.
- c) Für die Beurteilung der Frage, wann der Ausgleichsanspruch eines zum Schadensersatz verpflichteten Gesamtschuldners gegen den anderen im Sinne des § 199 Abs. 1 BGB in Hinblick auf Schäden entstanden ist, die erst nach der Verwirklichung des haftungsbegründenden Tatbestands eingetreten sind, ist der Grundsatz der Schadenseinheit heranzuziehen.

BGH, Urteil vom 08.11.2016 - VI ZR 200/15

7. Verbrauchsunabhängige Umlage von Baustrom/-wasser in allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers unwirksam?

Eine vom Auftraggeber vorformulierte Bauvertragsklausel, wonach für die Bereitstellung und Inanspruchnahme von Baustrom- und Bauwasseranschlüssen, für den Verbrauch von Wasser und Strom sowie für die Mitbenutzung der Wasch- und Toilettenanlagen von der Schlussrechnung des Auftragnehmers ein Betrag in Höhe von 1,8 % der Nettoauftragssumme abgezogen werden, benachteiligt den Auf-

tragnehmer unangemessen und ist daher nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

OLG Hamburg, Urteil vom 04.12.2013 - 13 U 1/09; BGH, Beschluss vom 29.06.2016 - VII ZR 3/14 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

8. Mängelrüge per E-Mail

Das Schriftformerfordernis des § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B wird durch eine Mängelrüge per E-Mail erfüllt. Daher kann auch mit einer "einfachen" E-Mail die Verjährungsfrist für Mängelansprüche gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B wirksam verlängert werden (entgegen OLG Jena, IBR 2016, 144, und OLG Frankfurt, IBR 2012, 386).

OLG Köln, Urteil vom 22.06.2016 - 16 U 145/15

9. Gewährleistungsfrist gemäß Abnahmeprotoll

- a) Legen die Vertragsparteien anlässlich der Durchführung der Abnahme gemeinsam ausdrücklich fest, dass das Abnahmedatum den Beginn der Gewährleistung markiert und geben sie darüber hinaus ein festes Datum für das Ende der Gewährleistung an, stellt sich dies als rechtsgeschäftliche Abänderungsvereinbarung im Hinblick auf frühere vertragliche Regelungen dar, an der sich die Vertragsparteien festhalten müssen.
- b) Die Bauvertragspartei, die zu einem Abnahmetermin einen Vertreter ohne Vertretungsmacht entsendet, muss sich dessen Erklärungen nach den zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entwickelten Grundsätzen zurechnen lassen, wenn sie den im Abnahmeprotokoll enthaltenen und unterschriebenen Erklärungen des Vertreters nicht unverzüglich nach Zugang des Protokolls widerspricht (Anschluss an BGH, IBR 2011, 189).

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.02.2016 - 21 U 183/15

10. Auch bei möglicher Bauhandwerkssicherung muss Bürge aus Bürgschaft auf ersten Anfordern zahlen

- a) Sieht der Unternehmer von dem Verlangen nach einer Bauhandwerkssicherung gem. § 648a BGB ab und begnügt sich mit einer durch Bürgschaft auf erstes Anfordern abgesicherten Sicherheitsleistung, wird allein hierdurch die Inanspruchnahme des Bürgen nicht rechtsmissbräuchlich.
- b) Da es dem Unternehmer als Hauptschuldner unbenommen ist, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen eine Bauhandwerkssicherung nach § 648a BGB - ggf. klagweise - zu verlangen oder gemäß Abs. 5 der Vorschrift, die weitere Leistung zu verweigern oder zu kündigen, hat der Bürge nicht das Recht, seine eigene Inanspruchnahme Zug um Zug von der Stellung einer Bauhandwerkssicherung zugunsten des Hauptschuldners abhängig zu machen. Dies gilt auch, wenn der Hauptschuldner insolvent wird.

OLG Celle, Urteil vom 22.02.2017 - 7 U 121/16

11. Minderung schließt (kleinen) Schadensersatz statt der Leistung nicht aus

Die Minderung des Vergütungsanspruchs nach § 634 Nr. 3, § 638 BGB schließt einen Schadensersatzanspruch des Bestellers statt der Leistung nach § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB nicht aus, wenn mit diesem Schadensersatz statt der Leistung als kleiner Schadensersatz begehrt wird.

BGH, Urteil vom 19.01.2017 - VII ZR 235/15

12. Muss der Auftraggeber für Witterungsschutz sorgen?

Es ist vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen keine dem Auftraggeber obliegende erforderliche Mitwirkungshandlung im Sinne des § 642 BGB, während der Dauer des Herstellungsprozesses außergewöhnlich ungünstige Witterungseinflüsse auf das Baugrundstück in

Form von Frost, Eis und Schnee, mit denen nicht gerechnet werden musste, abzuwehren.

BGH, Urteil vom 20.04.2017 - VII ZR 194/13

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Vergaberecht

Bundesgerichtshof entscheidet Streit um „Schulnotenrechtsprechung“ - erwarteter Zielerreichungsgrad muss nicht bekannt gemacht werden

Es ist unter dem Gesichtspunkt einer transparenten und wettbewerblichen Auftragsvergabe regelmäßig nicht zu beanstanden, wenn ein öffentlicher Auftraggeber in einem Vergabeverfahren für die Erfüllung qualitativer Wertungskriterien Noten mit zugeordneten Punktwerten vergibt, ohne in den Vergabeunterlagen zu konkretisieren, von der Erfüllung welcher Voraussetzungen das Erreichen bestimmter Noten abhängen soll.

BGH, Beschluss vom 04.04.2017 - X ZB 3/17

Ein öffentlicher Auftraggeber (AG) schrieb im offenen Verfahren Postdienstleistungen aus. Neben dem Preis sahen die Vergabeunterlagen das Kriterium Qualität als Zuschlagskriterium vor, für das der AG wiederum drei Unterkriterien gebildet hatte. Nach den Vergabeunterlagen beabsichtigte der AG, die eingehenden Angebote anhand der Unterkriterien mittels Noten zu bewerten; dazu hatte der AG eine Skala bekanntgemacht, aus der sich ergab, für welche Note er wie viele Punkte vergab (Note „ungenügend“ = 0 Punkte bis Note „sehr gut“ = 5 Punkte). Weiter ausdifferenziert war die Bewertungsmatrix nicht. Insbesondere hatte der AG nicht mitgeteilt, bei welchem genauen Grad der Zielerreichung für die einzelnen Unterkriterien er welche Note vergeben würde.

Ein Bieter rügte deshalb, diese Bewertungsmatrix sei intransparent. Sie versetze die Bieter nicht in die Lage zu erkennen, welchen Zielerreichungsgrad der AG bei den qualitativen Unterkriterien für die einzelnen Notenstufen

erwarte. Damit schloss dieser Bieter an eine vormals gefestigte Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf an, die an die Bekanntmachung von Bewertungsmatrizen mit Schulnoten recht strenge Anforderungen gestellt hatte (Beschluss vom 15.06.2016 – VII Verg 49/15; Beschluss vom 21.10.2015 – VII Verg 25/15; Beschluss vom 09.04.2014 – VII 36/13). Die Vergabekammer Sachsen hatte sich der Argumentation des Bieters in diesem Punkt angeschlossen. Auf eine Anschlussbeschwerde des AG hin legte das Oberlandesgericht Dresden den Fall dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vor, weil es von der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf abweichen wollte. Dazu stützte sich das Oberlandesgericht Dresden unter anderem auf eine neuere Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 14.07.2016 – Rs. C-6/15 [TNS Dimarso]; vgl. dazu Mandantenrundbrief Dezember 2016).

Obwohl auch das Oberlandesgericht Düsseldorf in seiner jüngsten Entscheidung zu „Schulnoten“ als Wertungsmatrix jedenfalls für das bis zum 18.04.2016 geltende Vergaberecht seine frühere, strenge Rechtsprechung aufgab (Beschluss vom 08.03.2017 – VII Verg 39/16), hat der Bundesgerichtshof in seiner nunmehrigen Entscheidung ausdrücklich klargestellt, dass ein Auftraggeber nicht verpflichtet ist, in den Vergabeunterlagen seine Methoden zu veröffentlichen, anhand derer er die Angebote im Hinblick auf die Vergabe von „Schulnoten“ bewerten möchte. Das erfordere weder der Transparenzgrundsatz noch sonst ein Grundsatz des wettbewerblichen Vergabeverfahrens. Im Gegenteil - so der Bundesgerichtshof: Verpflichtet man den Auftraggeber, in den Vergabeunterlagen genau zu beschreiben, für welchen Grad der Zielerreichung er welche Note vergibt, konterkariere das gerade bei funktional geprägten Vergabeverfahren den legitimen Wunsch des Auftraggebers, die Kreativität der Bieter bei der Erarbeitung von Lösungsvorschlägen anzusprechen und bei der Wertung zu belohnen. Damit schließt sich der Bundesgerichtshof - auch für das seit dem 18.04.2016 geltende Vergaberecht - der Rechtsprechung des EuGH an und beseitigt die nach dessen Urteil in Sachen TNS Dimarso in der deutschen Rechtsprechung verbliebenen Zweifel.

Neben der Schulnotenproblematik hatte der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss weitere Grundsatzfragen zu klären:

Verfahrensrechtlich bestätigte der Bundesgerichtshof die Zulässigkeit einer Anschlussbeschwerde zum Oberlandesgericht als Beschwerdegericht der Vergabekammern und klärte deren formale Anforderungen.

Inhaltlich setzte sich der Bundesgerichtshof zudem mit der Frage auseinander, welche Anforderungen das Vergaberecht an die Ausgestaltung der Wertungsmethode für das Kriterium „Preis“ stellt. Mit seinem Beschluss räumt der Bundesgerichtshof dem Auftraggeber bei der Aufstellung der Bewertungsmethode für das Kriterium Preis einen recht weiten Spielraum ein.

Er akzeptierte im vorliegenden Fall ein Wertungsschema, bei dem der AG den Preis nach der einfachen linearen Methode in Punkte umrechnete. Obwohl im konkreten Fall damit zu rechnen war, dass die Punkteskala beim Kriterium Preis nur in einem kleinen Segment (konkret: ca. 45 bis 50 von 50 möglichen Punkten) ausgeschöpft werden würde, weil sich die Preise im betroffenen Markt der Postdienstleistungen erfahrungsgemäß nur gering unterscheiden, und der Preis neben der Qualität mit 50 % gewichtet wurde, hielt der Bundesgerichtshof die Wahl dieser Bewertungsmethode nicht für vergaberechtswidrig. Sie führe insbesondere nicht per se zu einer Fehlgewichtung von Preis zu Leistung. Vielmehr sei - so der Bundesgerichtshof - die Wahl einer bestimmten Preisbewertungsmethode bei der Wertung nur dann und im Ausnahmefall vergaberechtlich angreifbar, wenn gerade die konkrete Umsetzung im Einzelfall zu einem dem Wettbewerbsgedanken des Vergaberechts zuwiderlaufenden Ergebnis führe.

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

IV. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Bei Ausschluss von Nachforderungen sind Unterlagen wie vorgelegt zu bewerten

- a) Hat der Auftraggeber jedwede Nachforderung gemäß § 56 Abs. 2 Satz 2 VgV ausgeschlossen, muss er der Eignungsprüfung die von den am Auftrag interessierten Unternehmen vorgelegten Erklärungen und sonstigen Nachweise so - und nur so - zugrunde legen, wie sie vorgelegt wurden.
- b) Nachträgliche Ergänzungen sind dann unbeachtlich.
- c) Nachträgliche Erläuterungen können allenfalls dann als Auslegungshilfen Berücksichtigung finden, wenn sie an den Inhalt der vorgelegten Unterlagen anknüpfen.

OLG Koblenz, Beschluss vom 04.01.2017 - Verg 7/16

2. Anspruch auf Rückzahlung einer rechtswidrigen Beihilfe

- a) Der Konkurrent eines Beihilfeempfängers hat einen Anspruch auf verzinste Rückzahlung einer wegen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) rechtswidrigen Beihilfe, wenn er von der dadurch hervorgerufenen Wettbewerbsverzerrung betroffen ist. Am Auswahlverfahren für die Gewährung der Beihilfe muss er sich nicht beteiligt haben.
- b) Eine unzureichende Breitbandgrundversorgung im Sinne des EU-Beihilferechts ("weiße Flecken") ist bereits dann anzunehmen, wenn das Angebot nicht 100 Prozent der Bürger in dem zu versorgenden Gebiet erreicht.

VG Freiburg, Urteil vom 29.11.2016 - 3 K 2814/14

3. Anspruch der Mitbewerber auf nähere Prüfung der Preisbildung bei ungewöhnlich niedrigem Angebotspreis

- a) Erscheint ein Angebotspreis aufgrund des signifikanten Abstands zum nächstgünstigen Gebot oder ähnlicher Anhaltspunkte, wie etwa der augenfälligen Abweichung von preislichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen, ungewöhnlich niedrig, können die Mitbewerber verlangen, dass die Vergabestelle in die vorgesehene nähere Prüfung der Preisbildung eintritt.
- b) Wird für bereits vorliegende oder von der Vergabestelle zur Aufklärung des Preises nachgeforderte Informationen Schutz als Geschäftsgeheimnis begehrt, entscheidet die Vergabekammer zunächst in einem Zwischenverfahren über deren Offenlegung. Für die Entscheidung, ob das Geheimhaltungs- oder das Offenlegungsinteresse überwiegt, ist eine Abwägung der beiderseitigen geschützten Interessen vorzunehmen.
- c) Die Vergabekammer darf bei der Sachentscheidung Umstände berücksichtigen, deren Offenlegung sie mit Rücksicht auf ein Geheimhaltungsinteresse abgelehnt hat, das nach Abwägung aller Umstände das Interesse der Beteiligten auf rechtliches Gehör auch unter Beachtung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz überwiegt.

BGH, Beschluss vom 31.01.2017 - X ZB 10/16

4. Erstattung von Anwaltskosten: Hinzuziehung eines externen Rechtsanwalts bei vorhandenem internen Sachverstand notwendig?

Handelt es sich bei dem Auftraggeber um ein Bundesland mit mehreren zentralen Vergabestellen, bei denen auch im Vergaberecht erfahrene Juristen tätig sind, kann die Hinzuziehung eines externen Bevollmächtigten unabhängig von der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage jedenfalls dann nicht festgestellt werden, wenn nicht dargelegt wird, dass und warum der interne juristische Sachverstand nicht ausgereicht hätte.

OLG Koblenz, Beschluss vom 16.01.2017 - Verg 5/16

5. Angebotsausschluss nur bei eindeutiger Leistungsbeschreibung in Bezug auf den Ausschlussgrund

- a) Der Ausschluss eines Angebotes ist nur zulässig, wenn die Leistungsbeschreibung gerade auch in Bezug auf den Ausschlussgrund eindeutig gewesen ist.
- b) Die nachträgliche Konkretisierung der Leistungsbeschreibung ist grundsätzlich zulässig und möglich.
- c) Die Entscheidungen oder Verfahrenshandlungen von Fachplanern gegenüber Bietern muss sich eine Vergabestelle grundsätzlich zurechnen lassen. Denn die Bieter kennen in der Regel die internen Vereinbarungen zwischen Vergabestelle und Fachplaner nicht.

VK Westfalen, Beschluss vom 25.10.2016 - VK 1-36/16

6. Verweis auf technische Spezifikationen ohne den Zusatz „oder gleichwertig“ zulässig?

Beschreibt eine Leistungsbeschreibung die technischen Anforderungen durch Bezug auf die im Anhang TS definierten technischen Spezifikationen gem. § 8 EG Abs. 2 VOL/A 2009 und fehlt dabei der Zusatz "oder gleichwertig", so verstößt die Beschreibung schon formal gegen die gesetzlichen Vorgaben.

VK Westfalen, Beschluss vom 01.09.2016 - VK 2-28/16

7. Bekanntmachung der Wertungskriterien und Dokumentation der Wertungsentscheidung

- a) Ein Auftraggeber muss den Bietern im Voraus bekannt geben, wie er die für ein Zuschlagskriterium erreichbaren Punkte ermittelt. Der Bewertungsmaßstab für die Angebotswertung muss eindeutig, klar und transparent bekannt geben werden. Dabei betrifft die Pflicht zur Bekanntmachung der Wertungskriterien nicht nur die Zuschlagskriterien im engeren Sinne, sondern das

Wertungssystem insgesamt, also auch alle Unterkriterien und Unter- Unterkriterien. Die Wertungskriterien müssen so weit konkretisiert sein, dass die dahinterstehenden Wertungspräferenzen des Auftraggebers von den Bietern erkannt werden können.

- b) Die Dokumentation einer Wertungsentscheidung, die nicht erkennen lässt, durch wen diese getroffen wurde, verstößt gegen das Transparenzgebot.

VK Nordbayern, Beschluss vom 17.03.2017 - 21.VK-3194-01/17

8. Keine Berücksichtigung einer nach Angebotsabgabe erfolgten Zertifizierung

- a) Eine aufgrund einer Nichtabhilfemitteilung nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB angelaufene Frist wird durch nachfolgende Korrespondenz zwischen der Vergabestelle und dem Bieter regelmäßig nicht berührt.
- b) Verlangt die Vergabestelle, dass ein Bieter bei Angebotsabgabe über eine abfallrechtliche Zertifizierung verfügt, muss eine erst nach Angebotsabgabe erfolgte Zertifizierung unberücksichtigt bleiben.

OLG München, Beschluss vom 21.04.2017 - Verg 2/17

9. Entschädigung für Bieteraufwand

- a) Verpflichtet sich der öffentliche Auftraggeber in den Vergabeunterlagen eines Vergabeverfahrens betreffend eine außergewöhnlich umfangreiche und komplexe und auf lange Frist ausgerichtete Zusammenarbeit, einen näher eingegrenzten Kreis der Teilnehmer mit einem noch festzulegenden Pauschalbetrag teilweise für ihren Aufwand im Vergabeverfahren zu entschädigen, ist auf diese Art der Leistungsbestimmung § 315 BGB entsprechend anzuwenden.
- b) Mangels näherer Bestimmung in den Vergabeunterlagen entspricht regelmäßig

eine Entschädigung in Höhe von einem bis zu zwei Dritteln der durchschnittlichen Kosten der Billigkeit.

- c) Die eigenen Personalkosten der Bieter können bei der Bemessung der Aufwandsentschädigung berücksichtigt werden (Weiterführung von BGH, Urteil vom 19.04.2016 - X ZR 77/14, VergabeR 2016, 479 = IBR 2016, 362 - Westtangente Rüsselsheim).

BGH, Urteil vom 31.01.2017 - X ZR 93/15

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

V. Mietrecht

Schönheitsreparaturenklausele: Unwirksamkeit auch bei renoviert überlassener Wohnung

In Fortsetzung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unwirksamkeit von Schönheitsreparaturenklausele in Mietverträgen bei unrenoviert überlassener Wohnung (BGH, Urteil vom 18.03.2015 - VIII ZR 185/14; hierzu Mandantenrundbrief Juni 2015) hat das Landgericht Berlin entschieden, dass eine formularmäßige Abwälzung der Schönheitsreparaturen im Mietvertrag ohne kostenmäßige Begrenzung oder einem angemessenen (finanziellen) Ausgleich auch dann unwirksam ist, wenn sich die Wohnung bei Übergabe an den Mieter in renoviertem Zustand befunden hat.

LG Berlin, Urteil vom 09.03.2017 - 67 S 7/17

Wieder einmal musste sich ein Gericht mit der Frage der Wirksamkeit einer formularmäßig vereinbarten Schönheitsreparaturenklausele befassen. In dem vom Landgericht Berlin entschiedenen Fall hatten die Parteien im Jahr 2001 einen Mietvertrag geschlossen, der die Klausele enthielt: „Die Kosten der Schönheitsreparaturen trägt der Mieter“. Nach Beendigung des Mietverhältnisses im Jahr 2015 gab der Mieter der Vermieterin die Wohnung unrenoviert zurück. Die Vermieterin erhob da-

rauffin gegen den Mieter Klage auf Schadensersatz wegen unterlassener Schönheitsreparaturen.

Bereits in erster Instanz wies das Amtsgericht Wedding die Klage der Vermieterin ab, da die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter nicht wirksam vereinbart worden sei. Auch mit ihrer Berufung vor dem Landgericht Berlin hatte die Vermieterin keinen Erfolg.

Das Landgericht ließ offen, ob die angemietete Wohnung zu Vertragsbeginn tatsächlich unrenoviert oder - dem Vortrag der Vermieterin entsprechend - renoviert war. Denn selbst wenn man davon ausgehe, dass der Mieter zu Beginn des Mietverhältnisses eine renovierte Wohnung erhalten habe, sei die Formularklausele, durch die die Pflicht, Schönheitsreparaturen durchzuführen, uneingeschränkt auf den Mieter abgewälzt werde, unwirksam. Die Klausele könne nach gesetzlich vorgeschriebener kundenfeindlichster Auslegung (§ 305c Abs. 2 BGB) nämlich so verstanden werden, dass ein Mieter, der während des Mietverhältnisses Schönheitsreparaturen nicht ausführe, obwohl diese fällig seien, deshalb gegen den Vermieter keinen Anspruch auf Gewährleistung wie zum Beispiel Minderung habe. Dies sei jedoch unwirksam, da es zwingend untersagt sei, von den gesetzlichen Regelungen zum Nachteil des Mieters Abweichendes zu vereinbaren (§ 536 Abs. 4 BGB).

Zudem benachteilige die kostenmäßig unbegrenzte Abwälzung der Schönheitsreparaturen den Mieter im Sinne des § 307 BGB unangemessen, sofern der Vermieter ihm für die während des Mietverhältnisses anfallenden Schönheitsreparaturen keinen angemessenen Ausgleich gewähre. Dies gelte auch dann, wenn dem Mieter die Wohnung beim Einzug renoviert übergeben wurde. Denn auch dann sei die Durchführung der Schönheitsreparaturen - insbesondere bei langjährigen Mietverhältnissen - für den Mieter mit unzumutbar hohen Kosten verbunden. Ein solcher Ausgleich müsse klar und deutlich vereinbart sein. Dies sei vorliegend nicht der Fall gewesen.

Indem das Landgericht Berlin mit seinem vorstehenden Urteil die Auffassung vertritt, dass ein Mieter auch bei einer anfänglich renovierten Mietwohnung nur dann durch eine Klausele

im Mietvertrag zur Vornahme von Schönheitsreparaturen verpflichtet werden darf, wenn ihm dafür ein angemessener Ausgleich zusteht oder wenn eine kostenmäßige Begrenzung vereinbart wird, setzt es die „strenge Linie“ des Bundesgerichtshofs im Hinblick auf die Wirksamkeit von formularmäßigen Schönheitsreparaturklauseln fort. Da das Landgericht wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache die Revision zum Bundesgerichtshof ausdrücklich zugelassen hat, bleibt abzuwarten, ob bzw. inwieweit die Entscheidung des Landgerichts höchstrichterlich bestätigt wird.

Rechtsanwalt Thilo Braun

VI. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Wettbewerbsverbot - fehlende Karenzentschädigung - salvatorische Klausel

Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ist nichtig, wenn die Vereinbarung entgegen § 110 GewO i.V.m. § 74 Abs. 2 HGB keinen Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Karenzentschädigung beinhaltet. Weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer können aus einer solchen Vereinbarung Rechte herleiten. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene salvatorische Klausel führt nicht - auch nicht einseitig zugunsten des Arbeitnehmers - zur Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots.

Die Klägerin war von Mai 2008 bis Dezember 2013 als Industriekauffrau bei der Beklagten beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete durch ordentliche Kündigung der Klägerin. Im Arbeitsvertrag ist ein Wettbewerbsverbot vereinbart, welches der Klägerin untersagt, für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Vertrags in selbständiger, unselbständiger oder sonstiger Weise für ein Unternehmen tätig zu sein, das mit der Beklagten in direktem oder indirektem Wettbewerb steht. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung ist eine Vertragsstrafe i.H.v. 10.000,00 € vorgesehen. Eine Karenzentschädigung sieht der Arbeitsvertrag nicht vor. Die "Nebenbestimmungen" des Arbeitsvertrags enthalten eine sogenannte salvatorische Klausel, wonach der Vertrag im Übrigen

unberührt bleiben soll, wenn eine Bestimmung nichtig oder unwirksam ist. Anstelle der nichtigen oder unwirksamen Bestimmung solle eine angemessene Regelung gelten, die, soweit rechtlich möglich, dem am nächsten kommt, was die Vertragsparteien gewollt haben oder nach dem Sinn und Zweck dieses Vertrags gewollt hätten, sofern sie bei Abschluss des Vertrags die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit bedacht hätten.

Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin, die das Wettbewerbsverbot eingehalten hat, für die Zeit von Januar 2014 bis Dezember 2015 eine monatliche Karenzentschädigung i.H.v. 604,69 € brutto. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben der Klage stattgegeben.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem Zehnten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Wettbewerbsverbote, die keine Karenzentschädigung vorsehen, sind nichtig. Weder kann der Arbeitgeber aufgrund einer solchen Vereinbarung die Unterlassung von Wettbewerb verlangen noch hat der Arbeitnehmer bei Einhaltung des Wettbewerbsverbots Anspruch auf eine Karenzentschädigung. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene salvatorische Klausel kann einen solchen Verstoß gegen § 74 Abs. 2 HGB nicht heilen und führt nicht - auch nicht einseitig zugunsten des Arbeitnehmers - zur Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots. Wegen der Notwendigkeit, spätestens unmittelbar nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Entscheidung über die Einhaltung des Wettbewerbsverbots zu treffen, muss sich die (Un-)Wirksamkeit aus der Vereinbarung ergeben. Daran fehlt es bei einer salvatorischen Klausel, nach der wertend zu entscheiden ist, ob die Vertragsparteien in Kenntnis der Nichtigkeit der Vereinbarung eine wirksame Vereinbarung abgeschlossen hätten und welchen Inhalt die Entschädigungszusage gehabt hätte

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 22.03.2017 - 10 AZR 448/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Abgekürzte Kündigungsfrist in der Probezeit nur bei eindeutiger Vertragsgestaltung

Sieht der Arbeitsvertrag eine Probezeit von längstens sechs Monaten vor, kann das Arbeitsverhältnis gemäß § 622 Abs. 3 BGB ohne weitere Vereinbarung von beiden Seiten mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Ist jedoch in einem vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag in einer weiteren Klausel eine längere Kündigungsfrist festgelegt, ohne unmissverständlich deutlich zu machen, dass diese längere Frist erst nach dem Ende der Probezeit gelten soll, ist dies vom Arbeitnehmer regelmäßig dahin zu verstehen, dass der Arbeitgeber schon während der Probezeit nur mit der vereinbarten längeren Frist kündigen kann.

Der Kläger war ab April 2014 bei der Beklagten als Flugbegleiter beschäftigt. Im schriftlichen Arbeitsvertrag, den die Beklagte vorformuliert hatte, war in § 1 pauschal bestimmt, dass sich die Rechte und Pflichten der Parteien nach einem Manteltarifvertrag richten; dieser sah während der Probezeit besondere Kündigungsfristen vor. In § 3 des Arbeitsvertrags war unter der Überschrift „Beginn und Dauer des Arbeitsverhältnisses“ vorgesehen, dass die ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses als Probezeit gelten. In § 8 des Vertrags, der mit „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ überschrieben war, war ohne Bezugnahme auf § 1 oder § 3 des Vertrags festgelegt, dass eine Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Monatsende gelte. Am 05.09.2014 erhielt der Kläger eine Kündigung zum 20.09.2014. Er begehrt die Feststellung, das Arbeitsverhältnis habe erst mit Ablauf der in § 8 des Arbeitsvertrags vereinbarten Frist und damit zum 31.10.2014 geendet. Aus dem Vertrag ergebe sich nicht, dass innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses eine kürzere Kündigungsfrist gelten solle.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil abgeändert und der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die Bestimmungen des von der Beklagten vorformulierten

Arbeitsvertrags sind als Allgemeine Geschäftsbedingungen so auszulegen, wie sie ein durchschnittlicher, regelmäßig nicht rechtskundiger Arbeitnehmer versteht. Aus Sicht eines solchen Arbeitnehmers lässt eine Vertragsgestaltung wie die im Arbeitsvertrag der Parteien nicht erkennen, dass dem Verweis auf den Manteltarifvertrag und der Vereinbarung einer Probezeit eine Bedeutung für Kündigungsfristen zukommt. Nach Wortlaut und Systematik des Vertrags ist vielmehr allein die Bestimmung einer sechswöchigen Kündigungsfrist maßgeblich. Diese Frist gilt auch für Kündigungen in der vereinbarten Probezeit.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 23.03.2017 - 6 AZR 705/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

3. Dynamische Bezugnahme Klausel im Arbeitsvertrag - Betriebs- bzw. Unternehmensübergang beim Erwerb von Anteilen an einem Unternehmen?

Der Kläger ist seit 1984 bei der Beklagten, die eine Rehabilitationsklinik betreibt, beschäftigt. Nach § 2 des zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrages gelten für das Arbeitsverhältnis die Vorschriften des Bundesangestelltentarifvertrages (BAT) vom 23.02.1961, die diesen Tarifvertrag ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung (...), soweit in dem Arbeitsvertrag nicht ausdrückliche Regelungen getroffen sind. Die Beklagte war und ist nicht tarifgebunden. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts wurde die MAG mit Wirkung zum 01.01.2002 Gesellschafterin der Beklagten. Bereits seit Jahren streiten die Parteien darüber, ob dem Kläger Entgelt nach den Entgelttabellen des Tarifvertrages für den Öffentlichen Dienst (TVöD) in ihrer jeweils geltenden Fassung zusteht. Mit Urteil vom 15.02.2007 hat das Arbeitsgericht Essen in einem Vorprozess u. a. festgestellt, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien die Vorschriften des TVöD vom 13.09.2005 einschließlich der diese Vorschriften ergänzenden, ändernden und ersetzenden Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung finden. Das Urteil ist rechtskräftig.

Der Kläger hat die Beklagte u. a. auf Zahlung rückständigen Entgelts für die Monate Januar bis November 2013 auf der Grundlage einer im Jahr 2013 geltenden Entgelttabelle des TVöD in Anspruch genommen. Zur Begründung hat er sich auf das rechtskräftige Urteil des Arbeitsgerichts Essen in dem Vorprozess berufen. Die Beklagte hat geltend gemacht, aus dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) in der Rechtssache Alemo-Herron ua. (EuGH 18.07.2013 - C-426/11 -) sowie aus Art. 16 der Charta der Grundrechte (GRC) folge, dass sie nicht dynamisch an den TVöD gebunden sei; vielmehr gelte der BAT statisch mit dem Stand 31.01.2003. Dies führe zu einer Durchbrechung der Rechtskraft des arbeitsgerichtlichen Urteils in dem Vorprozess.

Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht haben der Klage stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten hatte vor dem Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Das Landesarbeitsgericht durfte dem Kläger nicht das eingeklagte Entgelt zusprechen. Zwar hat der Kläger für die Monate Januar bis November 2013 nach § 2 des Arbeitsvertrages i.V.m. § 15 TVöD Anspruch auf das monatliche Tabellenentgelt nach der für diese Zeit für ihn maßgeblichen Tabelle. Aufgrund des Urteils des Arbeitsgerichts Essen vom 15.02.2007 steht rechtskräftig fest, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien die Vorschriften des TVöD einschließlich der diese Vorschriften ergänzenden, ändernden und ersetzenden Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung finden. Daran ändern weder das Urteil des EuGH in der Rechtssache Alemo-Herron ua. (EuGH 18.07.2013 - C-426/11 -) noch Art. 16 GRC etwas, da der vorliegende Sachverhalt weder in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.03.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- und Betriebsteilen noch in den von Art. 16 GRC fällt. Der bloße Erwerb von Anteilen an einem Unternehmen stellt nach der Rechtsprechung des EuGH keinen Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen i.S.d. Richtlinie 2001/23/EG dar.

Das angefochtene Urteil erweist sich allerdings insoweit als rechtsfehlerhaft, als das Landesarbeitsgericht nicht geprüft hat, ob dem Kläger Entgelt nach der von ihm reklamierten Entgeltgruppe KR 7a Stufe 6 zustand. Aufgrund der vom Landesarbeitsgericht bislang getroffenen Feststellungen konnte der Senat nicht abschließend beurteilen, nach welcher Entgeltgruppe und welcher Stufe welcher Tabelle sich das monatliche Entgelt des Klägers bemisst, und damit nicht entscheiden, in welcher Höhe dem Kläger Ansprüche auf rückständiges Entgelt zustehen. Dies führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 23.03.2017 - 8 AZR 89/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

4. Kündigungsschutz nach einem Entlassungsverlangen des Betriebsrats

Ist einem Arbeitgeber auf Antrag des Betriebsrats in einem Verfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG rechtskräftig aufgegeben worden, einen Arbeitnehmer zu entlassen, liegt für eine ordentliche Kündigung dieses Arbeitnehmers ein dringendes betriebliches Erfordernis i.S.d. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vor.

Die Klägerin war bei dem beklagten Versicherungsunternehmen langjährig als Sachbearbeiterin beschäftigt. Ende April 2015 forderte der Betriebsrat die Beklagte auf, die Klägerin zu entlassen, hilfsweise sie zu versetzen. Zur Begründung verwies er auf Vorfälle, die sich zwischen der Klägerin und ihren Arbeitskollegen im Oktober 2014 und Januar 2015 ereignet haben. Die Beklagte kam dem Verlangen zunächst nicht nach. In dem daraufhin vom Betriebsrat eingeleiteten Beschlussverfahren gem. § 104 Satz 2 BetrVG gab das Arbeitsgericht der Beklagten antragsgemäß auf, die Klägerin „zu entlassen“. Die Klägerin war in dem Beschlussverfahren nach § 83 Abs. 3 ArbGG angehört worden. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Klägerin außerordentlich, hilfsweise ordentlich zum 30.06.2016.

Dagegen hat sich die Klägerin mit der vorliegenden Klage gewandt. Sie hat gemeint, es liege weder ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB für die außerordentliche Kündigung vor noch sei die ordentliche Kündigung sozial gerechtfertigt i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG. Beide Vorinstanzen haben festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis zwar nicht durch die fristlose Kündigung aufgelöst worden ist, die gegen die ordentliche Kündigung gerichtete Klage wurde jedoch abgewiesen. Im Revisionsverfahren verfolgen die Parteien ihre ursprünglichen Anträge weiter.

Die Rechtsmittel beider Parteien blieben vor dem Bundesarbeitsgericht ohne Erfolg. Der

Zweite Senat hat entschieden, dass aufgrund der - auch im Verhältnis zur Klägerin - rechtskräftigen Entscheidung des Arbeitsgerichts, wonach die Beklagte die Klägerin zu entlassen hatte, ein dringendes betriebliches Erfordernis i.S.d. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG für die ordentliche Kündigung gegeben war. Dagegen war der Beklagten durch den Beschluss nicht die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgegeben worden.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 28.03.2017 - 2 AZR 551/16 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

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

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

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim
Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Thilo Braun, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg
Druck: Rhein-Neckar-Druck, Karl-Trunzer-Straße 2, 74722 Buchen