Arbeitsrecht am Bau

Mobbing – Schmerzengeld – Entlassung des Störers

Arbeitsrecht am Bau

RA Andreas Biedermann

Mit einer kürzlich veröffentlichten Entscheidung hat sich das Bundesarbeitsgericht erneut mit dem Vorwurf des Mobbings durch Vorgesetzte befassen müssen (BAG-Urteil vom 25.10.2007 - 8 AZR 593/06).

Es ist darauf hinzuweisen, dass insbesondere seit in Krafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) und dem dort definierten Begriff der „Belästigung", welche eine verbotene Benachteiligung im Sinne der §§ 1, 2 AGG darstellt, „Mobbing-Rechtsstreitigkeiten" zunehmen. Neuerdings werden derartige Vorwürfe auch im Zusammenhang mit Kündigungsschutzprozessen erhoben. Gemäß § 3 Abs. 3 ist eine Belästigung eine Benachteiligung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 genannten Grund im Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Derartige Belästigungen können unmittelbar oder mittelbar erfolgen.

Sachverhalt

Im vorliegenden Sachverhalt fühlte sich ein Mitarbeiter durch seinen Vorgesetzten in seiner fachlichen Qualifikation herabgewürdigt. Mehrere vom Arbeitgeber initiierte Versuche, diesen Konflikt zu lösen, blieben erfolglos. Der Arbeitnehmer erkrankte psychisch und führt diese Erkrankung auf das Mobbing-Verhalten seines Vorgesetzten zurück. Der Arbeitnehmer klagte auf Zahlung von Schmerzensgeld und beantragte den Arbeitgeber zu verurteilen, das Arbeitsverhältnis mit dem Vorgesetzten zu beenden.

Entscheidungsgründe

Das BAG lehnte im vorliegenden Fall einen Anspruch des Klägers auf Kündigung des Vorgesetzten sowie auf ein Angebot eines Arbeitsplatzes ohne Weisungsabhängigkeit vom Vorgesetzten ab. Entgegen der Auffassung des LAG sieht es aber in den Mobbinghandlungen des Vorgesetzten ein schuldhaftes Verhalten, das einen Schmerzensgeldanspruch des Klägers begründet, weil sich die Beklagte die Verhaltensweisen ihres Erfüllungsgehilfen – des Vorgesetzten - zurechnen lassen muss.

Rechtsgutverletzung durch „Mobbing"

Das BAG bestätigt, dass „Mobbing" kein Rechtsbegriff und damit auch keine Anspruchsgrundlage für Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber ist. Der Gesetzgeber habe aber mit der Definition der „Belästigung" in § 3 Abs. 3 AGG letztlich den Begriff des „Mobbing" umschrieben, wobei die Definition auf alle Fälle der Benachteilung eines Arbeitnehmers - gleich aus welchen Gründen - übertragen werden könne. Wesensmerkmal des „Mobbing" sei die systematische, sich aus vielen einzelnen Verhaltensweisen zusammensetzende Rechtsverletzung des Arbeitnehmers, wobei den einzelnen Verhaltensweisen für sich betrachtet oft keine rechtliche Bedeutung zukomme. Das BAG führt aus, dass der Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht verpflichtet sei, das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers zu achten, ihn vor Belästigungen durch Vorgesetzte, Mitarbeiter oder Dritte, auf die er Einfluss hat, zu schützen und ihm einen menschengerechten Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen.

Diese Verpflichtung werde durch § 12 Abs. 3 AGG und § 4 Beschäftigungsschutzgesetz konkretisiert, welche auf Fälle des so genannten „Mobbing" übertragen werden können. Danach müsse der Arbeitgeber die im Einzelfall angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung ergreifen. Dabei habe der Arbeitgeber solche Maßnahmen zu ergreifen, die er nach den Umständen des Einzelfalls als verhältnismäßig ansehen dürfe. Das BAG weist darauf hin, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich keinen Anspruch auf Durchführung einer bestimmten Maßnahme habe. Dem Arbeitgeber verbleibe vielmehr ein Ermessensspielraum bezüglich der Auswahl einer geeigneten Maßnahme.

Eine Kündigung des Vorgesetzten entspräche danach nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Denn die hier allein in Betracht kommende verhaltensbedingte Kündigung setze eine Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung als milderes Mittel voraus. Da eine Abmahnung bislang nicht erfolgt sei, sei der Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung der Beklagten unzumutbar. Auch habe der Kläger keinen Anspruch auf Zuweisung eines seiner Leistungsfähigkeit und Stellung entsprechenden Arbeitsplatzes, der dem inne gehabten Arbeitsplatz vergleichbar sei und an dem eine Weisungsgebundenheit gegenüber dem Vorgesetzten nicht bestehe. Die Fürsorgepflicht der Beklagten finde ihre Grenzen in der Möglichkeit und Zumutbarkeit der entsprechenden Maßnahmen. Ein anderer, der fachlichen Qualifikation und Stellung des Klägers entsprechender Arbeitsplatz sei bei der Beklagten nicht vorhanden.

Das BAG bejahte dagegen einen Entschädigungsanspruch des Klägers gegenüber der Beklagten. Die Beklagte habe als Arbeitgeberin gegenüber dem Kläger bestimmte Fürsorge- und Schutzpflichten wahrzunehmen. Danach habe ein Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, dass er keinem Verhalten ausgesetzt werde, das bezwecke, seine Würde zu verletzen und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen und Entwürdigungen gekennzeichnetes Umfeld zu schaffen. Einem solchen Verhalten sei der Kläger durch die „Mobbinghandlungen" des Vorgesetzten seit dem Jahr 2002 ausgesetzt gewesen. Der Arbeitgeber hafte dem betroffenen Arbeitnehmer nach § 278 BGB für schuldhaft begangene Rechtsverletzungen, die von ihm als Erfüllungsgehilfen eingesetzte Mitarbeiter oder Vorgesetzte begehen. Als solcher sei der Vorgesetzte tätig gewesen. Voraussetzung für eine Haftung des Arbeitgebers sei jedoch, dass die schuldhafte Handlung des Erfüllungsgehilfen in einem inneren sachlichen Zusammenhang mit den Aufgaben stehe, die der Arbeitgeber ihm als Erfüllungsgehilfen zugewiesen habe. Dies sei regelmäßig dann gegeben, wenn der Erfüllungsgehilfe gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers konkretisiere, dass heißt, wenn er ihm gegenüber Weisungsbefugnis habe. Der Vorgesetzte war gegenüber dem Kläger unstreitig weisungsbefugt, die rechtsverletzenden Handlungen fanden auch im Zusammenhang mit der Erfüllung der arbeitsvertraglich geschuldeten Dienstleistungen statt. Das BAG hat darüber hinaus bestätigt, dass der Arbeitgeber für seine Mitarbeiter und Vorgesetzten als Erfüllungsgehilfen unter bestimmten Voraussetzungen nach § 278 BGB haftet.

Diskriminierungsmerkmale gemäß § 1 AGG

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz enthält acht so genannte Diskriminierungsmerkmale. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass das AGG auch so genannte Rechtfertigungsgründe enthält, so dass beispielsweise eine unterschiedliche Behandlung zulässig sein kann.

Verantwortlich:
Rechtsanwalt Andreas Biedermann,
Geschäftsführer im Bauindustrieverband Niedersachsen-Bremen, Hannover.

Vergaberecht in der Praxis

RA Andrea Kullack

Vergaberecht in der Praxis

Verspätete Zuschlagserteilung - Kann der Unternehmer eine Mehrvergütung verlangen?

Es ist eine verbreitete Praxis, dass Vergabestellen bei Ausschreibungen von den teilnehmenden Bietern verlangen, dass sie einer Verlängerung der Bindefrist zustimmen. Kommt es dann schließlich zu dem verspäteten Zuschlag, sind in Folge der zeitlichen Verzögerung gegenüber der ursprünglichen Kalkulation häufig Veränderungen eingetreten. Wenn die Kosten, zum Beispiel für Material, inzwischen gestiegen sind, hat der Unternehmer natürlich ein gesteigertes Interesse daran, dem Vertrag einen entsprechenden Mehrvergütungsanspruch zu Grunde legen zu können. Nach zwei im vergangenen Jahr ergangenen obergerichtlichen Entscheidungen (KG, Urteil vom 5.10.2007, Az.: 21 U 52/07; OLG Saarbrücken, Urteil vom 13.05.2008, Az.: 4 U 500/07) ist dies aber nicht selbstverständlich. Vielmehr können das Mehrvergütungsverlangen und zugleich die Aussicht auf den Vertragsschluss scheitern.

Darf der öffentliche Auftraggeber einen Mehrvergütungsanspruch zurückweisen?

Zu dieser Frage gibt es derzeit in der Rechtsprechung zwei vom Grundsatz her gegenläufige Richtungen: Auf der einen Seite stehen die auf den ersten Blick „unternehmerfreundlichen" obergerichtlichen Entscheidungen, welche das Risiko der verspäteten Zuschlagserteilung dem Auftraggeber zuweisen und infolgedessen die Durchsetzbarkeit des Mehrvergütungsanspruchs und einen mit dieser Vergütung zustande gekommenen Vertrag befürworten und nur einige Ausnahmen für zulässig erachten (so zum Beispiel das OLG Jena, Urteil vom 22.03.2005, Az.: 8 U 318/04, OLG Hamm, Urteil vom 5.12.2006, Az.: 24 U 58/05). Auf der anderen Seite sind die eingangs erwähnten obergerichtlichen Entscheidungen zu beachten, welche in umgekehrter Richtung das Risiko für zwischenzeitliche Veränderungen gegenüber den ursprünglichen Kalkulationsgrundlagen beim Bieter verorten und nur in Ausnahmefällen, wenn ein Festhalten an dem ursprünglichen Angebot unzumutbar wäre, eine Anpassung für zulässig halten. Auch diese können durchaus beanspruchen, bieterfreundlich zu argumentieren, nur aus einem ganz anderen Grund. Das OLG Saarbrücken führt beispielsweise aus, dass man aus Gründen der Gleichbehandlung auch den zweit- oder drittplatzierten Bieter im Auge haben müsse, der die Möglichkeit einer Mehrvergütung unter Umständen womöglich nicht in Anspruch genommen hätte, zumal letztlich auch das vergaberechtlich geltende Nachverhandlungsverbot gemäß § 24 Nr. 3 VOB/A indirekt umgangen werde. Bedeutet das nun, dass Unternehmen sich einzig daran orientieren sollten, in welchem Oberlandesgerichtsbezirk ihre Angelegenheit verhandelt wird?

Wie ist es möglich, dass es zu gegensätzlichen Auffassungen kommt?

Allen Entscheidungen ist gemeinsam, dass sich meistens nicht streng vertragsrechtlich argumentieren lässt, sondern mit Billigkeitserwägungen operiert werden muss. Und unter Billigkeit lässt sich bekanntlich Verschiedenes verstehen und gewichten. Vertragsrechtlich ist der Weg zumeist versperrt, weil dies vereinfachend gesprochen voraussetzt, dass zwei übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen, gerade zum Preis. Daran mangelt es in den hier interessierenden Problemfällen. Die Probleme ergeben sich nämlich nur dann, wenn die verspätete Zuschlagserteilung des Auftraggebers in der Form erfolgt, dass er im Zuschlagsschreiben auf das ursprüngliche Angebot mit dem ursprünglichen Preis Bezug nimmt und lediglich eine Verlängerung der Ausführungsfrist zugesteht. Hier beginnt ein gewisser Teufelskreis. Durch die kleine Abweichung bei der Ausführungsfrist kommt es nicht wie sonst durch die Zuschlagserteilung zum Vertragsschluss. Vielmehr stellt nunmehr der Auftraggeber seinerseits einen Antrag an den Unternehmer, sein bisheriges Angebot lediglich mit der veränderten Ausführungsfrist, aber ansonsten unverändert, aufrechtzuerhalten (BGH, Urteil vom 24.02.2005, Az.: VII ZR 141/03). Er wird den Bieter auffordern, sich hierzu unverzüglich zu erklären (vgl. § 28 Nr. 2 Absatz 2 VOB/A). Der Bieter wiederum kann hierauf nicht ohne Vorbehalt eingehen, wenn er seinen Mehrvergütungsanspruch durchsetzen will. Da er seine Mehrvergütungsforderungen dagegenhält, kommt es erneut nicht zum Vertragsschluss. Vielmehr müsste wiederum der öffentliche Auftraggeber in die neue Offerte des Bieters mit der verlangten Mehrvergütung einwilligen, was er aber häufig ablehnt.

Die Folgen sind weitreichend: Denn dem Bieter droht mangels übereinstimmender Äußerungen die Aussicht auf einen Vertragsschluss genommen zu werden. Ohne Vertragsschluss werden auch sonstige indirekte Vergütungsansprüche des Bieters etwa wegen freier Kündigung des Auftraggebers empfindlich getroffen. Dieser Teufelskreis hat in Rechtsprechung und Rechtsliteratur zu Billigkeitserwägungen geführt: Darf der öffentliche Auftraggeber sich einem Mehrvergütungsanspruch widersetzen, für den der Bieter selbst nichts kann? Was ist, wenn ein Unternehmer große Erwartungen an den Auftrag knüpfen durfte und den diversen Bindefristverlängerungen nur zähneknirschend zugestimmt hat, weil er ansonsten ausgeschieden wäre? Muss der Auftraggeber nicht zumindest in bestimmten Fällen seine Zustimmung zum höheren Preis erklären, weil im Falle des Vertragsschlusses innerhalb der ersten Zuschlagsfrist die Preiserhöhung über Nachträge zu vergüten gewesen wäre (analog § 2 Nr. 5 VOB/B)?

Hierüber gehen die Meinungen dann aber auseinander. Denn es gibt nicht nur auftraggeberseitig eine Verpflichtung zur Kooperation. Im Vergabeverfahren sind neben dem Kooperationsgebot auch der Grundsatz der Gleichbehandlung und das schutzbedürftige Vertrauen beider Vertragspartner in das ursprüngliche Angebot des Bieters von hoher Bedeutung. Immerhin werden alle genannten Prinzipien in den zitierten gerichtlichen Entscheidungen berücksichtigt und abgewogen. Dies führt zu der Frage, ob es eventuell verallgemeinerungsfähige Fallgruppen gibt? Welche Aspekte erhöhen die Wahrscheinlichkeit, dass ein Vertrag zustande kommt, dem der Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers zu Grunde liegt? Nachfolgend soll versucht werden, einige Fallgruppen aus Rechtsprechung und Baurechtsliteratur darzustellen:

Häufige Bindefristverlängerungen

In der Rechtsliteratur wird eine Auffassung vertreten, dass mit der Bitte um die Zustimmung zur Bindefristverlängerung bereits die Verpflichtung des Auftraggebers verbunden sei, auf die Verzögerung zurückzuführende Mehrkosten zu ersetzen. Diese Auffassung wird von der Rechtsprechung indessen nicht geteilt. Nach überwiegender Rechtsprechung hat die Bindefristverlängerung nur den Erklärungsgehalt, an dem bisherigen Angebot weiterhin bis zu dem neuen Termin festzuhalten. Es müssen also weitere Umstände hinzutreten, damit eine Anpassung gerechtfertigt ist.

Hohe Preissteigerungen

Mehrere Entscheidungen heben darauf ab, dass zumindest im Fall erheblicher Preissteigerungen eine Anpassung der vertraglich relevanten Vergütung in Betracht gezogen werden müsse. Nur wird die Messlatte, welche zusätzlichen Anforderungen zu stellen sind, unterschiedlich hoch angelegt.

Vereinzelt soll es auf die Frage eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage ankommen, womit nur noch solche Fälle gemeint sind, in denen ein Festhalten am ursprünglichen Preis wegen der Unvorhersehbarkeit der Preissteigerung für den Bieter einerseits und Vorhersehbarkeit für den Auftraggeber andererseits nicht „zumutbar" wäre. Das OLG Saarbrücken vertritt zum Beispiel die Einschränkung, dass die Preissteigerung für den Bieter quasi schicksalhaft eingetreten sein sollte.

Andererseits hat das „unternehmerfreundliche" OLG Hamm entschieden, dass es weniger auf die Vorhersehbarkeit ankomme als primär darauf, ob sich für den Auftraggeber ein triftiger Grund ergebe, sich dem Vertragsschluss zu der höheren Vergütung verweigern zu dürfen. Als Beispiel für solch einen triftigen Grund wird eine wirtschaftlich untragbare Lösung genannt. Auch das Kammergericht Berlin hat darauf hingewiesen, dass dem öffentlichen Auftraggeber keine überteuerte Lösung aufgedrängt werden dürfe. Lasse sich aber feststellen, dass der Auftraggeber ungeachtet der Vergütungssteigerung an der Auftragsvergabe festgehalten hätte, sei es ihm wieder zuzumuten, den höheren Preis zahlen zu müssen. Allerdings darf aus den vorstehenden Meinungen nicht der Schluss gezogen werden, dass die Höhe des Mehrvergütungsanspruches stets entscheidend wäre: Einige Entscheidungen sehen eine Anpassungsmöglichkeit grundsätzlich auch bei moderaten preislichen Verände-