

Mandanten-Rundbrief

- Juni 2009 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Mehrvergütung bei verzögerter Zuschlagserteilung	2
2.	Anerkenntnis durch Zahlung einer Abschlagsrechnung möglich	3
3.	Beseitigung von Nachteilen ist keine Ersatzvornahme	4
4.	Behinderungsnachtrag durch Nachtragsvereinbarung ausgeschlossen?	4
5.	Ausnahme von der Bindung an den Einheitspreis bei unsorgfältiger Planung	5
II.	Leitsätze zum Privaten Bau- und Architektenrecht	6
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	8
IV.	Öffentliches Baurecht	9
1.	Keine Verunstaltung durch Fassadenwerbung im Gewerbegebiet	9
2.	Einzelhandelskonzept zur Zentrenstärkung lässt generellen Ausschluss von Einzelhandelsbetrieben zu	10
V.	Maklerrecht	10
	Provisionsanspruch bei Wegfall des wirtschaftlichen Zwecks des Hauptvertrags	10
VI.	Gesellschaftsrecht	12
1.	Gründungstheorie ist nicht auf nach Schweizerischem Recht gegründete Gesellschaften anwendbar	12
2.	Alleinvertretungsbefugnis mehrerer Geschäftsführer endet mit Gesellschaftsauflösung	13
VII.	Arbeitsrecht	14
	Zwangsläufiger Annahmeverzug bei Beschäftigungsmöglichkeit?	14
VIII.	Leitsätze zum Arbeitsrecht	14
IX.	Veröffentlichungen, Sonstiges	16

HEIDELBERG

Vangerowstr. 20
69115 Heidelberg
Tel.: 06221/9129-0
Fax: 06221/9129-29

FRANKFURT

Myliusstr. 14
60323 Frankfurt
Tel.: 069/727374-15
Fax: 069/727374-91

BERLIN

Markgrafenstr. 33
10117 Berlin
Tel.: 030/206278-0
Fax: 030/206278-78

POTSDAM

Kurfürstenstr. 32
14467 Potsdam
Tel.: 0331/6264499-0
Fax: 0331/6264499-49

DÜSSELDORF

Königsallee 63-65
40215 Düsseldorf
Tel.: 0211/436987-0
Fax: 0211/436987-9

HAMBURG

Esplanade 39
20354 Hamburg
Tel.: 040/2263038-0
Fax: 040/2263038-18

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Mehrvergütung bei verzögerter Zuschlagserteilung

a) Ein Zuschlag in einem durch ein Nachprüfungsverfahren verzögerten öffentlichen Vergabeverfahren über Bauleistungen erfolgt auch dann zu den ausgeschriebenen Fristen und Terminen, wenn diese nicht mehr eingehalten werden können.

b) Der so zustande gekommene Bauvertrag ist ergänzend dahin auszulegen, dass die Bauzeit unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der vertragliche Vergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B anzupassen sind.

BGH, Urteil vom 11.05.2009 - VII ZR 11/08

Mit dieser in der Praxis lang erwarteten Grundsatzentscheidung hat sich der Bundesgerichtshof erstmalig zu der Frage geäußert, welche zivilrechtlichen Folgen die verzögerte Zuschlagserteilung bei öffentlichen Bauaufträgen hat. Dabei ist er in den wesentlichen Punkten zu den gleichen Ergebnissen gelangt wie der im Mandanten-Rundbrief März 2008 wiedergegebene, in der Zeitschrift ZfBR Heft 3/2008 veröffentlichte Beitrag von Dr. Helmerich Bornheim/Dr. Thomas Badelt, mit dem er sich in den Entscheidungsgründen (unter anderem) auch auseinandergesetzt hat.

In dem zu entscheidenden Fall hatte die beklagte Bundesrepublik Deutschland (nachfolgend: der AG) Straßenbauleistungen an der Bundesautobahn A113 europaweit im Offenen Verfahren ausgeschrieben. Für das Los 4 A waren als Baubeginn der 31.07.2003 und als Fertigstellungstermin der 20.01.2005, für das Los 4 B war als Fertigstellungstermin der 20.09.2004 vorgesehen. Die klagende Auftragnehmerin (nachfolgend: der AN) gab ihr Angebot am 10.02.2003 ab. Die ursprünglich bis zum 11.07.2003 laufende Bindefrist wurde - unter anderem wegen eines Vergabenach-

prüfungsverfahrens - mehrfach verlängert, zuletzt bis zum 30.07.2004. Der AN stimmte jeweils vorbehaltlos zu. Der Zuschlag durch den AG erfolgte mit Schreiben vom 20.07.2004, in dem unter anderem Bezug genommen wurde auf das Angebot des AN. Der AN bestätigte den Zuschlag mit Schreiben vom 02.09.2004. Am selben Tag fragte er bei dem AG wegen neuer Ausführungsfristen an. Eine Einigung über einen Terminplan erfolgte nicht. Das Bauvorhaben wurde durchgeführt. Der klagende AN macht Mehrvergütung wegen zwischenzeitlich eingetretener Stahl- und Zementkostenerhöhungen geltend.

Das Landgericht gab der Klage mit Zwischenurteil dem Grunde nach statt. Nachdem die Berufung des beklagten AG erfolglos geblieben war, hat der Bundesgerichtshof auch die Revision zurückgewiesen. Wenn der AG in seiner Zuschlagserklärung nicht klar und unzweideutig zum Ausdruck bringe, dass er vom Angebot des AN abweichen wolle, komme nach dem Grundsatz der vergaberechtskonformen Auslegung der Vertrag - wie im zu entscheidenden Falle - zu den unveränderten Bedingungen des Angebots zustande, sodass auch die dort genannte Vergütung und die Ausführungsfristen hierdurch zunächst unverändert vereinbart würden. Die Zustimmungserklärungen des AN zu Bindefristverlängerungen seien nicht als Verzicht auf Mehrvergütungsansprüche zu werten, sondern bedeuteten lediglich, dass das ursprüngliche Vertragsangebot inhaltlich konserviert und die rechtsgeschäftliche Bindungsfrist verlängert werden solle. Da die vereinbarten Fristen jedoch aus tatsächlichen Gründen bereits gegenstandslos seien, sei die Bauzeit unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nach den Grundsätzen des § 6 Nr. 3 und 4 VOB/B und die Vergütung nach den Grundsätzen des § 2 Nr. 5 VOB/B anzupassen. Denn diese Vorschriften seien von den Parteien mit der Einbeziehung der VOB/B als angemessene Regeln bei einer durch den AG veranlassten Änderung der Grundlagen des Preises vereinbart worden. Soweit die durch ein Vergabenachprüfungsverfahren verursachte Verzögerung zu einer Änderung der Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung führe, sei dies mit einer

durch den AG nach Vertragsschluss veranlassenen Änderung vergleichbar. In beiden Fällen bestehe nach Treu und Glauben keine Veranlassung, das Risiko von Änderungen der Grundlagen des Preises dem AN zuzuweisen. Dies gelte, wie die in § 2 Nr. 5 VOB/B zum Ausdruck gekommene Wertung zeige, unabhängig von dem Ausmaß der Änderungen. Auch komme es nicht darauf an, ob der Verzögerung ein Vergabenaachprüfungsverfahren zugrunde gelegen habe. Vielmehr sei die Vergütung in allen Fällen, in denen der AG die Verzögerung verursacht habe, nach den Grundsätzen des § 2 Nr. 5 VOB/B anzupassen.

Für Auftragnehmer bedeutet diese Rechtsprechung in der Praxis, dass im Falle einer verzögerten Vergabe eine Anmeldung von Mehrvergütungsansprüchen weder bei der Zustimmung zu Bindefristverlängerungen noch sonst vor der Zuschlagserteilung erforderlich ist. Sofern der Auftraggeber bei der Zuschlagserteilung die Ausführungszeit nicht ausdrücklich gegenüber dem Angebot bzw. den Verdingungsunterlagen modifiziert - was im Übrigen nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vergaberechtswidrig wäre -, muss der Auftragnehmer auch nicht unverzüglich nach Zuschlagserteilung Mehrkostenansprüche geltend machen, da der Vertrag in diesem Fall zu den unveränderten Bedingungen des Angebots und der Verdingungsunterlagen zustande kommt. Es gelten dann die allgemeinen Grundsätze des § 6 Nr. 3 und 4 sowie des § 2 Nr. 5 VOB/B.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt

2. Anerkenntnis durch Zahlung einer Abschlagsrechnung möglich

Eine Abschlagszahlung kann im Einzelfall als Anerkenntnis auszulegen sein; so bei abgerechneten Mehrkosten für eine Bauzeitverlängerung, wenn der Auftragnehmer aufgrund vorangegangener Verhandlungen objektiv davon ausgehen konnte, dass Einigkeit über einen Mehrkostenanspruch dem Grunde nach besteht und der Auftraggeber kurz darauf die in einer Abschlagsre-

chung enthaltenen Mehrkosten vorbehaltlos zahlt.

KG, Urteil vom 12.02.2008 - 21 U 155/06 (Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen, Beschluss vom 27.11.2008 - VII ZR 78/08)

Der Auftragnehmer legt dem Auftraggeber einen Nachtrag zu einer Bauzeitverlängerung vor und stellt die Mehrkosten in eine Abschlagsrechnung ein. Es kommt zu Verhandlungen über die Mehrkosten. Darin war erkennbar unstreitig, dass die ursächlichen Behinderungen nicht vom Auftragnehmer zu vertreten sind und ein Mehrkostenanspruch zumindest dem Grunde nach besteht. Kurz darauf leistet der Auftraggeber eine Abschlagszahlung einschließlich der abgerechneten Mehrkosten. Danach bestreitet der Auftraggeber den Mehrkostenanspruch auch dem Grunde nach.

Nach dem Urteil liegt bei diesem Sachverhalt ein Ausnahmefall von dem Grundsatz vor, wonach Abschlagszahlungen schon wegen der Vorläufigkeit einer Abschlagsrechnung nicht als Anerkenntnis des Auftraggebers zu werten seien (vgl. BGH in: BauR 2002, 938 ff). Das soll bei besonderen Umständen im Einzelfall anders sein. Diese besonderen Umstände erkannte das Kammergericht vorliegend darin, dass vor der Abschlagszahlung ausführlich über den abgerechneten Mehrkostenanspruch verhandelt worden war, dort für den Auftragnehmer erkennbar Einigkeit über das Bestehen des Mehrkostenanspruchs dem Grunde nach bestand und kurz darauf eine vorbehaltlose Abschlagszahlung einschließlich der abgerechneten Behinderungsmehrkosten erfolgte. Das sei als Anerkenntnis des Auftraggebers zu werten.

Trotz dieser Einzelfallentscheidung bleibt es bei dem Grundsatz, dass der Auftraggeber mit Abschlagszahlungen kein Anerkenntnis hinsichtlich der erbrachten Leistungen und der Vergütungsansprüche des Auftragnehmers abgibt. Hier müssen Umstände hinzukommen, die der Auftragnehmer nur so verstehen kann,

dass der Auftraggeber die geltend gemachten Mehrkosten anerkennt.

Rechtsanwalt und Mediator Dr. Jan Scheube

3. Beseitigung von Nachteilen ist keine Ersatzvornahme

Lässt der Auftraggeber nur die nachteiligen Auswirkungen eines Baumangels auf die Gebrauchstauglichkeit des Gebäudes, an dem die Bauleistungen erbracht werden, durch bauliche Maßnahmen beseitigen (hier: Einbau längerer Türen bei einem mit zu geringer Höhe eingebrachten Estrichbelag), so liegt darin keine Ersatzvornahme. In einem solchen Fall bleibt der Unternehmer zur Mängelbeseitigung verpflichtet, wenn die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben.

BGH, Urteil vom 07.05.2009 - VII ZR 15/08

Ein Unternehmer hat Anhydrit-Fließestrich entgegen der vertraglichen Vorgabe um 23 mm bis 30 mm tiefer eingebaut. Der Auftraggeber verweigerte die Abnahme und beanstandete unter anderem, dass der Estrich nicht in genügender Dicke eingebracht worden sei. Dadurch seien die für den Einbau in die bereits vorhandenen Zargen vorgesehenen Türen um ca. 30 mm zu kurz. Auf Vorschlag des Unternehmers ließ der Auftraggeber die Türen gegen solche mit passenden Sondermaßen austauschen und vermietete dann die Wohnung. Später verlangte der Auftraggeber mit einer Klage Vorschuss auf die voraussichtlichen Kosten für die nachträgliche Herstellung eines Estrichbelages mit der nach Auffassung der Klägerin vereinbarten Dicke und Höhenlage auf 21.400 €.

Das LG Köln hatte der Klage im Wesentlichen stattgegeben, das OLG Köln hatte sie abgewiesen, weil die Verlängerung der Türen bereits eine (wegen fehlender Fristsetzung unberechtigte) Ersatzvornahme und nicht nur ein Provisorium gewesen sei.

Der BGH entschied gegen das OLG. Vorliegend bestehe die Mängelbeseitigung darin, den Estrichbelag so nachzubearbeiten, dass

seine Oberkante auf der vertraglich vereinbarten Höhe liegt. Durch den vom Auftraggeber veranlassten Einbau verlängerter Türen war nicht der in der Höhenabweichung liegende Mangel, sondern lediglich seine nachteiligen Auswirkungen auf die Gebrauchstauglichkeit der Wohnungen (teilweise) beseitigt worden. Um die Kosten für diese Maßnahmen ging es in dem Rechtsstreit nicht.

Eine Einigung der Vertragsparteien auf die Verlängerung der Türen und weiterer Kompensationsmaßnahmen als Ersatz für Mängelbeseitigung am Estrich konnte in dem Rechtsstreit nicht bewiesen werden. Für die Praxis hätte es nahe gelegen, sich auf entsprechende Maßnahmen zu verständigen. Der Rechtsstreit zeigt u. a., wie wichtig es ist, Vereinbarungen zur Mängelbeseitigung schriftlich abzufassen und beweissicher zu dokumentieren.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk

4. Behinderungsnachtrag durch Nachtragsvereinbarung ausgeschlossen?

Der Auftragnehmer kann behinderungsbedingte Mehrkosten jedenfalls dann in einem gesonderten Behinderungsnachtrag geltend machen, wenn eine vorherige Nachtragsvereinbarung diese Kosten erkennbar nicht erfasst und der Auftragnehmer einen entsprechenden Vorbehalt formuliert hat.

OLG Jena, Urteil vom 22.04.2008 - 5 U 1025/06 (Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen, Beschluss vom 24.03.2009 - VII ZR 114/08)

Im entschiedenen Fall beauftragt der Bauherr zusätzliche Leistungen, deren Ausführung den Bauablauf verzögert. Über die zusätzlichen Leistungen wird auf der Grundlage eines Nachtragsangebots des Auftragnehmers eine Nachtragsvereinbarung geschlossen. Darin sind die behinderungsbedingten Mehrkosten nicht enthalten. Diese Kosten fasst der Auftragnehmer in einem gesonderten Behinderungsnachtrag zusammen. Das erstinstanzliche Gericht weist die darauf gestützte Klage ab. Der Auftragnehmer könne keinen Behinde-

rungsnachtrag nachschieben, wenn diese behinderungsbedingten Mehrkosten vorhersehbar waren und der Auftragnehmer bei den Nachtragsverhandlungen deswegen keinen Vorbehalt erklärt. Das OLG Jena sieht dies anders. In der Nachtragsvereinbarung gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B über die zusätzlichen Leistungen seien behinderungsbedingte Mehrkosten nicht enthalten gewesen. Der Auftragnehmer sei deshalb trotz der Nachtragsvereinbarung nicht gehindert, einen Behinderungsnachtrag wegen der behinderungsbedingten Mehrkosten nach § 642 BGB zu stellen.

Bei dieser Entscheidung ist Vorsicht geboten. Nachtragsvereinbarungen sind grundsätzlich abschließend (vgl. OLG Düsseldorf in: BauR 1996, 267). Der Auftragnehmer muss bei Leistungsnachträgen auch die behinderungsbedingten Mehrkosten in sein Nachtragsangebot aufnehmen oder dort zumindest einen Vorbehalt erklären, behinderungsbedingte Mehrkosten gesondert abzurechnen. Diese Kostenunsicherheit dürfte jedoch regelmäßig dem frühzeitigen Abschluss einer Nachtragsvereinbarung entgegenstehen.

Rechtsanwalt und Mediator Dr. Jan Scheube

5. Ausnahme von der Bindung an den Einheitspreis bei unsorgfältiger Planung

Der Auftragnehmer kann bei einer unbewussten oder ihm jedenfalls nach Sachlage im Einzelfall nicht zurechenbaren Fehlkalkulation wegen der über 110 % hinausgehenden Mengen einen von seinen bisher angenommenen Berechnungsgrundlagen abweichenden realistischen, der Wirklichkeit entsprechenden Preis auf der Grundlage von § 242 BGB verlangen. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn sich die Massenänderung auf ein vorwerfbares Unterlassen des Auftraggebers oder seiner Erfüllungsgehilfen zurückführen lässt, insbesondere bei einer unvollständigen oder unsorgfältigen Planung,

OLG Rostock, Urteil vom 19.06.2008 - 3 U 12/08

Der Auftragnehmer hatte sich vertraglich zur Erbringung von Rohrgrabenarbeiten verpflichtet. Das Auftrags-LV des Auftraggebers sah u. a. die Lieferung von 150 m³ Füllboden vor. Der vertraglich vereinbarte Einheitspreis betrug DM 31,00/m³. Tatsächlich hatte der Auftragnehmer 2.368 m³ Füllboden zu liefern und zu verarbeiten. Da sich der Bauvertrag als unwirksam herausstellte, stritten die Parteien über die Höhe der angemessenen Vergütung. Im Laufe des Verfahrens stellte ein Sachverständiger einen ortsüblichen und angemessenen Einheitspreis von DM 52,13/m³ fest.

Da die Vergütung eines Auftragnehmers bei Unwirksamkeit des Bauvertrages nach ständiger Rechtsprechung auf den Vertragspreis des unwirksamen Vertrages begrenzt ist, hatte das OLG Rostock zu prüfen, welche Vergütung dem Auftragnehmer bei Annahme eines wirksamen Bauvertrages zugestanden hätte. Dabei trennt das OLG zwischen der Vergütung für die Leistungen bis zu 110% der ursprünglich vereinbarten Mengen und der darüber hinausgehenden Leistungen. Für die Lieferung und Verlegung von 165 m³ Füllboden (110 % der vertraglichen Menge) könne der Auftragnehmer nur den vertraglich vereinbarten Einheitspreis von DM 31,00/m³ verlangen. Für die 110 % übersteigenden Mengen (2.203 m³) stellte das OLG fest, dass der Auftragnehmer nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B einen Anspruch auf Vereinbarung und Festsetzung eines neuen Preises unter Zugrundelegung seiner Urkalkulation habe. Allerdings könne der Auftragnehmer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) bei einer unbewussten oder ihm nicht vorwerfbaren Fehlkalkulation wegen der über 110 % hinausgehenden Mengen einen von seinen bisher angenommenen Berechnungsgrundlagen abweichenden, der Wirklichkeit entsprechenden Preis verlangen. Ein neuer, realistischer Preis könne der Berechnung der Vergütung dann zugrunde gelegt werden, wenn sich die Massenänderung auf ein vorwerfbares Unterlassen des Auftraggebers zurückführen lässt. Das gelte insbesondere bei einer unvollständigen oder unsorgfältigen Planung des Auftraggebers und einem der Wirklichkeit nicht entsprechenden Leistungsverzeichnis.

Bei einer Überschreitung der im Leistungsverzeichnis angegebenen Menge um das - wie hier - fast 16-fache sei nach Auffassung des OLG zu vermuten, dass die Massenänderung auf eine unsorgfältige Planung des Auftraggebers zurückzuführen ist. Das OLG sprach dem Auftragnehmer daher eine Vergütung von DM 119.957,39 ($165 \text{ m}^3 \times \text{DM } 31,00/\text{m}^3$ zzgl. $2.203 \text{ m}^3 \times \text{DM } 52,13$) zu.

Die Entscheidung des OLG Rostock weckt Begehrlichkeiten bei Auftragnehmern, die sich mit starken Mengenmehrungen konfrontiert sehen. Sie ist jedoch mit Vorsicht zu genießen. Denn auch für die über 110 % hinausgehenden Mengen ergibt sich aus § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B der Grundsatz „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“. An eine Loslösung von der Bindung an den vertraglichen Einheitspreis sind enge Voraussetzungen geknüpft:

Erstens muss die fehlerhafte Planung des Auftraggebers zu einer wesentlichen Veränderung des bei Vertragsabschluss begründeten Leistungsgleichgewichts führen. Nur wenn die unsorgfältige oder unvollständige Vertragsplanung zu einer besonders starken Abweichung zwischen der vertraglich vorgesehenen Leistung (Bau-Soll) und der tatsächlich auszuführenden Leistung (Bau-Ist) führt, kommt eine Anpassung des vertraglichen Preisgefüges in Betracht. Bleiben die Leistungsziele trotz eines Planungsfehlers des Auftraggebers weitestgehend identisch, ändert sich an der Bindung an den vertraglich vereinbarten (schlechten) Einheitspreis nichts.

Zweitens darf die vom Auftraggeber verschuldete Fehlplanung für den Auftragnehmer bei Erstellung seiner Kalkulation nicht erkennbar gewesen sein. Denn eine Loslösung von der Einheitspreisbindung ist nur gerechtfertigt, wenn die Differenz von Bau-Soll zu Bau-Ist nicht mehr im Kalkulationsrisiko des Auftragnehmers liegt. Hätte der Auftragnehmer die Fehlplanung erkennen können oder müssen, kann er keine nachträgliche Korrektur der Einheitspreise verlangen.

Drittens muss die Leistung unter Wert angeboten worden sein. Entspricht der angebotene Vertragspreis auch unter Berücksichtigung der tatsächlich zu erbringenden Leistungen einer üblichen und angemessenen Vergütung, kommt eine Loslösung von der Bindung an den Einheitspreis nicht in Betracht.

Rechtsanwalt Christoph Siegl

II. Leitsätze zum Privaten Bau- und Architektenrecht

1. Grenze zwischen Akquisitions- und Vertragsleistungen des Architekten

- a) Fertigt der Architekt auf Wunsch des Bauherrn sukzessive drei umfangreiche Entwurfspläne, in die mehrfache Änderungswünsche des Bauherrn einfließen, und begleitet er den Bauherrn zu einer Besprechung mit der Bauverwaltung, um auf Basis dieser Entwurfspläne die behördliche Ansicht zur baurechtlichen Machbarkeit von grundlegenden Um-/Ausbaumaßnahmen an seinem Objekt zu erfahren, folgt daraus der rechtsgeschäftliche Wille des Bauherrn, die vom Architekten erbrachten Leistungen als vertraglich geschuldete Leistungen (und nicht als Akquisitionsleistungen) entgegenzunehmen.
- b) Eine beim Bauherrn bestehende Ungewissheit über die Realisierbarkeit eines Bau- bzw. Umbauvorhabens und die Tatsache, dass die vom Bauherrn gewünschte Architektenleistung lediglich als Entscheidungsgrundlage dienen soll, ob sich das Bauvorhaben auf eine baurechtlich zulässige und wirtschaftlich rentable Weise durchführen lässt, sind nicht ohne Weiteres Umstände, die die Annahme einer Unentgeltlichkeit der Architektenleistungen begründen können.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.01.2008 - 23 U 88/07

2. Kündigung eines Bauvertrags aus wichtigem Grund

- a) Die Kündigung eines Bauvertrages aus wichtigem Grund ist zulässig, wenn das gerade für den Bauvertrag als eines auf Kooperation der Vertragspartner angelegten Langzeitvertrages voraussetzende Vertrauensverhältnis durch das Verhalten eines Vertragspartners derart empfindlich gestört ist, dass die Erreichung des Vertragszwecks konkret gefährdet und dem betroffenen Teil die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist. Eine positive Vertragsverletzung als Kündigungsgrund setzt voraus, dass der Auftragnehmer sich schuldhaft verhalten hat. Eine fristlose Kündigung ist jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn der Auftragnehmer trotz Abmahnungen mehrfach und nachhaltig gegen eine Vertragspflicht verstößt und wenn sein Verhalten ein hinreichender Anlass ist für die Annahme, dass er sich auch in Zukunft nicht vertragstreu verhalten wird.
- b) Bei der Entscheidung der Frage, ob eine zur Kündigung aus wichtigem Grunde berechtigende Vertragsverletzung vorliegt, kommt es nicht darauf an, ob Haupt- oder Nebenpflichten aus einem Bauvertrag verletzt worden sind, weil auch Nebenpflichten für den vereinbarten Vertragszweck von erheblicher Bedeutung sein können.

OLG Brandenburg, Urteil vom 15.01.2008 - 11 U 98/07

3. Fristsetzung und Nachfristsetzung nach § 648a BGB a. F. kann in einem Schreiben erfolgen

- a) Das Sicherungsverlangen des Unternehmers nach § 648a BGB ist bei Streit über Mängel der Werkleistung erst dann verwerflich, wenn er damit berechnete Ansprüche des Bestellers abwehren will und das Sicherungsverlangen nur als Vehikel dazu verwendet.

- b) Die Nachfrist zur Herbeiführung der Wirkungen des § 643 S. 2 BGB kann gleichzeitig mit der Frist zur Leistung der Sicherheit gemäß § 648a Abs. 1 S. 1 BGB gesetzt werden.

OLG Hamm, Urteil vom 25.11.2008 - 19 U 89/08

4. Ein Ausschluss von § 768 BGB ist zwar AGB-widrig, führt aber bei einer Vertragserfüllungsbürgschaft nicht zur Gesamtnichtigkeit der Sicherungsabrede

- a) Die Verpflichtung eines Bauunternehmers in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers, diesem eine selbstschuldnerische, unbefristete Vertragserfüllungsbürgschaft nach einem zum Vertrag gehörenden Muster zu stellen, und der in diesem Bürgschaftsmuster erklärte Verzicht des Bürgen auf die Einreden nach § 768 BGB, sind sprachlich und inhaltlich trennbare Teile der Sicherungsvereinbarung, die einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung zugänglich sind.
- b) Die Unwirksamkeit der Verpflichtung zum Verzicht des Bürgen auf die Einrede nach § 768 BGB führt nicht zur Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung im Übrigen.

BGH, Urteil vom 12.02.2009 - VII ZR 39/08

5. Schadensersatzverpflichtung bei Verfolgung unberechtigter Forderungen?

- a) Eine Vertragspartei, die von der anderen Vertragspartei etwas verlangt, das nach dem Vertrag nicht geschuldet ist, oder ein Gestaltungsrecht ausübt, das nicht besteht, verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB und handelt im Sinne von § 280 Abs. 1 S. 1 BGB pflichtwidrig.
- b) Im Sinne von § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten hat die Vertragspartei diese

Pflichtwidrigkeit aber nicht schon dann, wenn sie nicht erkennt, dass ihre Rechtsposition in der Sache nicht berechtigt ist, sondern erst, wenn sie diese Rechtsposition auch nicht als plausibel ansehen durfte.

BGH, Urteil vom 16.01.2009 - V ZR 133/08

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Aufwendungsersatzpflicht der Vergabestelle bei unterlassener Information über begründete Vergaberüge

Die Vergabestelle kann zum Ersatz von Bewerbungskosten von Bieter verpflichtet sein, wenn sie die Bieter nicht über die begründete Vergaberüge eines Dritten und die dadurch drohende Aufhebung eines Vergabeverfahrens informiert.

BGH, Beschluss vom 03.03.2009 - X ZR 22/08

2. Folgen einer unterlassenen EU-weiten Ausschreibung

- a) Die Vergabestelle ist nur dann zugunsten eines Bieters zur Aufhebung der Ausschreibung verpflichtet, wenn diese Maßnahme zur Beseitigung einer Rechtsverletzung und Abwendung eines durch diese Rechtsverletzung dem Bieter drohenden Schadens als ultima ratio geboten ist.
- b) Ein Verstoß gegen die Pflicht zur EU-weiten Ausschreibung verletzt nicht ohne weiteres auf eine potentiell schadenskausale Weise die Rechte eines Bieters, der durch eine andere Form der Veröffentlichung über die Vergabeabsicht informiert und deshalb in die Lage versetzt wird, durch Anforderung der Verdingungsunterlagen sein Interesse an der Auftragsvergabe zu bekunden.
- c) Ein Bieter, der an einer unter Verstoß gegen die Pflicht zur EU-weiten Ausschreibung durchgeführten Öffentlichen Aus-

schreibung mit der Abgabe eines Angebots teilnimmt, ist nur antragsbefugt, wenn er darlegt, dass die Nichtanwendung der „a-Paragrafen“ seine Chancen nachteilig beeinflusst haben könnte.

OLG Koblenz, Beschluss vom 08.12.2008 - 1 Verg 4/08

3. Können schlechte Erfahrungen zur Ablehnung eines Bieters führen?

Vorangegangene schlechte Erfahrungen mit einem sich erneut beteiligenden Bieter berechtigen keinesfalls zu einer stereotypen, nicht substantiell begründeten Ablehnung. Vielmehr ist immer eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, weil der Unternehmer Anspruch auf eine ordnungsgemäße Prüfung seiner Eignung hat.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 24.02.2009 - 11 Verg 19/08

4. Maßgeblicher Zeitpunkt der Leistungsfähigkeit des Bieters

Ein Bieter muss nicht von Anfang an sämtliche technischen und personellen Mittel für eine Auftragsdurchführung vorhalten. Es genügt auch die konkrete und berechtigte Erwartung, dass der Bieter aufgrund seiner technischen, organisatorischen und finanziellen Ausstattung bereit und in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen.

VK Nordbayern, Beschluss vom 18.09.2008 - 21.VK-3194-43/08

5. Bieter muss Verdingungsunterlagen nicht unverzüglich prüfen

Ein Bieter ist nach derzeitiger Rechtslage grundsätzlich nicht verpflichtet, die Verdingungsunterlagen bei Zugang unverzüglich auf etwaige Vergabeverstöße zu prüfen. Es ist auch im Hinblick auf § 107 Abs. 3 S. 1 GWB nicht zu beanstanden, dass ein Bieter zunächst eine formale Prüfung der Verdingungs-

unterlagen durch eine Bürokratie veranlasst, bevor eine inhaltliche Befassung durch einen fachkundigen Mitarbeiter erfolgt.

OLG Naumburg, Beschluss vom 05.12.2008 - 1 Verg 9/08

6. Zur Wertungsfähigkeit von Nebenangeboten

- a) Nebenangebote sind nur wertungsfähig, wenn sie vom Auftraggeber ausdrücklich zugelassen wurden, der Auftraggeber in der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Mindestanforderungen benannt hat, die Varianten erfüllen müssen, und sie den benannten Mindestanforderungen genügen (§ 25a Nr. 3 VOB/A).
- b) Verlangt der öffentliche Auftraggeber für die Wertung von Nebenangeboten einen gesonderten Nebenangebotsplan, ist bei Fehlen eines solchen Planes das Nebenangebot dennoch nicht auszuschließen, wenn im Nebenangebot auf eine Ausführungsrichtlinie einschließlich einer Tafel Bezug genommen wird, welche die geforderten Angaben zweifelsfrei und unmissverständlich enthält.

VK Nordbayern, Beschluss vom 15.10.2008 - 21.VK-3194-48/08

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

IV. Öffentliches Baurecht

1. Keine Verunstaltung durch Fassadenwerbung im Gewerbegebiet

a) Die Bauaufsichtsbehörde ist im vereinfachten Genehmigungsverfahren nicht befugt, das ihr gesetzlich vorgegebene Prüfungsprogramm und damit die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen für die zu erteilende Baugenehmigung zu erweitern.

b) Im vereinfachten Genehmigungsverfahren kann die Baugenehmigung wegen feh-

lenden Sachbescheidungsinteresses abgelehnt werden, wenn das Bauvorhaben aus anderen als zum Prüfungsprogramm gehörenden Gründen (Bauordnungsrecht) dauerhaft nicht verwirklicht werden darf.

c) Zur Baugenehmigungsfiktion im vereinfachten Genehmigungsverfahren

d) Zur verunstaltenden Wirkung von Werbeanlagen

OVG Koblenz, Urteil vom 22.10.2008 - 8 A 10942/08

Ein Werbeunternehmen wehrt sich gegen die Ablehnung von Fassadenwerbung durch die Baubehörde. Die Baugenehmigung für die Großwerbefläche hatte das Unternehmen im vereinfachten Genehmigungsverfahren beantragt. Die Baubehörde lehnte den Antrag ab, weil die Werbeflächen vor einem waagrecht verlaufenden Fensterband angebracht werden sollten. Die Behörde stellt sich auf den Standpunkt, dass das Erscheinungsbild der Fassade hierdurch verunstaltet werde. Zwar seien im vereinfachten Genehmigungsverfahren eigentlich nur planungsrechtliche Bestimmungen zu prüfen. Hier dränge sich aber ein Verstoß gegen das bauordnungsrechtliche Verunstaltungsverbot auf, weshalb die Prüfung auf diese Frage erstreckt werden dürfe.

Das OVG Koblenz erlaubt die Anbringung der Werbung. Die Baubehörde sei im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren nicht befugt, das gesetzlich vorgesehene Prüfungsprogramm auf bauordnungsrechtliche Fragen wie das Verunstaltungsverbot auszudehnen. Die Behörde dürfe den Bauantrag im vereinfachten Verfahren nur dann aufgrund fehlenden Sachbescheidungsinteresses ablehnen, wenn ohne eine ins Einzelne gehende Prüfung erkennbar sei, dass ein Verstoß gegen das bauordnungsrechtliche Verunstaltungsverbot vorliege. Denn in diesem Fall sei klar, dass der Antragsteller mit der Genehmigung nichts anfangen könne, weil die Behörde nach Erteilung gegen den Verstoß vorgehen und das Vorhaben unterbinden müsse. Eine Verunstaltung im Sinne des Bauordnungsrechts sei allerdings an strenge

Voraussetzungen gebunden. Maßgeblich sei, dass der Anblick des Vorhabens bei einem nicht unbeträchtlichen Teil des Publikums nachhaltigen Protest auslöse. Daran fehle es hier. In einem faktischen Gewerbegebiet seien Werbeanlagen grundsätzlich allgemein zulässig und entfalten nur ausnahmsweise störende Wirkung. Eine bloße Beeinträchtigung der architektonischen Harmonie reiche für den Vorwurf der Verunstaltung nicht aus.

Das OVG tritt mit seiner Entscheidung der - allgemein zu beobachtenden - Tendenz der Bauaufsichtsbehörden entgegen, großflächige Plakatwerbung wegen angeblicher Verstöße gegen das Verunstaltungsverbot zu verhindern. Dies ist zu begrüßen. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kommt der Rückgriff auf das bauordnungsrechtliche Verunstaltungsverbot nur in krassen Ausnahmefällen in Betracht. Die positive Gestaltungspflege des örtlichen Erscheinungsbildes ist nicht Sache der Bauämter, sondern des gewählten Stadt- oder Gemeinderates als kommunaler Satzungsgeber.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper

2. Einzelhandelskonzept zur Zentrenstärkung lässt generellen Ausschluss von Einzelhandelsbetrieben zu

Wird in einem Bebauungsplan ein genereller Ausschluss von Einzelhandelsbetrieben festgesetzt, so kann dies durch das Ziel einer Stärkung der in einem gesamtstädtischen Einzelhandelskonzept ausgewiesenen Stadtbezirks- und Ortsteilszentren städtebaulich gerechtfertigt sein.

BVerwG, Urteil vom 26.03.2009 - 4 C 21/07

Die Klägerin wollte in einem Mischgebiet einen Lebensmittel-Selbstbedienungsmarkt mit 650 qm Verkaufsfläche errichten. Die Stadt nahm dieses Vorhaben zum Anlass, den Bebauungsplan zu ändern und Einzelhandelsnutzungen im Plangebiet weitgehend auszuschließen. Die Klägerin klagte erfolglos auf Erteilung eines Bauvorbescheides. Das OVG Münster wies die Klage zurück mit der Be-

gründung, die städtebauliche Rechtfertigung des Einzelhandelsausschlusses lasse sich mit dem Ziel einer Stärkung der Zentren durch Neuansiedlung auf solche Einzelhandelsnutzungen begründen, die dort noch nicht vorhanden sind.

Das BVerwG hat diese Rechtsansicht bestätigt und festgestellt, dass Gemeinden auf der Grundlage eines schlüssigen gesamtstädtischen Einzelhandelskonzepts grundsätzlich Nutzungsarten, die in Stadtbezirks- oder Ortsteilszentren nicht oder nur geringfügig vertreten sind, in anderen Gemeindegebieten mit dem Ziel ausschließen können, mögliche entsprechende Neuansiedlungen im Zentrum zur Steigerung oder Erhaltung seiner Attraktivität zu fördern.

Dieses Urteil erweitert die Rechte der Gemeinden im Rahmen der Stadtplanung mit dem städtebaulichen Ziel einer Stärkung der Stadtzentren nach § 1 Abs. 6 Nr. 4 und 11 BauGB durch die Maßnahmen nach § 9 Abs. 2a BauGB und nach § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO.

Voraussetzung dafür ist das Vorliegen eines planerisch festgesetzten zentralen Versorgungsbereiches sowie die planerisch gesicherte Aufstellung und Fortschreibung eines gesamtstädtischen Einzelhandelskonzeptes.

Rechtsanwalt Christian Schultz, StD.a.D.

V. Maklerrecht

Provisionsanspruch bei Wegfall des wirtschaftlichen Zwecks des Hauptvertrags

Ein Anspruch auf Maklerprovision entfällt dann, wenn der Maklervertrag einer Auslegung dahingehend zugänglich ist, dass der Provisionsanspruch entfällt, wenn der wirtschaftliche Zweck des Hauptvertrages wegfällt.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 20.08.2008 - 19 U 34/08

Ein Immobilienmakler bot Interessenten 11 Wohnungen in einem bestehenden Wohn- und Geschäftshaus zu einem Paketpreis von €525.000,00 an. Unter Bezugnahme auf dieses Angebot bot der Interessent einen Gesamtkaufpreis in Höhe von €480.000,00 sowie für die erfolgreiche Vermittlung eine Maklerprovision in Höhe von €21.000,00 an. In der Folgezeit schloss der Interessent einen notariellen Kaufvertrag über die Wohnungen zu dem von ihm angebotenen Kaufpreis. Der Vertrag konnte jedoch nicht umgesetzt werden, da die Nachranggläubiger nicht bereit waren, Löschungsbewilligungen zu erteilen.

Die Bank, die erstrangige Gläubigerin war, empfahl dem Käufer deshalb, die Eigentumswohnungen in dem zwischenzeitlich eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren zu erstehen und hierfür eine entsprechende Ausbietungsgarantie abzugeben. In der Folgezeit erhielt der Interessent den Zuschlag für die Wohnungen im Zwangsversteigerungsverfahren. Der Makler stellte hierauf die Provision in vereinbarter Höhe in Rechnung.

Das Oberlandesgericht hat in seiner Entscheidung zunächst festgestellt, dass für den Provisionsanspruch des Maklers gem. § 652 BGB grundsätzlich das Zustandekommen des Hauptvertrages ausreicht. Nicht erforderlich hierfür ist es, dass der Vertrag auch in der Folgezeit vollzogen wird. Der Vertrag muss allerdings gültig zustande kommen und darf nicht nachträglich wegen einer im Vertragsabschluss selbst liegenden Unvollkommenheit wieder beseitigt worden sein.

Der Senat hat angeführt, dass Bedenken gegen das gültige Zustandekommen des Grundstückskaufvertrages sich im vorliegenden Fall nicht allein daraus ergeben haben, dass zum Zeitpunkt des Verkaufs die Zwangsversteigerung des Grundstücks bereits angeordnet worden war. Trotz einem abgeschlossenen Maklervertrag kann der Provisionsanspruch jedoch entfallen, wenn der Maklervertrag einer Auslegung dahingehend zugänglich ist, dass der Provisionsanspruch dann entfällt, wenn der wirtschaftliche Zweck des Hauptvertrages wegfällt. Im vorliegenden Fall hat das Gericht dar-

auf abgestellt, dass insbesondere auch der vom Makler geäußerte Wunsch, der Kaufinteressent möge ein schriftliches Kaufangebot unterbreiten, welches an die Bank und die Insolvenzschuldnerin weitergeleitet werden könne, belegt, dass der wirtschaftliche Zweck des Kaufvertrages nur erreicht werden konnte, wenn mit den Grundbuchgläubigern eine entsprechende Einigung erzielt werden würde.

Unter diesen Umständen waren das Risiko eines wirtschaftlichen Fehlschlages des Hauptvertrages und damit die Gefahr einer nutzlos eingegangenen Provisionsverpflichtung für beide Parteien greifbar. Der Maklervertrag ist nach dem Senat daher wegen Gleichheit der Interessenlage so zu behandeln, als wäre er unter einer aufschiebenden Bedingung im Sinn des § 652 Abs. 1 S. 2 BGB geschlossen worden. Vor diesem Hintergrund hat der Makler jedenfalls nach Treu und Glauben nicht darauf vertrauen dürfen, die Maklerprovision endgültig vereinnahmen zu können.

Das Gericht ließ auch das Argument des Maklers nicht gelten, dass ja aufgrund des Erwerbs in der Zwangsversteigerung von einer Gleichwertigkeit des Erwerbs der Wohnungen mit dem zuvor beabsichtigten vertraglichen Geschäftsabschluss gegeben sei. Das Gericht hat hierzu auf die Tatsache verwiesen, dass der Eigentumserwerb im Zwangsversteigerungsverfahren sich nicht aufgrund eines Kaufvertrages, sondern aufgrund eines staatlichen Hoheitsaktes vollziehe.

Dementsprechend scheidet der Provisionsanspruch des Maklers schon daran, dass es an einer wesentlichen gesetzlichen Voraussetzung, nämlich dem Zustandekommen des Hauptvertrages durch einen freiwilligen Vertragsabschluss fehlt.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der beabsichtigte Erwerb der Wohnungen durch den Abschluss des Kaufvertrages, für den auch die Maklerprovision zugesichert worden war, nicht stattgefunden hat und der Erwerb in der Zwangsversteigerung durch die von Seiten des Interessenten abgegebene Provisionszusage nicht abgedeckt war. Die Klage des Maklers

auf Zahlung der Provision wurde dementsprechend abgewiesen.

Kommentar:

Auch wenn man der Auffassung sein kann, dass der Kaufinteressent letztendlich sein wirtschaftliches Ziel, den Erwerb der Wohnungen, erreicht habe und damit der Anspruch auf Maklerprovision gerechtfertigt sein könnte, bleibt doch festzuhalten, dass die Entscheidung des OLG Frankfurt aus rechtlicher Sicht konsequent ist. Insoweit ist maßgeblich, dass vorliegend die Provisionsvereinbarung ausdrücklich nur für den rechtsgeschäftlichen Erwerb, d. h. für den Abschluss eines notariellen Kaufvertrages, abgegeben wurde und für den Fall des Erwerbs in der Zwangsversteigerung eben keine Provisionsvereinbarung getroffen worden war.

Der gefestigten Rechtsprechung entsprechend kann ein Provisionsanspruch für den Fall des Erwerbs in der Zwangsversteigerung auch nicht durch allgemeine Geschäftsbedingungen gesichert werden.

Einem Immobilienmakler ist bei allen Fallkonstellationen, in denen die Zwangsversteigerung eines Objekts droht oder aber auch ein Zwangsversteigerungsverfahren bereits anhängig ist, deshalb immer zu empfehlen, individualschriftlich eine Provisionsvereinbarung dergestalt zu treffen, dass sich der Interessent auch für den Fall zur Provisionszahlung gegenüber dem Makler verpflichtet, wenn es letztendlich zum Erwerb des Objekts durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung kommen sollte.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

VI. Gesellschaftsrecht

1. Gründungstheorie ist nicht auf nach Schweizerischem Recht gegründete Gesellschaften anwendbar

Eine Aktiengesellschaft, die in der Schweiz gegründet wurde, jedoch in Deutschland ih-

ren Verwaltungssitz hat, ist in Deutschland als rechtsfähige Personengesellschaft zu behandeln. Die Gesellschafter haften daher persönlich und unbeschränkt für die Gesellschaftsverbindlichkeiten.

BGH, Urteil vom 27.10.2008 - II ZR 158/06

In einer mietrechtlichen Auseinandersetzung hatte sich der BGH mit der grundsätzlichen Frage zu befassen, ob eine in der Schweiz gegründeten Aktiengesellschaft, die ihren Verwaltungssitz in Deutschland hat, nach Schweizerischem Recht als Kapitalgesellschaft zu behandeln ist oder in Deutschland eine rechtsfähige Personengesellschaft darstellt.

Diese Frage ist deshalb von grundsätzlicher Relevanz, weil der Europäische Gerichtshof in der jüngsten Vergangenheit in mehreren Entscheidungen (Centros, Überseering und Inspire Art) festgestellt hat, dass bei Auslandsgesellschaften, die in einem Mitgliedsstaat der europäischen Union oder des EWR gegründet wurden, aufgrund der so genannten Niederlassungsfreiheit nach dem Recht ihres Gründungsstaates zu beurteilen sind (so genannte Gründungstheorie).

Im Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz findet die so genannte Gründungstheorie keine Anwendung. Der BGH hält fest, dass es zwischen der Schweiz und Deutschland keinen völkerrechtlichen Vertrag gibt, nach dem eine Aktiengesellschaft Schweizerischen Rechts mit Verwaltungssitz in Deutschland nach dem Recht ihres Gründungsstaates zu behandeln ist. Die Schweiz sei zwar Mitglied der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), nicht aber auch Partei des von den übrigen EFTA-Staaten mit der Europäischen Union geschlossenen EWR-Abkommens. Deshalb sind die Regeln über die Niederlassungsfreiheit nach den EWR-Abkommen auf schweizerische Gesellschaften ebenso wenig anwendbar wie diejenigen nach dem EG-Vertrag.

Der BGH prüfte auch, ob sich aus dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft einerseits und der Schweiz andererseits

über die Freizügigkeit etwas gegenteiliges ergebe. Dies verneinte er mit der Begründung, dass dieses Abkommen für die Angehörigen der Vertragsstaaten zwar eine grundsätzliche Dienstleistungsfreiheit in dem jeweiligen anderen Vertragsstaat vorsehe, jedoch nur für die Dauer von 90 Arbeitstagen. Daraus ergebe sich also nur eine zeitlich begrenzte Niederlassungsfreiheit. Die Gesellschaften könnten von der Dienstleistungsfreiheit in diesem Rahmen auch ohne Verlegung ihres Verwaltungssitzes Gebrauch machen. Ebenso wenig ergäbe sich aus dem Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) noch aus der Europäischen Menschenrechtskonvention eine Pflicht zur Anerkennung juristischer Personen nach dem Recht ihres Gründungsstaates.

Der BGH kommt in letzter Konsequenz somit zum Ergebnis, dass die Rechtsfähigkeit einer in der Schweiz gegründeten Gesellschaft nach allgemeinen Regeln des Deutschen Privatrechts nach dem Recht des Ortes zu beurteilen ist, an dem sie ihren Verwaltungssitz hat (so genannte Sitztheorie). Eine in der Schweiz gegründete Aktiengesellschaft ist danach nur dann in Deutschland als Kapitalgesellschaft rechtsfähig, wenn sie im deutschen Handelsregister eingetragen ist. Dies setzt eine Neugründung in Deutschland voraus. Der Gesetzgeber habe auch im Anschluss an das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Verhinderung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 keine Regelung über die Anerkennung ausländischer Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland getroffen.

Die Schweizerische Aktiengesellschaft ist somit in Deutschland als Aktiengesellschaft nicht rechtsfähig. Sie ist aber nach der Rechtsprechung des BGH als rechtsfähige Personengesellschaft deutschen Rechts zu behandeln, nämlich als offene Handelsgesellschaft (oHG) oder als Gesellschaft bürgerlichen Rechtes (GbR), die keiner Eintragung in ein deutsches Register bedürfen. Eine solche Gesellschaft kann grundsätzlich Rechte begründen und auch klageweise geltend machen. Da sie jedoch als Personengesellschaft zu behandeln ist, haften deren Gesellschafter persönlich und

unbeschränkt für die Gesellschaftsverbindlichkeiten.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier

2. **Alleinvertretungsbefugnis mehrerer Geschäftsführer endet mit Gesellschaftsauflösung**

a) § 68 Abs. 1 S. 2 GmbHG regelt die Aktivvertretungsbefugnis bei Vorhandensein mehrerer Liquidatoren schlechthin, unabhängig davon, ob die letzten Geschäftsführer so genannte geborene Liquidatoren sind oder ob die Liquidatoren durch die Gesellschaft oder das Registergericht bestellt wurden.

b) Eine für die Geschäftsführer einer GmbH bestimmte Alleinvertretungsbefugnis setzt sich nicht als Alleinvertretungsberechtigung der Liquidatoren fort, sondern endet mit der Auflösung der Gesellschaft. Dies gilt auch dann, wenn die Geschäftsführer als geborene Liquidatoren weiterhin für die Gesellschaft tätig sind.

BGH, Urteil vom 27.10.2008 - II ZR 255/07

Der BGH hatte über eine baurechtliche Angelegenheit zu befinden, in welcher die Rechtsanwälte Bornheim, v. Rosenthal & Kollegen die Beklagte in den ersten beiden Instanzen vertraten. In seiner Entscheidung folgte der BGH unserer Rechtsauffassung, wonach die Alleinvertretungsbefugnis bei Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer der werbenden Gesellschaft sich nicht als Alleinvertretungsberechtigung der Liquidatoren fortsetzt.

Eine GmbH in Liquidation (Klägerin) nahm die Beklagte auf Zahlung von Restwerklohn in Anspruch. Für die Klägerin waren zwei Liquidatoren bestellt. In dem Rechtsstreit wurde sie allerdings nur von einem Liquidator vertreten, der zweite Liquidator verweigerte die Zustimmung zu dem Rechtsstreit. Nach der Satzung der werbenden Gesellschaft waren beide Geschäftsführer einzelvertretungsberechtigt. Für

die Gesellschaft in Liquidation enthielt die Satzung keine Vertretungsregelung.

Wir beriefen uns für die Beklagte auf die Unzulässigkeit der Klage, weil ein einzelner Liquidator die Klägerin nicht wirksam vertreten und deswegen kein Klageverfahren für die Gesellschaft einleiten könne. Sowohl das Land- wie auch das Oberlandesgericht hatten bereits mit unserer Begründung die Klage als unzulässig abgewiesen.

Nach der Revision der Klägerin - wiederum vertreten nur durch einen Liquidator - ist auch der BGH unserer Argumentation gefolgt. § 68 Abs. 1 S. 2 GmbHG regelt die Aktivvertretungsbefugnis bei Vorhandensein mehrerer Liquidatoren einer GmbH schlechthin. Nach dieser Vorschrift bestehe für mehrere Liquidatoren nur Gesamtvertretungsbefugnis, sofern nicht eine anderweitige Regelung im Gesellschaftsvertrag oder ein abweichender Beschluss der Gesellschafterversammlung vorliege. Mangels einer solchen Vertretungsregelung konnte ein Liquidator nicht für die Gesellschaft Klage einreichen. Die Klage war daher unzulässig.

Rechtsanwalt Michael Giebel

VII. Arbeitsrecht

Zwangsläufiger Annahmeverzug bei Beschäftigungsmöglichkeit?

BAG, Urteil vom 27.08.2008 - 5 AZR 16/08

Der Vergütungsanspruch eines Arbeitnehmers entfällt, wenn der Zeitraum für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall abgelaufen ist und der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen weiterhin nicht in der Lage ist, die vertragsgemäße Arbeit zu erbringen. Daran ändert auch das Angebot der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer nichts. Hat der Arbeitnehmer eine bestimmte, an sich mögliche Arbeit abgelehnt, kann der Vergütungsanspruch nicht darauf gestützt werden, der Arbeitgeber hätte diese Arbeit anbieten müssen. Das gilt auch dann, wenn eine Beendigungskündigung

des Arbeitgebers rechtskräftig mit der Begründung für unwirksam erklärt worden ist, der Arbeitgeber hätte trotz der Ablehnung seitens des Arbeitnehmers die entsprechende Arbeit im Wege der Änderungskündigung anbieten müssen.

Die Klägerin ist Kommissioniererin in einer Molkerei. Sie meldete sich nach ca. ein- und einhalbjähriger krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bei ihrem Arbeitgeber arbeitsfähig. Zu einem Arbeitseinsatz kam es nicht, weil der Arbeitgeber sie weiterhin für arbeitsunfähig hielt. Er kündigte das Arbeitsverhältnis mit der Begründung einer fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit. Gegen diese Kündigung klagte die Arbeitnehmerin mit Erfolg. In dem insoweit rechtskräftig gewordenen Urteil des Landesarbeitsgerichts wird zur Begründung ausgeführt, der Arbeitgeber hätte der Klägerin im Wege der Änderungskündigung eine schonende Tätigkeit im Labor anbieten müssen, auch wenn die Klägerin diese Tätigkeit zuvor bereits abgelehnt habe. Das Landesarbeitsgericht hat hieraus weiter einen Vergütungsanspruch wegen Annahmeverzugs hergeleitet. Dem ist das Bundesarbeitsgericht nicht gefolgt. Annahmeverzug liegt nicht vor, wenn der Arbeitnehmer zur Leistung der Arbeit außerstande ist oder diese abgelehnt hat. Das Landesarbeitsgericht muss nunmehr in einem neuen Berufungsverfahren klären, welche Arbeiten die Klägerin angeboten bzw. abgelehnt hat und zu welchen Arbeiten sie gesundheitlich in der Lage war.

Rechtsanwalt Tobias Mosig

VIII. Leitsätze zum Arbeitsrecht

1. Betriebsübergang in der Insolvenz - Altersteilzeit-Arbeitsverhältnis in der „Freistellungsphase“

Die Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.03.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen gestattet es, im Fall des Betriebserwerbs während eines Insol-

venzverfahrens die vor dem Betriebsübergang fälligen Verbindlichkeiten des Veräußerers aus Arbeitsverhältnissen vom Übergang auszunehmen

BAG, Urteil vom 30.10.2008 - 8 AZR 54/07

2. Verwirkung des Widerspruchsrechts gegen Betriebsübergang

- a) Ein Informationsschreiben nach § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB muss über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs informieren. Dazu gehört unter anderem der Hinweis, dass der Betriebserwerber kraft Gesetzes in die Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis eintritt (§ 613a Abs. 1 S. 1 BGB), auf die Gesamtschuldnerschaft des Übernehmers und des Veräußerers nach § 613a Abs. 2 BGB und eine Darstellung der kündigungsrechtlichen Situation.
- b) Fehlen solche Informationen, sind sie falsch oder unvollständig, so beginnt die Frist für den Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB nicht zu laufen.
- c) Das Recht zum Widerspruch kann verwirkt werden. Für das dazu erforderliche „Zeitmoment“ ist nicht auf eine feststehende Monatsfrist abzustellen. Die Frist für das Zeitmoment beginnt aber nicht erst mit der zutreffenden Unterrichtung des Arbeitnehmers zum Betriebsübergang und seinen Folgen zu laufen.
- d) Hat der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses erst 15 Monate nach der (fehlerhaften) Unterrichtung widersprochen und hat er innerhalb dieser Zeitspanne schon selbst über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses disponiert, so kann das Recht zum Widerspruch verwirkt sein.
- e) Betriebsveräußerer und Betriebserwerber werden von Gesetzes wegen gesamtschuldnerisch als Informationsverpflichtete und als Widerspruchsgegner behandelt. In

der Frage der Verwirkung hat dies zur Folge, dass eine positive subjektive Kenntnis des Widerspruchsadressaten von den eingetretenen Verwirkungsumständen nicht erforderlich ist. Es genügt, wenn der andere, z. B. der Betriebserwerber, von diesen Umständen Kenntnis hat.

BAG, Urteil vom 27. 11. 2008 - 8 AZR 174/07

3. Muss eine Weihnachtsgratifikation auch während der Elternzeit gezahlt werden?

- a) Wird im Arbeitsvertrag eindeutig festgelegt, unter welchen Voraussetzungen der Anspruch auf eine Sonderzahlung entsteht und aus welchen Gründen die Leistung wieder zurückzuzahlen ist, ist damit abschließend auch der Zweck der Leistung definiert. Es können dann nicht im Nachhinein weitere Anspruchsvoraussetzungen aufgestellt werden, die auf weitere Zwecke schließen lassen.
- b) Ist nur die rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis zu einem bestimmten Datum für die Sonderzahlung schädlich, steht dem ein Ruhen wegen Elternzeit nicht gleich.

BAG, Urteil vom 10.12.2008 - 10 AZR 15/08

4. Urlaubsabgeltung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit

Der Anspruch auf Abgeltung gesetzlichen Voll- oder Teilurlaubs erlischt nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist. § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG ist im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern nach den Vorgaben des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG gemeinschaftsrechtskonform fortzubilden. Der Senat gibt seine entgegenstehende bisherige Rechtsprechung auf.

BAG, Urteil vom 24.03.2009 - 9 AZR 983/07

Rechtsanwalt Patrick Ehret

IX. Veröffentlichungen, Sonstiges

1. Dr. Helmerich Bornheim

Public Private Partnership - Praxisprobleme aus rechtlicher Sicht

Baurecht 2009, S. 567 - 574

In der täglichen Praxis der öffentlichen Ausschreibungen von Public Private Partnerships treten nach wie vor zahlreiche (vergabe-) rechtliche Problemstellungen auf. Durch das Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich-Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich-Private Partnerschaften vom 01.09.2005 wurden zwar Verbesserungen zur Umsetzung von PPP-Projekten erreicht. Ungeachtet dessen treten in der täglichen Ausschreibungspraxis von PPP-Projekten eine Vielzahl „standardisierter“ Problemstellungen auf.

Diese hat unser Heidelberger Kollege Dr. Helmerich Bornheim exemplarisch an 10 Fallkonstellationen aus Bietersicht in der Zeitschrift Baurecht 2009, S. 567 - 574 dargestellt.

2. Dr. Marian Klepper

„Neue“ Veränderungssperre nach Ablauf von drei Jahren?

IBR 2009, S. 235

Unser Düsseldorfer Kollege Dr. Marian Klepper bespricht in der IBR 2009, 235 ein Urteil des VGH München vom 24.11.2008 (Az.: 1 N 08.140). In diesem Urteil nimmt der VGH München zu den Voraussetzungen Stellung, unter denen ein nach Feststellung der Gesamtwirksamkeit eines Bebauungsplans unternommener weiterer Anlauf zur Verwirklichung bestimmter Planungsziele als neue Planung anzusehen ist, die ohne Anrechnung der Laufzeit einer vorangegangenen Veränderungssperre durch eine neue Veränderungssperre gesichert werden kann.

Der VGH München urteilt im Einklang mit der jüngeren Rechtsprechung des BVerwG, wonach der Erlass einer erneuten Veränderungssperre zulässig sei. Dies kritisiert unser Kollege Dr. Klepper, da hiermit das gesetzgeberische Ziel unterlaufen werde, Veränderungssperren mit einer Dauer von mehr als 3 Jahren auszuschließen bzw. zumindest deutlich zu erschweren.

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

- Heidelberg - Frankfurt - Berlin/Potsdam - Düsseldorf - Hamburg -

im Juni 2009