

# Newsletter 1/2019

## Inhalt

- › Zuschüsse der Stiftung Wohlfahrtspflege gelten nicht als öffentliche Förderung!
- › Entscheidung des EuGH zur Nichterhebung der Grunderwerbsteuer nach § 6a GrEStG
- › Ende der Pflegeheimvergütung bei vorzeitigem Auszug
- › Schadensersatzanspruch der Bewohner bei Schließung eines Pflegeheims
- › Aufsichtsgremien: Gezahlte Entschädigungen für Zeitaufwand sind steuerpflichtig
- › Kündigung – Wann muss die Schwerbehindertenvertretung beteiligt werden?
- › Planervertrag mit Kirchengemeinde – kirchenrechtliche Bestimmungen sind einzuhalten
- › Konzessionsvergabe für Bau und Betrieb eines Kindergartens – Welcher Rechtsschutz?

## Heim- und Pflegerecht / Sozialrecht

### Zuschüsse der Stiftung Wohlfahrtspflege gelten nicht als öffentliche Förderung!

Das Sozialgericht Düsseldorf (SG Düsseldorf) hat in seinem Urteil vom 6. Dezember 2018 – S 28 SO 384/17 – entschieden, dass die Zuschüsse der Stiftung Wohlfahrtspflege im Rahmen der Ermittlung der refinanzierbaren Investitionsaufwendungen nach APG DVO NRW nicht als Zuschuss aus öffentlicher Förderung zu berücksichtigen sind. Diese Entscheidung ist die erste, die sich mit der Frage der Rechtsnatur der Zuschüsse der Stiftung Wohlfahrtspflege beschäftigt.

Eine Vielzahl von Altenpflegeeinrichtungen hat für ihre Baumaßnahmen in der Vergangenheit Zuschüsse der Stiftung Wohlfahrtspflege erhalten. Mit der Umstellung der Finanzierungssystematik von der GesBerVO auf die APG DVO ist es zu einer erneuten Feststellung der Investitionsaufwendungen und deren Finanzierung durch die Landschaftsverbände (LVR und LWL) gekommen. Im Rahmen der Neufeststellung der historischen Baumaßnahmen haben die Landschaftsverbände die Zuschüsse der Stiftung Wohlfahrtspflege ausnahmslos als öffentliche Förderung berücksichtigt. Dies führte er-

gelmäßig dazu, dass diese Zuschusszahlungen aufwandsmindernd berücksichtigt und somit in Abzug gebracht wurden, so dass geringere Aufwendungen zur Refinanzierung über die gesondert berechenbaren Investitionskosten verblieben.

Gegen diese Praxis setzten sich zahlreiche Altenpflegeeinrichtungen zur Wehr. Die Solidaris begleitet bereits seit 2016 eine Vielzahl von Einrichtungsträgern in Widerspruchs- und Klageverfahren, die sich mit der rechtlichen Einordnung der Zuschüsse der Stiftung Wohlfahrtspflege beschäftigen. In der nunmehr vorliegenden Entscheidung des SG Düsseldorf konnte die Solidaris ihre Rechtsauffassung zu Gunsten des Einrichtungsträgers durchsetzen.

## Fazit

Das SG Düsseldorf ist zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass die Mittel der Stiftung Wohlfahrtspflege keine öffentliche Förderung im Sinne von § 82 Abs. 3 SGB XI in Verbindung mit § 9 SGB XI darstellen. Als öffentliche

Förderung gelten ausschließlich Förderungen durch öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Kreise und Kommunen) sowie Förderungen durch Zweckverbände dieser Gebietskörperschaften. Die erkennende Kammer hat zu Recht darauf abgestellt, dass sich bereits aus der Gesetzesbegründung zu § 10 Abs. 22 Satz 2 APG NRW der gesetzgeberische Wille ergibt, dass die Mittel der Stiftung Wohlfahrtspflege als eigenkapitalersetzende Mittel zu betrachten und dementsprechend nicht aufwandsmindernd zu berücksichtigen sind. Das Sozialgericht Düssel-

dorf ist das erste Gericht, das sich mit dieser Rechtsfrage abschließend beschäftigt hat. Es bleibt nunmehr abzuwarten, ob das Urteil in Rechtskraft erwachsen wird. Zu denken wäre hier auch daran, dass das Ministerium von seinem Weisungsrecht Gebrauch macht und dem gesetzgeberischen Willen damit endgültig zur ersehnten Beachtung verhelfen wird.

› [Rechtsanwältin Britta Greb, LL.M.](#)

### Steuerrecht

## Entscheidung des EuGH zur Nichterhebung der Grunderwerbsteuer nach § 6a GrEStG

Durch Urteil vom 19. Dezember 2018 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in der [Rechtssache C-374/17](#) – „A-Brauerei“ entschieden, dass die Nichterhebung der Grunderwerbsteuer gemäß § 6a GrEStG nicht als unionsrechtswidrige staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV einzustufen ist.

Zweifelhaft war aus Sicht des Bundesfinanzhofes (BFH), der die Frage der beihilfenrechtlichen Zulässigkeit dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV vorgelegt hatte, insbesondere die Frage, ob durch diese Regelung ein selektiver Vorteil in Gestalt eines nicht gerechtfertigten Steuervorteils für bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gewährt werde. Diese Frage wurde durch den EuGH verneint. In seiner Begründung führte das Gericht aus, dass § 6a GrEStG zwar zwischen Unternehmen, die einen Konzern nach Maßgabe der in dieser Vorschrift aufgestellten Kriterien bilden, und anderen Unternehmen unterscheidet. Diese Unterscheidung sei aber gerechtfertigt, weil sie sich aus der Natur und dem Aufbau des (Steuer-)Systems, in das sich die Maßnahme einfügt, ergebe. Mit der Steuerbefreiung solle einer doppelten und übermäßigen Besteuerung entgegengewirkt werden. Auch das in der Vorschrift enthaltene Erfordernis der Mindesthaltedauer von Beteiligungen erscheine gerechtfertigt, um Missbrauch und ungewollte Mitnahmeeffekte, indem Beteiligungsverhältnisse in der

geforderten Höhe nur für kurze Zeit geschaffen werden, um in den Genuss der Steuerbefreiung zu kommen, zu verhindern.

Zur Feststellung der Selektivität wandte der EuGH – entgegen dem Vorschlag des Generalanwalts in den zugrunde liegenden Schlussanträgen – die sogenannte „Methode des Bezugsrahmens“ an, bei der in einem ersten Schritt die in dem betreffenden Mitgliedsstaat allgemeine Steuerregelung ermittelt und in einem zweiten Schritt dargelegt wird, dass die in Rede stehende Maßnahme von der allgemeinen Regelung abweicht.

Der BFH kann nun in den bis zum Urteil in der Rechtssache C-374/17 ausgesetzten Verfahren zu verschiedenen umstrittenen Rechtsfragen bei der Anwendung des § 6a GrEStG entscheiden. Dies betrifft insbesondere die Fragen, ob die Begünstigung auch dann greift, wenn bei einer Spaltung ein Rechtsträger neu geschaffen wird (Spaltung zur Neugründung), wenn ein „Verbund“ im Zuge der Umwandlung beendet wird oder ob die Unternehmereigenschaft im Sinne des § 2 UStG für die Einordnung als „herrschendes Unternehmen“ im Sinne des § 6a GrEStG erforderlich ist.

### Fazit

Auf der Grundlage der Entscheidung des EuGH können Umstrukturierungen in Konzernverbund nach Maßgabe des § 6a GrEStG Grunderwerbsteuerfrei durchgeführt werden. Das Risiko einer nachträglichen Belastung mit

Grunderwerbsteuer wegen Verstoßes gegen EU-Recht für in der Vergangenheit vollzogene Vorgänge besteht nicht mehr. Je nach Fallgestaltung empfiehlt sich aber im Hinblick auf divergierende Rechtsauffassungen bei der An-

wendung der Vorschrift die vorherige Einholung einer verbindlichen Auskunft.

› Rechtsanwältin Dipl.-Kffr. Micaela Speelmans

### *Heim- und Pflegerecht / Sozialrecht*

## **Ende der Pflegeheimvergütung bei vorzeitigem Auszug**

In seinem Urteil vom 4. Oktober 2018 – III ZR 292/17 – setzte sich der Bundesgerichtshof (BGH) mit dem Ende der Heimentgeltverpflichtung auseinander. Der Kläger bewohnte das Pflegeheim des Beklagten von Dezember 2013 bis zum 14. Februar 2015. Der Kläger leidet an Multipler Sklerose. Der die Unterbringung regelnde Wohn- und Betreuungsvertrag konnte nach seinem Inhalt spätestens am dritten Werktag eines Kalendermonats zu dessen Ablauf gekündigt werden. Ende Januar 2015 fand der Kläger einen neuen Pflegeplatz in einer Einrichtung, die auf die Versorgung von MS-Patienten spezialisiert ist, und kündigte den Heimvertrag fristgerecht zum 28. Februar 2015. Der Auszug aus dem Pflegeheim des Beklagten erfolgte bereits am 14. Februar 2015. Die Rechnung für Leistungen bis zum Kündigungstermin beglich der Kläger zunächst. Im gegenständlichen Verfahren forderte er die Zahlung zurück. Der Kläger begründet die Rückforderung der Unterkunftskosten mit dem Argument, dass grundsätzlich nur dann eine Leistung an die Pflegeeinrichtung geschuldet werde, wenn auch tatsächlich Pflegeleistungen im Sinne des § 87a Abs. 1 S. 2 SGB XI erbracht würden. Mit dem faktischen Auszug am 14. Februar 2015 hätte die Erbringung von Leistungen durch den Beklagten geendet, so dass weitere Unterkunftskosten über diesen Tag hinaus nicht mehr geschuldet seien.

Sowohl im erstinstanzlichen Verfahren vor dem Amtsgericht Öhringen (Urt. v. 15. April 2016 – 2 C 256/15) als auch im Berufungsverfahren vor dem Landgericht Heilbronn (Urt. v. 21. August 2017 – 5 S 27/16) ist der Klage vollumfänglich stattgegeben worden.

Der BGH hat der Revision des Beklagten dahingehend stattgegeben, dass der Kläger für den Zeitraum vom 1. Februar

bis zum Auszugstag am 14. Februar das vereinbarte Gesamtentgelt gem. § 7 Abs. 2 S. 1 WBG (Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz) zu zahlen hat. Eine darüber hinausgehende Zahlung eines Entgelts nach erfolgtem Auszug steht dem Regelungsgehalt des § 87a Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 15 Abs. 1 WBG entgegen.

Nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts schuldet der Vertragspartner bei einem Dauerschuldverhältnis – und ein solches stellt der Heimvertrag dar – die Zahlung der Vergütung bis zum Ende der Vertragslaufzeit. Auch das WBG enthält Regelungen, die dem Pflegeheim einen Anspruch auf das ungekürzte Leistungsentgelt trotz vorzeitigem Auszug bis zum Ende der Kündigungsfrist zubilligt. Dies ergibt sich aus § 7 Abs. 2 WBG, der eine Leistungspflicht des Bewohners (Verbraucher) vorsieht. Diese allgemeine Leistungsverpflichtung des § 7 WBG wird durch die spezialgesetzliche Regelung des § 15 WBG verdrängt. Diese Vorschrift sieht vor, dass die Vereinbarungen, die mit Verbrauchern abgeschlossen werden, die Leistungen nach dem SGB XI in Anspruch nehmen, den Regelungen des siebten und des achten Kapitels des SGB XI entsprechen müssen. Für die Heimbewohner, die Leistungen der Pflegeversicherung für stationäre Pflege beziehen, gilt zusätzlich zu den Bestimmungen des WBG die Vorschrift des § 87a Abs. 1 SGB XI, welche das Prinzip der taggenauen Vergütung beinhaltet. In der Praxis bedeutet das, dass nicht nur für die (Pflege-)Leistungen, die gegenüber der Pflegekasse abgerechnet werden, die taggenaue Abrechnung zu berücksichtigen ist, sondern auch für die Unterkunftskosten.

Im vorliegenden Fall führte dies dazu, dass der Vergütungsanspruch des Beklagten mit dem Tage des Auszuges entfiel.

Die überschießend geleistete Vergütung ist gemäß § 812 Abs. 1 Alt. 1 BGB zurückzuerstatten. Der BGH hat in seiner Entscheidung sämtlichen abweichenden Rechtsauffassungen, die den Anwendungsbereich des § 87a SGB XI als nicht eröffnet sehen, wenn der Bewohner durch eigenmächtiges tatsächliches Handeln – Auszug aus dem Heim – sich seiner vertraglichen Zahlungsverpflichtung entziehen will, eine eindeutige Absage erteilt. Entscheidend sei hier, dass die Regelung des § 87a Abs. 1 S. 2 SGB XI den Schutz des Bewohner bzw. des Kostenträgers vor einer doppelten Inanspruchnahme für etwaige Leerstände nach einem Auszug bezweckt, und zwar unabhängig davon, ob ein „Entlassen“ im wortgetreuen Sinne oder ein tatsächlicher Auszug vor Ablauf der Kündigungsfrist vorliegt. Darüber hinaus kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass etwaige Leerstände bereits über die Auslastungskalkulation der Pflegeeinrichtungen hinreichend berücksichtigt und in den Pflegesätzen berücksichtigt worden seien.

Das Gesamtheimentgelt kann nach Ansicht des BGH grundsätzlich nur für die Zeiten gefordert werden, in denen das Pflegeheim seine Leistungen tatsächlich erbringt. Ausge-

nommen sind nur vorübergehende Abwesenheiten des Heimbewohners aufgrund von Krankenhausaufenthalten oder Urlauben. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 87a Abs. 1 S. 2 SGB XI regelt diese Vorschrift nicht allein die Zahlungspflichten der Pflegekassen, sondern auch die zivilrechtlichen Vergütungspflichten des Heimbewohners. Im vorliegenden Fall endet somit die Zahlungspflicht des Klägers gem. § 87a SGB XI mit dem Tag seines Auszugs aus dem Pflegeheim des Beklagten.

#### Fazit

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung erfolgt die Abrechnung für Heim- und Pflegeleistungen für Bezieher von Leistungen nach dem SGB XI bis zu deren Auszug taggenau, unabhängig von vereinbarten Kündigungsfristen. Das entstehende Kostenrisiko für die Heimträger ist bei der Auslastungskalkulation zwingend zu berücksichtigen und bei der Pflegesatzverhandlung als Kostenrisiko mit zu verhandeln.

› [Rechtsanwältin Britta Greb, LL.M.](#)

› [Rechtsanwalt Philipp Müller](#)

### *Heim- und Pflegerecht*

#### **Schadensersatzanspruch der Bewohner bei Schließung eines Pflegeheims**

In seinem [Urteil vom 17. Juli 2018 – 5 S 155/17](#) – hatte das Landgericht (LG) Bonn über Schadensersatzansprüche einer Bewohnerin eines eingestellten Pflegeheims zu entscheiden. Die Beklagte hatte ein Pflegeheim betrieben, dessen Schließung wegen gefährlicher Pflegemängel angeordnet worden war. Die Bewohner mussten sich neue Pflegeheimplätze verschaffen. Die Erben der zwischenzeitlich verstorbenen ehemaligen Bewohnerin machten in dem Verfahren gegenüber dem Betreiber Schadensersatzansprüche geltend.

Einen Ersatzanspruch der Kosten für den notwendig gewordenen Umzug hielt das Gericht für gegeben, beschränkte diesen jedoch, indem es den geltend gemachten Betrag als überhöht verwarf und seine eigene, eher restriktive Kostenschätzung an dessen Stelle setzte.

Ferner hatten die Kläger dem Grunde nach den Ersatz sämtlicher periodischer Mehrkosten des ersatzweise gefundenen Heimplatzes bis zum Zeitpunkt des Ablebens der zu pflegenden Person begehrt. Dazu befand das LG, dass neben Ansprüchen aus § 10 WBG (Gesetz zur Regelung von Verträgen über Wohnraum mit Pflege- oder Betreuungsleistungen) jedenfalls ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 281, 283 BGB bestünde.

Das dazu erforderliche Verschulden des vormaligen Heimbetreibers konnte gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet werden, weil es diesem nicht gelungen war zu beweisen, dass die Schließung des Betriebes nicht von ihm verschuldet wurde. Allerdings deutet das Gericht an, dass die Annahme eines Verschuldens im Falle entsprechenden Beweisantritts durch

den Heimbetreiber dann ausscheiden könnte, wenn die Ursachen der Einstellungsverfügung einem Pflegekräftenotstand geschuldet wären.

Das Gericht begrenzte den Zeitraum, für welchen der ehemalige Heimbetreiber die Mehrkosten ersetzen musste, unter entsprechender Heranziehung einer im allgemeinen Mietrecht bestehenden Tendenz der Rechtsprechung bis zu jenem Zeitpunkt, zu welchem dem Betreiber nach Erhalt der Einstellungsverfügung eine Kündigung des Pflegevertrages möglich gewesen wäre. Denn nur für diesen Zeitraum wäre der Betreiber (bei einem Vertrag auf unbestimmte Zeit) zur Leistung verpflichtet gewesen und hätte gegen seinen Willen am Vertrag festgehalten werden können. Überzeugend sei dies, weil im Falle der berechtigten Kündigung gerade kein Mietdifferenzanspruch bestünde. Auch wenn die Beendigung der Leistungserbringung verschuldet wäre, gäbe es keinen Grund für eine systemwidrige Pönalisierung über das Schadenersatzrecht. Auch unter dem Gesichtspunkt des Verbraucher-

schutzes und etwa intensiver Belastungen für die Heimbewohner ergäbe sich nichts anderes, weil der Gesetzgeber mit den Kündigungsmöglichkeiten des WBG, insbesondere dem besonderen Kündigungsgrund bei Heimeinstellung nach § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 WBG, insoweit eine abschließende Abwägungsentscheidung getroffen und Härtefallregelungen grade nicht aufgenommen habe.

#### Fazit

Würde sich die grundsätzlich nachvollziehbare Rechtsprechung des LG Bonn durchsetzen, bedeutete dies, dass wesentliche Schadensersatzansprüche der Pflegeheimbewohner für Mehraufwendungen einer anderweitigen Pflegeunterbringung auf ein überschaubares Maß beschränkt und mit gewissem Spielraum kalkulierbar wären.

› [Rechtsanwalt Philipp Müller](#)

### Steuerrecht

#### Aufsichtsgremien: Gezahlte Entschädigungen für Zeitaufwand sind steuerpflichtig

Ein Aufsichtsgremium (Aufsichtsrat, Verwaltungsrat, Beirat u. Ä.) hat die Geschäftsführung zu überwachen. Sofern die Mitglieder des Aufsichtsgremiums vergütet werden, zählen sogenannte Aufsichtsratsvergütungen regelmäßig zu den Einkünften aus selbständiger Arbeit im Sinne des § 18 Einkommensteuergesetz (EStG). Die Aufsichtsratsvergütungen unterliegen daher nicht dem Lohnsteuerabzug und werden erst durch die Veranlagung zur persönlichen Einkommensteuer des jeweiligen Gremienmitglieds erfasst. Insoweit scheidet bei der Vergütung von Gremienmitgliedern regelmäßig auch die Gestaltung über eine geringfügige Beschäftigung (sog. „Minijob“) aus.

Daneben unterliegen gezahlte Vergütungen der Umsatzsteuer, wobei je nach Höhe der Vergütungen die Kleinunternehmerregelung des § 19 UStG zur Anwendung kommen kann. In engen Grenzen kommt bei einer ehrenamtlichen Aufsichtsratsstätigkeit die Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 26 UStG in Betracht.

In einer aktuellen Entscheidung des Finanzgerichts Münster ([Urteil vom 31. Oktober 2018 – 7 K 1976/17 E](#)) stellte der 7. Senat fest, dass Entschädigungen, die an Verwaltungsratsmitglieder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts für die Abgeltung von Zeitaufwand gezahlt werden, steuerpflichtige Einnahmen i. S. d. § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG sind. So bestehe nach Auffassung des Senats insbesondere auch keine Vergleichbarkeit mit den Entschädigungen für ehrenamtliche Richter.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt erhielt das Mitglied eines Verwaltungsrates einer Körperschaft des öffentlichen Rechts aufgrund dieser Eigenschaften pauschale Entschädigungen hinsichtlich des Zeitaufwandes für die Sitzungsteilnahme sowie für Tätigkeiten im Rahmen der Sitzungsvor- und -nachbereitung. Das Finanzamt behandelte diese Entschädigungen als steuerpflichtige Einnahmen aus selbständiger Arbeit. Hiergegen wandte sich das

Verwaltungsratsmitglied mit dem Argument, dass die an ehrenamtliche Richter gezahlten Entschädigungen für Zeitversäumnis nach der BFH-Rechtsprechung ([Urteil vom 31. Januar 2017 – IX R 10/16](#)) nicht steuerbar seien und das Gleiche auch für die an ihn gezahlten Entschädigungen gelten müsse. Demgegenüber vertrat der Senat die Auffassung, dass die Tätigkeit des Verwaltungsratsmitglieds ihrer Art nach durchaus mit der Tätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds vergleichbar sei. Schließlich gehöre zu den Aufgaben insbesondere die Überwachung der Geschäftsführung der jeweiligen Körperschaft. Die gewährten Entschädigungen stellen zudem im Sinne eines Leistungsaustausches eine Gegenleistung für den erbrachten Arbeitsaufwand bei der Vor- und Nachbereitung sowie der Durchführung der Sitzungen dar. Insofern bestehe keine Vergleichbarkeit mit den Entschädigungen für ehrenamtliche Richter, die darüber hinaus nur eine (wesentlich geringere) Entschädigung für die Zeitversäumnis der Dauer der Heranziehung einschließlich notwendiger Rei-

se- und Wartezeiten, nicht aber für Tätigkeiten außerhalb ihrer Heranziehung erhalten.

#### **Praxis-Hinweis**

Im Ergebnis dürfte die Entscheidung des Finanzgerichts Münster der aktuellen BFH-Rechtsprechung entsprechen. Nach dem [BFH-Urteil vom 3. Juli 2018 – VIII R 28/15](#) – ist weder die ehrenamtliche Tätigkeit als Versichertenberater noch die ehrenamtliche Tätigkeit als Mitglied eines Widerspruchsausschusses mit der Tätigkeit eines ehrenamtlichen Richters vergleichbar. Demzufolge kann das [BFH-Urteil vom 31. Januar 2017 – IX R 10/16](#) – auch nicht auf diese ehrenamtlichen Tätigkeiten übertragen werden. Wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsache wurde seitens des Finanzgerichts Münster die Revision zum BFH zugelassen.

› [Rechtsanwalt André Spak, LL.M., Steuerberater, Mediator, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Arbeitsrecht](#)

### *Arbeitsrecht*

#### **Kündigung – Wann muss die Schwerbehindertenvertretung beteiligt werden?**

Der Bundestag hat am 1. Dezember 2016 das Bundesteilhabegesetz (BTHG) beschlossen, welches am 1. Januar 2017 in Kraft getreten ist. Ziel des BTHG ist es, die Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen zu stärken. Von der Praxis erst nach und nach bemerkt, wurde bereits in der ersten Reformstufe der Kündigungsschutz von Menschen mit Schwerbehinderung durch eine Ausweitung der Rechte der Schwerbehindertenvertretung deutlich gestärkt.

Das BTHG sieht unter anderem eine Änderung des Neunten Sozialgesetzbuches (SGB IX) vor, das die Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen regelt. Im Zuge der Gesetzesänderung wird § 95 SGB IX ab dem 1. Januar 2018 zu § 178 SGB IX. Bereits ab dem 1. Januar 2017 erhält § 95 SGB IX aber in Absatz 2 einen neuen Satz 3, der vorsieht, dass die Kündigung eines Menschen mit Schwerbehinderung, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung der Schwerbehin-

derntenvertretung ausspricht, unwirksam ist. Die formalen Anforderungen an eine wirksame Kündigung sind damit seit dem 1. Januar 2017 erheblich gestiegen. So müssen bei Bestehen einer Schwerbehindertenvertretung und eines Betriebsrats (Mitarbeitervertretung) bei der beabsichtigten Kündigung eines Menschen mit Schwerbehinderung mindestens drei Verfahren durchgeführt werden, nämlich

- › die Einholung der Zustimmung des Integrationsamtes,
- › die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats bzw. der Mitarbeitervertretung und
- › die ordnungsgemäße Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung.

Fraglich war bislang, in welcher zeitlichen Reihenfolge der Arbeitgeber die vorgenannten Verfahren, insbesondere die notwendige Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung, durchführen muss.

In einer aktuellen Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht nun zu dieser Frage Stellung genommen (BAG, [Urteil vom 13. Dezember 2018 – 2 AZR 378/18](#)). Dabei kam das BAG zu dem Ergebnis, dass die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses eines Menschen mit Schwerbehinderung, die ein Arbeitgeber ohne Anhörung der Schwerbehindertenvertretung ausspricht, zwar gemäß § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX in der vom 30. Dezember 2016 bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung (seit 2018: § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX) grundsätzlich unwirksam ist. Die Kündigung ist allerdings nicht allein deshalb unwirksam, weil der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung entgegen § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX a. F. (seit 2018: § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) nicht unverzüglich über seine Kündigungsabsicht unterrichtet oder ihr das Festhalten an seinem Kündigungsentschluss nicht unverzüglich mitgeteilt hat, sondern vielmehr die Schwerbehindertenvertretung erst nach Abschluss des Verfahrens vor dem Integrationsamt und nach Anhörung des Betriebsrats beteiligt habe.

#### *Bau- und Architektenrecht*

### **Planervertrag mit Kirchengemeinde – kirchenrechtliche Bestimmungen sind einzuhalten**

Sind kirchenrechtliche Bestimmungen für die zivilrechtliche Wirksamkeit von Verträgen mit Planern beachtlich? Ja, so das Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG, [Beschluss vom 20. Juni 2018 – 24 U 159/17](#)), das mit dieser Begründung den Honoraranspruch eines Projektsteuerers zurückwies.

Der Fall: Eine evangelische Kirchengemeinde verhandelt mit einem Architekturbüro über Projektsteuerungsleistungen. Der schriftliche Vertragsentwurf wird von der Gemeinde nicht gegengezeichnet. Gleichwohl wird das Büro tätig und macht Leistungen unter Berufung auf einen zumindest mündlich geschlossenen Vertrag geltend. Die Honorarklage vor dem Landgericht scheitert ebenso wie vor dem OLG.

Zu Recht: Denn die Kirchengemeinde war nach der gültigen kirchenrechtlichen Verordnung zur Schriftform des Vertrages und Siegelung der Vollmachten verpflichtet (hier § 4 KF-VO EK Rheinland). Zwar stehen kirchenrechtliche Formvorschriften nicht gesetzlichen Formschriften des BGB gleich, aber ihre

#### **Fazit**

Das Bundesteilhabegesetz stärkt die Rechte von Menschen mit Schwerbehinderung insbesondere im Zusammenhang mit Kündigungen. Arbeitgeber müssen zukünftig vor Ausspruch einer Kündigung zusätzlich die Information und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung sicherstellen. Nach aktueller Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Kündigung jedoch nicht alleine deshalb unwirksam, wenn der Arbeitgeber erst nach Abschluss des Verfahrens vor dem Integrationsamt und Anhörung des Betriebsrats die Schwerbehindertenvertretung beteiligt.

› [Rechtsanwalt André Spak, LL.M., Steuerberater, Mediator, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Arbeitsrecht](#)

Nichtanwendung führt zu einer fehlenden Vertretungsmacht der vertragsschließenden Organe. Kurz: Der Vertragsschluss ist nach § 177 ff. BGB schwebend unwirksam. Da der Vertrag aber nie genehmigt wurde, scheidet auch ein Honoraranspruch. Damit folgen die Gerichte der bisherigen Rechtsprechung zur Beachtlichkeit von kirchenrechtlichen Formvorschriften (z. B. OLG Frankfurt, Urteil vom 5. September 2000 – 14 U 174/99). Doch durfte der Planer nicht auf die mündliche Beauftragung vertrauen? Nein. Das Urteil des OLG setzt sich einmal mehr mit der häufig im Architekten- und Planerrecht strittigen Frage auseinander, ob und wann die Grenze von der Akquise zum Vertrag überschritten wird. Auch hier folgen die Richter der bisherigen Rechtsprechung, dass insbesondere bei Großprojekten oder – wie im vorliegenden Fall – Investorenmodellen Planer häufig bereit sind, erhebliche Leistungen im Vorfeld einer Beauftragung zu erbringen (u. a. OLG Düsseldorf, [Urteil vom 16. Januar 2003 – 5 U 41/02](#)). Ein Vertrauensschaden scheidet daher aus.

### Fazit

Kirchenrechtliche Formvorschriften sind – nicht nur gegenüber Planern – zu beachten. Allerdings kann den Vertragspartnern ein Schadensersatz für Vertrauensschaden zustehen. Organe und Vertreter kirchlicher Einrichtungen sind daher gut beraten, vorab kirchenrechtliche Genehmigungsvorbehalte und Formerfordernisse zu prüfen und dem Vertragspartner mitzuteilen. Ob die Rechtsauffas-

sung zur „Planerakquise“, welche hier noch zum alten Recht erging, vor dem nunmehr geltenden Recht nach §§ 650p ff. BGB noch Bestand hat, kann allerdings bezweifelt werden. Bauherren sollten mit ihren Planern daher deutlich die Grenze von Akquise, pro bono und Honoraranspruch regeln.

› [Rechtsanwalt Justus Kamp](#)

### Vergaberecht

## Konzessionsvergabe für Bau und Betrieb eines Kindergartens – Welcher Rechtsschutz?

Welcher Rechtsschutz und vor allem welcher Rechtsweg stehen einem Träger zu, der die Konzessionsvergabe für den Bau und Betrieb eines Kindergartens angreifen will, und wie transparent muss ein Interessensbekundungsverfahren ausgestaltet werden? Ist die Bewertungsmatrix offenzulegen? Hierzu hat das Oberverwaltungsgericht Lüneburg (OVG) nunmehr weitreichend Stellung bezogen ([Beschluss vom 29. Oktober 2018 – 10 ME 363/18](#)) und macht einmal mehr deutlich: Konzessionen spielen in Zukunft für Träger eine immer wichtigere Rolle.

Der Fall: Eine Gemeinde benötigt eine neue Kindertagesstätte. Sie fordert Träger im Rahmen eines Interessensbekundungsverfahrens auf, Konzepte für die Übernahme der Trägerschaft einzureichen (Bau und Betrieb). Zu je einem Drittel sollen Merkmale des Trägers, des Baus und der Finanzierung Grundlage für die Entscheidung bilden. Die Gemeinde nimmt an, dass der EU-Schwellenwert für die Konzessionsvergabe von 5.548 Mio. EUR nicht überschritten werden wird und schreibt daher nicht europaweit nach Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und Konzessionsvergabeordnung (KonzVgV) aus. Noch vor Zuschlag greift ein Träger (Bieter) die Ausschreibung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vor dem Verwaltungsgericht an. Zu Recht?

Die Rechtswegfrage „Verwaltungs- oder Zivilgericht?“ ist hier aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, [Beschluss vom 2. Mai 2007 – 6 B 10.07](#)) und

des Bundesgerichtshofs (BGH, [Beschluss vom 23. Januar 2012 – X ZB 5/11](#)) nicht trivial. Denn sowohl das BVerwG als auch der BGH haben in ihren Entscheidungen deutlich gemacht, dass es keine klare Rechtswegezuweisung in diesen Fällen gibt. Vielmehr kommt es immer darauf an, ob das in Frage stehende staatliche Handeln sich in den Bahnen des öffentlichen Rechts vollziehe. Nur dann sei der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Mit Blick auf die angestrebte Kindergarten-Konzession und deren Ausgestaltung als öffentlich-rechtlicher Vertrag gem. § 53 Abs. 1 SGB X wird hier der Verwaltungsrechtsweg für zulässig erachtet.

Das OVG nimmt im Gegensatz zur Vorinstanz an, dass der Bieter die Konzessionsvergabe bis zum Zuschlag auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vor dem Verwaltungsgericht angreifen kann. Auch im Verwaltungsrechtsweg müsse der Bieter den drohenden rechtsverletzenden Zuschlag im Eilverfahren unterbinden können.

Gleichwohl scheiterte hier der Träger vor dem OVG, weil das Interessensbekundungsverfahren nicht diskriminierend oder intransparent gewesen sei. Insbesondere habe die Gemeinde die Bewertungskriterien der Bewertungsmatrix im Detail nicht bekanntgeben müssen. Die von der Gemeinde aufgestellten Bewertungskriterien (zum Beispiel pädagogisches Konzept, Personalkonzept, Raumkonzept, Bauzeit, Finanzierung) seien nicht willkürlich oder diskriminierend und im Interessensbekundungsverfahren hinreichend bekannt gewesen.



### Fazit

Die Entscheidung aus Lüneburg ist bedeutend. Sie macht klar: Der Betrieb einer Kindergartens stellt eine Konzession dar, räumt doch die Gemeinde dem Träger das Recht zur wirtschaftlichen Betätigung einer Versorgungsaufgabe ein. Die Rechtswegeverweisung auf die Verwaltungsgerichte ist ebenso überzeugend wie die Klarstellung, dass der im Unterschwellenbereich übliche Angriff auf den drohenden Zuschlag auch vor den Verwaltungsgerichten im einstweiligen Rechtsschutz möglich sein muss. Die vom OVG benannten Anforderungen an ein transparentes, diskriminierungsfreies Interessenbekundungsverfahren und die Bewertungsmatrix schaffen Klarheit. Was

hier allerdings wundert, ist die Annahme einer Unterschwellenkonzession. Denn nach § 2 KonzVgV bemisst sich der Schwellenwert nach dem voraussichtlichen Gesamtumsatz während der Laufzeit von hier 25 Jahren. Und selbst ein „kleiner Kindergarten“ dürfte in 25 Jahren die 5-Millionen-Marke übersteigen. Dessen ungeachtet bleibt festzuhalten: Träger sollten sich bewusst sein, dass der Betrieb von Einrichtungen in der Regel eine Konzessionsvergabe darstellt, und sind gehalten, ihre Rechte und Interessen bei der Vergabe von Betriebskonzessionen im sozialen Bereich künftig schnell zu wahren.

› [Rechtsanwalt Justus Kampp](#)

## Seminar-Tipps

### **Datenschutz und Datensicherheit – Erste Erfahrungen bei der Umsetzung der Datenschutzreform 2018**

02.04.2019, München

### **Schreckgespenst Betriebsprüfung**

27.09.2019, Berlin

### **Krankenhäuser im Fokus von KV und Staatsanwaltschaft**

12.09.2019, Hamburg

### **Von der Aufnahme bis zur Entlassung – Rechtssicherer und erlösichernder Ablauf der Krankenhausbehandlung**

21.03.2019, Berlin

### **Fördermittel- und Zuwendungsrecht in der Praxis**

14.03.2019, Berlin

20.03.2019, Hamburg

### **Vergaberecht für Auftraggeber und Bieter – VgV, UVgO, VOB/A, Vergabeverfahren, e-Vergabe**

19.03.2019, Hamburg

28.03.2019, Mainz

### **Neues vom Bundesarbeitsgericht**

21.03.2019, Freiburg

## **Kontakt/Newsletterverwaltung**

Dieser Newsletter ist ein kostenloser Service der Solidaris Rechtsanwaltsgesellschaft mbH. Unser zentrales Anliegen ist es, Sie mit aktuellen Informationen aus dem Bereich des Rechts zu versorgen. Sollte dieser Newsletter für Sie jedoch keinen informativen Mehrwert aufweisen, können Sie ihn jederzeit unter [www.solidaris.de](http://www.solidaris.de) mit sofortiger Wirkung abbestellen. Wir sind stets bemüht, unseren Service für Sie optimal zu gestalten – daher zögern Sie bitte nicht, uns bei Fragen, Anmerkungen, Kritik und Feedback zu kontaktieren. Ihr Ansprechpartner: Herr Ivan Panayotov, Telefon: 02203 . 8997-136, E-Mail: [i.panayotov@solidaris.de](mailto:i.panayotov@solidaris.de).

## **Disclaimer**

Die Inhalte dieses Newsletters dienen ausschließlich der allgemeinen juristischen Information. Sie stellen keine rechtliche Beratung dar und können eine einzelfallbezogene Beratung nicht ersetzen. Durch die Übersendung dieses Newsletters wird kein Mandatsverhältnis zwischen Absender und Empfänger begründet. Obwohl wir die Inhalte dieses Newsletters nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt haben, können sie wegen ihres rein informativen Charakters die aktuellen rechtlichen Entwicklungen nicht vollständig berücksichtigen und wiedergeben.

## **Impressum**

**Solidaris Rechtsanwaltsgesellschaft mbH**

51149 Köln, Von-der-Wettern-Str. 11

51152 Köln, Postfach 92 02 55

E-Mail: [info@solidaris.de](mailto:info@solidaris.de)

Website: [www.solidaris.de](http://www.solidaris.de)

Geschäftsführer: Dr. Axel Stephan Scherff

Sitz der Gesellschaft: 51149 Köln

Registergericht: Amtsgericht Köln, HRB 69691