

Mandanten-Rundbrief

- Juni 2018 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Rechtsprechungsänderung: kein Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten!	2
2.	Nicht in die Handwerksrolle eingetragen: Vertrag wegen Schwarzarbeit nichtig?	2
3.	Exposé wird nicht Vertragsinhalt – aber Vorsicht bei Verträgen nach neuem Bauträgerrecht!	3
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	4
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	6
IV.	Mietrecht	9
	Von Bornheim und Partner erstritten: Mietpreisbremse in Hessen unwirksam	9
V.	Leitsätze zum Miet- und Nachbarrecht	10
VI.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	12

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Rechtsprechungsänderung: kein Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten!

Der Besteller, der das Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, kann im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung gegen den Unternehmer seinen Schaden nicht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung). Hat der Besteller die durch das Werk geschaffene Sache veräußert, ohne eine Mängelbeseitigung vorzunehmen, kann er den Schaden nach dem konkreten Mindererlös wegen des Mangels der Sache bemessen.

BGH, Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17

Die Klägerin beauftragte den Beklagten unter Einbeziehung der VOB/B mit der Ausführung von Natursteinarbeiten im Innen- und Außenbereich eines Einfamilienhauses. Die Klägerin nahm die Arbeiten ab und bezahlte die Schlussrechnung. Zwei Jahre später zeigten sich Risse, Ablösungen und Ausspülungen der ausgeführten Platten. Eine zur Nachbesserung gesetzte Frist ließ der Beklagte unbeachtet.

Das LG hat der auf Vorschuss zur Mängelbeseitigung gerichteten Klage stattgegeben. Während des Berufungsverfahrens veräußerte die Klägerin das Objekt. Das Berufungsgericht hat die Revision zur Schadenshöhe zugelassen wegen der Frage, wie der Schaden zu bemessen sei, wenn der Besteller auf die Beseitigung des Werkmangels verzichte.

Der BGH beantwortet diese Frage in Abänderung seiner bisherigen Rechtsprechung dahingehend, dass der Besteller seinen Schaden nicht (mehr) nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen kann.

Der BGH rekurriert zunächst auf seine bisherige Rechtsprechung. Danach war es im Falle der Veräußerung der mangelhaften Sache dem Besteller möglich, seinen Schaden nach dem konkreten Mindererlös darzulegen. Der Mindererlös wurde typischerweise anhand der

Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der Sache ohne Mangel und dem gezahlten Kaufpreis ermittelt. Alternativ konnte der Besteller einen Zahlungsanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten geltend machen. Denn bereits der Mangel des Werks selbst sei – unabhängig von dessen Beseitigung – der Schaden und zwar in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten.

An letzterem hält der BGH aus folgenden Gründen nicht mehr fest: Der Besteller, der keine Aufwendungen zur Mängelbeseitigung tätigt, habe gerade keinen Vermögensschaden in Form und Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten erlitten. Zudem sei ein Mangel des Werks lediglich ein Leistungsdefizit, das durch eine Schadensbemessung anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten nicht zutreffend abgebildet werde. Häufig erfolge dadurch eine Überkompensation und somit eine nicht gerechtfertigte Bereicherung des Bestellers. Eine Ersatzpflicht, die zu einer Überkompensation führt, hat der BGH auch in den Fragen der Ersatzfähigkeit der Umsatzsteuer (= nur wenn sie tatsächlich anfällt) sowie im Rahmen der Leistungskette (= kein Ersatzanspruch des „mittleren Gliedes“ der Leistungskette, wenn dieses von seinem Auftraggeber nicht mehr in Anspruch genommen wird) verneint.

Diese Rechtsprechung führt der BGH nun konsequent fort und hält fest, dass ein Ersatz fiktiver Kosten für nicht getroffene Dispositionen ausscheidet. Dies gelte sowohl für den BGB- als auch für den VOB/B-Vertrag. Allerdings könne der Besteller, der einen Mangel (endgültig) nicht beseitigt, die Vergütung (nach wie vor) mindern. Zur Schadensbemessung könne der Besteller, so der BGH, beispielsweise auf die Vergütungsteile abstellen, die auf die mangelhafte Leistung entfallen. Die Vergütung ist dann um diesen Teil zu mindern.

Rechtsanwältin Anna-Katrin Büntzly

2. Nicht in die Handwerksrolle eingetragen: Vertrag wegen Schwarzarbeit nichtig?

Übernimmt ein Handwerker Arbeiten eines zulassungspflichtigen Handwerks, ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein,

stellt dies Schwarzarbeit dar, was zur Nichtigkeit des geschlossenen Bauvertrags führt.

OLG Frankfurt, Urteil vom 24.05.2017 - 4 U 269/15

Im zu entscheidenden Fall war der klagende Auftragnehmer (AN), der zum Zeitpunkt der Auftragserteilung und Durchführung der Arbeiten nicht in die Handwerksrolle eingetragen war, mit der Ausführung von Maler-, Tapezier-, Trockenbau-, Fliesenleger-, Fußboden- und Rohbauarbeiten beauftragt worden. Nach deren Erbringung verlangt er vom Auftraggeber (AG) restliche Vergütung. Der AG erhebt Widerklage auf Erstattung erbrachter Abschlagszahlungen mit der Begründung, der Werkvertrag sei wegen eines Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Nr. 5 SchwarzArbG gemäß § 134 BGB nichtig. Das Landgericht gibt der Klage teilweise statt und weist die Widerklage ab.

Auf die Berufung des AG ändert das OLG das erstinstanzliche Urteil ab und weist sowohl die Klage als auch die Widerklage ab. Der Werkvertrag sei gemäß § 134 BGB, § 1 Abs. 2 Nr. 5 SchwarzArbG nichtig, weil er Werkleistungen eines zulassungspflichtigen Handwerks zum Gegenstand habe, die der AN übernommen habe, ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein. Dies stelle gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 5 SchwarzArbG Schwarzarbeit dar.

Es ist sehr fraglich, ob diese Auffassung des OLG Frankfurt zutrifft. Problematisch daran ist, dass das Urteil keine Feststellungen dazu enthält, ob der AG zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von der fehlenden Eintragung des AN in die Handwerksrolle wusste. Mit dieser Frage hat sich das OLG auch in den Urteilsgründen nicht auseinandergesetzt. Das wäre jedoch angebracht gewesen angesichts der Tatsache, dass nach der Rechtsprechung des BGH Verstöße gegen das SchwarzArbG grundsätzlich nur dann zur Nichtigkeit des Werkvertrags führen, wenn beide Parteien vorsätzlich gegen das Gesetz verstoßen, während ein lediglich einseitiger Verstoß nur ausreicht, wenn der AG den Gesetzesverstoß des AN kennt und diesen bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt (s. z.B. BGH, Urteil vom 16.03.2017 -

VII ZR 197/16, Mandantenrundbrief Juni 2017, S. 2; BGH, Urteil vom 01.08.2013 - VII ZR 6/13 - NJW 2013, 3167). Dementsprechend hat das OLG Düsseldorf entschieden, dass ein einseitiger Verstoß gegen das SchwarzArbG in Gestalt einer fehlenden Gewerbeanmeldung nicht zur Nichtigkeit des Werkvertrags führt (Beschluss vom 05.02.2016 - 23 U 110/15). Das Kammergericht hat in einem nach der hier besprochenen Entscheidung des OLG Frankfurt ergangenen Urteil entschieden, dass Gleiches auch für den Fall eines fehlenden Eintrags in die Handwerksrolle gilt (KG, Urteil vom 05.09.2017 - 7 U 136/16; vgl. auch BGH, Urteil vom 22.09.1983 - VII ZR 43/83, allerdings noch nicht unter der Geltung des SchwarzArbG).

Gleichwohl ist den Parteien eines Werkvertrags im Hinblick auf das hier besprochene Urteil des OLG Frankfurt anzuraten, beim Vertragsschluss Vorsicht walten zu lassen.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

3. Exposé wird nicht Vertragsinhalt – aber Vorsicht bei Verträgen nach neuem Bauträgerrecht!

Handelt es sich bei den bildlichen Darstellungen des Bauvorhabens in einem Exposé vornehmlich um Computergrafiken, kann der Erwerber nicht darauf vertrauen, dass das Objekt in der Realität exakt so ausgeführt wird, wie in den Computergrafiken visualisiert.

Eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes vor Vertragsschluss durch den Verkäufer, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, führt in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB.

OLG Köln, Urteil vom 23.11.2016 – 11 U 173/15; BGH, Beschluss vom 30.05.2017 – VII ZR 302/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Die Wohnungseigentümergeinschaft (WEG) macht gegen den Bauträger aus zwei Erwer-

berverträgen Minderungsansprüche i. H. v. insgesamt € 22.000,00 wegen optischer Mängel am Gemeinschaftseigentum geltend, da die Klinkerfassade, die Farbgebung der Holzbau- teile, die Balkonbrüstung und das Garagentor optisch von dem im Exposé dargestellten und beworbenen Erscheinungsbild des Gebäudes abweichen. Der Inhalt und die bildlichen Dar- stellungen des Exposés wurden nicht notariell beurkundet.

Das OLG Köln weist die Klage der WEG ab und gibt dem Bauträger Recht. Zur Begrün- dung führt das OLG aus, eine mittels Grafik- programm geschaffene Architekturdarstellung berge die Möglichkeit gewisser Abweichungen bei der Umsetzung und Präsentation der ge- planten Idee, gerade auch in Details wie der genauen Farbgebung. Deshalb erscheine ein Vertrauen darauf, ein Objekt werde exakt so in der Realität ausgeführt wie in einer Comput- grafik visualisiert, schon im Ausgangspunkt nicht gerechtfertigt. Hinzu kam im vorliegenden Fall, dass selbst innerhalb des Exposés die grafische und die textliche Darstellung vonei- nander abwichen. Darüber hinaus zieht das OLG Köln zur Begründung die Rechtspre- chung des V. Zivilsenats des BGH in den Urtei- len vom 06.11.2015 (V ZR 78/14) und vom 22.04.2016 (V ZR 23/15) heran. Danach führt eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes durch den Ver- käufer vor Vertragsschluss, die in der notari- ellen Urkunde keinen Niederschlag findet, in al- ler Regel nicht zu einer Beschaffenheitsverein- barung.

Bauträger sollten sich dennoch nicht darauf verlassen, dass das Exposé bei der Bestim- mung des Bausolls keine Rolle spielt, da es in aller Regel nicht beurkundet wird. Die Argu- mentation des OLG trifft nämlich auf einen Bauträgervertrag, der nach dem 01.01.2018 beurkundet wird und somit dem neuen Bauträ- gerrecht unterfällt, dann nicht zu, wenn die no- tariell beurkundete Baubeschreibung unvoll- ständig oder unklar ist. Bei Widersprüchen in der Baubeschreibung ist der Vertrag gemäß §§ 650u Abs. 1 S. 2, 650k Abs. 2 S. 1 BGB un- ter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbeglei- tender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Lei- stungsbeschreibung auszulegen. Zu den ver- tragsbegleitenden Umständen zählen auch

Exposés und Prospekte. Ähnlich der Ausle- gung von AGB gehen „Zweifel bei der Ausle- gung zu Lasten des Unternehmers“. Deshalb sollten Bauträger unbedingt darauf achten, dass ihre Baubeschreibungen klar und ver- ständlich sind und keine Widersprüche enthal- ten. Andernfalls können Angaben im Exposé bei der Bestimmung der vereinbarten Beschaf- fenheit des Bauwerks relevant werden.

Rechtsanwältin Julia Fierlinger, LL.M. (USC)

II. Leitsätze zum Bau- und Architekten- recht

1. Sicherungsverlangen des Bauunter- nehmers können auch andere Motive zugrunde liegen

Es stellt keine unzulässige Rechtsausübung und auch keinen Verstoß gegen das bauver- tragliche Kooperationsgebot dar, wenn dem Sicherungsverlangen des Unternehmers nach § 648a Abs. 1 BGB auch andere Motive als die bloße Erlangung einer Sicherheit zugrunde lie- gen.

BGH, Urteil vom 23. November 2017 - VII ZR 34/15

2. Abgrenzung zwischen von der Bau- wesenversicherung gedecktem Scha- den an der Bauleistung und ausge- schlossenem Mangel der Bauleistung (reiner Baumangel)

- a) Für die Abgrenzung, ob es sich bei einem eingetretenen Schaden um einen in der Bauwesenversicherung gedeckten Scha- den an der Bauleistung oder um einen ausgeschlossenen Mangel der Bauleistung selber (reiner Baumangel) handelt, ist maßgebend, ob sich die Beeinträchtigung in dem Leistungsmangel erschöpft und ei- nen integralen Bestandteil dieser Leistung darstellt oder ob sie darüber hinausgeht (Rn. 25)(Anschluss an BGH NJW 1979, 2404; BGH NJW 1979, 2406). (redaktio- neller Leitsatz).
- b) Bei komplexeren Bauleistungen (hier: Er- stellen von Primärstützen in Form von

Bohren, Einbringen des Bohrrohrs, des Betonierens und anschließendem Ziehen der Bohrröhre) erfolgt die Abgrenzung zwischen einheitlicher Leistung und selbständiger Teilleistung danach, ob sich die Leistung nach den technischen Gegebenheiten und der natürlichen Lebensauffassung als einheitliche Leistung oder als mehrere Leistungen darstellt. Ein Kriterium ist die Frage, ob die in Rede stehenden Leistung(en) typischerweise durchgehend von einem oder von mehreren Unternehmen erbracht werden (Rn. 25). (redaktioneller Leitsatz).

LG München I, Endurteil v. 17.11.2017 – 26 O 9152/15

3. Sanierungsvereinbarung und Schiedsgutachtervereinbarung

- a) Umfasst eine Vereinbarung zwischen Bauunternehmer und Wohnungseigentümergeinschaft sämtliche aus der mangelhaften Erstellung des Gemeinschaftseigentums herrührenden Folgen einschließlich noch ausstehender rechtsgeschäftlicher Abnahme, so ändert sich damit der Werkvertrag im Erfüllungsstadium in ein neues vertragliches Verhältnis der Durchführung einer Sanierung entsprechend den vereinbarten Vorgaben. (Rn. 20) (redaktioneller Leitsatz).
- b) Hat bei Entscheidungsreife des Gerichtsverfahrens entgegen einer Schiedsgutachtervereinbarung der Schiedsgutachter die festzustellenden Tatsachen noch nicht festgestellt, ist die Klage als zur Zeit unbegründet abzuweisen (Anschluss BGH BeckRS 9998, 75768). (Rn. 22) (redaktioneller Leitsatz).

OLG München, Endurteil v. 09.05.2017 – 9 U 2687/16 Bau

4. Bauhandwerkersicherung beim Pauschalpreisvertrag grundsätzlich in Höhe des Pauschalpreises

- a) Der nach § 648a Abs. 1 BGB sicherungsfähige Vergütungsanspruch des Werkun-

ternehmers besteht bei einem Pauschalpreisvertrag grundsätzlich in dem Pauschalpreis. Veränderungen des Leistungsumfangs sind nur insoweit zu berücksichtigen, als sie vom Unternehmer selbst vorgebracht werden oder unstrittig sind und nach der Struktur des Pauschalpreisvertrages Einfluss auf die Vergütung haben können.

- b) Streitige Mängel der Werkleistung können nach dem Sinn und Zweck der Sicherheitsleistung, nämlich dem Unternehmer eine Sicherheit zu gewähren, die ihren Zweck nicht verfehlt, ihn vor dem Ausfall des Bestellers zu schützen, im Rechtsstreit über die Sicherheitsleistung keine Berücksichtigung finden, mögen sie auch gravierend sein.
- c) Der Unternehmer kann auch in Höhe des Gewährleistungseinhalts Sicherheitsleistung verlangen. Dafür spricht der Wortlaut des § 648a Abs. 1 S. 1 BGB, nach dem Sicherheit für die gesamte "vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung" verlangt werden kann, ferner der Umstand, dass der Sicherungsanspruch bereits vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses an geltend gemacht werden kann. Wenn im Übrigen weder Abnahme noch Fälligkeit des Werklohnanspruchs Voraussetzung des Sicherungsanspruchs sind, kann auch ein vereinbarter Gewährleistungseinhalt dem Sicherungsverlangen nicht entgegenstehen. Der Besteller erfährt ausreichende Sicherung dadurch, dass er die Mängel einrede dem Zahlungsanspruch (nicht dem Sicherungsanspruch) entgegenhalten kann.

OLG Naumburg, Urteil vom 13.03.2017 - 1 U 128/16

5. Zur umfassenden Modernisierung und Renovierung eines Altbaus gehört auch ein den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechender Schallschutz

Verpflichtet sich ein Bauträger zur umfassenden Modernisierung und Renovierung eines Altbaus, schließt dies im Zweifel alle Maßnah-

men ein, die hierfür erforderlich sind. Dazu gehört auch ein den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechender (Tritt- und Luft-) Schallschutz.

OLG Köln, Urteil vom 02.03.2018 - 19 U 166/15

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Bei der Begründung nach § 134 Abs. 1 GWB darf sich der öffentliche Auftraggeber kurzfassen

- a) Nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB ist ein Antrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gegen den Auftraggeber gerügt werden. Ein Verstoß gegen das vergaberechtliche Gebot der produktneutralen Ausschreibung wird als erkennbar angesehen.
- b) Nach § 134 Abs. 1 GWB hat der öffentliche Auftraggeber u.a. die Gründe für die Nichtberücksichtigung anzugeben. Hinter dem Erfordernis, die Gründe der Nichtberücksichtigung anzugeben, steht der Zweck, dem Bieter die Prüfung der Erfolgsaussichten eines Rechtsschutzverfahrens zu ermöglichen. Dabei sollen die Anforderungen an die Begründung aber nicht überspannt werden. Der Auftraggeber darf sich kurzfassen. Der unterlegene Bieter muss eine auf den konkreten Einzelfall zugeschnittene Begründung für die Nichtberücksichtigung seines Angebots erhalten.
- c) Als sogenannte „Kann-Vorschrift“ listet § 124 GWB fakultative Ausschlussgründe auf. Das Beurteilungsermessen des öffentlichen Auftraggebers erstreckt sich nicht nur auf die Frage des Vorliegens des Ausschlussgrundes, sondern der Auftraggeber hat auch einen Ermessensspielraum, ob er von der Möglichkeit des Ausschlusses bei nachweislichem Vorliegen des Ausschlussgrundes auch tatsächlich Gebrauch machen will.

VK Nordbayern, Beschluss vom 23.01.2018 - RMF-SG21-3194-2-19

2. Bieterausschluss nach § 15 EU Abs. 2 VOB/A bei Nichtbeantwortung von Fragen im Rahmen einer zulässigen Aufklärung

- a) Auch bei einem hinsichtlich des Gesamtpreises unauffälligen Angebot darf der Auftraggeber Aufklärung zu Einzelpreisen verlangen, wenn diese sowohl von den eigenen Preisen des Bieters zu ähnlichen Positionen als auch von den Preisen der Konkurrenten exorbitant abweichen und diese Abweichungen weder durch einen höheren Leistungsumfang noch durch Marktgegebenheiten oder -besonderheiten zu erklären sind.
- b) Beantwortet ein Bieter Fragen, die ihm der Auftraggeber im Rahmen einer zulässigen Aufklärung stellt, innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht, muss ein Angebot nach § 15 EU Abs. 2 VOB/A ausgeschlossen werden.
- c) Dies gilt auch dann, wenn noch ein Bietergespräch ansteht.
- d) Die Aufklärung nach § 15 EU VOB/A ist eine Angelegenheit allein zwischen dem Auftraggeber und dem Unternehmen, und zwar innerhalb der vom Auftraggeber festgesetzten Frist.
- e) Erklärungsversuche, die sich erstmals in den Schriftsätzen des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin an die Vergabekammer oder den Senat finden, sind von vorneherein unbeachtlich.

OLG Koblenz, Beschluss vom 04.01.2018 - Verg 3/17

3. Keine einseitige Änderung von Zuschlags- und Bindefrist durch den Bieter

- a) Der Auftraggeber hat gem. § 41 Abs. 1 VgV in der Auftragsbekanntmachung eine

elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen uneingeschränkt und vollständig abgerufen werden können. Das gilt auch für zweistufige Vergabeverfahren (OLG München, Beschl. v. 13.03.2017, Verg 15/16).

- b) Die Öffnung der Angebote muss nach § 55 Abs. 2 VgV von mindestens zwei Vertretern des öffentlichen Auftraggebers durchgeführt werden. Dies ist zu dokumentieren. Die Öffnung darf nicht ausschließlich von Mitarbeitern eines beauftragten Büros durchgeführt werden. Sie ist ebenso wie die Wertung ureigene Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers.
- c) Zuschlagskriterien müssen gem. § 127 Abs. 3 GWB entweder einen Bezug zur zu vergebenden Leistung haben, was bei der Darstellung von Vorgehensweisen anhand von Referenzprojekten problematisch ist oder gem. § 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV Organisation, Qualifikation und Erfahrung des konkret für die Auftragsausführung eingesetzten Personals bewerten.
- d) Werden bei der Vergabe freiberuflicher Dienstleistungen die Inhalte einer Präsentation und das Auftreten der Bieter im Präsentationstermin bewertet, ohne dass die Möglichkeit besteht, aufgrund der Ergebnisse des Präsentationstermins die Angebote zu überarbeiten, spricht viel dafür, dass bei einem solchen Vorgehen ein Vorbehalt gem. § 17 Abs. 11 VgV in die Bekanntmachung aufgenommen werden muss.

VK Südbayern, Beschluss vom 02.01.2018 - Z3-3-3194-1-47-08/17

4. Ausschluss des Angebotes wegen Abänderung der Bindefrist

- a) Ein Bieter ist nicht berechtigt, die in den Vergabeunterlagen vorgesehene Zuschlags- und Bindefrist einseitig abzuändern. Der aus einer entsprechenden Verletzung resultierende Ausschluss ist zwingend. Die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung erfordern Angebote, die in jeder Hinsicht vergleichbar sind.

- b) Auf ein Angebot darf der Zuschlag nicht erteilt werden, wenn es den Vorgaben der Vergabeunterlagen nicht in allen Punkten entspricht, denn es fehlt an den für einen Vertragsabschluss erforderlichen sich deckenden und sich entsprechenden Willenserklärungen.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 01.09.2017 - 3 VK LSA 67/17

5. Vergabeverstöße müssen innerhalb des Primärrechtsschutzes angefochten werden, um sich bei einem zivilrechtlichen Schadensersatzprozess darauf berufen zu können

Der von einem Vergabefehler betroffene Bieter muss Primärrechtsschutz in Anspruch nehmen, anderenfalls ist er in einem zivilrechtlichen Schadensersatzprozess damit ausgeschlossen, sich auf diesen Vergabeverstoß zu berufen.

OLG Celle, Urteil vom 18.01.2018 - 11 U 121/17

6. Voraussetzungen für die zulässige Festlegung von Gewichtungskoeffizienten für die Unterkriterien nach Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote durch den öffentlichen Auftraggeber

- a) Ein öffentlicher Auftraggeber darf keine Gewichtungsregeln oder Unterkriterien für die Zuschlagskriterien anwenden, die er den Bietern nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat (m. H. a. Urteil vom 24. Januar 2008, Lianakis u. a., C-532/06, EU:C:2008:40, Rn. 38).
- b) Dennoch kann es zulässig sein, dass ein öffentlicher Auftraggeber nach Ablauf der Frist für die Einreichung von Angeboten Gewichtungskoeffizienten für die Unterkriterien festlegt, die im Wesentlichen den Kriterien entsprechen, die den Bietern vorher zur Kenntnis gebracht wurden. Diese nachträgliche Festlegung hat jedoch drei Voraussetzungen. Erstens darf sie die in

den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung bestimmten Zuschlagskriterien nicht ändern; zweitens darf sie nichts enthalten, was, wenn es bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wäre, diese Vorbereitung hätte beeinflussen können; und drittens darf sie nicht unter Berücksichtigung von Umständen gewählt worden sein, die einen der Bieter diskriminieren konnten (m. H. a. Urteile vom 24. November 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio u. a., C-331/04, EU:C:2005:718, Rn. 32, vom 21. Juli 2011, Evropaiki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2011:512, Rn. 32 und 33, sowie vom 14. Juli 2016, TNS Dimarso, C-6/15, EU:C:2016:555, Rn. 26).

EuGH, Urteil vom 20.12.2017 - Rs. C-677/15 P

7. Kriterien für die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses nach § 60 Abs. 3 VgV

- a) Ein Ausschluss des Angebots nach § 60 Abs. 3 VgV ist rechtmäßig, wenn die Vergabestelle nach der Prüfung gemäß § 60 Abs. 1 und 2 VgV die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären kann.
- b) Die Wertungsentscheidung muss den an sie zu stellenden vergaberechtlichen Anforderungen genügen. Dazu gehört, dass das vorgeschriebene Verfahren für die Bewertung eingehalten und der Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt wird sowie die von der Vergabestelle selbst aufgestellten Vorgaben beachtet und keine sachwidrigen und gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßenden Erwägungen angestellt werden.
- c) Eine Forderung nach Unterlegen der Höchstpunktzahl mit konkretisierenden Informationen zu den von der Antragsgegnerin mit der Erfüllung der Kriterien verbundenen Erwartungen würde die Antragsgegnerin dazu zwingen, Aufgaben zu übernehmen, deren Lösung sie im Rahmen der funktionalen Ausschreibung auf die Bieter delegieren wollte.
- d) In der Dokumentation muss der Auftraggeber seine für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind.
- e) Die Leistungsbeschreibung ist Ausdruck der Dispositionsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers. Er hat das Leistungsbestimmungsrecht und legt fest, welchen Beschaffungsgegenstand er für erforderlich und wünschenswert hält. Die Bieter haben keine rechtliche Möglichkeit, über die konkreten Inhalte der Leistung zu bestimmen, und sind an die Vorgaben des Auftraggebers gebunden. Es kommt nicht darauf an, ob die zu beschaffende Leistung für den Auftraggeber und dessen Bedürfnisse tatsächlich geeignet, zweckmäßig, sinnvoll oder wirtschaftlich ist.

VK Nordbayern, Beschluss vom 14.12.2017 - RMF-SG21-3194-02-14

8. Informations- und Wartepflicht auch im Unterschwellenbereich?

- a) Bei der Überlassung eines Grundstücks handelt es sich um eine Dienstleistungskonzession, wenn die öffentliche Auftraggeberin Dienstleistungen in Form von Freizeitmöglichkeiten für ihre Bürger und Besucher schafft, wobei die Verwaltung und Instandhaltung der Anlage durch den Betreiber erfolgt, der in erheblichem Umfang das Betriebsrisiko trägt. Auch unterhalb der Schwellenwerte und unterhalb einer Binnenmarktrelevanz erfordert der Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 GG, derartige Verträge in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben.
- b) Es sprechen gewichtige Gründe dafür, auch im Unterschwellenbereich die Einhaltung einer Informations- und Wartepflicht durch den öffentlichen Auftraggeber zu verlangen.

- c) Gibt es gewichtige Indizien dafür, dass das Interesse der Antragstellerin am Auftrag nur vorgeschoben ist und das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung missbraucht wird, bedarf es sowohl einer substantiierten Darlegung dazu, worin das Interesse am Auftrag besteht, insbesondere in welcher Weise das Freizeitgelände genutzt werden soll, als auch einer Glaubhaftmachung, etwa durch eidessstattliche Versicherung des Geschäftsführers der Antragstellerin.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.12.2017 - 27 U 25/17

9. Rechtmäßigkeit des Widerrufs eines Zuwendungsbescheides aufgrund des Verstoßes gegen Vorschriften der VOB

- a) Zwar berechtigt eine besonders dringliche Leistung den Auftraggeber, von einer Ausschreibung abzusehen (§ 3 Abs.5 Satz 1 Nr. 2 VOB/A). Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Auftraggeber die Eilbedürftigkeit nicht selbst verursacht hat, sondern diese auf äußere, von ihm nicht beeinflusste Umstände zurückzuführen ist, etwa Unfälle und Naturkatastrophen (m. H. a. Jasper/Soudr, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl., VOB/A § 3 Rn. 63).
- b) Ist ein Verwendungsnachweis inhaltlich zu beanstanden, etwa weil er unvollständig oder nicht hinreichend genau ist, ist der Zuwendungsempfänger zunächst zur Vorlage eines ordnungsgemäßen Nachweises aufzufordern, bevor aus diesem Grund der Zuwendungsbescheid widerrufen wird.
- c) Selbst wenn von einem sog. intendierten Ermessen auszugehen ist, ist zu verlangen, dass die Behörde den ihr zustehenden Ermessensspielraum erkennt und prüft, ob ausnahmsweise eine andere Entscheidung als der Widerruf des Zuwendungsbescheides in Betracht kommt.

VG Schleswig, Urteil vom 13.12.2017 - 12 A 205/15

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

IV. Mietrecht

Von Bornheim und Partner erstritten: Mietpreisbremse in Hessen unwirksam

Die hessische Mietenbegrenzungsverordnung ist mangels nach § 556 d Abs. 2 S. 4 und 5 BGB erforderlicher Begründung unwirksam.

Eine nachträgliche Veröffentlichung kann den Begründungsmangel nicht beheben.

Landgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 27.03.2018 – 2-11 S 183/17

Der Kläger, der im Jahr 2016 eine Wohnung in Frankfurt am Main angemietet hatte, wandte sich mit seiner Klage gegen die Höhe der vertraglich vereinbarten Miete. Die Wohnung liegt in einem Gebiet, das nach der Hessischen Mietenbegrenzungsverordnung vom 17.11.2015 einen angespannten Wohnungsmarkt hat. Die Mietenbegrenzungsverordnung wurde durch den Landesgesetzgeber auf Grundlage der bundesgesetzlichen Regelungen zur sog. „Mietpreisbremse“, § 556 d BGB, erlassen.

Während der Kläger erstinstanzlich vor dem Amtsgericht Frankfurt am Main obsiegte (Az. 33 C 3490/16 (98)), wies das Landgericht Frankfurt am Main die Klage in seinem am 27.03.2018 verkündeten Urteil zu Aktenzeichen 2-11 S 183/17 mit der Begründung ab, dass die Hessische Mietenbegrenzungsverordnung unwirksam sei. Der beklagte Vermieter sei somit berechtigt, vom Kläger weiterhin die vertraglich vereinbarte Miete zu verlangen.

Die Berufungskammer führt in ihrer Entscheidung aus, dass die Hessische Mietenbegrenzungsverordnung formell unwirksam ist, da sie nicht begründet wurde. Zwar bedürfen Rechtsverordnungen nach Art. 80 GG zu ihrer Wirksamkeit grundsätzlich keiner Begründung. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn eine Begründung in der gesetzlichen Ermächtigunggrundlage, auf der die Verordnung des Landes beruht, ausdrücklich vorgeschrieben wird. Ein solches Begründungserfordernis ist in § 556 d Abs. 2 S. 4 und 5 BGB angeordnet, denn es heißt darin, dass die Verordnung be-

gründet werden „muss“. Damit wird der Landesgesetzgeber als betroffener Ermächtigungsadressat ausdrücklich zur Begründung verpflichtet. Ein Vermieter, dessen Wohnung im Geltungsbereich der Verordnung liegt, wird durch die Begrenzung der Weitervermietungsmiete in seinem Eigentumsrecht beschränkt, da er die Neumiete künftig nicht mehr nach Marktverhältnissen festlegen kann. Deshalb muss die vorgeschriebene Begründung nachprüfbar Tatsachen liefern, warum die jeweilige Gemeinde gerade in die Verordnung aufgenommen wurde. Nur auf diese Weise wird dem Grundrechtsschutz, insbesondere dem verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz (Art. 14 Abs.1 GG), Rechnung getragen.

Im entschiedenen Fall hatte der Landesgesetzgeber nur den Text der Hessischen Mietbegrenzungsverordnung im Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Hessen 2015, Nr. 26, S. 397, veröffentlicht. Mit oder nach Erlass der Verordnung machte er noch einen Entwurf der Begründung öffentlich zugänglich, der jedoch nach Ansicht des Landgerichts keine ausreichende Begründung im Sinne des § 556 d Abs. 2 S. 5 BGB verkörpert. Auch die Tatsache, dass die offizielle Begründung der Hessischen Mietbegrenzungsverordnung nach Auskunft des zuständigen Ministeriums frühestens 2017 – also nachträglich – als pdf-Download auf dessen Homepage öffentlich zugänglich gemacht wurde, widerspricht nach Ansicht des Landgerichts den gesetzlichen Vorgaben. Denn unabhängig von der Frage, ob ein öffentliches Zugänglichmachen ausreicht oder ob nicht eine förmliche Veröffentlichung im Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Hessen erforderlich gewesen wäre, heilt eine nachträgliche Begründung den Mangel der Verordnung nicht. Der Adressat der Verordnung muss ihre Wirksamkeit zum Zeitpunkt seines Handelns beurteilen können. Daran ist der Adressat jedoch bei einer nicht veröffentlichten Begründung gehindert, da er nicht weiß, ob es sie überhaupt gibt und ob der Inhalt den gesetzlichen Vorgaben entspricht. Deshalb kann der Mangel im Normsetzungsverfahren nicht rückwirkend dadurch geheilt werden, dass fehlende Voraussetzungen für den Erlass der Verordnung nachträglich geschaffen werden. Vor diesem Hintergrund leidet die Hessische Mietbegrenzungsverordnung an einem Begründungsmangel, der nach

Ansicht der Frankfurter Berufungsrichter dazu führt, dass sie von Anfang an rechtswidrig und damit unwirksam ist.

Nach Bekanntwerden des Urteils kündigte Hessens zuständige Verbraucherschutzministerin Priska Hinz an, so schnell wie möglich eine neue Fassung der Mietbegrenzungsverordnung vorzulegen. Damit werde ihr Haus die eigentlich erst für 2019 vorgesehene Überarbeitung der Verordnung vorziehen. Doch wie schnell der hessischen Landesregierung die angekündigte Neufassung der Mietbegrenzungsverordnung möglich sein wird, bleibt abzuwarten. Denn die verwendeten amtlichen Daten, die im Jahr 2015 zum Erlass der Hessischen Mietbegrenzungsverordnung herangezogen wurden, besitzen nach Angaben der damals zuständigen Gutachter bereits „eine zeitliche Verzögerung von mindestens zwei Jahren (Datenbestand 2013)“, was dem Landesgesetzgeber nun Veranlassung gibt, für die Neufassung der Verordnung zunächst aktuelle Daten zu beschaffen, in welchen Gemeinden von einer angespannten Wohnungsmarktlage auszugehen ist

Hinzu kommt, dass derzeit vor dem Bundesverfassungsgericht aufgrund eines Vorlagebeschlusses des Landgerichts Berlin vom 07.12.2017 zu Az. 67 S 218/17 ein Normenkontrollverfahren gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zur Frage anhängig ist, ob die bundesgesetzliche Ermächtigungsgrundlage des § 556 d Abs.1 und Abs.2 BGB mit Art. 3 Abs.1 und Art. 80 Abs.1 S.1 GG unvereinbar und daher nichtig ist. Sollte das Bundesverfassungsgericht § 556 d BGB für nichtig erklären, wären auch sämtliche Mietpreisbremsen-Verordnungen der einzelnen Bundesländer nichtig, weil sie ohne wirksame Ermächtigungsgrundlage erlassen worden wären.

Rechtsanwalt Marc Theobald

V. Leitsätze zum Miet- und Nachbarrecht

1. Fristsetzung für Ersatzanspruch des Vermieters aufgrund von Schäden an der Mietsache durch Verletzung der Obhutspflichten des Mieters nicht erforderlich!

Schäden an der Sachsubstanz der Mietsache, die durch eine Verletzung von Obhutspflichten des Mieters entstanden sind, hat dieser nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB als Schadensersatz neben der Leistung nach Wahl des Vermieters durch Wiederherstellung (§ 249 Abs. 1 BGB) oder durch Geldzahlung (§ 249 Abs. 2 BGB) zu ersetzen. Einer vorherigen Fristsetzung des Vermieters bedarf es dazu nicht. Das gilt unabhängig von der Frage, ob es um einen Schadensausgleich während eines laufenden Mietverhältnisses oder nach dessen Beendigung geht.

BGH, Urteil vom 28. Februar 2018 - VIII ZR 157/17

2. Vermieter muss Warmwasserversorgung auch im Sommer sicherstellen!

- a) Der Vermieter von Wohnraum ist auch bei warmen Außentemperaturen verpflichtet, die Versorgung der Wohnung mit Warmwasser sicherzustellen.
- b) Der Ausfall der Warmwasserversorgung rechtfertigt auch im Hochsommer einen Verfügungsgrund im Sinne der §§ 935, 940 ZPO.

LG Fulda, Beschluss vom 05.01.2018 - 5 T 200/17

3. Keine vom Mieter zu dulddende Modernisierungsmaßnahmen nach § 555b Nr. 4 oder Nr. 5 BGB bei grundlegender Veränderung des Charakters der Mietsache!

Vom Mieter zu dulddende Modernisierungsmaßnahmen im Sinne von § 555b Nr. 4 oder Nr. 5 BGB liegen nicht vor, wenn die beabsichtigten Maßnahmen (hier: Hinzufügung neuer Räume [Wintergarten; Ausbau des Spitzbodens] unter Veränderung des Grundrisses, veränderter Zuschnitt der Wohnräume und des Bads, Anlegung einer Terrasse, Abriss einer Veranda) so weitreichend sind, dass ihre Durchführung den Charakter der Mietsache grundlegend verändern würde (im Anschluss an Senatsurteil vom 23. Februar 1972 - VIII ZR

91/70, NJW 1972, 723 unter II 3 [zu § 541a Abs. 2 BGB a. F.]).

BGH, Beschluss vom 21. November 2017 - VIII ZR 28/17

4. Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB analog für Reinigungsaufwand wegen Laub eines Baumes

Dem Nachbarn, der von dem Eigentümer von Bäumen, die den landesrechtlich vorgeschriebenen Grenzabstand nicht einhalten, deren Beseitigung oder Zurückschneiden wegen des Ablaufs der dafür in dem Landesnachbarrecht vorgesehenen Ausschlussfrist nicht mehr verlangen kann, kann für den erhöhten Reinigungsaufwand infolge des Abfallens von Laub, Nadeln, Blüten und Zapfen dieser Bäume ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB analog zustehen (Bestätigung von Senat, Urteil vom 14. November 2003 - V ZR 102/03, BGHZ 157, 33).

BGH, Urteil vom 27. Oktober 2017 - V ZR 8/17

5. Keine Verkehrssicherungspflicht für natürlicherweise herabfallende Baumfrüchte

- a) Der Sicherungspflichtige muss weder für die dem Verkehr bekannten natürlichen Eigenschaften noch für auf Naturgewalten beruhende besondere Gefahren einstehen (m. H. a. AG Frankfurt, NJW-RR 1994, 414).
- b) Bei dem Fruchtfall handelt es sich insofern um eine natürliche Gegebenheit, die als allgemeines Lebensrisiko hinzunehmen ist (m. H. a. OLG Stuttgart, Urteil vom 30.10.2002, Az. 4 U 100/02; OLG Hamm, Urteil vom 19.05.2009, Az. I - 9 U 219/08).

AG Frankfurt/Main, Urteil vom 10.11.2017 - 32 C 365/17

6. Beweislastverteilung bei Schimmelbildung

- a) Hat der Mieter einen Mangel der Mietsache bewiesen, obliegt dem Vermieter bei einer Mängelbeseitigungsklage nach der sog. Gefahrkreistheorie der Beweis, dass der Schimmel nicht auf bauseitige Ursachen zurückzuführen ist. Der Vermieter muss also den Beweis führen, dass aus technisch-handwerklicher Sicht auszuschließen ist, dass der Schimmel auf die Bausubstanz zurückzuführen ist. Erst wenn der Vermieter diesen Beweis geführt hat, muss der Mieter beweisen, dass der Schimmel nicht durch ein vertragswidriges Heiz- und Lüftungsverhalten entstanden ist, da erst dann von der Vermutung ausgegangen werden kann, dass die Feuchtigkeitsschäden ihre Ursache jedenfalls in erster Linie in dem unsorgfältigen und deshalb schuldhaften Verhalten des Mieters bei der Belüftung oder Beheizung der Räume hat (m. H. a. BGH, Urteile vom 10. November 2004, XII ZR 71/01, NJW-RR 2005, 235; vom 26. November 1997, XII ZR 28/96, NJW 1998, 595; vom 18. Mai 1994, XII ZR 188/92, NJW 1994, 2019, 2020 = BGHZ 126, 124, 127 f. und vom 27. April 1994, XII ZR 16/93, NJW 1994, 1880, 1881).
- b) Abweichend von der Ansicht des Amtsgerichts erachtet die Kammer auch lediglich ein täglich zweimaliges Stoßlüften am Tag von jeweils fünf bis zehn Minuten für zumutbar und von einem Mieter ohne Bestehen besonderer vertraglicher Vereinbarungen vertraglich geschuldet.
- c) Der Mieter muss die Möglichkeit haben, seine Möbel grundsätzlich an jeden beliebigen Platz in der Wohnung nahe der Wand aufzustellen. Denn es gehört zur Gebrauchstauglichkeit eines Wohnraumes, dass er in üblicher Art mit Möbeln eingerichtet werden kann (m. H. a. Schmidt-Futterer/Eisenschmid, 12. Aufl., § 536 Rn. 235).
- d) Für die Annahme eines Mangels genügt es grundsätzlich, wenn die konkrete Gefahr besteht, dass der Mietgebrauch durch die infrage stehende Beschaffenheit jederzeit erheblich beeinträchtigt werden könnte (m. H. a. BGH, Urteil vom 24. Oktober 2007, XII ZR 24/06, ZMR 2008, 274; BGH, Urteil

vom 23. September 1992, XII ZR 44/91, NJW 1992, 3226; BGH, Urteil vom 15. Dezember 2010, XII ZR 132/09, NJW 2011, 514; KG, Urteil vom 17. September 2012, 8 U 87/11, GE 2012, 1636; OLG Hamm, Beschluss vom 25. März 1987, 30 REMiet 1/86, OLG Hamm, Beschluss vom 25. März 1987, 30 RE MietR 1/86, NJW-RR 1987, 968). Hierfür genügt es, wenn die Sache nur in Befürchtung einer Gefahr benutzt werden kann, die Gefahr vermöge des Zustandes der Sache den Eintritt eines Schadens erwarten lässt (m. H. a. BGH, Urteil vom 07. Juni 2006, XII ZR 34/04, GE 2006, 967, BGH, Urteil vom 11. Mai 2006, VII ZR 146/04, GE 2006, 968; Staudinger/Emmerich, BGB, 2014, § 536 Rn. 8). Es ist nicht erforderlich, dass der Mieter von dieser Gefahr Kenntnis hat oder dass der Fehler überhaupt erkennbar ist (m. H. a. BGH, Urteil vom 22. Januar 1968, VIII ZR 195/65, NJW 1968, 885; BGH, Urteil vom 01. April 1963, VIII ZR 257/61, NJW 1963, 1449; BGH, Urteil vom 27. März 1972, VIII ZR 177/70, NJW 1972, 944).

LG Lübeck, Urteil vom 17.11.2017 - 14 S 107/17

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

VI. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Aufhebungsvertrag - Begünstigung eines Betriebsratsmitglieds

Beabsichtigt der Arbeitgeber, das Arbeitsverhältnis mit einem Betriebsratsmitglied unter Berufung auf verhaltensbedingte Gründe außerordentlich zu kündigen und schließen Arbeitgeber und Betriebsratsmitglied nach Einleitung eines Verfahrens zur Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu der Kündigung und nach vorausgegangenen Verhandlungen eine Vereinbarung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung und ggf. andere Zuwendungen, so liegt darin regelmäßig keine nach § 78 Satz 2 BetrVG unzulässige Begünstigung des Betriebsratsmitglieds.

Der Kläger war seit 1983 bei der Beklagten beschäftigt und seit 2006 Vorsitzender des in ihrem Betrieb gebildeten Betriebsrats. Anfang Juli 2013 hatte die Beklagte beim Arbeitsgericht unter Berufung auf - vom Kläger bestrittene - verhaltensbedingte Gründe ein Verfahren zur Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers eingeleitet. Am 22. Juli 2013 schlossen die Parteien außergesichtlich einen Aufhebungsvertrag, in dem u. a. die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Dezember 2015, die Freistellung unter Vergütungsfortzahlung und eine noch im Verlauf des Arbeitsverhältnisses auszuzahlende Abfindung von 120.000,00 Euro netto vereinbart wurde. Nachdem der Kläger am 23. Juli 2013 vereinbarungsgemäß von seinem Betriebsratsamt zurückgetreten und in der Folgezeit die Auszahlung der Abfindung an ihn erfolgt war, hat er mit der vorliegenden Klage den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses über den 31. Dezember 2015 hinaus geltend gemacht. Er meint, der Aufhebungsvertrag sei nichtig, weil er durch diesen als Betriebsratsmitglied in unzulässiger Weise begünstigt werde.

Die Klage blieb beim Bundesarbeitsgericht - wie bereits in den Vorinstanzen - ohne Erfolg. Nach § 78 Satz 2 BetrVG dürfen Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer Betriebsrattätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden. Vereinbarungen, die hiergegen verstoßen, sind nach § 134 BGB nichtig. Durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrags wird das Betriebsratsmitglied allerdings regelmäßig nicht unzulässig begünstigt. Soweit die Verhandlungsposition des Betriebsratsmitglieds günstiger ist als die eines Arbeitnehmers ohne Betriebsratsamt, beruht dies auf dem in § 15 KSchG und § 103 BetrVG geregelten Sonderkündigungsschutz.

Bundesarbeitsgericht Urteil vom 21.03.2018 - 7 AZR 590/16 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärungen von Tarifverträgen im Baugewerbe

Die Allgemeinverbindlicherklärungen vom 6. Juli 2015 des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV), des Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe (BRTV), des Tarifvertrags über die Berufsbildung im Baugewerbe (BBTV) und des Tarifvertrags über eine zusätzliche Altersversorgung im Baugewerbe (TZA Bau) sind rechtswirksam. Die nach § 5 TVG geforderten Voraussetzungen waren erfüllt; insbesondere bestand ein öffentliches Interesse an den Allgemeinverbindlicherklärungen.

Auf Antrag der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) am 6. Juli 2015 nach § 5 TVG den Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) vom 3. Mai 2013 idF vom 10. Dezember 2014, den Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) vom 4. Juli 2002 idF vom 10. Dezember 2014, den Tarifvertrag über die Berufsbildung im Baugewerbe (BBTV) vom 10. Dezember 2014 und den Tarifvertrag über eine zusätzliche Altersversorgung im Baugewerbe (TZA Bau) vom 5. Juni 2014 idF vom 10. Dezember 2014 mit bereits im Antrag enthaltenen Einschränkungen bezüglich des betrieblichen Geltungsbereichs („Große Einschränkungsklausel“) für allgemeinverbindlich erklärt (AVE VTV 2015, AVE BRTV 2015, AVE BBTV 2015 und AVE TZA Bau 2015). Die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge regeln das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV), die Berufsbildung im Baugewerbe (BBTV), die zusätzliche Altersrente im Baugewerbe (TZA Bau) und die Rahmenbedingungen der Beschäftigung im Baugewerbe (BRTV). Bei den Sozialkassen des Baugewerbes (SOKA-BAU) handelt es sich um gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes (Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt - IG BAU -, Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e. V. - HDB - und Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e. V. - ZDB -). Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse erbringt Leistungen im Urlaubs- und Berufsbildungsverfahren, die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes zusätzliche Altersversorgungsleis-

tungen. Zur Finanzierung dieser Leistungen werden nach Maßgabe des VTV Beiträge von den Arbeitgebern erhoben. Durch die AVE gelten die Tarifverträge nicht nur für die tarifgebundenen Mitglieder der Tarifvertragsparteien, sondern auch für alle anderen Arbeitgeber der Branche. Sie sind verpflichtet, die tariflichen Arbeitsbedingungen einzuhalten und Beiträge an die Sozialkassen zu leisten. Sowohl die Arbeitgeber als auch die Arbeitnehmer erhalten Leistungen von den Sozialkassen.

Bei den Antragstellern handelt es sich um Arbeitgeber, die nicht Mitglied einer tarifvertrags-schließenden Arbeitgebervereinigung sind und deshalb nur auf Grundlage der Allgemeinverbindlicherklärungen zu Beitragszahlungen herangezogen wurden. Sie haben die Auffassung vertreten, § 5 TVG in der seit dem 16. August 2014 geltenden Fassung sei verfassungswidrig. Die Tarifverträge seien mangels Tariffähigkeit und/oder Tarifzuständigkeit der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes unwirksam. Im Übrigen hätten die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass der Allgemeinverbindlicherklärungen nicht vorgelegen; insbesondere habe kein öffentliches Interesse an den Allgemeinverbindlicherklärungen bestanden. Das Landesarbeitsgericht hat die Anträge zurückgewiesen und festgestellt, dass die angegriffenen Allgemeinverbindlicherklärungen wirksam sind.

Die vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerden hatten vor dem Zehnten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die angegriffenen Allgemeinverbindlicherklärungen vom 6. Juli 2015 des VTV, des BRTV, des BBTV (soweit über diese eine Entscheidung erging) und des TZA Bau sind wirksam. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 5 TVG neuer Fassung hat der Senat nicht. Dies gilt auch hinsichtlich der Bestimmung über die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (§ 5 Abs. 1a TVG). Vernünftige Zweifel an der Tariffähigkeit oder der Tarifzuständigkeit der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes bestanden nicht. Das BMAS durfte annehmen, dass der Erlass der angegriffenen Allgemeinverbindlicherklärungen im öffentlichen Interesse geboten erschien.

Bundesarbeitsgericht Beschluss vom
21.03.2018 - 10 ABR 62/16 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

3. Dynamische Bezugnahme Klausel - Änderung durch Betriebsvereinbarung

Eine individualvertraglich vereinbarte Vergütung nach tariflichen Grundsätzen kann durch eine Betriebsvereinbarung nicht zu Lasten des Arbeitnehmers abgeändert werden.

Der Kläger ist seit 1991 bei der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin als Masseur in einem Senioren- und Pflegezentrum beschäftigt. In einer Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag von Dezember 1992 verständigte sich die Rechtsvorgängerin der Beklagten mit dem Kläger auf eine Reduzierung der Arbeitszeit. In der Vereinbarung heißt es, die Vergütung betrage „monatlich in der Gruppe BAT Vc/3 = DM 2.527,80 brutto“. Im Februar 1993 schlossen die Rechtsvorgängerin der Beklagten und der bei ihr gebildete Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung. Danach sollten in ihrem Anwendungsbereich „analog die für die Angestellten des Bundes und der Länder vereinbarten Bestimmungen des Lohn- und Vergütungstarifvertrages - BAT vom 11. Januar 1961“ gelten. Ihre Bestimmungen sollten automatisch Bestandteil von Arbeitsverträgen werden, die vor Februar 1993 geschlossen worden waren. Die betroffenen Arbeitnehmer sollten einen entsprechenden Nachtrag zum Arbeitsvertrag erhalten. Einen solchen Nachtrag unterzeichneten die Rechtsvorgängerin der Beklagten und der Kläger im März 1993. Die Beklagte kündigte die Betriebsvereinbarung zum 31. Dezember 2001. Im März 2006 vereinbarten die Parteien im Zusammenhang mit einer Arbeitszeiterhöhung, dass das Gehalt „entsprechend der 0,78 Stelle auf 1.933,90 Euro erhöht“ werde und „alle übrigen Bestandteile des bestehenden Arbeitsvertrages ... unverändert gültig“ blieben. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, ihm stehe aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme Vergütung nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst in der für die kommunalen Arbeitgeber geltenden Fassung (TVöD/VKA) bzw. dem Tarifvertrag für den öf-

fentlichen Dienst der Länder (TV-L) zu. Die Beklagte meint, eine dynamische Bezugnahme auf die vom Kläger herangezogenen Tarifwerke liege nicht vor.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers vor dem Vierten Senat des Bundesarbeitsgerichts war erfolgreich. Die Beklagte ist verpflichtet, den Kläger nach der jeweiligen Entgelttabelle des TVöD/VKA zu vergüten. Der Kläger und die Rechtsvorgängerin der Beklagten haben die Vergütung nach den jeweils geltenden Regelungen des BAT und nachfolgend des TVöD/VKA arbeitsvertraglich vereinbart. Die Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 1993 vermochte diese Vereinbarung nicht abzuändern. Ungeachtet der Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung unterlag die arbeitsvertragliche Vergütungsabrede bereits deshalb nicht der Abänderung durch eine kollektivrechtliche Regelung, weil es sich bei der Vereinbarung der Vergütung nicht um eine allgemeine Geschäftsbedingung, sondern um eine individuell vereinbarte, nicht der AGB-Kontrolle unterworfenene Regelung der Hauptleistungspflicht handelte. Die vom Landesarbeitsgericht aufgeworfene Frage der - generellen - Betriebsvereinbarungsoffenheit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Arbeitsverträgen bedurfte deshalb keiner Entscheidung.

Bundesarbeitsgericht Urteil vom 11.04.2018 - 4 AZR 119/17 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

4. Kein Betriebsübergang iSv. § 613a Abs. 1 BGB bei fehlendem Wechsel in der für den Betrieb der wirtschaftlichen Einheit verantwortlichen Person

Die Parteien streiten darüber, ob das ursprünglich zwischen ihnen begründete Arbeitsverhältnis - wie der Beklagte meint - über den 31. März 2011 hinaus fortbesteht oder - wie die Klägerin meint - in Folge eines Betriebsübergangs auf eine neu gegründete Gesellschaft (im Folgenden Gesellschaft) übergegangen ist. Der Beklagte war seit 1976 als

Schlosser im Betrieb der Klägerin in Berlin beschäftigt. Weitere Betriebe unterhielt die Klägerin in Oberstenfeld und Niederorschel. Im März 2011 schlossen die Klägerin und die Gesellschaft eine „Vereinbarung über Lohnfertigung und Geschäftsbesorgungsvertrag über Betriebsführung“ ab, wonach die Gesellschaft ab dem 1. April 2011 die komplette Produktion der Klägerin an allen 3 Standorten in Lohnfertigung mit den dort tätigen Arbeitnehmern weiterführen und für die Klägerin die Betriebsführung des gesamten Geschäftsbetriebs an allen Standorten übernehmen sollte. Darüber hinaus wurde u. a. vereinbart, dass die Gesellschaft, sofern die Betriebsführung im Zusammenhang mit der Lohnfertigung und der Produktion ausgeführt wird, ausschließlich für Rechnung und im Namen der Klägerin tätig wird. Insoweit erteilte die Klägerin der Gesellschaft Generalhandlungsvollmacht. Die Klägerin und die Gesellschaft sind ab dem 1. April 2011 entsprechend der Vereinbarung verfahren. Zuvor hatten die Klägerin und die Gesellschaft die Arbeitnehmer darüber unterrichtet, dass ihre Arbeitsverhältnisse mit Ablauf des 31. März 2011 in Folge eines Betriebsübergangs auf die Gesellschaft übergehen würden. Mit Schreiben von Ende März 2014 kündigte die Gesellschaft das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten wegen Stilllegung des Berliner Betriebs. Die hiergegen gerichtete Kündigungsschutzklage des Beklagten gegen die Gesellschaft wurde rechtskräftig abgewiesen. Mit Schreiben vom 8. Juni 2015 forderte der Beklagte die Klägerin auf anzuerkennen, dass zwischen ihnen über den 31. März 2011 hinaus ein Arbeitsverhältnis besteht. Die Klägerin hat daraufhin Klage erhoben mit dem Antrag festzustellen, dass zwischen den Parteien über den 31. März 2011 hinaus ein Arbeitsverhältnis nicht bestanden hat und nicht besteht.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte vor dem Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Das Arbeitsverhältnis des Beklagten ist nicht im Wege des Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB von der Klägerin auf die Gesellschaft übergegangen. Ein Betriebsübergang setzt voraus, dass die für den Betrieb des Unternehmens verantwortliche natürliche oder juristische Person, die insoweit die Arbeitgeberpflichtungen gegenüber den

Beschäftigten eingeht, im Rahmen vertraglicher Beziehungen wechselt. Diese Voraussetzung war nicht erfüllt; die Klägerin hatte ihre Verantwortung für den Betrieb des Unternehmens nicht an die Gesellschaft abgegeben. Dem Beklagten war es auch nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) versagt, sich auf den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin zu berufen. Der Umstand, dass die Kündigungsschutzklage des Beklag-

ten gegen die Gesellschaft rechtskräftig abgewiesen worden war, war ohne Belang.

Bundesarbeitsgericht Urteil vom 25.01.2018 - 8 AZR 338/16 (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 (Gesetzestexte, Entscheidungen mit vollständigen Begründungen, etc.).

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

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

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -
im Juni 2018**

Impressum:

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

Verantwortliche Redakteurin: Rechtsanwältin Viviana Tambini, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg

Druck: City-Druck Heidelberg, Bergheimer Straße 119, 69115 Heidelberg