

Mandanten-Rundbrief

- September 2019 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind europarechtswidrig!	2
2.	Zur Zulässigkeit der Entfernung von Kunstinstallationen in einem Museum	4
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	5
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	7
IV.	Leitsätze zum Immobilien- und Mietrecht und zum Schiedswesen	11
V.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	14

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

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

www.bornheim.com

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind europarechtswidrig!

Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 Abs. 1, 2 Buchst. g und Abs. 3 Richtlinie 2006/123/EG verstoßen, dass sie verbindliche Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat.

EuGH, Urteil vom 04.07.2019 - Rs. C-377/17

Die Europäische Kommission hat bereits in 2015 die Abschaffung der Mindest- und Höchstsätze der HOAI von der Bundesregierung gefordert. Die Preisregelungen in der HOAI würden nach Ansicht der Kommission gegen die Dienstleistungsrichtlinie insbesondere die Niederlassungsfreiheit verstoßen. Sie behindern bzw. erschweren neuen Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten, sich über eine freie Preisgestaltung Marktzugang zu verschaffen. Dies sei weder durch einen "zwingenden Grund des Allgemeininteresses" gerechtfertigt, noch sei die Regelung inhaltlich „verhältnismäßig“.

Da die Bundesregierung den Einwänden der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2015 nicht abgeholfen hat, legte die Europäische Kommission 2017 Klage vor dem EuGH ein.

Der EuGH folgt dem Klageantrag der Europäischen Kommission und der Empfehlung des Generalanwaltes beim EuGH aus 02/2019.

Anforderungen zur Beachtung von Mindest- und/oder Höchstpreisen durch Dienstleistungserbringer sind nur unter (drei) bestimmten Voraussetzungen zulässig, wovon die HOAI nicht alle Voraussetzungen erfüllt.

Die HOAI verstößt nicht gegen das Diskriminierungsverbot.

Der EuGH bestätigt auch die von der HOAI verfolgten Ziele (Qualität der Planung, Verbraucherschutz, Bausicherheit, Erhaltung der Baukultur, ökologisches Bauen) als Gründe des Allgemeininteresses, die grundsätzlich mit

Mindestsätzen erreicht werden können. Mit den Höchstpreisen kann auch der Verbraucherschutz gewährleistet werden.

Es scheidet aber an der dritten Voraussetzung, der Verhältnismäßigkeit der Anforderungen. Der EuGH erkennt zwar grundsätzlich den Zusammenhang zwischen Preisvorgaben und Qualität der Planungsleistungen an, sieht aber einen Widerspruch, eine Inkohärenz darin, dass die Erbringung von Planungsleistungen in Deutschland gerade nicht Architekten und Ingenieuren vorbehalten ist.

Ohne eine Reglementierung der Tätigkeit selbst gäbe es aber keine Garantie, dass die Planungsleistungen selbst von fachlich qualifizierten Dienstleistungserbringern erbracht würden, die bestimmten Berufsständen vorbehalten sind und einer zwingenden berufs- oder kammerrechtlichen Aufsicht unterliegen. Es könnten daher auch andere nicht reglementierte Dienstleistungsanbieter diese Planungsleistungen erbringen, was eine viel größere und durch eine Preisregelung nicht gebannte Gefahr für die Planungsqualität darstellen würde.

Es heißt in der Entscheidung des EuGH:

„Der Umstand jedoch, dass in Deutschland Planungsleistungen von Dienstleistern erbracht werden können, die nicht ihre entsprechende fachliche Eignung nachgewiesen haben, lässt im Hinblick auf das mit den Mindestsätzen verfolgte Ziel, eine hohe Qualität der Planungsleistungen zu erhalten, eine Inkohärenz in der deutschen Regelung erkennen.“

Der EuGH kritisiert, dass zwar auf der einen Seite über Preisrecht Qualitätsziele erreicht werden sollen, aber für die Leistungserbringung selbst keine Mindestgarantien gelten, die die Qualität dieser Leistungen gewährleisten können.

Damit wäre die Regelung zu den Mindestsätzen insgesamt zur Erreichung der Ziele Planungsqualität und Verbraucherschutz nicht geeignet.

Die mit den Höchstpreisen verfolgte Preistransparenz zur Erreichung von Verbraucherschutz könne zudem über andere Maßnahmen der In-

formation zur Preisorientierung erreicht werden, die weniger einschneidend sind.

Die Bundesregierung ist nun gehalten, die Regelung über die Mindest- und Höchstsätze anzupassen, um den festgestellten Vertragsverstoß zu beheben.

Die ersten Entscheidungen zu den Auswirkungen der EuGH-Entscheidung für das nationale Recht liegen vor.

Rechtsanwältin Andrea Rötterink

Zu den Auswirkungen des EuGH-Urteils auf das nationale Recht

Hinsichtlich der Folgen des EuGH-Urteils auf die weitere Anwendbarkeit des Preisrechts der HOAI in nationalen Prozessen herrscht noch Uneinigkeit zwischen den Oberlandesgerichten.

Gegenüber stehen sich die zuerst veröffentlichte Ansicht des OLG Celle (Urteil vom 17.07.2019, Az. 14 U 188/18; Urteil vom 23.07.2019, Az. 14 U 182/18; Urteil vom 14.08.2019, Az. 14 U 198/18), welches das Preisrecht der HOAI aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts in seinen Urteilen unangewendet lässt, und die Ansichten des OLG Hamm (Urteil vom 23.07.2019, Az. 21 U 24/18) und des KG Berlin (Urteil vom 19.08.2019, Az. 21 U 20/19), die das Preisrecht der HOAI mit ausführlicher Begründung weiter anwenden. Dies gilt laut KG Berlin jedoch zunächst nur für den dort vorgelegenen Fall einer Klage auf den Mindestpreis. Bei einer Klage auf Einhaltung der Höchstgrenze könnte dies laut dem Gericht europarechtlich anders zu beurteilen sein.

Das KG Berlin stützt seine Ansicht darauf, dass der EuGH in seiner Entscheidung keinen Verstoß gegen eine Verordnung der Europäischen Union oder europäisches Primärrecht, insbesondere die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) festgestellt hat. Neben dem europäischen Primärrecht gelten aber nur Verordnungen der Europäischen Union unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat (Art. 288 Abs. 2 AEUV). Der EuGH habe vielmehr nur einen Verstoß

gegen eine Richtlinie der europäischen Union, die Dienstleistungsrichtlinie, festgestellt.

Weiter führt das KG Berlin aus, dass man bei einem Verstoß gegen eine Richtlinie nur zur Unanwendbarkeit der nationalen Norm kommen könnte, wenn entweder ein Ausnahmefall vorliege oder dies das Ergebnis einer richtlinienkonformen Auslegung darstelle.

Gegen eine ausnahmsweise Direktwirkung der europäischen Richtlinie spricht bei dem der Entscheidung des KG Berlin zugrunde liegenden Sachverhalt, dass es sich um einen Rechtsstreit zwischen Privaten handelt. Daher sei eine Direktwirkung grundsätzlich ausgeschlossen. Auch die Ausnahme der „Unilever-Entscheidung“ des EuGH sei nicht vergleichbar, da dies ansonsten einen endgültigen Vermögensnachteil gegenüber der nationalen Rechtslage begründen würde. Auch die „einwendungsverneinende“ horizontale Direktwirkung sei grundsätzlich ausgeschlossen.

Der richtlinienkonformen Auslegung stehe im Fall des Mindestpreisgebots der diametrale Wille des Gesetzgebers entgegen, wie auch das OLG Hamm richtig entschieden habe. Die Existenz des Vorabentscheidungsverfahrens hingegen nicht, da auch dieses Verfahren die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung nicht zu erweitern vermag.

Zuletzt führt das KG Berlin aus, dass bei dem seiner Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt einer Honorarklage eine richtlinienkonforme Auslegung auch nicht in Betracht komme, da die Dienstleistungsrichtlinie gerade nicht das Ziel verfolge, den Auftraggeber vor der Klage eines Architekten auf das Mindestgebot zu schützen. Dies könnte in einem Honorarprozess auf Geltung des Höchstgebots der HOAI anders zu entscheiden sein. Jedoch stünde auch dort der Wille des Gesetzgebers nach Ansicht des Gerichts entgegen.

Bei reinem Inlandssachverhalt sei ein Verstoß gegen die Niederlassungs- sowie Dienstleistungsfreiheit, der die Unanwendbarkeit der Norm nach sich ziehen würde, schon nicht möglich.

Das OLG Celle argumentiert gegen die weitere Anwendbarkeit des HOAI-Preisrechts, dass eine dahingehende richtlinienkonforme Auslegung dem Willen des Gesetzgebers entspreche, da dieser bei der Fassung der HOAI 2009 die Vorgaben der europäischen Dienstleistungsrichtlinie ausdrücklich einhalten und in der Fassung 2013 davon nicht abweichen wollte.

Zudem stünde die Dienstleistungsrichtlinie dem europäischen Primärrecht, das auch eine horizontale Direktwirkung entfaltet, gleich, da sie zur Umsetzung der Dienstleistungsfreiheit erlassen wurde.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. Zur Zulässigkeit der Entfernung von Kunstinstallationen in einem Museum

a) Die Vernichtung eines urheberrechtlich geschützten Werks stellt eine "andere Beeinträchtigung" im Sinne des § 14 UrhG dar. Bei der Prüfung, ob die Vernichtung geeignet ist, die berechtigten persönlichen und geistigen Interessen des Urhebers am Werk zu gefährden, ist eine umfassende Abwägung der Interessen des Urhebers und des Eigentümers des Werks vorzunehmen. (amtlicher Leitsatz)

b) Bei der Interessenabwägung ist auf Seiten des Urhebers zu berücksichtigen, ob es sich bei dem vernichteten Werk um das einzige Vervielfältigungsstück des Werks handelte, oder ob von dem Werk weitere Vervielfältigungsstücke existieren. Ferner ist zu berücksichtigen, welche Gestaltungshöhe das Werk aufweist und ob es ein Gegenstand der zweckfreien Kunst ist oder als angewandte Kunst einem Gebrauchszweck dient. (amtlicher Leitsatz)

c) Auf Seiten des Eigentümers können, wenn ein Bauwerk oder Kunst in oder an einem solchen betroffen ist, bautechnische Gründe oder das Interesse an einer Nutzungsänderung von Bedeutung sein. Bei Werken der Baukunst oder mit Bauwerken unlösbar verbundenen Kunstwerken werden die Interessen des Eigentümers an einer anderweitigen Nutzung oder Bebauung

des Grundstücks oder Gebäudes den Interessen des Urhebers am Erhalt des Werks in der Regel vorgehen, sofern sich aus den Umständen des Einzelfalls nichts anderes ergibt. (amtlicher Leitsatz)

d) Im Rahmen der Interessenabwägung kann sich auswirken, ob der Eigentümer dem Urheber Gelegenheit gegeben hat, das Werk zurückzunehmen oder - wenn dies aufgrund der Beschaffenheit des Werks nicht möglich ist - Vervielfältigungsstücke hiervon anzufertigen. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urteile vom 21.02.2019 – I ZR 98/17 HHole (for Mannheim) und I ZR 99/17 (PM)

Die Klägerin ist Künstlerin, die Beklagte betreibt die Kunsthalle Mannheim.

Gegenstand des Verfahrens I ZR 98/17 ist die von der Klägerin im Auftrag der Beklagten ab dem Jahr 2006 für den Athene-Trakt der Kunsthalle erschaffene multimediale und multidimensionale Rauminstallation "HHole (for Mannheim)". Die Installation umfasst verschiedene Teile auf allen sieben Gebäudeebenen des Trakts, die durch Öffnungen in den Geschossdecken miteinander verbunden sind. Im Jahr 2012 beschloss die Beklagte, den Athene-Trakt im Zuge der Neuerrichtung eines anderen Gebäudeteils weitgehend zu entkernen sowie einige Geschossdecken und das bisherige Dach abzubauen. Die Beklagte plant, das Werk im Zuge der Umbaumaßnahmen zu beseitigen. Inzwischen sind unter anderem die Geschossdecken in dem Trakt entfernt worden.

Gegenstand des Verfahrens I ZR 99/17 ist eine von der Klägerin im Auftrag der Beklagten für den Dach- und Kuppelbereich des Billing-Baus der Kunsthalle Mannheim ab dem Jahr 2006 erschaffene Lichtinstallation "PHaradies". Ab dem Jahr 2010 ließ die Beklagte das Dach des Billing-Baus sanieren und im Zuge dieser Maßnahmen wurden spätestens 2013 sämtliche Bestandteile der Lichtinstallation entfernt und nicht wieder aufgebaut.

Die Klägerin sieht in der Entfernung der Installationen eine Verletzung ihres Urheberrechts. Im Verfahren I ZR 98/17 hat sie in der Berufungsinstanz die Unterlassung weiterer Beein-

trüchtigungen der Installation "HHole (for Mannheim)" durch die Baumaßnahmen, die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands des Werks, Zugang zum Werk und Zahlung einer angemessenen Vergütung von mindestens 70.000 € verlangt. Hilfsweise hat sie unter anderem die Duldung der Reinstallation der Grundstruktur des Kunstwerks nach erfolgtem Gebäudeumbau auf Kosten der Beklagten sowie Zahlung einer angemessenen Vergütung hierfür beansprucht. Für den Fall einer dauerhaften Beseitigung des Werks hat die Klägerin weiter hilfsweise Schadensersatz von nicht unter 220.000 € begehrt. Im Verfahren I ZR 99/17 hat die Klägerin die Wiedererrichtung der Lichtinstallation "PHaradies" verlangt. Für den Fall der dauerhaften Vernichtung des Werks hat sie hilfsweise Schadenersatz von mindestens 90.000 € beansprucht.

Das Landgericht hat die Beklagte im Verfahren I ZR 98/17 zur Zahlung einer Vergütung von 66.000 € unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt. Im Verfahren I ZR 99/17 hat das Landgericht die Klage vollständig abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufungen der Klägerin zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten die Klage im Verfahren I ZR 98/17 auch hinsichtlich des vom Landgericht zugesprochenen Vergütungsanspruchs abgewiesen.

Der Bundesgerichtshof hat im Verfahren I ZR 98/17 das angegriffene Urteil auf die Revision der Klägerin aufgehoben, soweit das Oberlandesgericht ihren Klageantrag auf Zahlung einer Vergütung bis zur Höhe von 66.000 € zurückgewiesen hat, und die Sache insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Im Übrigen hat der Bundesgerichtshof die Revision zurückgewiesen. Im Verfahren I ZR 99/17 hat der Bundesgerichtshof die Revision der Klägerin zurückgewiesen.

Die von der Klägerin in beiden Verfahren hinsichtlich der Beseitigung der Installationen nach § 97 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 UrhG geltend gemachten Ansprüche bestehen nicht, weil die Vernichtung der Werke rechtmäßig ist. Die Vernichtung eines urheberrechtlich geschützten Werks stellt eine "andere Beeinträchtigung" im Sinne des § 14 UrhG dar. Bei der Prüfung, ob die Vernichtung geeignet

ist, die berechtigten persönlichen und geistigen Interessen des Urhebers am Werk zu gefährden, ist eine umfassende Abwägung der Interessen des Urhebers und des Eigentümers des Werks vorzunehmen. Bei der Interessenabwägung ist auf Seiten des Urhebers zu berücksichtigen, ob es sich bei dem vernichteten Werk um das einzige Vervielfältigungsstück des Werks handelte, oder ob von dem Werk weitere Vervielfältigungsstücke existieren. Ferner ist zu berücksichtigen, welche Gestaltungshöhe das Werk aufweist und ob es ein Gegenstand der zweckfreien Kunst ist oder als angewandte Kunst einem Gebrauchszweck dient. Auf Seiten des Eigentümers können, wenn ein Bauwerk oder Kunst in oder an einem solchen betroffen ist, bautechnische Gründe oder das Interesse an einer Nutzungsänderung von Bedeutung sein. Bei Werken der Baukunst oder mit Bauwerken unlösbar verbundenen Kunstwerken werden die Interessen des Eigentümers an einer anderweitigen Nutzung oder Bebauung des Grundstücks oder Gebäudes den Interessen des Urhebers am Erhalt des Werks in der Regel vorgehen, sofern sich aus den Umständen des Einzelfalls nichts anderes ergibt. Das Oberlandesgericht hat danach rechtsfehlerfrei angenommen, dass das Interesse der Beklagten an der Beseitigung der Installationen gegenüber dem Erhaltungsinteresse der Klägerin Vorrang hat. Die geltend gemachten Ansprüche sind auch auf vertraglicher Grundlage nicht gegeben.

Keinen Bestand hat im Verfahren I ZR 98/17 die Abweisung des Vergütungsanspruchs bis zur Höhe von 66.000 € durch das Oberlandesgericht. Auf der Grundlage der Feststellungen des Oberlandesgerichts kann nicht angenommen werden, dass dieser Anspruch nicht entstanden oder dass er verjährt ist.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Sachkunde des Gerichts

- a) Die eigene Sachkunde des Gerichts kann ein an sich gebotenes Sachverständigen-gutachten entbehrllich machen.

- b) Eine als Baukammer regelmäßig mit Bau-sachen befasste Kammer kennt aus diesem Grund die üblicherweise angesetzten Stundensätze und Materialpreise der Region. Die Einholung eines Sachverständigen-gutachtens ist vor diesem Hintergrund entbehrlich.

LG Osnabrück, Beschluss vom 27.03.2019 – 6 S 19/19

2. Verwendung einer Entwurfsplanung im Bauantragsverfahren ohne Zustimmung des Verfassers

- a) In der "heimlichen" Verwendung einer Entwurfsplanung im Bauantragsverfahren ohne Zustimmung des Entwurfsverfassers kann eine ungerechtfertigte Bereicherung i.S.d. § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 BGB liegen (hier bejaht). (amtlicher Leitsatz)
- b) Der Verwender ist dem Entwurfsverfasser in diesem Fall zum Wertersatz gem. § 818 Abs. 2 BGB verpflichtet. (amtlicher Leitsatz)
- c) Der Wertersatz bemisst sich dabei nach den Mindestsätzen der HOAI. (amtlicher Leitsatz)

OLG Celle, Urteil vom 20.03.2019 – 14 U 55/18

3. Unwirksamkeit einer Klausel, die die Fälligkeit der Forderung bis zur Beseitigung aller Mängel hinausschiebt

- a) Eine Klausel, die die Fälligkeit der Forderung entgegen der gesetzlichen Regelung und entgegen der Regelung in der VOB/B von der Beseitigung der Protokollmängel abhängig macht, ist objektiv ungewöhnlich. Ist die Klausel zudem in eine Regelung über die Berechnung der Skontofristen eingestellt und mit der Überschrift „Zahlung und Skonto“ versehen, ist eine solche, die Fälligkeit einschränkende Regelung nicht zu erwarten. Dies insbesondere, wenn die streitgegenständliche Nr. des Paragraphen im Übrigen nur Regelungen zur Rechnungsprüfung und Skontierung ent-

hält. Eine die Fälligkeit einschränkende Klausel ist an dieser Stelle systematisch nicht zu erwarten. Es erscheint daher fernliegend, dass ein Werkunternehmer überhaupt und erst recht an dieser Stelle mit einer solchen Klausel rechnen muss. Es handelt sich nach alledem bei einer Regelung, die die Fälligkeit bis zur Beseitigung aller Mängel hinausschiebt, um eine überraschende und deswegen schon nicht Vertragsbestandteil gewordene Klausel im Sinne von § 305c BGB. Die Rechtsfolge der Fälligkeit ohne Rücksicht auf die Beseitigung der Protokollmängel ergibt sich aus § 306 Abs. 2 i.V.m. § 641 BGB.

- b) Eine Regelung mit vollständiger Stundung der Forderung wegen bestehender Mängel wäre auch im Falle einer Einbeziehung in den Vertrag unwirksam, weil sie dem Leitbild der gesetzlichen Regelung widerspricht, § 307 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 BGB. Die Vorschrift gilt auch für Vollkaufleute. Nach § 641 Abs. 1 BGB tritt Fälligkeit der Forderung mit Abnahme der Leistung ein und der Besteller kann wegen der Beseitigung von Mängel nach Abs. 3 in der Fassung bis 31.12.2008 nur das dreifache der Mangelbeseitigungskosten, nicht aber – wie im zugrunde liegenden Fall vereinbart – den gesamten Betrag der Schlussrechnung zurückbehalten.

OLG Frankfurt, Urteil vom 13.10.2016 – 12 U 174/14; BGH, Beschluss vom 05.12.2018 – VII ZR 299/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

4. Sicherheit gemäß § 648a BGB a. F. – Frist, Höhe und endgültige Verweigerung

- a) Nach der amtlichen Begründung (BT-Drucksache 12/1836, Seite 9) soll als angemessene Frist i.S.v. § 648a BGB a. F. im Regelfall ein Zeitraum von 7 – 10 (Kalendar-)Tagen ausreichen (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 62. Auflage 2003, § 648a, Rn. 6 u. w.). Entscheidend ist, in welcher Zeit ohne schuldhaftes Zögern eine Sicherheit (bei der Bank) besorgt werden kann bzw. ob die Rechtslage schwierig (und ggf. aus welchen Gründen) und ob

eine anwaltliche Beratung notwendig ist (vgl. BGH, Urteil vom 20.10.2010, VII ZR 22/09, BauR 2011, 514; Ingenstau u.a.-Joussen, VOB, 16. Auflage 2007, Anhang 2, Rn 145 mwN; u. w.). (Zitat aus der Entscheidung)

- b) Verlangt der Unternehmer [...] eine zu hohe Sicherheit, muss der Auftraggeber diese zwar nicht gewähren; er darf den Anspruch auf Sicherheit indes nicht insgesamt zurückweisen, sondern muss eine aus seiner Sicht angemessene Sicherheit anbieten (BGH, Urteil vom 09.11.2000, VII ZR 82/99, NJW 2001, 822 = BGHZ 146, 24; u. w.). (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Stellt sich die Auftraggeberin in einem Schreiben auf den unzutreffenden Standpunkt, die von der Auftragnehmerin angeforderte Sicherheit gemäß § 648a BGB sehe sie als „gegenstandslos“ an, steht diese Erklärung der Auftraggeberin einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung der von der Auftragnehmerin gemäß § 648a BGB zu Recht geforderten Sicherheit gleich, so dass daraus ein Leistungsverweigerungsrecht der Auftragnehmerin folgt (vgl. BGH, Urteil vom 22.01.2004, VII ZR 183/02, dort Rn 16; Palandt-Sprau, BGB, 76. Auflage 2017, § 648a, Rn 20/21; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage 2015, Rn. 332 mwN in Fn 100; OLG Hamm, Urteil vom 07.03.2007, 25 U 105/06; KG, Urteil vom 13.08.2013, 7 U 166/12).

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.07.2018 – 22 U 83/17 und Urteil vom 12.04.2019 – 22 U 62/18

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Bieter, der nach italienischem Recht einen Antrag auf Eröffnung eines Zwangsvergleichs gestellt hat, darf ausgeschlossen werden

Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.März.2004 über

die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren, wonach ein Wirtschaftsteilnehmer vom Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden darf, wenn er zum Zeitpunkt der Ausschlussentscheidung bereits einen Antrag auf Eröffnung eines Zwangsvergleichs gestellt und sich dabei die Möglichkeit vorbehalten hatte, einen Plan zur Fortführung der Tätigkeit vorzulegen, nicht entgegensteht. (amtlicher Leitsatz)

EuGH, Urteil vom 28.03.2019 – C-101/18

2. Ausschluss wegen Verfehlungen von Nachunternehmern und „schwere“ Verfehlung i.S.v. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB

- a) Das Handeln von Nachunternehmen kann für sich genommen keinen Ausschlussbestand nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB begründen. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Es liegt im Beurteilungsspielraum der Vergabestelle, etwaige Verfehlungen der Geschäftsführer eines Bieters nicht als „schwer“ i.S.v. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB zu bewerten, wenn diese nicht zu umweltrechtlichen Sanktionen gegen den Bieter geführt haben, strafrechtliche Ermittlungen gemäß § 153a Abs. 2 StGB eingestellt worden sind und der Bieter sich zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes und zur Ergreifung weiterer Maßnahmen mit dem Ziel der Verhinderung künftiger Verstöße verpflichtet hat sowie diese Verpflichtungen vollumfänglich und teilweise vorfristig erfüllt hat. Zumal auch die Einstellung des Strafverfahrens gemäß § 153a Abs. 2 StGB voraussetzt, dass das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung durch die Erteilung von Auflagen und Weisungen beseitigt werden kann und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht.

OLG Celle, Beschluss vom 13.05.2019 – 13 Verg 2/19

3. Wirksame Aufhebung mit Schadensersatzpflicht

- a) Hat ein Unternehmen mit dem Ziel der Erlangung primären Vergaberechtsschutzes die Aufhebung des Vergabeverfahrens zum Gegenstand einer Nachprüfung gemacht, ist die Vergabekammer bei Vorliegen eines Feststellungsinteresses des Unternehmens auf dessen Antrag hin zur Feststellung der durch die Aufhebung eingetretenen Rechtsverletzung befugt, auch wenn sich herausstellt, dass die Aufhebung wirksam war und daher eine Anordnung auf Fortsetzung des Vergabeverfahrens nicht ergehen kann. (amtlicher Leitsatz)
- b) Es bleibt dem Auftraggeber grundsätzlich unbenommen, von einem Beschaffungsvorhaben auch dann Abstand zu nehmen, wenn dafür kein in den Vergabe- und Vertragsordnungen anerkannter Aufhebungsgrund vorliegt. Dies folgt daraus, dass die Bieter zwar einen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält (§ 97 Abs. 7 GWB), aber nicht darauf, dass er den Auftrag auch erteilt und demgemäß die Vergabestelle das Vergabeverfahren mit der Erteilung des Zuschlags abschließt. (amtlicher Leitsatz)
- c) Die Verpflichtung des Auftraggebers zur Aufhebung der Aufhebung eines Vergabeverfahrens kann nur erfolgen, wenn der öffentliche Auftraggeber die Vergabe des Auftrags weiterhin beabsichtigt und ihm auch keine sachlichen Gründe für eine Aufhebung zur Seite stehen. (amtlicher Leitsatz)
- d) Eine wesentliche Änderung der Vergabeunterlagen nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2016 liegt nur dann vor, wenn eine ganz entscheidende Abänderung der bisherigen Absicht zur Leistungserbringung erforderlich wird. Die Auftragsvergabe auf der Grundlage der bisherigen Vergabeunterlagen muss für den Auftraggeber oder die Bieter unzumutbar geworden sein. (amtlicher Leitsatz)

- e) Die Gründe, welche eine Aufhebung rechtfertigen sollen, dürfen dem Auftraggeber nicht zurechenbar sein. Dabei kann ein schuldhaft herbeigeführter Aufhebungsgrund jedoch durchaus ein sachlicher Grund für eine - dann allerdings (jedenfalls wirksame) schadensersatzpflichtige - Aufhebung sein. Der pauschale und nicht weiter untersetzte Vortrag, dass Mehrkosten zu befürchten sind, führt nicht zur Annahme eines schwer wiegenden Grundes im Sinne des § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2016, der zur rechtmäßigen Aufhebung berechtigt. (amtlicher Leitsatz)

VK Sachsen, Beschluss vom 17.01.2019 – 1/SVK/033-18

4. Individuelle Beantwortung von Bieterfragen nur im Ausnahmefall

- a) Der Grundsatz der Gleichbehandlung erfordert, dass der Auftraggeber die zusätzlichen sachdienlichen Auskünfte im Zweifel allen Bewerbern erteilt, mithin allseitig informiert und nicht nur individuell. Der Auftraggeber kann allenfalls im Einzelfall eine Bieterfrage individuell beantworten, wenn sie offensichtlich das individuelle Missverständnis eines Bieters betrifft, die allseitige Beantwortung der Frage Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse verletzt oder die Identität des Bieters preisgeben würde. Sachdienlich sind Auskünfte, wenn sie objektiv mit der Sache zu tun haben und Missverständnisse ausräumen oder Verständnisfragen zu den Vergabeunterlagen beantworten (VK Sachsen, B. v. 24.08.2016 – 1 /SVK/017-16). (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Ist eine Antwort mit Zusatzinformation nach Auffassung des Auftraggebers unerheblich für die Angebotserstellung, so hat er sie zwar bekannt zu machen, muss aber die Angebotsfrist nicht verlängern. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Zum offenen und transparenten Vergabeverfahren gehört es, dass schon der Anschein der möglichen Bevorzugung eines Bieters vermieden wird. (Zitat aus der Entscheidung)

- d) Der Auftraggeber muss sich solange an dem – transparent und für alle Bewerber und Bieter gleich – vorgegebenen Kommunikationsweg festhalten lassen, bis er für die Bieter transparent eine anderslautende Regelung trifft (VK Bund, Beschluss vom 20.12.2017 – VK 2-142/17).

VK Thüringen, Beanstandung vom 25.04.2019 – 250-4002-11352/2019-N-006-EF

5. Müssen Optionen Eingang in die Wertung finden?

- a) Eine Regelung in den Vergabeunterlagen dergestalt, dass die Optionen keinen Eingang in die Wertung finden, kann durch den Beurteilungsspielraum des Auftraggebers gedeckt sein. Denn die Einschätzung, ob und in welchem Umfang Optionen in die Angebotswertung einbezogen werden, hat der Auftraggeber zu treffen. Entscheidet sich der Auftraggeber, da keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine erhebliche Inanspruchnahme der Option vorliegen, gegen deren Wertung, ist diese Erwägung sachgerecht und nicht zu beanstanden. Bedenken könnten dann allenfalls unter dem Gesichtspunkt ergeben, dass die Abfrage einer Option, für deren Ausübung keine hinreichenden Anhaltspunkte bestehen, möglicherweise in die Nähe einer unzulässigen Markterkundung rückt. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Wenn die optionalen Produkte ohne größeren Aufwand auszuwählen und zu bepreisen sind, benachteiligt den Bieter es nicht etwa, dass während des Auftragszeitraums dieser Preis festliegt, sondern es verschafft ihm die Gelegenheit, bei Ausübung der Option durch den Auftraggeber zu einem [...] mit fortschreitender Zeit für den Bieter zunehmend attraktiver werdenden Preis mit den optionalen Leistungen beauftragt zu werden (2. VK Bund, B. v. 22.12.2009 – Az.: VK 2 – 204/09). Bei Ziehung einer Option durch den Auftraggeber hat der Bieter also den substantiellen Vorteil, dass ihm der Auftrag einfach erhalten bleibt, ohne dass er sich erneutem Wettbewerb mit für ihn unsicheren Ausgang hinsichtlich des Auf-

tragserhalts zu stellen hätte. Dies ist sehr wohl ein erheblicher Anreiz dafür, trotz Nichtberücksichtigung in der Wertung gute Preise für die Optionsjahre anzubieten (2. VK Bund, B. v. 24.09.2014 – Az.: VK 2 – 67/14).

VK Thüringen, Beschluss vom 24.04.2019 – 250-4003-9926/2019 E 001 J

6. Auslegung von Vergabeunterlagen

- a) [...] für die Auslegung eines durch Zuschlag auf eine öffentliche Ausschreibung nach den Vorschriften der VOB/A zustande gekommenen Werkvertrags ist für die Auslegung der Parteiabreden grundsätzlich die Sicht der potentiellen Bieter dafür maßgebend, wie der Ausschreibungstext aus objektiven Empfängerhorizont auszuliegen ist (vgl. BGH, NJW-RR 1993, 1109, BGH, NJW 1999, 2431, BGH, NJW-RR 2002, 1096). (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Für die Auslegung einer öffentlichen Ausschreibung ist der objektive Empfängerhorizont der potenziellen Bieter und damit ein abstrakt bestimmter Adressatenkreis, maßgeblich (BGH vom 11.11.1993, VII ZR 47/93, BGHZ 124, 64; BGH vom 03.04.2012, X ZR 130/10). Angesichts dieses abstrakt-normativen Maßstabs kommt dem tatsächlichen Verständnis der angesprochenen Bieter allenfalls indizielle Bedeutung für die Frage zu, wie ein abstrakt gedachter Bieter die Ausschreibungsunterlagen verstehen muss (vgl. BGH vom 10.06.2008, X ZR 78/07). Denn gemäß §§ 133, 157 BGB ist für die Auslegung nicht das tatsächliche Verständnis des angesprochenen Bieterkreises ausschlaggebend, sondern die Frage, wie der Ausschreibungstext nach einem normativen Empfängerhorizont verstanden werden muss, der die für die Auslegung solcher Ausschreibungen maßgeblichen Interpretationsgrundsätze berücksichtigt. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Der individuellen Auslegung der Leistungsbeschreibung kommt Vorrang vor generellen Aufmaßvorschriften zu.

- d) Die Klägerin kann auch nicht geltend machen, dass von ihr eine nach dem Maßstab einer objektivierten Auslegung der Ausschreibungsunterlagen aus der Sicht eines objektiv aufgefassten Bieters unzumutbare Bemühung um Ermittlung des Ausschreibungsinhalts verlangt werde, wenn dafür eine Auswertung der aus einem den Ausschreibungsunterlagen beigefügten Verkehrszeichenplans und der daraus ersichtlichen Beschaffenheit des Baustellenbereichs sowie ein Vergleich des hier streitgegenständlichen Positionstextes mit solchen Positionstexten der Ausschreibung verlangt wird, die ebenfalls eine Aufbringung von Markierungen zum Gegenstand haben. (Zitat aus der Entscheidung)
- e) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Grundsatz der bieterfreundlichen Auslegung von Ausschreibungen nicht anerkannt (vgl. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, Kap. 5 Rn. 73, u. w.). Vielmehr sind Widersprüche zwischen den, einzelnen Teilen der Vergabeunterlagen im Wege einer beiderseits interessengerechten Auslegung möglichst so aufzulösen, dass sich ein sinnvolles, den Belangen beider Seiten gerecht werdendes Resultat ergibt (vgl. BGH vom 07.01.2014 – X ZB 15/13).
- f) Es gibt keine Auslegungsregel, wonach ein Vertrag mit unklarer Leistungsbeschreibung allein deshalb zu Lasten des Auftraggebers gehen müsste, weil dieser es unterlassen hatte, die Unklarheiten vor der Abgabe seines Angebots aufzuklären (vgl. BGHZ 179, 23). Jedoch folgt daraus umgekehrt ebenso wenig, dass es eine Auslegungsregel gäbe, wonach solche Unklarheiten zu Lasten des Ausschreibenden gehen würden, ohne dass zuvor der Versuch ihrer Auflösung im Wege einer Auslegung des Gesamtbilds der Vertragsunterlagen unternommen werden müsste.
- g) Enthält der Ausschreibungstext eine vorrangige Aufmaßvorschrift, geht diese als die speziellere Vertragsnorm der allgemeinen Bezugnahme des Vertrags auf die

VOB/C und die in Abschnitt 5 der davon umfassten DIN enthaltenen Aufmaßvorschriften auch dann vor, wenn dafür eine Auslegung des Ausschreibungstextes erforderlich ist.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 26.03.2019 – 21 U 17/18

7. Vergütung von Planungsanforderungen

- a) Die Nachprüfungsinstanzen haben zu prüfen, ob die Festsetzung (der Vergütung) in Einklang mit einschlägigen Honorarordnungen steht. Sofern sich die Vergütung als nicht angemessen erweist, ist die Fortsetzung des Vergabeverfahrens zu den angefochtenen Konditionen zu untersagen.
- b) Aus Sicht der Kammer kommt es darauf an, ob bestimmte Planungsanforderungen grundsätzlich in eine bestimmte Leistungsphase nach der HOAI eingeordnet werden können; und zwar gilt das auch für Teilleistungen, so auch VK Südbayern Beschluss vom 29.06.2017, Z3-3-3194-1-13-04/17. Denn die Ideenskizzen gehören in den Bereich der „Planungswettbewerbe“, aber nicht in den Bereich der Vergabe von Architekten- und Ingenieursleistungen. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Macht der Auftraggeber Vorgaben in der Bekanntmachung, die teilweise der HOAI Objektplanung, Leistungsphase 2 entsprechen, sind diese entsprechend zu vergüten.
- d) Es stellt einen Verstoß gegen § 75 Abs. 4 S. 2 VgV dar, wenn große Büros dadurch bevorzugt werden, dass Vorgaben in der Bekanntmachung die Bearbeitung von Projekten mit BIM vorsehen. Kleinere und mittlere Büroeinheiten dürften nur im Ausnahmefall über entsprechende Referenzen verfügen. Wenn zusätzlich 3 Referenzen über 10 Mio. Euro gefordert werden und diese aus einem Zeitraum von 3 Jahren stammen müssen, ist das, kumulativ gesehen, für kleinere und mittlere Büroeinheiten nicht ohne weiteres möglich.

- e) Referenzen müssen sich auf das Unternehmen und nicht auf „Mitarbeiter“ des Unternehmens beziehen.

VK Westfalen, Beschluss vom 07.03.2019 – 1-04/19

8. Frist gemäß § 135 Abs. 2 S. 1 GWB

Nach § 135 Abs. 2 S. 1 GWB kann die Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrags wegen unzureichender Unterrichtung von Bewerbern oder Interessenten nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen nach Information der betroffenen Bieter und Bewerber durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrags, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist. Welche inhaltlichen Anforderungen die Information über den Vertragsschluss zu erfüllen hat, gibt zwar § 135 Abs. 2 S. 1 GWB nicht unmittelbar vor. Zur Auslegung von § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB ist allerdings Art. 2 f Abs. 1 lit. a Nr. 2 der Richtlinie 2007/66/EG heranzuziehen, der durch § 135 GWB umgesetzt werden sollte (vgl. Gesetzesbegründung BT-Drucksache 18/6281). Nach Art. 2 f Abs. 1 lit. a Nr. 2 der Richtlinie 2007/66/EG kann ein nationaler Gesetzgeber nämlich die Geltendmachung der Unwirksamkeit durch einen Bieter in einem Nachprüfungsverfahren lediglich dadurch einschränken, dass die Feststellung innerhalb von mindestens 30 Kalendertagen zu beantragen ist, wenn der Beginn der Frist mit dem Tag beginnt, der dem folgt, an dem der öffentliche Auftraggeber eine Bekanntmachung über die Auftragsvergabe mit der Begründung der Entscheidung, von einer vorherigen Veröffentlichung abzusehen, veröffentlicht oder der öffentliche Auftraggeber nicht berücksichtigte Bieter über den Abschluss des Vertrags informiert und die Information eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gemäß Art. 41 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG enthält, also den Namen des Zuschlagsempfängers und die Gründe, warum dem Angebot dieses Unternehmens den Vorzug vor den übrigen Angeboten oder Bewerbungen zu geben war (vgl. Gnittke/Hattig in Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, § 135 Rn.

16 f., 89; Braun in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 135 GWB Rn. 81).

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.02.2019 – 15 Verg 9/18

9. Ausschluss nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A wegen Verlagerung von Preisbestandteilen

- a) Öffentliche Auftraggeber haben grundsätzlich ein Interesse daran, dass die Preise durchweg korrekt angegeben werden; denn Zahlungspflichten der Auftraggeber können durch Verlagerung einzelner Preisbestandteile manipuliert werden. Verlagert der Bieter die für einzelne Positionen seines Leistungsverzeichnisses eigentlich vorgesehenen Preise ganz oder teilweise in andere Positionen greift § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A daher grundsätzlich ein (BGH, Urteil vom 19.06.2018, X ZR 100/16, juris Tz. 15). (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Eine Angebotsstruktur, bei der deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegende Ansätze bei bestimmten Positionen auffällig hohen Ansätzen bei anderen Positionen des Leistungsverzeichnisses entsprechen, indiziert eine solche Preisverlagerung. Kann der Bieter die Indizwirkung nicht erschüttern, rechtfertigt dies die Annahme, dass das Angebot nicht die geforderten Preisangaben enthält und daher auszuschließen ist [...]. (Zitat aus der Entscheidung)

OLG München, Beschluss vom 17.04.2019 – Verg 13/18

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

IV. Leitsätze zum Immobilien- und Mietrecht und zum Schiedswesen

1. Berechtigung zur Mietminderung entfällt durch Verweigerung der Duldung von Mangelbeseitigungsmaßnahmen

- a) Wird eine Klage auf Zahlung von Miete ganz oder teilweise mit der Begründung

abgewiesen, die Miete sei aufgrund von Mängeln gemindert, erwachsen - als bloße Vorfragen - weder die Ausführungen zum Bestehen von Mängeln noch die vom Gericht angesetzten Minderungsquoten in Rechtskraft. (amtlicher Leitsatz).

- b) Weigert sich der Mieter, die Beseitigung von Mängeln durch den Vermieter, dessen Mitarbeiter oder von ihm beauftragte Handwerker zu dulden, ist er ab diesem Zeitpunkt grundsätzlich zu einer weiteren Minderung nicht mehr berechtigt und entfällt ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht in der Weise, dass einbehaltene Beträge sofort nachzuzahlen sind und von den ab diesem Zeitpunkt fälligen Mieten ein Einbehalt nicht mehr zulässig ist. Dies gilt auch dann, wenn der Mieter die Mangelbeseitigung unter Berufung darauf verweigert, dass er im Hinblick auf einen anhängigen Rechtsstreit über rückständige Miete (hier: Prozess mit dem Rechtsvorgänger des Vermieters) den bestehenden mangelhaften Zustand aus Gründen der "Be-weissicherung" erhalten will. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urteil vom 10.04.2019 – VIII ZR 12/18

2. Schiedsgerichtsklausel gilt auch für Nachtrag

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt der Grundsatz, dass sich eine in der ursprünglich getroffenen Vereinbarung enthaltene Schiedsgerichtsklausel auch auf Streitigkeiten erstreckt, die auf einen später geschlossenen Vergleich zurückgehen, der die zuerst geschaffenen Verträge ergänzt oder sonst geändert, nicht aber umgeschaffen hat (BGH, Urteil vom 03. November 1983 – III ZR 111/81, WM 1984, 380, 381 [juris Rn. 18]). Dabei steht dem späteren Vergleich ein Nachtrag zum Vertrag ohne weiteres gleich (Zöller/Geimer, ZPO, 32. Aufl., § 1029 Rn. 81), weil kein Grund dafür ersichtlich ist, insofern zwischen einem Nachtrag oder einem Vergleich zu unterscheiden. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Beschluss vom 28.03.2019 – I ZB 51/18

3. Beschaffenheitsvereinbarung

- a) Öffentliche Äußerungen vor Vertragsabschluss bestimmen die Eigenschaft einer Sache, die der Käufer erwarten kann, nicht, wenn und soweit die Vertragsparteien eine abweichende Beschaffenheit des Kaufobjekts vereinbart haben. (amtlicher Leitsatz)
- b) Regeln die Kaufvertragsparteien, dass eine bestimmte Eigenschaft des Kaufobjekts nicht zur vereinbarten Beschaffenheit gehört, liegt darin keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB. (amtlicher Leitsatz)
- c) Ein allgemeiner Haftungsausschluss erfasst auch die nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB zu erwartenden Eigenschaften eines Grundstücks (Bestätigung u.a. von Senat, Urteil vom 22. April 2016 - V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rn. 12). (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urteil vom 25.01.2019 – V ZR 38/18

4. Informationspflichten des Maklers

- a) Der Makler darf dem Auftraggeber keine falschen Vorstellungen vermitteln und die für den Kaufabschluss wesentlichen Auskünfte betreffend das Geschäft oder den Vertragspartner müssen richtig sein. Für die Richtigkeit der Angaben muss der Makler aber nicht ohne weiteres einstehen, denn meistens handelt es sich nur um die Weitergabe von Mitteilungen, die der Makler vom Verkäufer erhalten hat (BGH, Urteil vom 16.09.81 – IVa ZR 85/80, NJW 1982, 1147 Rn 20; zit. nach juris). (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Ein Makler kann zwar verpflichtet sein, gegenüber einem Kaufinteressenten offenzulegen, dass ihm eine hinreichende Grundlage für die Beurteilung der Eigenschaften des zu vermakelnden Objektes fehlt und er gleichwohl Eigenschaften behauptet oder sonstige eigene oder sich zu Eigen gemachte Informationen über dieses erteilt. Dies bedeutet allerdings nicht,

dass der Makler Informationen, die er vom Veräußerer erhalten hat, grundsätzlich prüfen oder den Kaufinteressenten auf die unterlassene Prüfung hinweisen muss. Denn der Makler darf zunächst auf die Richtigkeit der Angaben des Verkäufers vertrauen und der Maklerkunde muss grundsätzlich davon ausgehen, dass in dem Exposé des Maklers enthaltene Aussagen über das Objekt nur Angaben der Verkäuferseite wiedergeben (BGH, Urteil vom 18.01.2007 – III ZR 146/06, NJW-RR 2007, 711 Rn 13; zit. nach juris). Erst wenn diese nach den in dem Berufsstand des Maklers vorauszusetzenden Kenntnissen ersichtlich unrichtig, unplausibel oder bedenklich einzustufen sind oder sich insoweit Zweifel aufdrängen, muss er den die Information empfangenden Auftraggeber, dem es erkennbar auf diese Angaben ankommt, hierüber, jedenfalls aber über die fehlende eigene Prüfung informieren (BGH, Urteil vom 31.01.2003 – V ZR 389/01, NJW-RR 2003, 700; zit. nach juris). (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Brandenburg, Urteil vom 29.01.2019 – 6 U 65/17

5. Mietminderung wegen Baulärms

- a) Eine – fiktive – Mietminderung wegen Baulärms bei nachbarrechtlichen Gebrauchsbeeinträchtigungen kann einen Entschädigungsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB auslösen.
- b) Eine – vorübergehende – Großbaustelle eines Nachbarn an einer direkt angrenzenden Hauswand zum bewohnten Mietshaus über mehrere Monate führt zu einer Beeinträchtigung des Mietgebrauchs, der die Erheblichkeitsschwelle des § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB überschreitet, auch wenn die immissionsschutzrechtlichen Grenzwerte und baurechtlichen Vorschriften eingehalten werden. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Baustellenlärm ist in Großstädten auch nicht generell hinzunehmen. (Zitat aus der Entscheidung)

- d) § 906 BGB findet im Verhältnis der Mietvertragsparteien untereinander keine Anwendung.

LG Hamburg, Urteil vom 21.12.2018 – 316 S 71/18

6. Berufung auf Formmangel ist trotz schuldhafter Verursachung nur bei Arglist rechtsmissbräuchlich gemäß § 242 BGB

- a) Dass bei der Unterzeichnung einer Urkunde durch ein einzelnes Mitglied einer GbR die Schriftform nur dann gewahrt ist, wenn dies in der Urkunde durch einen das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt, entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, auf die das Landgericht zu Recht abgestellt hat. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Der Beklagte vertritt die Auffassung, aus dem Umstand, dass sowohl im Rubrum als auch in der Unterschriftenzeile die Klägerin, also die GbR, aufgeführt sei, ergebe sich konkludent, dass der Gesellschafter S. für seine Mitgesellschafterin mitunterzeichnet habe. Diese Ansicht teilt das Berufungsgericht nicht. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Grundsätzlich darf sich jede Partei darauf berufen, die für einen Vertrag vorgeschriebene Schriftform sei nicht eingehalten. Nur ausnahmsweise, wenn die vorzeitige Beendigung des Vertrags zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde, kann es gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, wenn sie sich darauf beruft, der Mietvertrag sei mangels Wahrung der Schriftform ordentlich kündbar. Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der eine Vertragspartner den anderen schuldhaft von der Einhaltung der Schriftform abgehalten oder sich sonst einer besonders schweren Treupflichtverletzung schuldig gemacht hat oder wenn bei Formwidrigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre (BGH NJW 2017, 3772, Rn. 24). (Zitat aus der Entscheidung)

d) Wer sich bei den Verhandlungen durch einen Juristen vertreten lässt oder wer selbst Jurist ist, kann sich im Allgemeinen nicht auf die Unkenntnis der Formbedürftigkeit berufen (vgl. Bub/Treier-Heile/Landwehr, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap II Rn. 2536). Gleichwohl kann sich die Klägerin auf den Formmangel berufen, weil die schuldhafte, aber nicht arglistige Verursachung des Formmangels zur Anwendung des § 242 BGB nicht ausreicht (vgl. Palandt-Ellenberger, BGB, 78. Aufl. § 125, Rn. 28). (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Hamburg, Urteil vom 20.12.2018 – 4 U 60/18

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

V. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Verfall von Urlaubsansprüchen - Obliegenheiten des Arbeitgebers

Der Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub erlischt in der Regel nur dann am Ende des Kalenderjahres, wenn der Arbeitgeber ihn zuvor über seinen konkreten Urlaubsanspruch und die Verfallfristen belehrt und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat.

Der Beklagte beschäftigte den Kläger vom 1. August 2001 bis zum 31. Dezember 2013 als Wissenschaftler. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangte der Kläger ohne Erfolg, den von ihm nicht genommenen Urlaub im Umfang von 51 Arbeitstagen aus den Jahren 2012 und 2013 mit einem Bruttobetrag iHv. 11.979,26 Euro abzugelten. Einen Antrag auf Gewährung dieses Urlaubs hatte er während des Arbeitsverhältnisses nicht gestellt.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Urlaubsanspruch des Klägers sei zwar zum Jahresende verfallen. Der Kläger habe aber Schadensersatz in Form von Ersatzurlaub verlangen können, weil der Beklagte seiner Verpflichtung, ihm von sich aus rechtzeitig Urlaub zu gewähren, nicht nachge-

kommen sei. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei der Ersatzurlaubsanspruch abzugelten.

Die Revision des Beklagten hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

§ 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG sieht vor, dass Urlaub, der bis zum Jahresende nicht gewährt und genommen wird, verfällt. Das galt nach bisheriger Rechtsprechung selbst für den Fall, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber rechtzeitig, aber erfolglos aufgefordert hatte, ihm Urlaub zu gewähren. Allerdings konnte der Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen Schadensersatz verlangen, der während des Arbeitsverhältnisses auf Gewährung von Ersatzurlaub und nach dessen Beendigung auf Abgeltung der nicht genommenen Urlaubstage gerichtet war.

Diese Rechtsprechung hat der Senat weiterentwickelt und damit die Vorgaben des Gerichtshofs der Europäischen Union aufgrund der Vorabentscheidung vom 6. November 2018 (- C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften]) umgesetzt. Nach Maßgabe des § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG ist es dem Arbeitgeber vorbehalten, die zeitliche Lage des Urlaubs unter Berücksichtigung der Urlaubswünsche des Arbeitnehmers festzulegen. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts zwingt die Vorschrift den Arbeitgeber damit zwar nicht, dem Arbeitnehmer von sich aus Urlaub zu gewähren. Allerdings obliegt ihm unter Beachtung von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) die Initiativlast für die Verwirklichung des Urlaubsanspruchs. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der Arbeitgeber gehalten, „konkret und in völliger Transparenz dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, indem er ihn - erforderlichenfalls förmlich - auffordert, dies zu tun“. Der Arbeitgeber hat klar und rechtzeitig mitzuteilen, dass der Urlaub am Ende des Bezugszeitraums oder eines Übertragungszeitraums verfallen wird, wenn der Arbeitnehmer ihn nicht nimmt.

Bei einer richtlinienkonformen Auslegung des § 7 BUrlG kann der Verfall von Urlaub daher in der Regel nur eintreten, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor konkret aufgefordert hat, den Urlaub zu nehmen, und ihn klar und rechtzeitig darauf hingewiesen hat, dass der Urlaub anderenfalls mit Ablauf des Urlaubsjahres oder Übertragungszeitraums erlischt. Das Landesarbeitsgericht wird nach der Zurückverweisung der Sache aufzuklären haben, ob der Beklagte seinen Obliegenheiten nachgekommen ist.

Bundesarbeitsgericht vom 19.02.2019 - 9 AZR 541/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Wirksamkeit eines Kopftuchverbots?

Das Verbot eines Unternehmens der Privatwirtschaft, auffällige großflächige Zeichen religiöser, politischer und sonstiger weltanschaulicher Überzeugungen am Arbeitsplatz zu tragen, wirft Fragen nach der Auslegung von Unionsrecht auf. Diese Fragen müssen im Zusammenhang mit Konventions- und Verfassungsrecht durch ein Vorabentscheidungsverfahren geklärt werden, das der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts an den Gerichtshof der Europäischen Union richtet.

Die Beklagte ist ein Unternehmen des Einzelhandels. Die Klägerin ist muslimischen Glaubens. Sie ist als Verkaufsberaterin und Kassiererin beschäftigt. Nach Rückkehr aus der Elternzeit trug die Klägerin - anders als zuvor - ein Kopftuch. Sie erfüllt damit ein islamisches Bedeckungsgebot, das sie als zwingend empfindet. Der Aufforderung der Beklagten, das Kopftuch am Arbeitsplatz abzulegen, kam die Klägerin nicht nach. Die Beklagte stützt sich zuletzt auf eine für alle Verkaufsfilialen geltende Kleiderordnung. Nach ihr ist das Tragen auffälliger großflächiger religiöser, politischer und sonstiger weltanschaulicher Zeichen am Arbeitsplatz verboten. Mit ihrer Klage will die Klägerin festgestellt wissen, dass die darauf beruhende Weisung der Beklagten unwirksam ist. Sie ist der Auffassung, die Weisung sei unwirksam, weil sie dadurch wegen ihrer Reli-

gion diskriminiert werde. Die Beklagte beruft sich auf ihre unternehmerische Freiheit und den Schutz der negativen Religionsfreiheit ihrer Kunden und Arbeitnehmer.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts ersucht den Gerichtshof der Europäischen Union, Fragen nach der Auslegung der Richtlinie 2000/78/EG und dem Verhältnis von primärem Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht zu beantworten. Ist eine allgemeine Anordnung in der Privatwirtschaft, die auch das Tragen auffälliger religiöser Zeichen verbietet, aufgrund der von Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) geschützten unternehmerischen Freiheit diskriminierungsrechtlich stets gerechtfertigt? Oder kann die Religionsfreiheit der Arbeitnehmerin berücksichtigt werden, die von der GRC, der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und dem Grundgesetz geschützt wird?

Bundesarbeitsgericht vom 30.01.2019 - 10 AZR 299/18 (A) (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

3. Kein Widerruf von Aufhebungsverträgen/Gebot fairen Verhandeln

Eine Arbeitnehmerin kann einen Vertrag, durch den das Arbeitsverhältnis beendet wird (Aufhebungsvertrag), auch dann nicht widerrufen, wenn er in ihrer Privatwohnung abgeschlossen wurde. Ein Aufhebungsvertrag kann jedoch unwirksam sein, falls er unter Missachtung des Gebots fairen Verhandeln zustande gekommen ist.

Die Klägerin war bei der Beklagten als Reinigungskraft beschäftigt. Sie schloss in ihrer Wohnung mit dem Lebensgefährten der Beklagten einen Aufhebungsvertrag, der die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Zahlung einer Abfindung vorsieht. Anlass und Ablauf der Vertragsverhandlungen sind umstritten. Nach Darstellung der Klägerin war sie am Tag des Vertragsschlusses erkrankt. Sie hat den Aufhebungsvertrag wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und widerrechtlicher

Drohung angefochten und hilfsweise widerrufen. Mit ihrer Klage wendet sie sich ua. gegen die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses durch den Aufhebungsvertrag.

Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts hat dieses Urteil auf die Revision der Klägerin aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Dieses hat rechtsfehlerfrei erkannt, dass dem Vortrag der Klägerin kein Anfechtungsgrund entnommen werden kann und der Widerruf eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrags auf gesetzlicher Grundlage nicht möglich ist. Der Gesetzgeber hat zwar in § 312 Abs. 1 iVm. § 312g BGB Verbrauchern bei Verträgen, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen worden sind, ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB eingeräumt. Auch Arbeitnehmer sind Verbraucher. Im Gesetzgebungsverfahren ist jedoch der Wille des Gesetzgebers deutlich geworden, arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge nicht in den Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB einzubeziehen.

Das Landesarbeitsgericht hat jedoch nicht geprüft, ob das Gebot fairen Verhandeln vor Abschluss des Aufhebungsvertrags beachtet wurde. Dieses Gebot ist eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht. Sie wird verletzt, wenn eine Seite eine psychische Drucksituation schafft, die eine freie und überlegte Entscheidung des Vertragspartners über den Abschluss eines Aufhebungsvertrags erheblich erschwert. Dies könnte hier insbesondere dann der Fall sein, wenn eine krankheitsbedingte Schwäche der Klägerin bewusst ausgenutzt worden wäre. Die Beklagte hätte dann Schadensersatz zu leisten. Sie müsste den Zustand herstellen, der ohne die Pflichtverletzung bestünde (sog. Naturalrestitution, § 249 Abs. 1 BGB). Die Klägerin wäre dann so zu stellen, als hätte sie den Aufhebungsvertrag nicht geschlossen. Dies führte zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Das Landesarbeitsgericht wird die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrags daher erneut zu beurteilen haben.

Bundesarbeitsgericht vom 07.02.2019 - 6 AZR 75/18 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

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

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 September 2019**

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