

Mandanten-Rundbrief

- Juni 2010 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Unprüfbarkeit einer Rechnung - Anforderungen an die Prüfbarkeitsrüge	2
2.	AGB-Vertragsstrafe wegen Verzugs mit dem Ausführungsbeginn in der Regel unwirksam	2
3.	Zur Rückzahlungspflicht eines erhaltenen Vorschusses auf Mängelbeseitigungskosten	3
4.	Verzögerung bauseitiger Vorleistungen wegen Schlechtwetters: Entschädigung gemäß § 642 BGB?	5
II.	Leitsätze zum privaten Bau- und Architektenrecht	5
III.	Vergaberecht	6
	Muss noch gerügt werden? - Ja!	6
IV.	Leitsätze zum Vergaberecht	7
V.	Öffentliches Baurecht	9
	Schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche	9
VI.	Insolvenzrecht	10
	Die Anmeldung zur Insolvenztabelle hemmt die Verjährung während des gesamten Insolvenzverfahrens	10
VII.	Leitsätze zum Mietrecht	11
VIII.	Arbeitsrecht	12
1.	Kein bestimmtes Verfahren für ein betriebliches Eingliederungsmanagement	12
2.	Karenzenschädigung - „überschießendes“ Wettbewerbsverbot	13
3.	Zulässige Gestaltungsmöglichkeit bei Abfindungszahlung	14
4.	Untersagung einer Nebentätigkeit	15
IX.	Veröffentlichungen, Sonstiges	15

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Unprüfbarkeit einer Rechnung - Anforderungen an die Prüfbarkeitsrüge

a) Die Fälligkeit der Forderung, die ein Architekt auf Grundlage einer nicht prüfbaren Rechnung für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung erhebt, tritt ein, wenn ein Prüfungszeitraum von zwei Monaten ohne Beanstandungen zur Prüfbarkeit abgelaufen ist oder wenn das Ergebnis der Prüfung mitgeteilt wird und keine Rügen zur Prüfbarkeit erhoben werden.

b) Um als ausreichende Beanstandung zur Prüfbarkeit angesehen werden zu können, müssen die vom Auftraggeber erhobenen Rügen dem Auftragnehmer verdeutlichen, dass er nicht bereit ist, in die sachliche Auseinandersetzung einzutreten, solange er keine prüfbare Rechnung erhalten hat (Fortführung von BGH, Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 288/02, BGHZ 157, 118).

BGH, Urteil vom 22.04.2010 - VII ZR 48/07

Der Bundesgerichtshof hatte den Leitzatz Ziffer 1 bereits mit seinem Urteil vom 27. November 2003 zum Architektenrecht aufgestellt. Er hat diese Rechtsprechung dann mit Urteil vom 23.09.2004 - VII ZR 173/03 und 22.12.2005 - VII ZR 316/03 auf die VOB/B übertragen. Mit dem vorliegenden Urteil hat er die Rechtsprechung weiter verfeinert. Die Tendenz geht weiter dahin, den Auftragnehmer davor zu bewahren, dass die Prüfbarkeitsfrage nur als Vorwand gegen eine inhaltliche Auseinandersetzung „missbraucht“ wird. Pauschale Rügen einer fehlenden Prüfbarkeit werden auf Grundlage dieses neueren Urteils nicht mehr ausreichen. Vielmehr muss der Auftraggeber dem Auftragnehmer „verdeutlichen“, also näher darlegen, warum er die Rechnung für unprüfbar hält.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. AGB-Vertragsstrafe wegen Verzugs mit dem Ausführungsbeginn in der Regel unwirksam

a) Die Festlegung einer kumulativ zu berechnenden Vertragsstrafe von je 0,2 % der Bruttoauftragssumme für jeden Werktag Verzug bei Beginn und Fertigstellung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Werkbestellers benachteiligt den Werkunternehmer unangemessen und ist daher gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam.

b) Eine Klausel, die eine Vertragsstrafe an den Verzug mit dem Ausführungsbeginn anknüpft, ist nur wirksam, wenn der Auftraggeber im Einzelfall einen nachvollziehbaren sachlichen Grund darlegen kann. Allein die Tatsache, dass bei einem Bauvorhaben die einzelnen Gewerke aufeinander aufbauen und deshalb im Rahmen der Baustellenkoordination miteinander verknüpft werden müssen, genügt dafür nicht.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 24.03.2010 - 13 U 201/10 (Leitsatz b vom Autor gebildet)

Im zu entscheidenden Fall hatte der beklagte Auftraggeber die Bezahlung der vom Auftragnehmer mit der Klage geltend gemachten Werklohnforderung mit dem Argument verweigert, der Auftragnehmer habe eine Vertragsstrafe wegen Verzugs in gleicher Höhe verwirkt. Dabei stützte er sich auf folgende Vertragsstrafenklausel in seinen AGB: „Bei Verzug hinsichtlich auch nur eines der vorgenannten Vertragstermine, sei es des Termins zum Baubeginn, sei es des Termins zur Fertigstellung, wird für jeden Werktag des Verzugs eine Vertragsstrafe von 0,2 % der Bruttoauftragssumme zur Zahlung an den Auftraggeber fällig, wobei die verwirkte Vertragsstrafe für alle Fälle auf gesamt maximal 5 % der Bruttoauftragssumme begrenzt ist, auch wenn der Auftragnehmer sowohl hinsichtlich des Beginntermins als auch hinsichtlich des Fertigstellungstermins in Verzug ist und sich somit eine höhere Vertragsstrafe errechnen würde.“

Das Landgericht erachtete diese Klausel für unwirksam. Das Oberlandesgericht wies den Beklagten mit dem hier in Rede stehenden Beschluss darauf hin, dass es seine Berufung mangels Erfolgsaussicht zurückzuweisen gedachte. Die Vertragsstrafenklausel benachteilige den Auftragnehmer unangemessen und sei daher unwirksam. Eine Vertragsstrafe wegen Verzugs dürfe nicht bereits nach einer relativ kurzen Verzögerung vollständig verwirkt sein. Denn hierdurch werde der Zweck der Vertragsstrafe als Druckmittel zur Leistungserfüllung einerseits und als Kompensation für eine etwaige Vertragsverletzung unter Befreiung von der Nachweispflicht andererseits verfehlt. Gleichzeitig verliere sie den Zusammenhang mit den Verzugswirkungen. Zu einem solchen Ergebnis führe auch die Kumulation der Vertragsstrafe für Verzögerungen bei Beginn und Fertigstellung im zu beurteilenden Fall. Hier sei für beide Zeitpunkte eine Vertragsstrafe von 0,2 % aus der vollen Bruttoauftragssumme vorgesehen, so dass ein Verzug von nur 13 Arbeitstagen beim Beginn der Arbeiten auch dann, wenn nach Aufnahme der Arbeiten keinerlei weiterer Verzug eintrete, das Werk also auch nur 13 Tage verspätet fertig gestellt werde, bereits die vollständige Verwirkung der Vertragsstrafe in Höhe von 5 % (Obergrenze) nach sich ziehe. Der Tagessatz der Vertragsstrafe verdopple sich dadurch faktisch auf 0,4 % der Bruttoauftragssumme.

Für die an den Beginn der Arbeitsaufnahme anknüpfende Vertragsstrafe habe der Beklagte ohnehin keine zur Rechtfertigung geeigneten Gründe darlegen können. Eine solche Vertragsstrafe, die sogar dann verwirkt bleibe, wenn weder Zwischentermine für Teilfertigstellungen noch der Termin für die Fertigstellung des Gesamtwerks versäumt würden, könne keinem der mit einer Vertragsstrafe verbundenen Zwecke dienen, sondern allein der Schöpfung einer neuen, vom Sachinteresse des Auftraggebers losgelösten Geldforderung. Durch den termingerechten Beginn als solchen sei der Baufortschritt noch in keiner Weise gesichert. Insbesondere könne der Auftragnehmer einen Tag nach Beginn seine Arbeiten wieder

einstellen, ohne die betreffende Vertragsstrafe zu verwirken.

Als Konsequenz aus dieser Rechtsprechung, die auf der Linie des Bundesgerichtshofs liegt, sollten Auftraggeber Vertragsstrafen für die Versäumung von Zwischenfristen in den einzelnen Bauabschnitten an die diesen zugeordneten Preise knüpfen. Setzt sich dann eine Verzögerung in nachfolgenden Bauabschnitten fort, führt das bei einer solchen Regelung maximal dazu, dass sich eine bis zum Schluss wirkende Verzögerung nach dem Gesamtpreis berechnet. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zu beanstanden.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt

3. Zur Rückzahlungspflicht eines erhaltenen Vorschusses auf Mängelbeseitigungskosten

a) Der Auftragnehmer kann einen an den Auftraggeber gezahlten Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten zurückfordern, wenn feststeht, dass die Mängelbeseitigung nicht mehr durchgeführt wird. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Auftraggeber den Willen aufgegeben hat, die Mängel zu beseitigen.

b) Ein Rückforderungsanspruch entsteht auch dann, wenn der Auftraggeber die Mängelbeseitigung nicht innerhalb angemessener Frist durchgeführt hat.

c) Welche Frist für die Mängelbeseitigung angemessen ist, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu ermitteln, die für diese maßgeblich sind.

d) Der Vorschuss ist trotz Ablauf einer angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung nicht zurück zu zahlen, soweit er im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zweckentsprechend verbraucht wurde oder feststeht, dass er alsbald verbraucht werden wird.

e) Eine grundsätzlich bestehende Rückzahlungspflicht entfällt, wenn der Auftraggeber mit seinem Schadensersatzanspruch wegen der Mängel aufrechnet. (Nicht amtlicher Leitsatz)

BGH, Urteil vom 14.01.2010 - VII ZR 108/08

Der Kläger verlangt von dem Beklagten Rückzahlung eines Vorschusses auf Mängelbeseitigungskosten.

Der klägerische Bauunternehmer errichtete für den beklagten Bauherrn ein Wohnhaus mit Garage. Wegen zahlreicher Mängel nahm der Beklagte den Kläger erfolgreich auf Zahlung eines Vorschusses für die Mängelbeseitigungskosten in Anspruch. Nachdem der Kläger dem Beklagten rund €38.000,00 an Vorschuss gezahlt hatte, beauftragte dieser etwa neun Monate nach Erhalt des Geldes einen Architekten mit der Planung und Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten. Dieser holte verschiedene Angebote ein und gab letzten Endes Mängelbeseitigungsarbeiten in Auftrag. Zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung - welche etwa 3 Jahre und 9 Monate nach Erhalt des Vorschusses für die Mängelbeseitigungskosten stattfand - waren die Arbeiten noch nicht vollständig abgeschlossen. Allerdings war der Vorschuss bereits zu etwa drei Vierteln verbraucht. Die Klage auf Rückzahlung des Vorschusses blieb letzten Endes ohne Erfolg.

Der Bundesgerichtshof stellte zunächst fest, dass es keine starre Frist gebe, innerhalb derer die Mängelbeseitigungsmaßnahmen durchzuführen seien. Vielmehr sei hier stets auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Sofern der Bauherr - wie im vorliegenden Fall - in der Beseitigung von Baumängeln unerfahren ist und daher fachkundige Hilfe benötigt, sei bei der Bemessung der Frist ein großzügiger Maßstab anzulegen. Die Beweislast dafür, dass eine angemessene Frist bereits verstrichen ist, liege letzten Endes beim Auftragnehmer, sofern der Auftraggeber zu seinen persönlichen Umständen ausreichend vorgebracht habe.

Im entschiedenen Fall ließ der Bundesgerichtshof letzten Endes offen, ob er die angemessene Frist (zum Verbrauch des Vorschusses) bereits als überschritten ansah. Er stellte nämlich klar, dass dann, wenn eine angemessene Frist zum Verbrauch des erhaltenen Vorschusses zwar bereits verstrichen sei, die Mängelbeseitigungsarbeiten jedoch zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bereits abgeschlossen sind oder aber zeitnah abgeschlossen sein werden, der Bauherr nicht verpflichtet sei, den erhaltenen Vorschuss zurück zu zahlen. Die einleuchtende Begründung des Bundesgerichtshofs lautete dahingehend, dass der Bauherr nach Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten ohnehin einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Mängelbeseitigung habe. Es sei daher treuwidrig, von ihm die Rückzahlung des Vorschusses zu verlangen, wenn er den entsprechenden Betrag anschließend als Aufwendersatz für die Mängelbeseitigungskosten sofort wieder vom Auftragnehmer verlangen könne.

Im Rahmen der Entscheidung stellte der Bundesgerichtshof klar, dass er auch weiterhin an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalte, wonach eine Rückzahlungspflicht dann entfalle, wenn die Voraussetzungen für die Rückzahlung eines Vorschusses zwar vorlägen, der Auftraggeber jedoch (nachträglich) anstelle des Vorschusses nunmehr einen Schadensersatzanspruch wegen Mängeln geltend mache und mit diesem Schadensersatzanspruch gegen den Rückforderungsanspruch des Auftragnehmers aufrechne.

Gerade diese letzte Klarstellung kann sich in der Praxis regelmäßig als sehr hilfreich erweisen, wenn ein Bauherr einen Anspruch auf Vorschuss wegen Mängelbeseitigungskosten erfolgreich durchgesetzt hat, sich dann jedoch nachträglich dafür entschieden hat, die Mängelbeseitigungsarbeiten doch nicht durchzuführen.

Rechtsanwalt Karsten Wagner
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

4. Verzögerung bauseitiger Vorleistungen wegen Schlechtwetters: Entschädigung gemäß § 642 BGB?

LG Cottbus, Urteil vom 03.03.2010 - 6 O 258/07

Außergewöhnliche Witterungsverhältnisse, deren wegen eine bauseitige Vorleistung nicht rechtzeitig erbracht werden kann und sich infolgedessen die Bauzeit verschiebt bzw. verlängert, können zu einem Anspruch des Unternehmers aus § 642 BGB führen. Der Besteller, der aufgrund der Witterungsverhältnisse das Baugrundstück nicht wie vertraglich vereinbart zur Verfügung stellen kann, unterlässt eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung.

Geklärt war schon bislang, dass bei Angebotsabgabe unvorhergesehene Witterungsverhältnisse, die zu einer Beeinträchtigung oder zum Stillstand der Bauarbeiten führen, die Ausführungszeiten verlängern (§ 6 Nr. 2 VOB/B). Überwiegend wurde aber hieraus kein Anspruch auch auf Mehrvergütung (§ 2 Nr. 5 VOB/B), Aufwanderstattung (§ 642 BGB) oder gar Schadensersatz (§ 6 Nr. 6 VOB/B) für den Auftragnehmer abgeleitet. Das Landgericht Cottbus beschreitet mit seiner Entscheidung Neuland. Es sieht unter Analogie zum Baugrundrisiko den Auftraggeber in der Kostenpflicht. Die Mitwirkungshandlung in Sinne von § 642 BGB sieht es in der Zurverfügungstellung des „Leistungssubstrats“ und bejaht einen Annahmeverzug des Auftraggebers. Ob sich weitere Gerichte dieser Auffassung anschließen, bleibt abzuwarten.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

II. Leitsätze zum privaten Bau- und Architektenrecht

1. Zur Beweislast bei Streit über den Umfang der zu erbringenden Leistung bei einem Pauschalpreisvertrag

a) Bei unklaren Pauschalpreisverträgen trägt grundsätzlich der Auftragnehmer die Beweislast dafür, dass eine streitige Leistung nicht vom Pauschalpreis erfasst ist. Die Beweislast ändert sich aber dann zu Lasten des Auftraggebers, wenn die Leistungsbeschreibung unklar oder unvollständig ist und ein vom Auftraggeber beauftragter Architekt das Leistungsverzeichnis erstellt hat.

b) Eine Zuvieforderung führt dann nicht zur Unwirksamkeit der Mahnung, wenn der Schuldner die Erklärung als Aufforderung zur Bewirkung der tatsächlich geschuldeten Leistung verstehen muss und der Gläubiger auch zur Annahme der gegenüber seinen Vorstellungen geringeren Leistung bereit ist.

OLG Bremen, Urteil vom 02.03.2009 - 3 U 38/08

2. Verjährungshemmung bei Verhandlung mit Versicherer

Lässt sich der Versicherer nach einer endgültigen Leistungsablehnung wieder auf Verhandlungen ein, so ist die Verjährung nach § 203 S. 1 BGB in Verbindung mit § 12 Abs. 2 VVG a. F. so lange gehemmt, bis der Versicherer erneut schriftlich entschieden hat.

OLG Frankfurt, Urteil vom 16.09.2009 - 7 U 257/08

3. Vergütung für Bauzeit verlängernde Anordnungen

a) Bei Bauzeitverzögerungen kann dem Unternehmer ein Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B zustehen, sofern die Verzögerung auf Umständen beruht, die weder er noch allein ein Vorunternehmer zu vertreten hat.

b) Akzeptiert ein Auftragnehmer Bauzeit verlängernde Anordnungen seines Auftragge-

bers und führt er sie aus, kann sich hieraus im Einzelfall eine einvernehmliche Änderung ergeben, die eine vertragswidrige Anordnung des Auftraggebers ausschließt.

- c) Einem Auftragnehmer kann im Rahmen des § 2 Nr. 5 VOB/B ein Mehrvergütungsanspruch auch für Leistungen zustehen, die nicht Gegenstand seiner Urkalkulation waren, wenn diese Leistungen erst durch die Verzögerung notwendig wurden oder durch sie entstanden sind.

OLG Celle, Urteil vom 22.07.2009 - 14 U 166/08

4. Kein Organisationsverschulden allein aufgrund eines Mangels

Für die Annahme des Anscheins einer mangelhaften Organisation bedarf es mehr als das Vorliegen eines Baumangels, der bei ordnungsgemäßer Bauüberwachung festgestellt worden wäre. Denn selbst bei fehlerhafter Bauüberwachung gibt es eine Vielzahl von Fehlerquellen, die nicht auf fehlerhafter Organisation dieser Bauüberwachung beruhen, etwa die Fehleinschätzung des Bauleiters über die Notwendigkeit weiterer Kontrollen.

OLG Hamm, Urteil vom 29.01.2010 - 26 U 37/06

5. Anforderungen an schriftliches Mangelbeseitigungsverlangen im Sinne des § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B

- a) Die Aufforderung an den Auftragnehmer, innerhalb einer gesetzten Frist seine Bereitschaft zur Mangelbeseitigung zu erklären, genügt nicht für eine Fristsetzung gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B. Vielmehr ist bei umfangreichen, zeitlich schwer abzuschätzenden Mangelbeseitigungsmaßnahmen zumindest eine Frist für den Nachbeserungsbeginn zu setzen.

- b) Nach Durchführung der Mangelbeseitigung durch Dritte ist eine Fristsetzung nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B hinfällig und kann z. B. wegen einer danach - vorsorglich erhobenen - Einrede der Verjährung gegen einen Schadensersatzanspruch aus § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B nicht mehr entbehrlich werden. Ein solcher Schadensersatzanspruch kann dann nicht mehr entstehen.

- c) Stellt der Auftragnehmer nach Beendigung der Arbeiten seine Schlussrechnung ohne ein Verlangen der vertraglich vereinbarten förmlichen Abnahme und zahlt der Auftraggeber den restlichen Werklohn bis auf einen nicht näher begründeten geringfügigen Betrag, der auf einen vertraglich vereinbarten Sicherheitseinbehalt oder auf lediglich geringfügige Mängel schließen lässt, kann das Verhalten der Parteien als übereinstimmender Verzicht auf eine förmliche Abnahme und eine konkludente Abnahme durch den Auftraggeber ausgelegt werden.

- d) Die Weiterleitung von Mängelrügen des Bauherrn an den Nachunternehmer stellt kein schriftliches Mangelbeseitigungsverlangen im Sinne des § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B dar, wenn damit die Einladung zu einem Ortstermin zur Abklärung der Verantwortlichkeiten verbunden ist.

OLG Stuttgart, Urteil vom 21.04.2009 - 10 U 9/09

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Vergaberecht

Muss noch gerügt werden? - Ja!

Nach § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB hat der Antragsteller Vergaberechtsverstöße, die er im Vergabeverfahren erkannt hat, gegenüber dem Auftraggeber unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB), zu rügen.

VK Bund, Beschluss vom 05.03.2010 - VK 1-16/10

Unsicherheit hinsichtlich der Rügepflicht besteht zur Zeit aufgrund eines EuGH-Urteils von Anfang diesen Jahres (Urteil vom 28.01.2010 - Rs. C-406/08), in welchem der EuGH in einer Auslegung der Rechtsmittelrichtlinie (89/665/EWG) nationale Regelungen beanstandet hat, die dem Bieter nicht präzise vorgeben, zu welchem Zeitpunkt er Rechtsschutzhandlungen vorzunehmen hat und welche die Folge haben, dass die Zulässigkeit eines Rechtsmittels vom Ermessen anderer Organe abhängig ist. Gegenstand dieses Falls war eine Regelung aus England, die dem Bieter aufgab, das gerichtliche Nachprüfungsverfahren „unverzüglich“ zu betreiben.

Da § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages bekanntlich daran knüpft, dass der Bieter den Vergaberechtsverstoß zuvor unverzüglich gerügt hat, scheint auch diese Regelung auf der Kippe zu stehen. Folgerichtig haben dann auch die Vergabekammern in Rheinland-Pfalz (IBR 2010, 296), Hamburg (IBR 2010, 295) und Nordbayern (IBR 2010, 233) den Schluss gezogen, dass § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB in der gegenwärtigen Form unanwendbar ist. Der Bieter konnte also einen Nachprüfungsantrag stellen, auch wenn er erst verspätet gerügt hatte, weil die nationale Vorschrift, die die Unzulässigkeit begründete, unanwendbar war!

Diesem - aus Bietersicht - paradiesischen Zustand hat die Vergabekammer des Bundes (IBR 2010, 296) nun wieder ein Ende bereitet: Sie ist der Auffassung, dass es sich um einen im deutschen Recht nicht dem Ermessen unterliegenden Rechtsbegriff handelt, sondern um einen in Auslegung von § 121 Abs. 1 BGB und der einschlägigen Rechtsprechung soweit konkretisierten Begriff, dass ein Ermessen der Nachprüfungsorgane nicht mehr bestehe.

Wer sich einmal in der Praxis mit der unterschiedlichen Auslegung des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB befasst hat, kann eigentlich nur zu dem Schluss kommen, dass es mit der Konkretisie-

rung noch nicht so weit her ist. Die in der Entscheidung der Vergabekammer des Bundes wiedergegebene Formulierung des OLG Düsseldorf, die konkrete Bestimmung der Zeitspanne, die noch als unverzüglich gelten solle, sei „aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles zu ermitteln“, spricht bereits dagegen. Was sich erst im Einzelfall bestimmen lässt, ist für den Bieter eben nicht vorhersehbar. Genau dies hatte der EuGH kritisiert und in einer weiteren Entscheidung im Januar 2010, diesmal gegen Irland (vom selben Datum, 456/08), nochmals bekräftigt. Im Übrigen begegnet auch die Auslegung mancher Vergabekammern, die von einer Rügenotwendigkeit innerhalb von 1-3 Kalendertagen fordern, Bedenken, weil damit letztlich die Rechtsmittel ihrer Wirksamkeit beraubt werden können.

Praxistipp: Im Ergebnis ist die Entscheidung der Vergabekammer des Bundes jedenfalls in der Begründung nach einhelliger Meinung falsch. In der Praxis führt sie gleichwohl dazu, dass die Rügeobliegenheiten durch den Bieter bis auf weiteres ernst zu nehmen sind. Besser schnell rügen als erst selbst Tatsachenermittlungen anstellen, muss hier die Devise sein. Eine Zurückhaltung bei Rügen ist später irreparabel.

Rechtsanwalt Dr. Thilo Tetzlaff

IV. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Mischlosvergaben nur im Ausnahmefall zulässig

- a) Mit der Neuregelung des § 97 Abs. 3 S. 2 GWB ist die Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose als Regelfall vorgeschrieben. Nur in dem Ausnahmefall der wirtschaftlichen oder technischen Erforderlichkeit ist die gemeinsame Vergabe zulässig.
- b) Bei dem Absehen von einer Losvergabe darf sich der Auftraggeber nicht nur an den zur Vermeidung von mit der Fachlosvergabe typischerweise verbundenen Belastun-

gen und Schwierigkeiten orientieren. Auch können aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen bestehende Schwierigkeiten, die nach Art und Ausmaß typischerweise mit der Vergabe von Fachlosen verbunden sind, eine Gesamtvergabe nicht rechtfertigen. Würde aber durch eine Aufteilung des Auftrags in Lose die Überwachung und Verfolgung von Mängelansprüchen ungewöhnlich erschwert, weil Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Frage der Verantwortlichkeit der beteiligten Unternehmen für einen Mangel an einem integralen Bauwerk auftreten können, muss der Auftraggeber dies im Interesse seiner Pflicht zur Mittelstandsförderung nicht hinnehmen.

VK Sachsen, Beschluss vom 25.09.2009 - 1/SVK/038-09

2. Vorsicht vor Vertragsänderungen durch das Begleitschreiben

- a) Bei Auslegung eines Angebots im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung ist der Inhalt des Begleitschreibens einzubeziehen. Durch den Inhalt des Begleitschreibens kann daher das Angebot und damit der spätere Vertragsinhalt von den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere dem Leistungsverzeichnis, abweichen.
- b) Im Ausschreibungsverfahren entsteht zwischen dem Ausschreibenden und den einzelnen Bietern ein vorvertragliches Schuldverhältnis, in dem für die Bieter die in der VOB/A festgehaltenen allgemeinen Verhaltenspflichten gelten, auch wenn die VOB/A dem an die VOB/A angelehnten Ausschreibungsverfahren nicht ausdrücklich zu Grunde gelegt wurde.
- c) Zu den allgemeinen Verhaltenspflichten eines Bieters gehört die Verpflichtung, Änderungsvorschläge oder Nebenangebote so deutlich zu kennzeichnen, dass ein Übersehen durch die ausschreibende Stelle möglichst ausgeschlossen wird.

- d) Ändert ein Bieter im Begleitschreiben zu seinem Angebot die im Leistungsverzeichnis des Ausschreibenden verlangte Beschaffenheit des Werks ohne ausreichenden Hinweis ab und wird diese Änderung Vertragsinhalt, kann dieses Verhalten des Bieters einen Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss begründen.
- e) Ein solcher Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss wird nicht durch das Gewährleistungsrecht verdrängt, weil der Bieter, der eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf die geschuldete Beschaffenheit des Werks nicht hinreichend deutlich macht, besondere Auskunft- und Hinweispflichten im Ausschreibungsverfahren verletzt. Dadurch wird ein eigenständiger, neben dem Gewährleistungsrecht stehender Schadensersatzanspruch ausgelöst.
- f) Der Schadensersatzanspruch wird grundsätzlich nicht wegen eines Mitverschuldens reduziert, weil die ausschreibende Stelle die nicht ausreichend kenntlich gemachte Abänderung der Ausschreibungsunterlagen im Angebot übersehen und das Angebot nicht ausgeschlossen hat.

OLG Stuttgart, Urteil vom 09.02.2010 - 10 U 76/09

3. Unzulässige Mischkalkulation nur bei eindeutigem und unmissverständlichem Leistungsverzeichnis

- a) Eine unzulässige Mischkalkulation erfordert ein „Abpreisen“ bestimmter Leistungen auf einen offensichtlich zu niedrigen Einheitspreis, wie z. B. einen kalkulatorisch nicht nachvollziehbaren Cent-Betrag, der durch eine „Aufpreisung“ im Sinne einer bewussten „Verteuerung“ einzelner Leistungspositionen ausgeglichen wird.
- b) Der Vorwurf einer unzulässigen Preiszuordnung in einer Position erfordert ein ein-

deutiges und unmissverständliches Leistungsverzeichnis. Eine Leistung kann erst dann als positionsfremd angesehen werden, wenn die Angabe des Preises für eine Leistung unter einer Position erfolgt, obwohl die Angabe des Preises klar und objektiv erkennbar in einer anderen Position des Leistungsverzeichnisses gefordert worden war. Fehlt es an einer Anforderung, bestimmte Kosten in einer bestimmten Position einzustellen, ist der Bieter in seiner Zuordnung frei.

VK Nordbayern, Beschluss vom 25.02.2010 - 21.VK-3194-04/10

4. Folgen der Versäumung der Vergabestelle, Mindestanforderungen für Nebenangebote zu nennen

- a) Versäumt die Vergabestelle, den Interessenten Mindestanforderungen für Nebenangebote zu nennen, dann ist sie verpflichtet, alle Nebenangebote aus der Wertung zu nehmen. Auf die Gleichwertigkeit kommt es dann nicht mehr an.
- b) Als Nebenangebote werden Vorschläge eines Bieters angesehen, die in technischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Hinsicht eine andere Lösung anbieten und eben nicht nur ein alternatives - aber gleichwertiges - Produkt benennen.
- c) Die Vergabestelle bestimmt allein den Gegenstand und Inhalt der Beschaffung. Die Grenze wird erst erreicht, wenn eine wettbewerbsfeindliche Verengung des Angebotsmarktes eintritt.

VK Münster, Beschluss vom 11.12.2009 - VK 23/09

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

V. Öffentliches Baurecht

Schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche

a) Ein zentraler Versorgungsbereich setzt keinen übergemeindlichen Einzugsbereich voraus.

b) Schädliche Auswirkungen eines Vorhabens auf einen zentralen Versorgungsbereich lassen sich auch ohne Gutachten feststellen.

BVerwG, Urteil vom 17.12.2009 - 4 C 2.08

In einer viel beachteten Entscheidung hat sich das Bundesverwaltungsgericht zur Auslegung des im Jahre 2004 eingeführten § 34 Abs. 3 BauGB geäußert. Nach der Vorschrift dürfen von einem Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in einer Gemeinde zu erwarten sein. Im Baugenehmigungsverfahren für Einzelhandelsprojekte kommt es hierüber regelmäßig zum Streit. Dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes lag eine Bauvoranfrage für die Errichtung eines Lebensmitteldiscounters mit einer Verkaufsfläche von ca. 699 qm zugrunde. In ca. 500 m Entfernung von dem geplanten Standort befand sich ein „Nahbereichszentrum“ mit mehreren größeren und kleineren Lebensmittelgeschäften. Die örtliche Gemeinde lehnte das Vorhaben mit der Begründung ab, es lasse schädliche Auswirkungen auf einen zentralen Versorgungsbereich gemäß § 34 Abs. 3 BauGB erwarten. Die hiergegen gerichtete Klage des Investors wurde abgewiesen.

Das Bundesverwaltungsgericht stellte dabei klar, dass ein durch § 34 Abs. 3 BauGB geschützter Versorgungsbereich auch dann schon vorliege, wenn dieser nur einen fußläufigen Einzugsbereich von (hier:) 700 m Umkreis aufweise. Erforderlich sei lediglich, dass der Einzugsbereich über die eigenen Grenzen des Versorgungsbereiches hinausreiche. Schädliche Auswirkungen auf derartige zentra-

le Versorgungsbereiche seien bereits dann zu erwarten, wenn ein Vorhaben eine beachtliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Versorgungsbereiches befürchten ließe. Hierfür sei eine Prognose erforderlich, die nicht auf Einzelhandelsgutachten oder ähnliche Erhebungen gestützt werden müsse. Lasse sich aufgrund eines Verkaufsflächenvergleiches und der konkreten örtlichen Gegebenheiten annehmen, dass das neue Vorhaben gerade auf die Kundschaft der im Versorgungsbereich ansässigen Betriebe ziele, reiche dies für eine Ablehnung gemäß § 34 Abs. 3 BauGB aus.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit seinem Urteil die Risiken für Investoren erhöht, dass ihre Einzelhandelsprojekte wegen Verstoßes gegen § 34 Abs. 3 BauGB zu Fall gebracht werden. Um unnütze Kosten zu vermeiden, sollte die Genehmigungsfähigkeit derartiger Projekte im unbeplanten Innenbereich möglichst vorab durch Bauvoranfrage geklärt werden. Hierbei erweist es sich oft als hilfreich, wenn der Investor die Unschädlichkeit seines Vorhabens für bereits vorhandene Einzelhandelsagglomerationen durch Vorlage eigener Gutachten nachweisen kann.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

VI. Insolvenzrecht

Die Anmeldung zur Insolvenztabelle hemmt die Verjährung während des gesamten Insolvenzverfahrens

Die durch die Anmeldung eines Anspruchs in einem Insolvenzverfahren nach § 204 Abs. 2 S. 1 BGB eingetretene Hemmung der Verjährung endet nicht bereits sechs Monate, nachdem der Insolvenzverwalter die angemeldete Forderung bestritten hat, sondern erst sechs Monate nach Beendigung des Insolvenzverfahrens insgesamt.

BGH, Urteil vom 08.12.2009 - XI ZR 181/08

Der Kläger hatte von einem Bauträger eine neu zu errichtende Wohnung erworben und den Kaufpreis vorab entrichtet. Infolge zahlreicher Mängel am gesamten Gebäude verlangte er die Rückabwicklung des Vertrages. Da der Bauträger zwischenzeitlich insolvent war, meldete der Kläger seine Rückzahlungsforderung zur Insolvenztabelle an, um die Verjährung des Anspruchs zu vermeiden. Während des Prüfungstermins im Insolvenzverfahren bestritt der Insolvenzverwalter des Bauträgers die Forderung endgültig in voller Höhe. Später klagte der Erwerber gegen die Bürgin des Bauträgers auf Rückzahlung des Kaufpreises. Die Beklagte berief sich auf die Verjährung der Hauptforderung. Unstreitig war, dass die Anmeldung des Rückzahlungsanspruchs zur Insolvenztabelle den Ablauf der dreijährigen Verjährungsfrist durch gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB gehemmt hat.

Für den Rechtsstreit kam es jedoch darauf an, ob und gegebenenfalls wann die Hemmungswirkung wieder weggefallen und die ursprüngliche Verjährungsfrist weitergelaufen ist. Nach § 204 Abs. 2 BGB endet die Verjährungshemmung sechs Monate nach der Beendigung des eingeleiteten Verfahrens. In der juristischen Literatur wurde daher die Auffassung vertreten, die Verjährungshemmung durch Anmeldung einer Forderung zur Insolvenztabelle ende sechs Monate nach dem endgültigen Bestreiten durch den Insolvenzverwalter im Prüfungstermin. Dann wäre der mit der Bürgschaft abgesicherte Rückzahlungsanspruch des Klägers zum Zeitpunkt der Klageerhebung verjährt gewesen.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs war das jedoch nicht der Fall. Für den Wegfall der Hemmungswirkung einer Forderungsanmeldung kommt es auf das Ende des gesamten Insolvenzverfahrens an. Die Hemmung endet also erst sechs Monate nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens durch Aufhebungs- oder Einstellungsbeschluss und nicht sechs Monate nach dem endgültigen Bestreiten der Forderung durch den Insolvenzverwalter.

Der Bundesgerichtshof begründet seine Entscheidung mit zwei Aspekten. Zum einen kam es schon nach der Vorgängervorschrift des § 214 Abs. 1 BGB a. F. für den Wegfall der Verjährungsunterbrechung auf das Ende des gesamten Insolvenzverfahrens an. Diese Regelung wollte der Gesetzgeber bei der Umstellung auf einen Hemmungstatbestand in § 204 Abs. 2 Nr. 10 BGB nicht ändern. Zum anderen sieht die Insolvenzordnung kein eigenständiges „Verfahren“ der Forderungsanmeldung vor, das mit dem endgültigen Bestreiten durch den Insolvenzverwalter beendet werden könnte. Mit der Forderungsanmeldung hat der Gläubiger vielmehr seine Teilnahme am laufenden Insolvenzverfahren eingeleitet. Dann muss es für den Wegfall der Hemmungswirkung auch auf das Ende des Insolvenzverfahrens ankommen.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs erleichtert die Verjährungskontrolle offener Forderungen erheblich. Der Gläubiger muss nicht mehr prüfen, wann der Insolvenzverwalter welche Forderung in welcher Höhe bestreitet. Für den Wegfall der Hemmungswirkung ist entscheidend, wann das Insolvenzverfahren durch einen Aufhebungs- oder Einstellungsbeschluss beendet wird.

Rechtsanwalt Christoph Siegl

VII. Leitsätze zum Mietrecht

1. Zu den Anforderungen an die Schriftform bei einem langfristigen Mietvertrag

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats genügt für ein für längere Zeit als ein Jahr geschlossener Miet- oder Pachtvertrag über ein Grundstück bereits dann der Schriftform der §§ 581, 550 BGB, wenn sich die wesentlichen Vertragsbedingungen - insbesondere Mietgegenstand, Mietzins sowie Dauer und Parteien des Mietverhältnisses - aus der Vertragsurkunde ergeben. Der Schriftform bedürfen hingegen nicht

solche Abreden, die den Vertragsinhalt lediglich erläutern oder veranschaulichen sollen.

- b) Für die Einhaltung der Schriftform ist es ausreichend, dass sich die wesentlichen vertraglichen Vereinbarungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinreichend bestimmbar aus der Vertragsurkunde ergeben. Insoweit darf auch auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände zurückgegriffen werden, wenn diese zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vorgelegen haben.
- c) Wenn nach dem Mietvertrag die „gesamte Inventarisierung“ gemäß Anlage mitvermietet ist, liegt diese aber bei Abschluss des Vertrags noch nicht vor, sondern soll sie später erstellt werden, so ist davon auszugehen, dass sich die Parteien bereits bei Vertragsunterzeichnung darüber einig waren, dass das gesamte am Tag des Vertragsschlusses vorhandene Inventar mitverpachtet werden sollte. Entsprechend ist auch die Form des § 550 BGB gewahrt.

BGH, Urteil vom 17.12.2008 - XII ZR 57/07

2. Vermieter muss Mieter Wertersatz für Schönheitsreparaturen leisten, die der Mieter aufgrund einer AGB-widrigen Klausel erbracht hat

- a) Ein Mieter, der auf Grund einer unerkant un wirksamen Endrenovierungsklausel Schönheitsreparaturen in der Mietwohnung vornimmt, führt damit kein Geschäft des Vermieters, sondern wird nur im eigenen Rechts- und Interessenkreis tätig, weil er eine Leistung erbringen will, die rechtlich und wirtschaftlich Teil des von ihm für die Gebrauchsüberlassung an der Wohnung geschuldeten Entgelts ist.
- b) Der nach § 818 Abs. 2 BGB geschuldete Wertersatz, den der Vermieter an einen Mieter zu leisten hat, der die Mietwohnung vor seinem Auszug auf Grund einer unwirk-

samen Endrenovierungsklausel in Eigenleistung renoviert hat, bemisst sich üblicherweise nur nach dem, was der Mieter billigerweise neben einem Einsatz an freier Zeit als Kosten für das notwendige Material sowie als Vergütung für die Arbeitsleistung seiner Helfer aus dem Verwandten- und Bekanntenkreis aufgewendet hat oder hätte aufwenden müssen.

BGH, Urteil vom 27.05.2009 - VIII ZR 302/07

3. Formwirksame Nachtragsvereinbarung kann formunwirksamen Mietvertrag heilen

Ist ein formgerechter Mietvertrag mangels rechtzeitiger Annahme zunächst nicht abgeschlossen worden, so kommt durch eine insoweit formgerechte Nachtragsvereinbarung, die auf die ursprüngliche Urkunde Bezug nimmt, ein insgesamt formwirksamer Mietvertrag zustande.

BGH, Urteil vom 29.04.2009 - XII ZR 142/07

4. Einhaltung der Schriftform bei Abschluss eines Mietvertrages durch eine AG

Bei Abschluss eines Mietvertrages durch eine AG ist die Schriftform des § 550 BGB nur gewahrt, wenn alle Vorstandsmitglieder unterzeichnen oder eine Unterschrift den Hinweis enthält, dass das unterzeichnende Vorstandsmitglied auch die Vorstandsmitglieder vertreten will, die nicht unterzeichnet haben.

BGH, Urteil vom 04.11.2009 - XII ZR 86/07

5. Im Zweifel: Gesamtnunwirksamkeit von Dekorations-AGB

a) Der Außenanstrich von Türen und Fenstern sowie das Abziehen und Wiederherstellen einer Parkettversiegelung sind keine

Schönheitsreparaturmaßnahmen im Sinne von § 28 Abs. 4 S. 3 II. BV.

b) Die Verpflichtung des Mieters zur Vornahme von Schönheitsreparaturen stellt eine einheitliche Rechtspflicht dar. Ist diese Pflicht formularvertraglich so ausgestaltet, dass sie hinsichtlich der zeitlichen Modalitäten, der Ausführungsart oder des gegenständlichen Umfangs der Schönheitsreparaturen den Mieter übermäßig belastet, so ist die Klausel nicht nur insoweit, sondern insgesamt wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam (Bestätigung von BGH, Urteil vom 18. Februar 2009 - VIII ZR 210/08, WuM 2009, 286).

BGH, Urteil vom 13.01.2010 - VIII ZR 48/09

6. Mangelbeseitigungsanspruch des Mieters verjährt während der Mietzeit nicht!

Der Anspruch des Mieters auf Mangelbeseitigung ist während der Mietzeit unverjährbar.

BGH, Urteil vom 17.02.2010 - VIII ZR 104/09

Rechtsanwalt Michael Giebel

VIII. Arbeitsrecht

1. Kein bestimmtes Verfahren für ein betriebliches Eingliederungsmanagement

§ 84 Abs. 2 SGB IX schreibt für ein betriebliches Eingliederungsmanagement kein bestimmtes Verfahren vor.

BAG, Urteil vom 10.12.2009 - 2 AZR 198/09

Ein Arbeitnehmer war aufgrund eines Arbeitsunfalls langfristig krank. Mehrere stufenweise Wiedereingliederungsmaßnahmen scheiterten. Daraufhin führte der Arbeitgeber mit dem Ar-

beitnehmer ein Gespräch im Rahmen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements. An diesem Gespräch nahmen auch der Betriebsrat, Vertreter der Fürsorgestelle sowie des Integrationsamtes teil. Die Parteien verständigten sich darauf, ein arbeitsmedizinisches Gutachten zur Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers einzuholen. In einem weiteren Gespräch verständigten sich die Parteien darauf, einen vierwöchigen Arbeitsversuch durchzuführen, der letztlich wegen medizinischer Bedenken des Betriebsarztes doch nicht durchgeführt wurde. Daraufhin sprach der Arbeitgeber eine krankheitsbedingte (personenbedingte) Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer aus. Der Arbeitnehmer wehrte sich hiergegen vor Gericht.

Das Landesarbeitsgericht hielt die Kündigung für unwirksam und begründete dies mit einem nicht ordnungsgemäß durchgeführten Verfahren zum betrieblichen Eingliederungsmanagement. Das Bundesarbeitsgericht hob diese Entscheidung jedoch auf. Das oberste bundesdeutsche Arbeitsgericht stellte dabei klar, dass das betriebliche Eingliederungsmanagement bereits dann den Erfordernissen des § 84 Abs. 2 SGB IX entspreche, wenn die dort genannten Personen (Interessenvertreter) eingeschaltet werden und mit diesen erörtert wird, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Mitteln erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz somit erhalten werden kann. Besondere inhaltliche Anforderungen oder Verfahrensschritte für die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements sieht das Gesetz nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts dagegen nicht vor. Der Arbeitgeber sei lediglich dazu verpflichtet, die Initiative für das Eingliederungsmanagement zu ergreifen. Das Gesetz vertraue aber darauf, dass durch ein faires und sachorientiertes Gespräch der Beteiligten die gesetzliche Zielsetzung des Erhaltes des Arbeitsplatzes erreicht werden kann. Dabei habe jeder, der an dem Verfahren beteiligt ist, die Möglichkeit, sinnvolle Lösungsvorschläge in das Gespräch einzubringen. Bestimmte Ergebnisse, die das betriebliche Eingliederungs-

management haben müsse, sehe das Gesetz nicht vor.

Im Ergebnis kann sich somit ein betroffener Arbeitnehmer auch nicht darauf berufen, ausreichende Beschäftigungsmöglichkeiten seien im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements nicht erörtert worden mit der Folge, dass die nachfolgende Kündigung unwirksam sei. Umgekehrt ist allerdings der Arbeitgeber davor zu warnen, ein betriebliches Eingliederungsmanagement im Sinne von § 84 Abs. 2 SGB IX gänzlich zu unterlassen. Zwar ist die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 12.07.2007 - 2 AZR 716/06) keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer personenbedingten Kündigung. Das betriebliche Eingliederungsmanagement stellt aber eine gesetzliche Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutzrecht innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dar. Wenn der Arbeitgeber kein betriebliches Eingliederungsmanagement durchgeführt hat, hat er nach dieser Rechtsprechung umfassend konkret zu einem nicht mehr möglichen Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz und einer nicht durchführbaren leidensgerechten Anpassung und Veränderung des Arbeitsplatzes bzw. eines alternativen Einsatzes vorzutragen. Die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers sind in diesem Falle also deutlich höher als bei Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Karenzentschädigung - „überschießendes“ Wettbewerbsverbot

BAG, Urteil vom 21.04.2010 - 10 AZR 288/09

Nach § 74a Abs. 1 S. 1 HGB ist ein Wettbewerbsverbot insoweit unverbindlich, als es nicht dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers dient. Das

Gesetz regelt nicht ausdrücklich den Anspruch auf Karenzentschädigung bei einem teilweise verbindlichen und teilweise unverbindlichen Wettbewerbsverbot. Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass der Anspruch nicht voraussetzt, dass der Arbeitnehmer das Wettbewerbsverbot insgesamt beachtet; es genügt die Einhaltung des verbindlichen Teils.

Die Beklagte stellt Fenster und Türen her. Sie vertreibt ihre Produkte ausschließlich an den Fachhandel. Der Kläger war für die Beklagte zuletzt als Marketingleiter tätig. Nach dem vereinbarten Wettbewerbsverbot war der Kläger verpflichtet, während der Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht für ein Unternehmen tätig zu sein, welches mit der Beklagten in Konkurrenz steht. Als Konkurrenzunternehmen galt danach auch ein Unternehmen, welches mit dem Vertrieb von Fenstern und Türen befasst ist. Der Kläger arbeitete nach seinem Ausscheiden im Streitzeitraum als selbständiger Handelsvertreter für einen Fachhändler und vertrieb Fenster und Türen an den Endverbraucher.

Die Vorinstanzen haben die Klage auf Zahlung der vereinbarten Karenzentschädigung abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte Erfolg. Das Verbot, Fenster und Türen direkt an den Endverbraucher zu vertreiben, diente nicht dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers. Das vereinbarte Wettbewerbsverbot war daher insoweit unverbindlich. Da der Kläger das Wettbewerbsverbot in seinem verbindlichen Teil beachtet hat, besteht der Anspruch auf die vereinbarte Karenzentschädigung.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig

3. Zulässige Gestaltungsmöglichkeit bei Abfindungszahlung

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können den Zeitpunkt des Zuflusses einer Abfindung oder eines Teilbetrags einer solchen beim Arbeitnehmer in der Weise steuerwirksam gestalten, dass sie deren ursprünglich vor-

gesehene Fälligkeit vor ihrem Eintritt auf einen späteren Zeitpunkt verschieben.

BFH, Urteil vom 11.11.2009 - IX R 1/09

Im Unternehmen besteht ein Sozialplan, der vorsieht, dass mit rechtlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Sozialplanabfindung zu zahlen ist. Die Arbeitnehmerin soll wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Abfindung in Höhe von €75.000,00 erhalten. Die Parteien einigen sich darauf, dass ein Teil der Abfindung im November des Kalenderjahres ausbezahlt wird, an dem das Arbeitsverhältnis rechtlich endet. Der Rest soll im darauf folgenden Januar des Folgejahres ausbezahlt werden. Das Finanzamt nahm in der vom Sozialplan abweichenden Fälligkeitsbestimmung eine Verfügung über den gesamten Abfindungsbetrag an und besteuerte daher die gesamte Abfindung für das Kalenderjahr, in dem das Arbeitsverhältnis rechtlich endete. Es unterstellte somit einen Zufluss der gesamten Abfindung im November.

Das Finanzgericht hatte der klagenden Arbeitnehmerin Recht gegeben und auch der Bundesfinanzhof folgte dieser Auffassung. Gemäß § 11 Abs. 1 EStG sind Einnahmen dann zu versteuern, sobald der Steuerpflichtige über die Einnahmen wirtschaftlich verfügen kann. Die bloße Fälligkeit eines Anspruches reiche hierfür nicht aus. Eine Gestaltungsmöglichkeit bestehe in steuerlicher Hinsicht, wenn sich Gläubiger (Arbeitnehmer) und Schuldner (Arbeitgeber) auf einen bestimmten Erfüllungszeitraum für den Zufluss einigen. Im Arbeitsverhältnis kann der Fälligkeitszeitpunkt einer Abfindung insoweit auch abweichend vom rechtlichen Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses geregelt werden. Dies gilt selbst dann, wenn ein Sozialplan - wie hier - bereits eine Fälligkeitsregelung enthält, sofern noch vor Entstehen der Abfindungsforderung diese Fälligkeitsbestimmung von den Parteien abgeändert wird.

Entscheidend ist somit, dass sich die Parteien noch vor Entstehen des Abfindungsanspruches (= rechtliche Beendigung des Arbeitsver-

hältnisses) über eine abweichende Regelung verständigen.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht

4. Untersagung einer Nebentätigkeit

Bei der Bestimmung der Reichweite des im laufenden Arbeitsverhältnis bestehenden Wettbewerbsverbots muss die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers stets Berücksichtigung finden. Daher ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls festzustellen, ob die anderweitige Tätigkeit zu einer Gefährdung oder Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers führt. Es spricht viel dafür, dass bloße Hilfstätigkeiten ohne Wettbewerbsbezug nicht erfasst werden.

BAG, Urteil vom 24.03.2010 - 10 AZR 66/09

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist einem Arbeitnehmer während des rechtlichen Bestehens des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich jede Konkurrenztaetigkeit zum Nachteil seines Arbeitgebers untersagt. Das soll auch bei Nebentätigkeiten gelten, sofern diesen nicht jede unterstützende Tätigkeit für das Konkurrenzunternehmen abgesprochen werden kann.

Die Klägerin ist langjährig als Briefsortiererin mit 15 Wochenstunden bei der beklagten Deutschen Post AG beschäftigt. Im Jahre 2006 teilte sie ihrem Arbeitgeber mit, sie übe frühmorgens eine Nebentätigkeit als Zeitungszustellerin mit einer Wochenarbeitszeit von sechs Stunden bei einem anderen Unternehmen aus. Dieses andere Unternehmen stellt nicht nur Zeitungen, sondern auch Briefe und andere Postsendungen zu. Die Tätigkeit der Klägerin beschränkt sich hier auf die Zustellung von Zeitungen. Die Beklagte hat der Klägerin die Ausübung der Nebentätigkeit untersagt. Sie beruft sich auf die einschlägige Tarifregelung, die die Untersagung u. a. aus Grün-

den des unmittelbaren Wettbewerbs ermöglicht. Hiergegen wendet sich die Klägerin. Sie macht insbesondere geltend, sie sei wegen ihrer Teilzeitbeschäftigung auf die Einnahmen aus der Nebentätigkeit angewiesen.

Das Bundesarbeitsgericht hat - anders als die Vorinstanzen - festgestellt, dass die Klägerin die betreffende Nebentätigkeit ausüben darf. Ob nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen auch bei untergeordneten Tätigkeiten jede Unterstützung eines Konkurrenzunternehmens verboten ist, erscheint zweifelhaft, kann aber dahinstehen. Die anwendbare Tarifregelung lässt eine Untersagung jedenfalls nur bei unmittelbarer Wettbewerbstaetigkeit zu. Sie weicht deshalb zugunsten der Arbeitnehmer von den allgemeinen Grundsätzen ab. Eine unmittelbare Wettbewerbstaetigkeit liegt nicht vor. Zwar befinden sich die beiden Unternehmen mindestens bei der Briefzustellung in Konkurrenz zueinander. Die Klägerin ist aber weder in der Briefzustellung tätig, noch überschneiden sich ihre Tätigkeiten bei den beiden Unternehmen. Durch ihre Nebentätigkeit werden schutzwürdige Interessen der Beklagten nicht beeinträchtigt. Die nur untergeordnete wirtschaftliche Unterstützung des Konkurrenzunternehmens reicht nicht aus.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig

IX. Veröffentlichungen, Sonstiges

1. Rechtsanwalt Dr. Frank Maier und Rechtsanwalt Dr. Thilo Tetzlaff

Modifizierung der Generalunternehmerhaftung nach § 28e SGB IV, NZBau 2010, 283-285

Unsere Heidelberger Kollegen Dr. Frank Maier und Dr. Thilo Tetzlaff untersuchen in einem Aufsatz in der NZBau 2010, 283-285 die Folgen der gesetzlichen Änderung des § 28e SGB IV im Jahre 2009. Diese bringen für den Generalunternehmer eine Haftungserleichterung im Hinblick auf Sozialversicherungsbei-

träge, wenn er Nachunternehmer einsetzt, die in der so genannten PQ-Liste, ein Verzeichnis, das beim Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen geführt wird, verzeichnet sind.

Der Beitrag behandelt zunächst die begrüßenswerten Erleichterungen, die sich im Vergleich zum bisherigen Rechtszustand bei der Generalunternehmerhaftung ergeben. Im Anschluss wird dann die vergaberechtliche Seite der Präqualifikation erörtert, welche sowohl für Unternehmen als auch für Vergabestellen noch rechtliche Probleme beinhaltet.

2. Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper

Fußballstadion-Neubau: Bei Einhaltung der SportanlagenlärmschutzVO nicht „rücksichtslos“!
IBR 2010, 310

Unser Düsseldorfer Kollege Dr. Marian Klepper bespricht in der IBR 2010, 301 ein Urteil des VG Minden vom 22.02.2009. Das VG Minden hatte darüber zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen die von einem Fußballstadion ausgehenden Schallimmissionen als „rücksichtslos“ anzusehen seien. Das VG Minden stellte fest, dass die Schallimmissionen jedenfalls dann nicht „rücksichtslos“ sind, wenn die Vorgaben des Bundesimmissionsschutzgesetzes und der Sportanlagenlärmschutzverordnung (18. BImSchV) eingehalten würden.

Nach Einschätzung von Dr. Marian Klepper erleichtert diese Entscheidung die Ansiedlung moderner Fußballstadien im Außenbereich. Beachtenswert sei dabei insbesondere die Rechtsausführung des Gerichts, nach der ein Rückgriff auf das Gebot der Rücksichtnahme nicht in Betracht komme, wenn die privilegierenden Schutzmaßstäbe der Sportanlagenlärmschutzverordnung eingehalten werden.

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 - Düsseldorf - Hamburg -

im Juni 2010