

## Mandanten-Rundbrief

- März 2017 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Keine Teilabnahme bei nicht funktional abtrennbaren Leistungen	2
2.	Keinen Kostenvorschuss vor Abnahme	3
3.	„Bauzeit-Claim“: Eine Entschädigung aus § 642 BGB setzt - nicht immer - eine bauablaufbezogene Darstellung voraus	3
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	4
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	6
IV.	Mietrecht	9
1.	Minderung der Miete für Geschäftsräume bei verzögerter Eröffnung eines Geschäftszentrums	9
2.	Weitere Entscheidungen zum Mietrecht	10
V.	Arbeitsrecht	12
	Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes	12
VI.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13

## I. Privates Bau- und Architektenrecht

### 1. Keine Teilabnahme bei nicht funktional abtrennbaren Leistungen

**Erklärt der Auftraggeber, dass er bestimmte Teile der Leistung (hier: die Sonnenschutz-elemente) nicht abnimmt, während er für weitere Mängel nur einen Vorbehalt erklärt, wird die Leistung insgesamt nicht abgenommen. Etwas anderes würde nur bei funktionaler Abtrennbarkeit gelten (hier verneint).**

OLG Schleswig, Urteil vom 09.12.2016 - 1 U 17/13

Im zu entscheidenden Fall hatte der beklagte Auftraggeber (AG) den Auftragnehmer (AN) als Generalunternehmer zu einem Pauschalpreis mit der Erstellung zweier Einfamilienhäuser und der Montage von Sonnenschutzelementen beauftragt. Nach Fertigstellung führten die Parteien einen Abnahmetermin durch. In dem darüber geführten Abnahmeprotokoll wurden die Sonnenschutzelemente und der Schallschutz der Wohnzimmerfenster von der Abnahme ausgenommen und der AG behielt sich wegen verschiedener weiterer Mängel seine Ansprüche vor. Weiter wurde eine Frist zur Mängelbeseitigung festgehalten. Das Landgericht wies die Klage mit der Begründung ab, der AG habe Minderungsansprüche in die Klageforderung übersteigender Höhe.

Das Oberlandesgericht gibt der Klage des AN teilweise statt. Es stellt aber zunächst fest, die den Gegenstand der Klage bildenden Werklohnansprüche des AN seien mangels Abnahme erst mit der Minderungserklärung des AG fällig geworden. Ausweislich des Abnahmeprotokolls sei keine Abnahme der gesamten Leistung der Klägerin erfolgt, da die Sonnenschutzelemente und das Schallschutzmaß der Wohnzimmerfenster ausdrücklich nicht abgenommen sein sollten. In der Abnahmeerklärung könne daher allenfalls eine Teilabnahme liegen. Mangels funktionaler Abgrenzbarkeit der Leistungen sei indes eine Teilabnahme nach § 12 Nr. 2 VOB/B nicht möglich gewesen. Hinzu komme, dass die Parteien einen Pauschalpreis vereinbart hätten und die Fälligkeit der Pauschale nicht teilbar sei. Die Folge kön-

ne aber nicht sein, dass entgegen dem erklärten Willen des AG das gesamte Werk als abgenommen gelte. Vielmehr könne die unwirksame Teilabnahme keine Wirkung entfalten.

Im Ergebnis dürfte das Urteil des Oberlandesgerichts Schleswig wohl richtig sein. Es erscheint aber fraglich, ob das Oberlandesgericht hinsichtlich der unwirksamen Abnahme tatsächlich richtig liegt. Denn im zu entscheidenden Fall entsprach es dem im Abnahmeprotokoll ausdrücklich erklärten Willen des AG, den Rest der Leistung des AN bis auf die ausgenommenen Sonnenschutzelemente abzunehmen und der AN war – jedenfalls soweit dies dem mitgeteilten Sachverhalt zu entnehmen ist – mit dieser Teilabnahme einverstanden. Damit wurden die Anforderungen des § 12 Nr. 2 VOB/B, aufgrund derer das Oberlandesgericht die erklärte Teilabnahme für unwirksam hält, von den Parteien wohl vertraglich abbedungen. Die Teilabnahme war daher wohl wirksam. Stichhaltiger ist aber das zusätzlich angeführte Argument des Oberlandesgerichts, dass die Fälligkeit deshalb mit der Teilabnahme nicht eintreten konnte, weil ein Pauschalpreis vereinbart worden sei. Denn die gesetzliche Regelung des § 641 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach bei Teilabnahmen die Vergütung grundsätzlich für den abgenommenen Teil fällig wird, setzt dafür ausdrücklich voraus, dass "die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt" ist. Damit ist klargestellt, dass bei Teilabnahmen dann keine Teilvergütung fällig wird, wenn die Vergütung, wie hier als Pauschale, nur für das Gesamtwerk vereinbart worden ist.

Demnach sollten sich Auftragnehmer des Risikos bewusst sein, dass sie mit einem Abnahmeprotokoll möglicherweise entgegen dem Anschein keine wirksame Abnahme in den Händen halten, wenn im Abnahmeprotokoll Teile von der Abnahme ausgenommen wurden und für die Gesamtleistung eine Pauschalvergütung vereinbart worden war. Gleiches kann nach der vorstehend wiedergegebenen Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Schleswig unter Umständen auch dann gelten, wenn die von der Abnahme ausgenommenen Teile funktional unselbständig sind.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## **2. Keinen Kostenvorschuss vor Abnahme**

**Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 19.01.2017 entschieden, dass der Besteller eines Werkes Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme geltend machen kann.**

BGH, Urteil vom 19.01.2017 - VII ZR 301/13

Der Besteller kann dann berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die (Nach-) Erfüllung des Vertrages verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist.

Allein das Verlangen eines Kostenvorschusses für die Beseitigung eines Mangels genügt dafür nicht.

In Abweichung zur bisherigen Rechtsprechung der meisten Oberlandesgerichte im Bauprozess hält der Bundesgerichtshof eine Kostenvorschussklage vor Abnahme für unwirksam. Insbesondere im Falle dessen, dass der Unternehmer das Werk hergestellt hat und der Auftraggeber die Abnahme wegen Mängeln zu Recht verweigert hat, haben die meisten Oberlandesgerichte die Kostenvorschussklage gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB schon vor Abnahme für zulässig erachtet. Nunmehr hat der VII. Senat entschieden, dass der Auftraggeber Mängelrechte nach § 634 BGB erst nach Abnahme verlangen kann.

In Konsequenz dieser Entscheidung muss der Auftraggeber künftig entscheiden, ob

- er nach § 631 BGB weiterhin Erfüllung des Bauvertrages verlangt oder
- Schadensersatz neben der Leistung (§ 280 Abs. 1 BGB) oder statt der Leistung (§§ 281, 280 BGB) oder wegen Verzögerung der Leistung (§ 280 Abs. 2 BGB) begehrt und gegebenenfalls
- den Rücktritt vom Bauvertrag nach § 323 BGB geltend macht oder die Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB erklärt.

Wenn der Auftraggeber insoweit keine Erfüllung des Bauvertrages mehr verlangt oder verlangen kann, wandelt sich das Werkvertrags-

verhältnis in ein reines Abrechnungsverhältnis um, d. h. es findet eine Abrechnung der beiderseitigen Ansprüche statt.

Diese Entscheidung betrifft auch Bauträgerverträge.

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

## **3. „Bauzeit-Claim“: Eine Entschädigung aus § 642 BGB setzt - nicht immer - eine bauablaufbezogene Darstellung voraus**

**Das Berliner Kammergericht hat entschieden: Einem Unternehmer steht eine Entschädigung gemäß § 642 BGB zu, wenn ihm durch den Annahmeverzug des Bestellers ein Vermögensnachteil entstanden ist. Hat der Unternehmer dies dargelegt, ist eine weitergehende "bauablaufbezogene Darstellung" der Bauarbeiten zur Anspruchs begründung nicht erforderlich.**

KG, Urteil vom 10.01.2017 - 21 U 14/16

Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Es ist sehr überzeugend begründet. Gesprochen hat es für das Kammergericht der Richter Retzlaff, der dem Unterzeichner und einigen Mandanten der Kanzlei noch aus seiner Zeit als sehr guter, moderationsstarker Richter am Landgericht Berlin bekannt ist. Der Bundesgerichtshof kann Gelegenheit haben, seine – von vielen als sehr restriktiv empfundene – Rechtsprechung zu Bauzeit bezogenen Ansprüchen anlässlich dieses Urteils fortzuentwickeln.

Der Entscheidung des Kammergerichts, wie das „Berliner Oberlandesgericht“ bezeichnet wird, lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Unternehmer (AN) wurde Ende 2007 mit der Errichtung einer Sprinkleranlage beauftragt. Der erste Bauabschnitt sollte in der 50. KW 2008 fertig gestellt werden. Wegen einer Insolvenz des Rohbauunternehmers (Vor-Unternehmer des AN) und Planungsverzögerungen kam es zu einer Unterbrechung. Es konnten dann Teile des ersten Bauabschnitts erst im Jahr 2011 ausgeführt werden, weshalb

der AN die Erstattung der hierdurch entstandenen Mehrkosten in Höhe von rund 6.000 € verlangt hat.

Erstaunlich ist, dass der Sachverhalt mit dem – für Bauzeit bezogene Ansprüche – relativ niedrigen Streitwert nicht vorab verglichen wurde, sondern es „bis zum Kammergericht geschafft“ hat.

Das Kammergericht sprach dem AN einen Betrag in Höhe von 2.996 € aus § 642 BGB zu. Der Auftraggeber (AG) war bei der Durchführung des Bauvertrags seinen zentralen Mitwirkungsobliegenheiten nicht nachgekommen. Diese bestanden vornehmlich darin, dem AN im vertraglich vorgesehenen Ausführungszeitraum das Baugrundstück so zu überlassen, dass der AN seine Leistungen ausführen kann.

Der AN war verpflichtet, die dem ersten Bauabschnitt zuzuordnenden Arbeiten in der 50. KW 2008 abzuschließen. Damit oblag es dem AG, an der Vertragsdurchführung jedenfalls so weit mitzuwirken, dass der AN diese Frist einhalten kann. Dazu war der AN nicht in der Lage. Vielmehr musste der AN Leistungen des ersten Bauabschnitts noch im Jahr 2011 ausführen. Diese zeitliche Verschiebung war damit durch den Mitwirkungsverzug des AG verursacht. Die daraus kausal bewirkten wirtschaftlichen Nachteile waren nach § 642 BGB zu entschädigen. Die Verschiebung der Arbeiten in das Jahr 2011 hatte dazu geführt, dass der AN seinen Mitarbeitern aufgrund von Lohnsteigerungen höhere Löhne zahlen musste.

Eine weitere Darlegung des Bauablaufs zur Begründung eines Anspruchs aus § 642 BGB hielt das Kammergericht an dieser Stelle nicht für erforderlich. Ein Anspruch aus § 642 BGB sei dann dargelegt, wenn nachvollzogen werden könne, wie der Vermögensnachteil, für den der AN eine Entschädigung begehrt, durch den Annahmeverzug des AG verursacht worden ist. Wenn das - wie hier - möglich sei, sind weitere Ausführungen zum Bauablauf oder gar eine bauablaufbezogene Darstellung des Gesamtvorhabens zur Begründung eines Anspruchs aus § 642 BGB nicht erforderlich. Damit grenzt sich das Kammergericht mit überzeugender Begründung von dem als überzo-

gen kritisierten Urteil des Oberlandesgerichts Köln vom 08.04.2015 - 17 U 35/14 ab.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## **II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht**

### **1. Vertragsstrafe bei verschobenem Fertigstellungstermin?**

- a) Wenn der Fertigstellungstermin einvernehmlich verschoben wird, ist eine Vertragsstrafe im Hinblick auf den ursprünglich vereinbarten Fertigstellungszeitpunkt nicht automatisch verwirkt.
- b) Die Vertragsstrafe gilt für den neuen Fertigstellungstermin nicht automatisch, sondern nur dann, wenn sie ausdrücklich auch für diesen verschobenen Termin vereinbart worden ist.
- c) Ob die Vereinbarung einer Vertragsstrafe auch Bestand hat, wenn die Parteien einvernehmlich Vertragstermine ändern, hängt insbesondere von der Formulierung der Vertragsstrafenvereinbarung im Einzelfall sowie der Bedeutung der jeweiligen Terminverschiebung ab. Dabei spricht es für ein Fortgelten der Vertragsstrafenregelung auf eine neu vereinbarte Ausführungsfrist, wenn die Vertragsstrafenvereinbarung terminneutral formuliert ist.
- d) Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe wird insgesamt hinfällig, wenn durch den Auftraggeber bedingte Verzögerungen den Zeitplan völlig aus dem Takt gebracht haben und den Auftragnehmer zu einer durchgreifenden Neuordnung des gesamten Zeitablaufs zwingen, was insbesondere im Fall von verzögerter Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers bzw. von ihm zu stellender Vorgewerke anzunehmen ist.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.04.2016 - 5 U 81/15

## **2. Unwirksame Sicherungsabrede bei formularmäßigem Verzicht auf Einrede der Anfechtung**

Eine Sicherungsabrede, die einen formularmäßigen Verzicht auf die Einreden der Anfechtung, der Aufrechnung sowie der Rechte aus § 776 BGB enthält, benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders unangemessen und ist daher unwirksam.

OLG München, Urteil vom 03.06.2014 - 9 U 3404/13 Bau (NZB vom BGH mit Beschluss vom 02.11.2016 - VII ZR 158/14 zurückgewiesen)

## **3. Unwirksame Fälligkeitsregelung im Bauträgervertrag**

Eine Regelung in einem Bauträgervertrag, wonach „30% der Vertragssumme vor Beginn der Erdarbeiten“ fällig sind, ist gem. § 134 BGB i.V.m. § 3 Abs. 2, § 12 MaBV unwirksam und begründet damit keine Vorleistungspflicht des Erwerbers.

OLG Zweibrücken, Urteil vom 04.04.2014 - 8 U 53/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

## **4. Auch im Fall der Insolvenz kein Werklohn bei fehlender Unbedenklichkeitsbescheinigung**

Haben die Parteien eines Werkvertrags vereinbart, dass die Fälligkeit des Werklohns von der Vorlage von Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Sozialkassen und der Bauberufsgenossenschaft abhängen soll, ist diese Vereinbarung nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bauunternehmers für den Verwalter bindend.

BGH, Urteil vom 15.12.2016 - IX ZR 117/16

## **5. Zur Bauhandwerkersicherungshypothek im einstweiligen Verfahren**

- a) Eine auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs aus § 648 BGB auf eine Bauhandwerker-

Sicherungshypothek gerichtete einstweilige Verfügung ist gem. § 939 ZPO aufzuheben, wenn der Besteller eine ausreichende Sicherheit in Form der Hinterlegung oder einer Bürgschaft stellt, da in diesem Fall zumindest das Erfordernis einer vorläufigen Sicherung beseitigt wird (Anschluss an RG, Urteil v. 28.8.1903, Az. VII 32/03, RGZ 55, 140, 143; OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.2.1984, Az. 23 U 82/83, BauR 1985, 334, 336).

- b) Ausreichend ist eine anderweitige Sicherheit, wenn sie der Sicherungshypothek quantitativ und qualitativ gleichwertig ist, während es nicht darauf ankommt, ob die Grundbucheintragung dem Auftragnehmer eine stärkere Verhandlungsposition verschafft (Anschluss an KG, Urteil v. 29.7.2008, Az. 7 U 230/07, IBR 2010, 335; Abgrenzung zu OLG Hamm, Urteil v. 27.10.1992, Az. 26 U 132/92, BauR 1993, 115, 117).
- c) Sicherheit im Sinne von § 939 ZPO kann in Form einer Bürgschaft nicht durch Hinterlegung der Bürgschaftsurkunde gestellt werden, weil die Sicherheit erst bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags besteht und dieser den Zugang des Bürgschaftversprechens beim Gläubiger voraussetzt (Anschluss an BGH, Beschluss v. 10. 4. 2008, Az. I ZB 14/07, NJW 2008, 3220, 3221).

OLG Hamm, Beschluss vom 14.04.2016 - 21 U 40/16

## **6. Haftungsbefreiung nach Bedenkenmitteilung gem. § 4 Abs. 3 VOB/B**

- a) 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.
- b) Betrifft der ordnungsgemäße Bedenkenhinweis des ausführenden Bauunternehmers einen Planungsmangel, besteht kein Gesamtschuldverhältnis zwischen dem Planer und dem ausführenden Bauunter-



nehmer. Es liegt auch kein Fall der gestörten Gesamtschuld vor.

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

#### **7. Wann verjährt der Vergütungsanspruch eines Bauträgers?**

Der Vergütungsanspruch des Bauträgers verjährt einheitlich in 10 Jahren (entgegen OLG München, Beschluss vom 16.02.2015 - 9 U 3997/14).

LG München I, Beschluss vom 02.11.2016 - 5 O 1618/16

#### **8. Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Bauträger selbst als Erstverwalter?**

Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrags verwendete Klausel, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Bauträger selbst als Erstverwalter ermöglicht, ist unwirksam (Anschluss an BGH, Beschluss vom 12.09.2013 - VII ZR 308/12, BauR 2013, 2020 = IBR 2013, 686).

BGH, Urteil vom 30.06.2016 - VII ZR 188/13

#### **9. Zur gesamtschuldnerischen Haftung von ausführendem Unternehmen und Statiker**

Eine gesamtschuldnerische Haftung von ausführendem Unternehmen und Statiker gegenüber dem Bauherrn wird weder durch eine Prozesstrennung noch durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmens beendet.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 13.10.2016 - 4 U 136/14

#### **10. Frist für Normenkontrollantrag gegen als Satzung beschlossenen Bebauungsplan**

a) Ein nach Ablauf der Jahresfrist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO gestellter Normenkontrollantrag gegen einen als Satzung beschlossenen Bebauungsplan ist auch dann unzulässig, wenn die Bekanntmachung des Bebauungsplans fehlerhaft war.

b) Mängel bei der Bekanntmachung eines Bebauungsplans sind für den Fristbeginn ohne Bedeutung; ob der Bebauungsplan wirksam in Kraft getreten ist, ist eine Frage der Begründetheit der Normenkontrolle.

OVG Saarland, Beschluss vom 24.11.2016 - 2 C 162/16

#### **11. Unzureichende Stellplatzzahl eines Bauvorhabens kann Nachbarrechte verletzen**

a) Eine unzureichende Stellplatzzahl eines Bauvorhabens kann im Einzelfall ausnahmsweise im bauplanungsrechtlichen Sinne rücksichtslos sein.

b) Unzumutbaren Beeinträchtigungen durch den von den Stellplätzen einer rechtlich zulässigen Wohnbebauung ausgehenden Lärm infolge an- und abfahrender Fahrzeuge liegen nicht bereits dann vor, wenn die Orientierungswerte der TA Lärm überschritten werden.

OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 05.09.2016 - 2 M 49/16

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

### **III. Leitsätze zum Vergaberecht**

#### **1. Angebotsausschluss**

Das Angebot eines Bieters darf nur abgeschlossen werden, wenn die Leistungsbeschreibung eindeutig und widerspruchsfrei ist.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.04.2016 - 15 Verg 1/16

## **2. Zur Beurteilung der Zuverlässigkeit eines Bieters**

- a) Bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit ist ausschlaggebend, ob bei einer Gesamt abwägung die positiven oder die negativen Erfahrungen mit dem Bieter objektiv größeres Gewicht haben. Zum Ausschluss des Bieters wegen Unzuverlässigkeit bedarf es einer dokumentierten negativen Prognose.
- b) Für die Feststellung mangelnder Zuverlässigkeit liegen nachvollziehbare sachliche Gründe vor, sofern aufgrund der nachweislichen schweren Verfehlung in der Vergangenheit auch für den zu vergebenden Auftrag schwere Zweifel an der Zuverlässigkeit des Bewerbers bestehen.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 28.07.2016 - 3 VK LSA 20/16

## **3. Zur versteckten produktspezifischen Ausschreibung**

- a) Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung ist eine der Grundsäulen des diskriminierungsfreien Wettbewerbs, ein Verstoß des Auftraggebers dagegen ist grundsätzlich vergaberechtswidrig.
- b) Bieter, die eine versteckte produktspezifische Ausschreibung erkennen, sind nicht verpflichtet, die sich daraus ergebende Rechtsverletzung für sich zu reklamieren. Sie können sich auch rügelos auf diese einlassen, müssen dann aber die sich daraus ergebenden Anforderungen gegen sich gelten lassen und diese bedienen.
- c) Es ist aus Bietersicht legitim, sich auf eine versteckte produktspezifische Ausschreibung einzulassen und gleichzeitig den Auftraggeber an seiner vergaberechtswidrigen Ausschreibung dergestalt festzuhalten, dass dieser in die Pflicht genommen wird, im Wertungsvorgang die Einhaltung sämtlicher produktspezifischer Parameter nachzuhalten und nicht "günstigere Konkurrenzprodukte" mit niedrigeren Leistungsparametern "durchzuwinken".

- d) In diesem Zusammenhang liegt eine Rüge ins Blaue hinein nicht vor, wenn der Bieter unter Berufung auf seine Marktkenntnisse und die fehlende Produktneutralität des Leistungsverzeichnisses das Wertungsergebnis mit dem Hinweis anzweifelt, dass andere Bieter die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses mutmaßlich nicht eingehalten haben.
- e) Die Eintragung eines Schrägstriches in einem Platzhalterfeld kann vom objektiven Erklärungswert nicht ohne weiteres mit einer Ziffer, d.h. einer Null gleichgesetzt werden.

VK Sachsen, Beschluss vom 23.11.2016 - 1/SVK/025-16

## **4. Wann liegt eine überwiegend öffentliche Subventionierung eines Bauvorhabens vor?**

Die Frage der überwiegenden öffentlichen Subventionierung i.S.v. § 99 Nr. 4 GWB ist grundsätzlich am Volumen der konkreten Gesamtbaumaßnahme zu prüfen und nicht am Umfang einzelner Module. Dabei kommt es bei der Berechnung der Projektkosten nicht auf die "förderfähigen Kosten" an, wenn die nicht förderfähige Baumaßnahme einen nicht unwesentlichen Teil der förderfähigen Gesamtbaumaßnahme darstellt und mit dieser in einem untrennbaren Funktionszusammenhang steht.

OLG Celle, Beschluss vom 29.11.2016 - 13 Verg 8/16

## **5. Hinweis auf Änderungen an Vergabeunterlagen im elektronischen Vergabeverfahren**

- a) Bei elektronischer Durchführung eines Vergabeverfahrens sind auf einer Vergabeplattform registrierte Bieter über Änderungen an den Vergabeunterlagen zumindest dann gesondert (aufgrund von § 9 Abs. 1 VgV regelmäßig per E-Mail) zu informieren, wenn die konkrete Gefahr besteht, dass sie Änderungen, die lediglich auf die Plattform eingestellt werden, nicht zur Kenntnis nehmen, weil sie beispiels-

weise bereits ihren Teilnahmeantrag oder ihr Angebot hochgeladen haben oder die Änderungsmitteilung irreführend war.

- b) Lediglich Unternehmen, die von der Möglichkeit der freiwilligen Registrierung keinen Gebrauch machen, müssen sich selbstständig informieren, ob Vergabeunterlagen zwischenzeitlich geändert wurden oder ob die öffentlichen Auftraggeber Fragen zum Vergabeverfahren beantwortet haben.

VK Südbayern, Beschluss vom 17.10.2016 - Z3-3-3194-1-36-09/16

#### **6. Angebotsausschluss wegen vorsätzlich falschen Angaben eines Nachunternehmers**

- a) Im Fall der Eignungsleihe führen auch vorsätzlich falsche Angaben des Nachunternehmers zum Angebotsausschluss nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 g VOB/A 2012, da für die Erklärungen und Nachweise des Nachunternehmers dieselben Anforderungen gelten wie für den Bieter selbst.
- b) Der Begriff der Ausführung im Rahmen der Bestimmung des Zeitraums für einzureichende Referenzen ist grundsätzlich im tatsächlichen Sinn zu verstehen, das heißt wann die Leistung tatsächlich erbracht wurde, nicht jedoch, wann die Leistung im Sinne der Abnahme als Vertragsgemäß gebilligt wurde.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.10.2016 - 11 Verg 12/16

#### **7. Keine „fremden“ Leistungen als Referenzen**

- a) Sind Referenzen über erbrachte Bau- und Planungsleistungen gefordert, können keine Projekte genannt werden, die ein Bieter oder Bewerber als Auftraggeber beauftragt und von anderen Unternehmen hat erbringen lassen.
- b) Auch bei Zuschlagskriterien, die einen planerisch-gestalterischen Inhalt haben, müs-

sen die Bieter angemessen über die Kriterien und Modalitäten, nach denen sich das wirtschaftlichste Angebot bestimmt, informiert sein. Die Zuschlagskriterien müssen bei Verwendung einer offenen Bewertungsmethode (z.B. Schulnoten u.ä.) so konkret gefasst sein, dass vermieden wird dass der öffentliche Auftraggeber entgegen Art. 67 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU eine faktisch uneingeschränkte Wahlfreiheit bei der Wertung dieser Kriterien hat.

VK Südbayern, Beschluss vom 21.11.2016 - Z3-3-3194-1-37-09/16

#### **8. Teilnahme an E-Vergabe muss auch ohne IT-Abteilung möglich sein**

- a) Lässt die Vergabestelle die Einreichung von Angeboten ausschließlich über eine an das Internet angebundene Plattform zu (E-Vergabe) und ist es einem Bieter - aus Gründen die allein aus der Sphäre der Vergabestelle stammen - unmöglich und unzumutbar, sein Angebot nur der Form nach rechtzeitig abzugeben, darf das Angebot deswegen nicht ausgeschlossen werden.
- b) Die Vergabestelle hat den elektronischen Zugang zu ihrem Vergabeverfahren derart auszugestalten und wie einen offenen Briefkasten zur Verfügung zu halten, so dass sich auch Bieter ohne eigene IT-Abteilung schrankenlos beteiligen können.

VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 30.12.2016 - 1 VK 51/16

#### **9. Wiederholung der Wertung nur bei Chance auf Zuschlag**

- a) Die (vermeintliche) Verletzung einer Formvorschrift - hier § 55 Abs. 2 VgV - führt nicht automatisch zur Zurückversetzung der Vergabe. Vielmehr muss zusätzlich festgestellt werden, dass der Antragsteller dadurch konkret in seinen Rechten (§ 168 Abs. 1 GWB) verletzt ist.



- b) Soweit ein Auftraggeber die Vorgaben des § 56 VgV möglicherweise nicht ordnungsgemäß in der Bekanntmachung umgesetzt hat, führt auch dies nicht zu einer Wiederholung der Wertung, wenn der Antragsteller wirtschaftlich gesehen keine Chance auf Zuschlagserteilung hat.

VK Westfalen, Beschluss vom 07.02.2017 - VK 1-50/16

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

#### **IV. Mietrecht**

##### **1. Minderung der Miete für Geschäftsräume bei verzögerter Eröffnung eines Geschäftszentrums**

**Ist der Mieter zur Zahlung der Geschäftsraummietsache ab Übergabe der Räume verpflichtet, ist die Miete wegen eines Mangels der Mietsache nach Ablauf der dem Mieter gesetzten Ausbaufrist bis zur Eröffnung des Geschäftszentrums vollständig gemindert, wenn es dem Vermieter nicht gelingt, das Geschäftszentrum bis zum Ablauf der Ausbaufrist eröffnungsfähig fertigzustellen.**

KG, Urteil vom 21.11.2016 – 8 U 121/15

Die Klägerin mietete mit Vertrag aus April 2013 ein Ladengeschäft in einem im Bau befindlichen Geschäftszentrum. Die Klägerin war verpflichtet, die Miete ab Übergabe der Mieträume zu zahlen und das Ladengeschäft innerhalb eines Monats ab Übergabe eröffnungsfähig fertigzustellen. Bei Überschreitung der Ausbaufrist drohte eine Vertragsstrafe, außerdem war der beklagte Vermieter in diesem Fall zur außerordentlichen Kündigung berechtigt. Einen konkreten Eröffnungstermin für das Geschäftszentrum sah der Mietvertrag nicht vor. Die Übergabe erfolgte am 21.02.2014; die Klägerin nahm die Mietzahlungen umgehend auf. Der Beklagte teilte mit Nachricht vom 30.04.2014 als Eröffnungstermin den 30.05.2014 mit, verwarf diesen Termin aber mit Nachricht vom 15.05.2014. Die Eröffnung des Geschäftszentrums erfolgte im September 2014. Die folgenden Mieten zog der Beklagte

aufgrund der mietvertraglichen Ermächtigung weiter ein. Die Klägerin widersprach, ließ den Beklagten aber aufgrund der im Vertrag enthaltenen Aufrechnungs-, Minderungs- und Zurückbehaltungsverbotsklausel gewähren. Nach Eröffnung des Geschäftszentrums erhob die Klägerin Klage auf Rückzahlung der über die Ausbauezeit hinaus bis zur Eröffnung des Geschäftszentrums eingezogenen Mieten.

Das Kammergericht hat der Klage stattgegeben und den Minderungsanspruch wie folgt begründet: Mit Ablauf der Ausbaufrist habe der Beklagte die Eröffnung des Geschäftszentrums geschuldet. Dies ergebe sich aus der Regelung, wonach der Mieter - vertragsstrafenbewehrt und mit der Möglichkeit der außerordentlichen vermierterseitigen Kündigung - verpflichtet sei, sein Ladengeschäft spätestens einen Monat nach Übergabe zu eröffnen. Spätestens mit Ablauf der Ausbaufrist setze die Verpflichtung des Vermieters zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs - Betreiben eines Geschäfts - der Mietsache ein. Dieser Pflicht sei er nicht nachgekommen.

Der Anspruch auf Rückzahlung der Miete ergebe sich auch aus der vertraglichen Regelung, wonach der Vermieter bei Neueröffnung des Geschäftszentrums den Termin der Eröffnung für beide Teile verbindlich festlegen und dem Mieter einen Monat vorher mitteilen werde. Mit der Mitteilung am 30.04.2014 habe der Beklagte den Eröffnungstermin verbindlich festgelegt und sei somit ab diesem Termin zur Gebrauchsgewährung verpflichtet gewesen.

Ein Ausschluss der Minderung wegen vorbehaltloser Annahme der Mietsache kam nicht in Betracht, denn die Klägerin habe bei Übergabe der Mietsache davon ausgehen können, dass die Eröffnung des Geschäftszentrums binnen eines Monats erfolgen werde. Auch ein Ausschluss wegen Kenntnis von der nicht bestehenden Leistung konnte der Klägerin nicht entgegengehalten werden. Diese war wegen der wirksamen Minderungsverbotsklausel auf die Rückgewährklage verwiesen.

Rechtsanwältin Anna-Katrin Büntzly

## **2. Weitere Entscheidungen zum Mietrecht**

### **a) Betriebskostennachforderungen des Vermieters einer Eigentumswohnung bei verspäteter WEG-Abrechnung?**

Der Bundesgerichtshof hat sich mit der Frage befasst, ob der Vermieter einer Eigentumswohnung, auch noch nach Ablauf der Jahresfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB für die Abrechnung über die Betriebskosten eine Nachforderung geltend machen kann, wenn der WEG-Verwalter verspätet abgerechnet hat.

Die Beklagte war Mieterin einer in einer Wohnungseigentumsanlage gelegenen Wohnung des Klägers, für die sie neben der Nettomiete monatliche Betriebskostenvorauszahlungen zu entrichten hatte. Der Mietvertrag enthielt eine handschriftliche Ergänzung, wonach die Betriebskosten jährlich nach Genehmigung der Abrechnung in der Eigentümerversammlung mit dem Mieter abgerechnet werden. Die Betriebskosten für die Jahre 2010 und 2011 rechnete der Kläger gegenüber der Beklagten erst mit Schreiben vom 07.12.2013 ab, nachdem die Wohnungseigentümergeinschaft kurz zuvor den Beschluss über die Jahresabrechnungen der Wohnungseigentümer nach § 28 Abs. 5 WEG gefasst hatte.

Mit seiner Klage hat der Kläger für die jeweiligen Abrechnungszeiträume Nachforderungen geltend gemacht. Die Klage ist in allen Instanzen ohne Erfolg geblieben. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Der unter anderem für das Mietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass der Vermieter einer Eigentumswohnung grundsätzlich auch dann innerhalb der Jahresfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB über die Betriebskosten abzurechnen hat, wenn der Beschluss der Wohnungseigentümer über die Jahresabrechnung noch nicht vorliegt. Nur wenn der Vermieter die Verspätung nach § 556 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BGB nicht zu vertreten hat, wofür er darlegungs- und beweisbelastet ist, kann er nach Ablauf der Frist noch eine Nachforderung geltend machen. Eine hiervon abweichende Vereinbarung ist gemäß § 556 Abs. 4 BGB unwirksam.

Nach § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB ist über die Vorauszahlungen für Betriebskosten jährlich abzurechnen. Diese Abrechnungspflicht ist nicht davon abhängig, dass dem Vermieter einer Eigentumswohnung bereits der Beschluss über die Jahresabrechnung der Wohnungseigentümergeinschaft vorliegt, die regelmäßig als Grundlage für die Betriebskostenabrechnung gegenüber dem Mieter genutzt wird. Eine solche (ungeschriebene) Voraussetzung ist der Vorschrift nicht zu entnehmen, ergibt sich auch nicht aus den Gesetzesmaterialien oder der Gesetzessystematik und wäre insbesondere mit dem Zweck der Vorschrift, Abrechnungssicherheit für den Mieter und - durch eine zeitnahe Abrechnung der Betriebskosten - rasche Klarheit und Rechtssicherheit über die gegenseitigen Forderungen der Mietvertragsparteien zu schaffen, nicht vereinbar. Zudem würde hierdurch der Mieter einer Eigentumswohnung in einer aus Sachgründen nicht zu rechtfertigenden Weise gegenüber dem Mieter einer sonstigen Wohnung benachteiligt, da er durch das zusätzliche Erfordernis eines Beschlusses der Wohnungseigentümer nach § 28 Abs. 5 WEG dem erhöhten Risiko ausgesetzt wäre, die Betriebskostenabrechnung nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Jahresfrist zu erhalten.

Die Verpflichtung des einzelnen Wohnungseigentümers, die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen (§ 16 Abs. 2 WEG), entsteht zwar gegenüber den anderen Eigentümern im Innenverhältnis nicht bereits durch die Entstehung der Kosten und Lasten, sondern erst durch den Beschluss der Wohnungseigentümer gemäß § 28 Abs. 5 WEG. Dieser Beschluss entfaltet jedoch gegenüber einem Dritten, wie hier dem Mieter, keine Bindung. Die Frage des laufenden Entstehens und des Anfallens der Betriebskosten für die vermietete Eigentumswohnung ist damit unabhängig hiervon nach den Grundsätzen des Wohnraummietrechts und dem Inhalt des konkreten Mietverhältnisses zu beurteilen.

Damit kann ein Vermieter einer Eigentumswohnung, wenn die Hausverwaltung die WEG-Abrechnung verspätet erstellt hat, nach Ablauf

der Jahresfrist nur dann noch eine Nachforderung geltend machen, wenn er die verspätete Abrechnung über die Vorauszahlungen nicht zu vertreten hat, was er konkret darzulegen hat.

Hieran fehlte es im vorliegenden Fall. Zwar muss sich der Kläger ein Verschulden des (früheren) Verwalters der Wohnungseigentümergeinschaft nicht zurechnen lassen, weil dieser, wie der Senat nunmehr entschieden hat, grundsätzlich - und so auch hier - nicht Erfüllungsgehilfe des Vermieters der Eigentumswohnung hinsichtlich der Erstellung der mietrechtlichen Betriebskostenabrechnung ist. Der Kläger hat jedoch lediglich geltend gemacht, die bis zum 31.12.2012 tätige Hausverwaltung habe die Wohngeldabrechnung der Hauseigentümer für die Jahre 2010 und 2011 nicht ordnungsgemäß erstellt und sei wegen dieser Versäumnisse von der Wohnungseigentümergeinschaft zum 31.12.2012 abberufen worden. Die neue, ab 01.01.2013 tätige Hausverwaltung sei mit Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft vom 20.08.2013 zur Abrechnung der Wohngelder für die Jahre 2010 und 2011 beauftragt worden und habe diese im November 2013 fertiggestellt. Dies genügt nicht. Denn es fehlt jeder Vortrag dazu, was der Kläger selbst veranlasst hat, nachdem für ihn im Laufe des Jahres 2010 erkennbar wurde, dass die bisherige Hausverwaltung die Wohngeldabrechnung, die er als Grundlage für die von ihm selbst erstellte Betriebskostenabrechnung benötigte, nicht rechtzeitig vorlegen würde oder die schließlich erstellte Abrechnung so fehlerhaft war, dass sie sich nicht als Grundlage für die Betriebskostenabrechnung eignete.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 25.01.2017 - VIII ZR 249/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Thilo Braun

### **b) Schwerwiegende persönliche Härtegründe auf Seiten des Mieters sind auch bei fristloser Kündigung zu berücksichtigen**

Der Bundesgerichtshof hatte im vorliegenden Fall darüber zu entscheiden, ob schwerwiegende persönliche Härtegründe auf Seiten des

Mieters im Einzelfall zur Folge haben können, dass ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung im Sinne des § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB trotz einer erheblichen Pflichtverletzung des Mieters nicht gegeben ist..

Die 97-jährige Beklagte zu 1 hat - zusammen mit ihrem zwischenzeitlich verstorbenen Ehemann - im Jahr 1955 von den Rechtsvorgängern der Klägerin eine Dreizimmerwohnung in München und im Jahr 1963 zusätzlich eine in demselben Gebäude und Stockwerk gelegene Einzimmerwohnung angemietet. Die (bettlägerige) Beklagte zu 1 bewohnt die Dreizimmerwohnung und steht seit einigen Jahren aufgrund einer Demenzerkrankung unter Betreuung. Der Beklagte zu 2 bewohnt seit dem Jahr 2000 die Einzimmerwohnung. Seit dem Jahr 2007 ist er Betreuer der Beklagten zu 1 und pflegt sie ganztägig. Im Jahr 2015 äußerte der Beklagte zu 2 in mehreren Schreiben an die Hausverwaltung grobe Beleidigungen gegenüber der Klägerin. Die Klägerin sprach daraufhin die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses gemäß § 543 Abs. 1 BGB aus.

Das Amtsgericht hat die Räumungsklage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landgericht ihr allerdings stattgegeben. Bei derart groben Beleidigungen liege die Unzumutbarkeit einer Fortsetzung des Mietvertrages für die Klägerin auf der Hand. Die von der Beklagten zu 1 vorgebrachten persönlichen Härtegründe könnten erst im Rahmen einer späteren Zwangsvollstreckung im Wege eines Vollstreckungsschutzantrags nach § 765a ZPO geprüft werden, Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehren die Beklagten die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in seiner Entscheidung unterstrichen, dass zu den bei der Gesamtabwägung einer nach der Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB erklärten fristlosen Kündigung zu berücksichtigenden Umständen des Einzelfalls ohne weiteres auch schwerwiegende persönliche Härtegründe auf Seiten des Mieters gehören.

Denn § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB schreibt ausdrücklich eine Abwägung der beiderseitigen Interessen der Mietvertragsparteien und eine Berücksichtigung aller Umstände des Einzel-

fallendes vor. Die Abwägung auf bestimmte Gesichtspunkte zu beschränken und deren Berücksichtigung - wie das Berufungsgericht - auf das Vollstreckungsverfahren zu verschieben, verbietet sich mithin bereits aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Regelung. Bei drohenden schwerwiegenden Gesundheitsbeeinträchtigungen oder Lebensgefahr sind die Gerichte zudem verfassungsrechtlich gehalten, ihre Entscheidung auf eine tragfähige Grundlage zu stellen und diesen Gefahren bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen hinreichend Rechnung zu tragen. Das kann bei der Gesamtabwägung nach § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Folge haben - was vom Gericht im Einzelfall zu prüfen ist -, dass ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung wegen besonders schwerwiegender persönlicher Härtegründe auf Seiten des Mieters trotz seiner erheblichen Pflichtverletzung nicht vorliegt. Das Berufungsgericht hätte insoweit dem Vortrag der Beklagten nachgehen müssen, wonach die Beklagte zu 1 auf die Betreuung durch den Beklagten zu 2 in ihrer bisherigen häuslichen Umgebung angewiesen und bei einem Wechsel der Betreuungsperson oder einem Umzug schwerwiegende Gesundheitsschäden zu besorgen seien.

Der Senat hat deshalb Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 09.11.2016 - VIII ZR 73/16 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Thilo Braun

## **V. Arbeitsrecht**

### **Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes**

**Mit Wirkung zum 01.04.2017 tritt die Reform zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in Kraft. Ziel ist es, dem Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen stärker entgegen zu treten.**

Die wichtigsten Änderungen in Kürze sind:

Leiharbeitnehmer dürfen künftig nur noch bis zu einer Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten beim Entleiher eingesetzt werden. Tarifvertraglich kann bei der Einsatzbranche eine längere Überlassungsdauer vereinbart werden. Wird die Höchstüberlassungsdauer überschritten, wird ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert. Allerdings kann der Arbeitnehmer diese Fiktion durch Abgabe einer so genannten Festhaltungserklärung einmalig verhindern. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer der Fiktion widerspricht. Die Festhaltungserklärung muss allerdings der Agentur für Arbeit vorgelegt werden, die den Tag der Erklärung vermerkt und die Identität des Leiharbeitnehmers überprüft. Zudem ist dann erforderlich, dass die Erklärung innerhalb von drei Tagen dem Verleiher oder Entleiher zugeht.

Nach neun Monaten werden Leiharbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeitnehmern beim Entleiher gleichgestellt (Equal Pay). Wenn für das Leiharbeitsverhältnis ein Zuschlagstarifvertrag gilt, der eine stufenweise Heranführung des Arbeitsentgelts auf die Höhe des Equal Pay vorsieht, besteht der Anspruch erst nach 15 Monaten.

Unterbrechungen der Überlassung hindern den Ablauf der Einsatzzeit von maximal 18 Monaten nicht, wenn sie eine Dauer von drei Monaten nicht überschreiten. Diese Fristen werden erst mit Inkrafttreten der Reform ab 01.04.2017 berechnet, d. h. vorherige Überlassungszeiträume werden nicht berücksichtigt.

Personalgestellungen im Öffentlichen Dienst auf der Grundlage des TVÖD oder des TV-L sind privilegiert, d. h. hier gelten die vorgenannten Fristen nicht.

Leiharbeitnehmer müssen künftig auch für die unternehmerische Mitbestimmung im Rahmen des Betriebsverfassungsrechtes beim Entleiher mit eingerechnet werden.

Eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung, d. h. zum Beispiel durch einen Schein-Werkvertrag oder Schein-Dienstvertrag, ist auch dann unwirksam, wenn derjenige, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt, eine Verleiherlaubnis besitzt. Bei nicht offen geleg-

ter Arbeitnehmerüberlassung wird ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert.

Leiharbeiter dürfen im bestreikten Betrieb keine Streikarbeit übernehmen.

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

## **VI. Entscheidungen zum Arbeitsrecht**

### **1. Mitbestimmung des Betriebsrats beim Facebook-Auftritt des Arbeitgebers**

Ermöglicht der Arbeitgeber auf seiner Facebook-Seite für andere Facebook-Nutzer die Veröffentlichung von sogenannten Besucher-Beiträgen (Postings), die sich nach ihrem Inhalt auf das Verhalten oder die Leistung einzelner Beschäftigter beziehen, unterliegt die Ausgestaltung dieser Funktion der Mitbestimmung des Betriebsrats.

Die Arbeitgeberin ist das herrschende Unternehmen eines Konzerns, der Blutspendedienste betreibt. Bei den Blutspendeterminen sind ein oder mehrere Ärzte sowie bis zu sieben weitere Beschäftigte tätig. Sie tragen Namensschilder. Im April 2013 richtete die Arbeitgeberin bei Facebook eine Seite für konzernweites Marketing ein. Bei Facebook registrierte Nutzer können dort Postings einstellen. Nachdem sich Nutzer darin zum Verhalten von Arbeitnehmern geäußert hatten, machte der Konzernbetriebsrat geltend, die Einrichtung und der Betrieb der Facebook-Seite sei mitbestimmungspflichtig. Die Arbeitgeberin könne mit von Facebook bereitgestellten Auswertungsmöglichkeiten die Beschäftigten überwachen. Unabhängig davon könnten sich Nutzer durch Postings zum Verhalten oder der Leistung von Arbeitnehmern öffentlich äußern. Das erzeuge einen erheblichen Überwachungsdruck.

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats gegen die Abweisung seiner Anträge durch das Landesarbeitsgericht hatte vor dem Ersten Senat des Bundesarbeitsgerichts teilweise Erfolg.

Der Mitbestimmung unterliegt die Entscheidung der Arbeitgeberin, Postings unmittelbar zu veröffentlichen. Soweit sich diese auf das Verhalten oder die Leistung von Arbeitnehmern beziehen, führt das zu einer Überwachung von Arbeitnehmern durch eine technische Einrichtung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom  
13.12.2016 - 1 ABR 7/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

### **2. Teilnahme an einem Personalgespräch während der Arbeitsunfähigkeit**

Ein durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhandelter Arbeitnehmer ist regelmäßig nicht verpflichtet, auf Anweisung des Arbeitgebers im Betrieb zu erscheinen, um dort an einem Gespräch zur Klärung der weiteren Beschäftigungsmöglichkeit teilzunehmen.

Der Kläger war bei der Beklagten zunächst als Krankenpfleger und zuletzt - nach einer längeren unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit - befristet bis zum 31.12.2013 als medizinischer Dokumentationsassistent eingesetzt. Von Ende November 2013 bis Mitte Februar 2014 war der Kläger erneut arbeitsunfähig krank. Die Beklagte lud ihn mit Schreiben vom 18.12.2013 „zur Klärung der weiteren Beschäftigungsmöglichkeit“ zu einem Personalgespräch am 06.01.2014 ein. Der Kläger sagte unter Hinweis auf seine ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit ab. Die Beklagte übersandte ihm eine neuerliche Einladung für den 11.02.2014, die mit dem Hinweis verbunden war, der Kläger habe gesundheitliche Hinderungsgründe durch Vorlage eines speziellen ärztlichen Attests nachzuweisen. Auch an diesem Termin nahm der Kläger unter Hinweis auf seine Arbeitsunfähigkeit nicht teil. Daraufhin mahnte ihn die Beklagte mit Schreiben vom 18.02.2014 ab.

Die Vorinstanzen haben der auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte gerichteten Klage stattgegeben. Die Revision der



Beklagten hatte vor dem Zehnten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg.

Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers umfasst die Pflicht zur Teilnahme an einem vom Arbeitgeber während der Arbeitszeit im Betrieb angewiesenen Gespräch, dessen Gegenstand Inhalt, Ort und Zeit der zu erbringenden Arbeitsleistung ist, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht anderweitig festgelegt sind (§ 106 Satz 1 GewO). Da der erkrankte Arbeitnehmer während der Arbeitsunfähigkeit seiner Arbeitspflicht nicht nachkommen muss, ist er grundsätzlich nicht verpflichtet, im Betrieb zu erscheinen oder sonstige, mit seiner Hauptleistung unmittelbar zusammenhängende Nebenpflichten zu erfüllen. Während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit ist es dem Arbeitgeber allerdings nicht schlechthin untersagt, mit dem erkrankten Arbeitnehmer in einem zeitlich angemessenen Umfang in Kontakt zu treten, um mit ihm im Rahmen der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen die Möglichkeiten der weiteren Beschäftigung nach dem Ende der Arbeitsunfähigkeit zu erörtern. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber hierfür ein berechtigtes Interesse aufzeigt. Der arbeitsunfähige Arbeitnehmer ist jedoch nicht verpflichtet, hierzu auf Anweisung des Arbeitgebers im Betrieb zu erscheinen, es sei denn, dies ist ausnahmsweise aus betrieblichen Gründen unverzichtbar und der Arbeitnehmer ist dazu gesundheitlich in der Lage.

Nachdem die für die Unverzichtbarkeit des Erscheinens im Betrieb darlegungs- und beweispflichtige Beklagte solche Gründe nicht aufgezeigt hat, musste der Kläger der Anordnung der Beklagten, im Betrieb zu einem Personalgespräch zu erscheinen, nicht nachkommen. Die Abmahnung ist daher zu Unrecht erfolgt, weshalb der Kläger ihre Entfernung aus der Personalakte verlangen kann.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 02.11.2016 - 10 AZR 596/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

### **3. Fristlose Kündigung eines LKW-Fahrers wegen Drogenkonsums**

Ein Berufskraftfahrer darf seine Fahrtüchtigkeit nicht durch die Einnahme von Substanzen wie Amphetamin oder Methamphetamin („Crystal Meth“) gefährden. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung kann die außerordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Droge vor oder während der Arbeitszeit konsumiert wurde.

Der als LKW-Fahrer beschäftigte Kläger nahm am Samstag, dem 11.10.2014, im privaten Umfeld Amphetamin und Methamphetamin ein. Ab dem darauffolgenden Montag erbrachte er wieder seine Arbeitsleistung. Anlässlich einer polizeilichen Kontrolle am 14.10.2014 wurde der Drogenkonsum festgestellt. Dies veranlasste den Arbeitgeber zu einer fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Mit seiner Klage wendet sich der Kläger gegen diese Kündigung. Es hätten keine Anhaltspunkte für eine tatsächliche Fahruntüchtigkeit bestanden.

Die Vorinstanzen haben die außerordentliche Kündigung für unwirksam gehalten. Die hiergegen gerichtete Revision des Arbeitgebers hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg und führte zur Abweisung der Klage. Das Landesarbeitsgericht hat bei der vorzunehmenden Interessenabwägung die sich aus der Einnahme von Amphetamin und Methamphetamin für die Tätigkeit eines Berufskraftfahrers typischerweise ergebenden Gefahren nicht hinreichend gewürdigt. Ob die Fahrtüchtigkeit des Klägers bei den ab dem 13.10.2014 durchgeführten Fahrten konkret beeinträchtigt war und deshalb eine erhöhte Gefahr im Straßenverkehr bestand, ist unerheblich.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20.10.2016 - 6 AZR 471/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

#### **4. Betriebsratstätigkeit - Arbeitszeit**

Ein Betriebsratsmitglied, das zwischen zwei Nachtschichten außerhalb seiner Arbeitszeit tagsüber an einer Betriebsratssitzung teilzunehmen hat, ist berechtigt, die Arbeit in der vorherigen Nachtschicht vor dem Ende der Schicht einzustellen, wenn nur dadurch eine ununterbrochene Erholungszeit von elf Stunden am Tag gewährleistet ist, in der weder Arbeitsleistung noch Betriebsratstätigkeit zu erbringen ist. Nach § 5 Abs. 1 ArbZG ist dem Arbeitnehmer nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von elf Stunden zu gewähren. Es kann dahinstehen, ob die Zeit der Erbringung von Betriebsratstätigkeit Arbeitszeit i.S.v. § 2 Abs. 1 ArbZG ist und § 5 Abs. 1 ArbZG deshalb Anwendung findet. Jedenfalls ist bei der Beurteilung, ob dem Betriebsratsmitglied in einer solchen Situation die Fortsetzung der Arbeit in der Nachtschicht wegen der bevorstehenden Betriebsratstätigkeit unzumutbar ist, die Wertung des § 5 Abs. 1 ArbZG zu berücksichtigen.

Der Kläger ist Mitglied des im Betrieb der Beklagten gebildeten Betriebsrats und arbeitet im Dreischichtbetrieb. Er war in der Nacht vom 16.07. auf den 17.07.2013 für die Nachtschicht von 22:00 Uhr bis 6:00 Uhr bei einer Pause von 2:30 Uhr bis 3:00 Uhr eingeteilt. Am 17.07.2013 nahm der Kläger von 13:00 Uhr bis 15:30 Uhr an einer Betriebsratssitzung teil. Mit Rücksicht auf diese Betriebsratssitzung stellte er in der vorherigen Nachtschicht seine Arbeit um 2:30 Uhr ein. Ihm wurde für diese Nachtschicht von der Beklagten nur der Zeitraum bis 3:00 Uhr und von 5:00 Uhr bis 6:00 Uhr auf seinem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben. Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger unter anderem die Gutschrift der beiden weiteren Stunden von 3:00 Uhr bis 5:00 Uhr verlangt. Die Klage hatte vor dem Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts - ebenso wie zuvor beim Landesarbeitsgericht - Erfolg.

Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind Mitglieder des Betriebsrats auch dann von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung ihres Arbeitsentgelts zu befreien, wenn eine außerhalb der Arbeitszeit liegende erforderliche Betriebsratstätigkeit die Arbeitsleistung unmöglich oder unzumutbar gemacht hat. Vorliegend war dem Kläger die Erbringung der Arbeitsleistung am 17.07.2013

jedenfalls ab 3:00 Uhr wegen der um 13:00 Uhr beginnenden Betriebsratssitzung unzumutbar, weil ihm bei Fortsetzung seiner Arbeit zwischen den Arbeitsschichten keine durchgehende Erholungszeit von elf Stunden zur Verfügung gestanden hätte.

Über eine weitere Klageforderung konnte der Senat nicht abschließend entscheiden. Insofern wurde die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 18.01.2017 - 7 AZR 224/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Thilo Braun

#### **5. Bonusanspruch - Leistungsbestimmung durch das Gericht**

Behält sich der Arbeitgeber vertraglich vor, über die Höhe eines Bonusanspruchs nach billigem Ermessen zu entscheiden, unterliegt diese Entscheidung der vollen gerichtlichen Überprüfung. Entspricht die Entscheidung nicht billigem Ermessen, ist sie gemäß § 315 Abs. 3 BGB unverbindlich und die Höhe des Bonus durch das Gericht auf Grundlage des Vortrags der Parteien festzusetzen.

Der Kläger war vom 01.01.2010 bis zum 30.09.2012 bei der deutschen Niederlassung der Beklagten, einer internationalen Großbank, als Managing Director beschäftigt. Vertraglich war vereinbart, dass der Kläger am jeweils gültigen Bonussystem und/oder am Deferral Plan teilnimmt. Entsprechend der vertraglichen Vereinbarung erhielt er für das Geschäftsjahr 2009 eine garantierte Leistung in Höhe von 200.000 €, für das Geschäftsjahr 2010 eine Leistung in Höhe von 9.920 €. Für das Jahr 2011 erhielt der Kläger keinen Bonus oder Deferral Award. Andere Mitarbeiter erhielten Leistungen, die sich der Höhe nach überwiegend zwischen einem Viertel und der Hälfte der jeweiligen Vorjahresleistung bewegten.

Mit der vorliegenden Klage begehrt der Kläger die Zahlung eines Bonus für das Geschäftsjahr 2011, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens aber 52.480 €. Das Arbeitsgericht hat die Beklagte zur Zahlung eines Bonus in Höhe von 78.720 € verur-

teilt. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage auf die Berufung der Beklagten mit der Begründung abgewiesen, der Kläger habe keine hinreichenden Anhaltspunkte vorgetragen, die eine gerichtliche Festsetzung der Bonushöhe ermöglichen.

Die vom Senat zugelassene Revision des Klägers hatte vor dem Zehnten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Der Kläger hat nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien einen Anspruch auf einen Bonus und/oder Deferral Award, der nach billigem Ermessen festzusetzen war. Mangels hinreichender Darlegungen der Beklagten zur Berechtigung der Festsetzung auf Null für das Jahr 2011 ist diese Festsetzung unverbindlich. Die Leistungsbestimmung hat in einem solchen Fall gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB durch das Gericht zu erfolgen. Grundlage ist dafür der Sachvortrag der Parteien; eine Darlegungs- und Beweislast im prozessualen Sinn gibt es nicht. Äußert sich der bestimmungsberechtigte Arbeitgeber zu bestimmten Faktoren nicht, geht dies nicht zu Lasten des Arbeitnehmers. Von diesem kann kein Vortrag zu Umständen verlangt werden,

wie z. B. der Höhe eines Bonustopfes, die außerhalb seines Kenntnisbereichs liegen. Auf die Erhebung einer Auskunftsklage kann er regelmäßig nicht verwiesen werden. Vielmehr ist die Leistung durch das Gericht aufgrund der aktenkundig gewordenen Umstände (z. B. Höhe der Leistung in den Vorjahren, wirtschaftliche Kennzahlen, Ergebnis einer Leistungsbeurteilung) festzusetzen. Eine gerichtliche Leistungsfestsetzung scheidet nur dann ausnahmsweise aus, wenn jegliche Anhaltspunkte hierfür fehlen. Dies war hier entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht der Fall. Da die gerichtliche Bestimmung der Leistung nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB regelmäßig Sache der Tatsacheninstanzen ist, hat der Senat den Rechtsstreit zur Festsetzung der Bonushöhe für das Geschäftsjahr 2011 an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 03.08.2016 - 10 AZR 710/14 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Thilo Braun

**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 März 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