

Mandanten-Rundbrief

- Juni 2011 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Schätzung der Nachtragsvergütung durch das Gericht und Anerkenntnis verspätet eingereichter Stundenlohnzettel durch den AG	2
2.	Übersendetes Verhandlungsprotokoll als kaufmännisches Bestätigungsschreiben	3
3.	Extrem überhöhter Einheitspreis und extreme Mengenmehrung können auch im VOB/B-Vertrag zum Wegfall der Geschäftsgrundlage führen!	4
4.	Auftraggeber gerät mit Schlusszahlung 30 Tage nach Zugang der Schlussrechnung in Verzug!	5
5.	Unwirksamkeit von Aufrechnungsverboten in AGB des Auftragnehmers	6
6.	Vorsicht bei nachtragsbedingter Leistungsverweigerung!	7
II.	Leitsätze zum privaten Bau- und Architektenrecht	8
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	9
IV.	Leitsätze zum Immobilienrecht	11
V.	Arbeitsrecht	12
1.	Bundesarbeitsgericht schiebt Refinanzierung des Insolvenzgeldes durch die Bundesagentur für Arbeit einen Riegel vor	12
2.	Kein "Zuvor-Beschäftigungsverbot" bei mehr als 3 Jahre zurückliegendem früheren Arbeitsverhältnis	13
3.	Im Entleiherbetrieb geltende Ausschlussfristen auf "Equal-Pay"-Anspruch des Leiharbeitnehmers finden keine Anwendung	13
VI.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	14
	CGZP kann keine Tarifverträge schließen	14
VII.	Veröffentlichungen, Sonstiges	15

Vangerowstr. 20
69115 Heidelberg
Tel.: 06221/91290
Fax: 06221/912929

Myliusstr. 14
60323 Frankfurt
Tel.: 069/72737415
Fax: 069/72737491

Markgrafenstr. 33
10117 Berlin
Tel.: 030/2062780
Fax: 030/20627878

Königsallee 63/65
40215 Düsseldorf
Tel.: 0211/4369870
Fax: 0211/4369879

Esplanade 39
20354 Hamburg
Tel.: 040/22630380
Fax: 040/226303818

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Schätzung der Nachtragsvergütung durch das Gericht und Anerkenntnis verspätet eingereicherter Stundenlohnzettel durch den AG

a) Einigen sich die Parteien eines Bauvertrags nicht über die Höhe der nach § 2 Nr. 5 VOB/B für eine Nachtragsleistung zu zahlenden Vergütung, so kann der Auftragnehmer unmittelbar Klage auf Zahlung erheben, deren Höhe das Gericht gegebenenfalls nach § 287 ZPO schätzen kann. Hierbei kann sich das Gericht an den vom Auftragnehmer abgerechneten Mehrkosten orientieren, wenn die Mehrleistung in der Lieferung marktüblicher Teile besteht und der Auftraggeber den eingesetzten Einheitspreisen nicht entgegengetreten ist.

b) Die Anerkenntniswirkung (§ 15 Nr. 3 S. 5 VOB/B) verspätet eingereicherter Stundenlohnzettel entfällt nur dann, wenn dem Auftraggeber eine Überprüfung des dokumentierten Stundenansatzes nicht mehr möglich ist.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 29.03.2011 - 4 U 242/10

§ 287 ZPO erlaubt es dem Gericht, die Höhe eines zwischen den Parteien streitigen Schadens oder einer Forderung zu schätzen. Die Norm besitzt einen weiten Anwendungsbereich, der im vorliegenden Fall dem Auftragnehmer zugute kam.

Zwischen Haupt- und Nachunternehmer eines VOB/B-Bauvertrages war die Beauftragung eines Nachtrages streitig. Der Bauherr hatte die geänderte Ausführung einer Lüftungsanlage direkt auf der Baustelle gegenüber beiden anwesenden Unternehmern angeordnet. In seiner Schlussrechnung hatte der Nachunternehmer diese Leistungen sowie Stundenlohnarbeiten gegenüber dem Hauptunternehmer abgerechnet, aber nicht bezahlt erhalten. Der Beginn der Stundenlohnarbeiten wurde nicht

angezeigt, die Stundenlohnzettel erst mit der Schlussrechnung vorgelegt. Der Auftraggeber hatte die Stundenlohnzettel jedoch nicht innerhalb der Sechstagesfrist nach § 15 Abs. 3 S. 4 VOB/B zurückgegeben.

Die Klage hatte dennoch in beiden Instanzen Erfolg. Die Beauftragung der Nachtragsleistung sowie der Stundenlohnarbeiten dem Grunde nach (§ 2 Nr. 10 VOB/B) konnte durch Zeugen bewiesen werden. Ein Anspruch auf Mehrvergütung nach § 2 Nr. 5 VOB/B setzt nicht voraus, dass sich die Parteien tatsächlich vor Ausführungsbeginn gleichzeitig über die Höhe der Vergütung einigen. Daher müsste der Auftragnehmer für den Nachtrag strenggenommen Klage auf Zahlung einer vom Gericht zu schätzenden Vergütung erheben. Praktisch wird aber stets der umgekehrte Weg gegangen: die Forderung wird auf der Grundlage der Preisermittlung und des Aufmaßes beziffert. Hält das Gericht dann sämtliche anspruchsbegründende Umstände für erwiesen und ist nur noch die Höhe der Vergütung streitig, so kann es auf der Grundlage des Parteivortrages nach § 287 ZPO schätzen. Da der Auftragnehmer hier eine nachvollziehbare Preisermittlung vorgelegt und der Auftraggeber nur pauschal bestritten hatte, konnte das Gericht dem Auftragnehmer folgen.

Auch die Nichtanzeige der Stundenlohnarbeiten vor Ausführungsbeginn und die verspätete Einreichung der Stundenlohnzettel war unschädlich. Die VOB/B sanktioniert diesen Verstoß nicht mit einem Vergütungsverlust, sondern der Auftraggeber kann Schadensersatzansprüche geltend machen. Ein Schaden war hier aber nicht erkennbar. Infolge der verspäteten Rückgabe der Stundenlohnzettel gelten diese als vom Auftraggeber anerkannt. Dafür sei auch die an sich verspätete Übergabe durch den Auftragnehmer unbeachtlich, solange der Auftraggeber die Leistung trotzdem noch prüfen könne. Zumindest der letzte Ansatz ist fragwürdig, weil der Auftraggeber damit faktisch gezwungen wird, die Schlussrechnung und darin abgerechnete Stundenlohnarbeiten

entgegen § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B innerhalb einer Woche zu prüfen.

Rechtsanwalt Dr. Robert Scherzer

2. Übersendetes Verhandlungsprotokoll als kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Wer zu einem Termin, in dem ein bereits geschlossener Vertrag lediglich durch Unterzeichnung urkundlich fixiert werden soll, einen nicht vertretungsberechtigten Mitarbeiter entsendet, muss anlässlich dieses Termins dennoch getroffene vom Vertrag abweichende Vereinbarungen nach den zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entwickelten Grundsätzen gegen sich gelten lassen, wenn er dem ihm zeitnah übersandten Verhandlungsprotokoll nicht unverzüglich widerspricht.

BGH, Urteil vom 27.01.2011 - VII ZR 186/09

Im zu entscheidenden Fall hatte der Auftraggeber mit Schreiben vom 21.07.1998 ein Angebot des Auftragnehmers vom 20.07.1998 über Holzbauarbeiten beauftragt. Das Angebot hatte hinsichtlich der Gewährleistungsfrist auf § 13 Nr. 4 VOB/B (vier Jahre) verwiesen. In einem Verhandlungsprotokoll vom 27.07.1998, das seitens des Auftragnehmers von einem nicht vertretungsberechtigten Mitarbeiter unterzeichnet wurde, ist demgegenüber eine Verjährungsfrist von fünf Jahren vorgesehen. Das Landgericht wies die auf Schadensersatz gerichtete Klage des Auftraggebers wegen Verjährung ab, das Berufungsgericht gab der Klage in vollem Umfang statt.

Der Bundesgerichtshof sah die Wertung des Berufungsgerichts als rechtsfehlerfrei an, wonach die Parteien im Verhandlungsprotokoll vom 27.07.1998 wirksam eine 5-jährige Verjährungsfrist vereinbart hätten. Entsende eine Partei nach erfolgtem Vertragsabschluss zu einem Verhandlungstermin einen nicht vertretungsberechtigten Mitarbeiter, müsse sie sich regelmäßig die rechtsgeschäftlichen Erklärun-

gen dieses Mitarbeiters jedenfalls im Wege der Anscheinsvollmacht zurechnen lassen, weil von vornherein davon auszugehen sei, dass es bei derartigen Verhandlungen zu Modifizierungen des bereits geschlossenen Vertrages kommen könne. Eine Zurechnung der Erklärungen eines nicht vertretungsberechtigten Mitarbeiters über die Grundsätze der Anscheins- oder Duldungsvollmacht komme aber dann grundsätzlich nicht in Betracht, wenn der Termin, zu dem dieser entsendet werde, ausschließlich der urkundlichen Fixierung durch Unterzeichnung des bereits abgeschlossenen Vertrags dienen solle, dann aber in der Verhandlung dennoch vom Vertrag abweichende Vereinbarungen getroffen würden. Erhalte der Vertretene allerdings zeitnah zu der Verhandlung das darüber erstellte Protokoll und sei aus diesem die Abänderung des Vertrags zu erkennen, sei er nach den zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entwickelten Grundsätzen verpflichtet, den Änderungen unverzüglich zu widersprechen.

Nach den Grundsätzen zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben müssen Kaufleute, aber auch Personen, die wie ein Kaufmann selbstständig und in größerem Umfang am Rechtsverkehr teilnehmen, einem ihnen in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit vorausgegangenen Vertragsverhandlungen übersandten Bestätigungsschreiben unverzüglich (d. h. in der Regel binnen 1 bis 2 Tagen) widersprechen, wenn sie den Inhalt nicht gegen sich gelten lassen wollen. Das gilt auch für Erklärungen nicht bevollmächtigter Vertreter. Diese Grundsätze sind zwar auf ein Verhandlungsprotokoll nicht direkt anwendbar, da es sich dabei nicht um ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben handelt. Das Verhandlungsprotokoll kommt einem solchen Schreiben inhaltlich und seinem Zweck nach aber so nahe, dass es gerechtfertigt ist, die Grundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entsprechend anzuwenden. Denn das Verhandlungsprotokoll wird gerade zu dem Zweck erstellt, die Vertragsverhandlung und deren Ergebnis zu bestätigen und schriftlich zu dokumentieren. Zeitnah zu der darin dokumentier-

ten Verhandlung übersandte, lediglich von nicht vertretungsberechtigten Vertretern unterzeichnete Protokolle muss der Vertretene daher umgehend prüfen und dem darin dokumentierten Verhandlungsergebnis unverzüglich widersprechen, wenn die Verhandlungen darin nicht zutreffend wiedergegeben werden. Anderenfalls gelten die darin dokumentierten Vereinbarungen als genehmigt.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

3. Extrem überhöhter Einheitspreis und extreme Mengenerhöhung können auch im VOB/B-Vertrag zum Wegfall der Geschäftsgrundlage führen!

a) Ein Rückgriff auf die gesetzlichen Regelungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt grundsätzlich nicht in Betracht, soweit eine vertragliche Regelung wie § 2 Nr. 3 VOB/B (jetzt § 2 Abs. 3 VOB/B) vorliegt.

b) Die Anwendung der gesetzlichen Regelungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage ist jedoch möglich, wenn die Parteien einer Einheitspreisvereinbarung ausnahmsweise eine bestimmte Menge zugrunde gelegt haben und diese Menge erheblich überschritten wird.

BGH, Beschluss vom 23.03.2011 - VII ZR 216/08 (vorhergehend: OLG Schleswig, Urteil vom 10.10.2008 - 17 U 6/08)

Im Rahmen eines Bauvertrages über die Errichtung einer Bundesautobahn war u. a. die Entsorgung von Abfällen (Busch-, Hecken- und Schnittgut) mit einer Menge von 5 t ausgeschrieben. Der Auftragnehmer hatte für diese Leistung einen Einheitspreis in Höhe von € 2.413/t angeboten. Mit seinem Nachunternehmer vereinbarte der Auftragnehmer einen Einheitspreis in Höhe von € 62,10/t. Die tatsächlich zu erbringende Menge beläuft sich nicht auf 5 t sondern auf 610 t. Aufgrund von Meinungsverschiedenheiten über die Höhe der

berechtigten Rechnungssumme kommt es zum Streit zwischen den Parteien. In diesem Zusammenhang kündigt der Auftraggeber dem Auftragnehmer. Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob der extrem überhöhte Einheitspreis auch für die extreme Mengenerhöhung herangezogen werden kann. Das OLG Schleswig hat trotz der Regelung des § 2 Nr. 3 VOB/B einen Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB angenommen. Die Geschäftsgrundlage hat das Oberlandesgericht bei einer Menge bis ca. 15 t gesehen und für die darüber hinausgehende Menge, d. h. 595 t, einen Einheitspreis von € 275/t festgesetzt.

Der Bundesgerichtshof bestätigt die Sicht des Oberlandesgerichts und sieht in der exorbitanten Mengenerhöhung eine Störung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung, so dass im Ergebnis die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage Anwendung finden. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs enthält § 2 Nr. 3 VOB/B allerdings eine bei einem VOB-Vertrag abschließende Regelung über die Preisanpassung bei der Überschreitung von Mengenansätzen über 10 %. Daher ist die Frage der Preisgestaltung bei Mengenüberschreitung normalerweise vertraglich geregelt. Liegt eine vertragliche Regelung über die Preisgestaltung bei Mengenüberschreitungen vor, kann die Rechtsfigur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage keine Anwendung mehr finden. Vorliegend geht der Bundesgerichtshof jedoch davon aus, dass die Parteien abweichend von § 2 Nr. 3 VOB/B eine bestimmte Menge zur Geschäftsgrundlage des Vertrages erhoben haben, nämlich 5 t. Bei einer außergewöhnlichen Preisbildung, wie sie hier vorliegt, ist es nach Auffassung des Bundesgerichtshofs so, dass die in der Mengenerhöhung liegende Störung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung sich bei einer erheblichen Mengenänderung in einem viel stärkeren Maße auswirkt.

Durch das Urteil des Bundesgerichtshofs zur Anwendung der Rechtsfigur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in VOB-Verträgen wird

dem Auftraggeber die Möglichkeit gegeben, rechnerisch richtige aber unverhältnismäßige Abrechnungsergebnisse zu vermeiden. Vom OLG Schleswig wird hinsichtlich der Zumutbarkeitsgrenze jedenfalls dann eine Unangemessenheit gesehen, wenn die Summe der Vergütung aller Mehrmengen 30 % der Gesamtvergütung übersteigt.

Rechtsanwältin Daniela Beines

4. Auftraggeber gerät mit Schlusszahlung 30 Tage nach Zugang der Schlussrechnung in Verzug!

Betrachtet man § 286 Abs. 3 BGB, ist diese Überschrift eine Selbstverständlichkeit, heißt es dort doch ausdrücklich:

"Der Schuldner einer Entgeltforderung kommt spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet; dies gilt gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, nur, wenn auf diese Folgen in der Rechnung oder Zahlungsaufstellung besonders hingewiesen worden ist. Wenn der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung oder Zahlungsaufstellung unsicher ist, kommt der Schuldner, der nicht Verbraucher ist, spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Empfang der Gegenleistung in Verzug."

§ 16 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 VOB/B regelt demgegenüber zugunsten des Auftraggebers eine längere Frist:

"Der Anspruch auf die Schlusszahlung wird alsbald nach Prüfung und Feststellung der vom Auftragnehmer vorgelegten Schlussrechnung fällig, spätestens innerhalb von 2 Monaten nach Zugang."

Dazu hat das LG Heidelberg in seinem Urteil vom 10.12.2010 (Aktenzeichen 3 O 170/10) entschieden:

a) § 16 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 VOB/B, wonach die Schlusszahlung spätestens zwei Monate

nach Zugang der Schlussrechnung fällig wird, hält - sofern vom Auftraggeber gestellt - einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nicht stand und ist unwirksam.

b) Auch die Kombination von Fälligkeits- und Verzugsregelungen gemäß § 16 Nr. 3, 5 Abs. 3 VOB/B weichen derart vom gesetzlichen Leitbild der §§ 286, 641 BGB ab, dass weder die Fälligkeitsregelung in § 16 Nr. 3 VOB/B noch die Verzugsregelung in § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B einer Inhaltskontrolle standhält.

c) Die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle von VOB-Vertragsbedingungen ist eröffnet, sofern die VOB/B mit Abweichungen in den Vertrag einbezogen wird. Eine solche Abweichung liegt vor, wenn der Vertrag ausschließlich eine förmliche Abnahme vorsieht, so dass die fiktive Abnahme ausgeschlossen ist.

Ein Auftragnehmer stellte auf der Grundlage eines Vertrages, in den der Auftraggeber die VOB/B einbezogen hatte, eine Schlussrechnung über rund € 3.000.000 mit dem Zusatz "zahlbar bis 25.05.2010 ohne Abzug". Die Schlussrechnung ging dem Auftraggeber am 25.03.2010 zu. Der Auftragnehmer hatte also von sich aus die (gegenüber der oben genannten BGB-Regelung längere) Zahlungsfrist der VOB/B angegeben. Am 25.05. teilte der Auftraggeber mit, die Prüfung sei nun abgeschlossen. Der Auftragnehmer hatte aber bereits am 26.04.2010 eine Mahnung ausgesprochen. Eine erste Teilzahlung durch den Auftraggeber erfolgte am 17.06.2010, eine weitere am 22.06.2010. Dem Auftragnehmer erschien das zu spät. Er verklagte den Auftraggeber einzig und allein auf die Verzugszinsen auf diese beiden aus seiner Sicht verspäteten Zahlungen.

Das LG Heidelberg sprach dem Auftragnehmer Verzugszinsen für die Zeit vom 25.05.2010 bis 17. bzw. 22.06.2010 in Höhe von 4.285 Euro zu. Bei Anwendung der VOB/B-Regelungen hätte der Auftragnehmer

keine Verzugszinsen verlangen können. Die Fälligkeit wäre gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B zwei Monate nach Zugang, also am 25.05.2010 eingetreten (so wie es der Auftragnehmer selbst auf seiner Rechnung vermerkt hatte). Der Auftraggeber hatte darüber hinaus eingewandt, dass es zu einem Zahlungsverzug nicht gekommen sei, da es der Auftragnehmer versäumt hatte, gemäß § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B nach Fälligkeit eine angemessene Nachfrist zu setzen.

Das Landgericht Heidelberg nahm aber für diese beiden Regelungen eine AGB-rechtliche Inhaltskontrolle vor (diese war eröffnet, weil der Auftraggeber die VOB/B nur mit Abweichungen - hier wie so oft mit der Vereinbarung einer ausschließlich förmlichen Abnahme - gestellt hatte). Nach der gesetzlichen Regelung des § 641 BGB knüpft die Fälligkeit an die Abnahme ohne jedwede Prüffrist an. Im typischen Anwendungsfall eines Bauvertrags liegt damit eine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung vor. Dies sei - so das LG Heidelberg weiter - umso weniger zu tolerieren, als auch die VOB/B-Verzugsregelung vom gesetzlichen Leitbild des § 286 Abs. 3 BGB abweicht, wonach der Schuldner bereits 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung in Verzug gerät. Den Verzugsbeginn sieht das Landgericht nur deshalb erst am 25.05.2010 und nicht bereits 30 Tage nach Zugang der Schlussrechnung, weil der Auftragnehmer selbst in der Schlussrechnung eine Zahlungsfrist bis zum 25.05.2010 genannt hatte, an der er sich festhalten lassen müsse.

Es entscheiden immer mehr Gerichte, dass die Fälligkeitsregelung der - vom Auftraggeber gestellten - VOB/B unwirksam ist. Über frühere Entscheidungen hatten wir bereits in unseren Mandantenrundbriefen berichtet: OLG Celle, Urteil vom 18.12.2008 - 6 U 65/08; OLG Naumburg, Urteil vom 04.11.2005 - 10 U 11/05; BGH, Urteil vom 20.08.2009 - VII ZR 212/07.

Auftragnehmer können also in Verträgen, in denen der Auftraggeber die VOB/B durch den von ihm stammenden Vertrag "gestellt" hat, bereits ab dem 31. Tag nach Zugang der Schlussrechnung Verzugszinsen berechnen.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

5. Unwirksamkeit von Aufrechnungs- verboten in AGB des Auftragnehmers

Die von einem Architekten in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Architektenvertrages verwandte Klausel "Eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig" ist AGB-rechtlich unwirksam.

BGH, Urteil vom 07.04.2011 - VII ZR 209/07

Ein Architekt klagt auf Honorar aus einem Einheits-Architektenvertrag für Gebäude. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu diesem Vertrag ist das vorstehend zitierte Aufrechnungsverbot enthalten. Der beklagte Bauherr rechnet gegen den Honoraranspruch mit Schadensersatzansprüchen wegen fehlerhafter Planung und Bauüberwachung auf, die zu Schallschutzmängeln, Rissbildungen und Feuchtigkeit im Keller geführt haben. Die Vorinstanz hielt das Aufrechnungsverbot für wirksam und gab der Honorarklage des Architekten statt.

Der Bundesgerichtshof hob das Urteil auf und ließ die Aufrechnung zu. Das Aufrechnungsverbot in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des klagenden Architekten benachteilige den beklagten Bauherrn entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und sei daher unwirksam. Die unangemessene Benachteiligung ergibt sich nach Auffassung des Bundesgerichtshofs daraus, dass der Bauherr durch das Aufrechnungsverbot im Abrechnungsverhältnis eines Werkvertrages gezwungen werde, eine mangelhafte oder unfertige Leistung in vollem Umfang zu vergüten,

obwohl ihm Gegenansprüche in Höhe der Mängelbeseitigungs- oder Fertigstellungskosten zustünden. Hierdurch werde in das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung in für den Auftraggeber unzumutbarer Weise eingegriffen. Denn der Auftraggeber hat im Falle einer mangelhaften oder nicht fertig gestellten Werkleistung ein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich der Vergütung. Damit kann er sich im Werklohnprozess verteidigen. Die Werklohnforderung des Auftragnehmers ist dann ganz oder teilweise nicht durchsetzbar. Dieses Recht darf in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht ausgeschlossen werden.

Der Bundesgerichtshof differenziert in seinem Urteil hinsichtlich der Art der Forderungen, deren Aufrechnung durch die Klausel verboten wird. Da der Grund für die Unwirksamkeit in der Störung des Verhältnisses zwischen Werklohnforderung und Forderung auf mangelfreie Herstellung des vereinbarten Werks liegt, ist das Aufrechnungsverbot jedenfalls dann unwirksam, wenn dem Auftraggeber die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen auf Erstattung der Kosten zur Beseitigung der Mängel des Architektenwerks oder der Fertigstellungsmehrkosten verwehrt wird. Ob der Aufrechnungsausschluss mit Ansprüchen zulässig ist, die nicht auf Fertigstellungsmehrkosten oder Mängelbeseitigungskosten der Werkleistung gerichtet sind, hat der BGH dahinstehen lassen.

Mit der Entscheidung ist der Bundesgerichtshof der ständigen Rechtsprechung einer Vielzahl von Oberlandesgerichten entgegengetreten. Die Oberlandesgerichte hielten das Aufrechnungsverbot grundsätzlich für wirksam, weil sich die Klärung der Frage, ob die gerügten Mängel tatsächlich vorliegen, meist über Jahre hinzieht und eine Auszahlung des gegebenenfalls bestehenden Honoraranspruchs andernfalls auf erhebliche Zeit blockiert wird.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs betrifft die Honorarklage eines Architekten. Sie ist aber auf sonstige Werkverträge übertragbar.

Kommen bei einem Werkvertrag die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftragnehmers zur Anwendung, kann ein weitreichendes Aufrechnungsverbot zulasten des Auftraggebers nicht wirksam vereinbart werden.

Rechtsanwalt Christoph Siegl

6. Vorsicht bei nachtragsbedingter Leistungsverweigerung!

Ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers wegen streitiger Nachträge setzt nicht nur eine nachhaltige Weigerung des Auftraggebers voraus, über den Nachtrag zu verhandeln. Erforderlich ist auch, dass der Auftragnehmer einen prüfbaren Nachtrag vorgelegt hat.

KG, Urteil vom 21.01.2011 - 7 U 74/10

Das Risiko einer Leistungsverweigerung des Auftragnehmers bei streitigen Nachträgen in VOB/B-Bauverträgen ist bekannt. Weitgehend anerkannt ist ein Leistungsverweigerungsrecht nur, wenn sich der Auftraggeber einer Einigung zur Vergütungsfähigkeit der angeordneten, geänderten oder zusätzlichen Leistung schon dem Grunde nach verweigert. Bei unberechtigter Leistungsverweigerung droht eine außerordentliche Kündigung des Auftraggebers mit nachfolgenden Schadensersatzansprüchen wegen Restfertigstellungsmehrkosten. Gleichwohl sehen viele Auftragnehmer die Leistungsverweigerung oder zumindest deren Androhung als letztes Mittel, um beim Auftraggeber Zugeständnisse zu erreichen. Dieser missbraucht die Vorleistungspflicht des Auftragnehmers nicht selten als eine Art "Zwischenfinanzierung" für geänderte oder zusätzliche Leistungen. Beides widerspricht den beiderseitigen (!) Kooperationspflichten der Bauvertragspartner, die von der Rechtsprechung regelmäßig als Maßstab für die Bewertung einer Leistungsverweigerung herangezogen werden.

Das Kammergericht markiert in seiner Entscheidung einen weiteren Risikoaspekt des

Auftragnehmers: den prüfbar Nachtrag. Nach Meinung des Gerichts reicht die nachhaltige Verweigerung einer Verhandlung durch den Auftraggeber nicht aus. Zusätzlich ist für ein Leistungsverweigerungsrecht erforderlich, dass der Auftragnehmer zuvor einen prüfbar Nachtrag vorlegt, also seinen Mehrvergütungsanspruch nach den vertraglichen Vorgaben (z. B. Ableitung aus der Urkalkulation etc.) in sachlich begründeter und nachvollziehbarer Form darstellt.

Rechtsanwalt und Mediator Dr. Jan Scheube

II. Leitsätze zum privaten Bau- und Architektenrecht

1. Zum Urheberschutz von Architektenleistungen

- a) Ob Entwurfspläne für ein Bauwerk urheberrechtlich geschützte, persönliche geistige Schöpfungen im Sinn des §§ 2 Abs. 1 Nr. 4 und 7, 2 Abs. 2 UrhG sind, hängt vom jeweiligen Werk ab. Entscheidend für die Urheberrechtsschutzfähigkeit der Architektenleistung ist der Grad der Individualität der Leistung. Sie muss sich von der Masse des durchschnittlichen, üblichen und alltäglichen Bauschaffens abheben und nicht nur das Ergebnis eines rein handwerklichen routinemäßigen Schaffens darstellen ("Gestaltungshöhe").
- b) Wenn Pläne eines Architekten dem Urheberrecht unterfallen, ist es dem Auftraggeber nicht gestattet, das Bauwerk nach der Vorplanung ohne Mitwirkung des planenden Architekten von einem anderen Architekten ausführen zu lassen.
- c) In der Regel ist im Bereich der Entwurfsplanung noch nicht von einem Nachbarrecht auszugehen. Erst dann, wenn der Architekt auch die Genehmigungsplanung erstellt hat und ihm deren Vorlage bei der Genehmigungsbehörde übertragen worden

ist, ist davon auszugehen, dass ein Nachbarrecht mit übertragen wurde.

OLG Celle, Urteil vom 02.03.2011 - 14 U 140/10

2. Verzug mit einer Forderung aus einer Bürgschaft tritt erst nach Erteilung der notwendigen Informationen zur Hauptschuld ein

- a) Die Forderung aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft wird grundsätzlich mit der Fälligkeit der Hauptschuld fällig; einer Leistungsaufforderung des Gläubigers und der Vorlage von die Hauptschuld belegenden Unterlagen bedarf es dazu nicht (im Anschluss an BGH, Urteil vom 29. Januar 2008 - XI ZR 160/07, IBR 2008, 266 = BGHZ 175, 161).
- b) Werden dem Bürgen die notwendigen Informationen zur Hauptschuld vom Gläubiger nicht erteilt, gerät er nicht in Verzug, wenn ihn kein eigenes Verschulden daran trifft, dass er sie nicht erhalten hat.
- c) Ein eigenes Verschulden trifft den Bürgen, wenn er nicht selbst ausreichende, ihm zumutbare Anstrengungen unternimmt, die ihm fehlenden Informationen zu erlangen.

BGH, Urteil vom 10.02.2011 - VII ZR 53/10

3. Welchen Inhalt muss ein Bodengutachten aufweisen?

Ein hydrogeologisches Bodengutachten, das der Besteller in Auftrag gegeben hat, um die Machbarkeit einer Geothermieanlage zu ergründen, leidet unter einem Werkmangel, wenn der Gutachter durch eine zusammenfassende Bewertung der Untersuchungsergebnisse Verockerungsrisiken verharmlost und die unzureichende Aussagekraft der gutachterlichen Untersuchungsbefunde in Bezug auf den

vom Besteller verfolgten Verwendungszweck nicht offen legt.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 22.02.2011 - 4 U 155/09

4. Mediationsklausel hindert Klageerhebung nicht

Eine Vertragsklausel, wonach sich die Vertragsparteien vor Anrufung eines ordentlichen Gerichts zur Durchführung eines Mediationsverfahrens verpflichten, ist nicht als vorläufiger Klageverzicht bis zum Abschluss der Mediation zu verstehen, der dieser Klage das Rechtsschutzbedürfnis nehmen könnte, da die Parteien jederzeit die Möglichkeit haben, die Mediation zu beenden.

LG Heilbronn, Urteil vom 10.09.2010 - 4 O 259/09

5. Eine konkludente Abnahme kommt bei einer ausdrücklichen entgegenstehenden Erklärung des Auftraggebers nicht in Betracht

- a) Ist die Frage eines optischen Mangels eines Werks durch Lichtbilder und/oder die technische Begutachtung eines Sachverständigen nicht ausreichend aufzuklären, ist das Gericht gehalten, einen Augenschein einzunehmen (Abgrenzung zu Senat, Urteil vom 18.08.2008, Az. 10 U 4/06, BauR 2009, 1926 juris Rn. 26).
- b) Eine ausdrückliche Erklärung des Bestellers, das Werk sei nicht abnahmefähig, schließt eine anschließende konkludente Abnahme durch Ingebrauchnahme aus, wenn zwischen Mängelrüge und Ingebrauchnahme nicht nachgebessert wurde.
- c) Eine Selbstvornahme liegt nicht vor, wenn der Besteller nur nachteilige Auswirkungen eines Baumangels auf die Gebrauchstauglichkeit des Gebäudes, an dem die Bauleis-

tungen erbracht werden, beseitigt, ohne den vom Unternehmer geschuldeten Erfolg zu bewirken. In einem solchen Fall bleibt der Unternehmer zur Mängelbeseitigung verpflichtet, wenn die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben.

OLG Stuttgart, Urteil vom 19.04.2011 - 10 U 116/10

6. Zum Schadensersatzanspruch der Vergabestelle gegen das Planungsbüro bei fehlerhafter Beratung im Vergabeverfahren

Hebt die Vergabestelle, fehlerhaft beraten durch ein mitwirkendes Ingenieurbüro, eine öffentliche Ausschreibung rechtswidrig auf und wird sie deshalb zu Schadensersatz an einen zu Unrecht nicht berücksichtigten Bieter verurteilt, mindert sich ihr Schadensersatzanspruch gegen das beratende Ingenieurbüro im Wege der Vorteilsausgleichung um die Kostensparnis einer günstigeren Zweitvergabe.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 23.11.2010 - 4 U 548/09

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Zuwendungen können nur bei schweren Vergaberechtsverstößen versagt werden

Soweit dem Zuwendungsempfänger in Ziff. 3.1 ANBest-G bei der Vergabe von Aufträgen für Bauleistungen die Beachtung der VOB/A aufgegeben wird, rechtfertigen unter den Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit und der haushaltsrechtlichen Zielsetzung der Zuwendung nur schwere Vergaberechtsverstöße eine Versagung der begehrten Zuwendung. Eine Verwaltungspraxis, wonach formelle und materielle Fehler im Vergabeverfahren regelmäßig und unabhängig von der Schwere des Versto-

Bes zum Förderausschluss führen, ist rechtswidrig.

VG Potsdam, Urteil vom 17.08.2010 - 3 K 1383/05

2. Aufhebung der Ausschreibung des Vergabeverfahrens des PPP-Projekts Landesstraßen NRW (Teilnetz)

Die Aufhebung der Ausschreibung des PPP-Verfahrens ist erforderlich, weil durch die systemimmanente Geheimhaltung des PSC (Public Sector Comparator) dem Bieter das wesentliche Zuschlagskriterium vorenthalten wird, insbesondere dann, wenn dieser wie ein Ausschlusskriterium gehandhabt wird.

VK Arnsberg, Beschluss vom 25.11.2010, VK 19/10

3. Zur Zulässigkeit von Bedarfspositionen

a) Die Aufnahme einer Bedarfsposition in die Vergabeunterlagen ist nicht zu beanstanden, wenn im Zeitpunkt der Versendung der Vergabeunterlagen für den Auftraggeber nicht voraussehbar und zumutbar aufzuklären ist, ob und unter welchen Voraussetzungen solche Leistungen bei der Auftragsausführung erforderlich sein werden, daran ein anzuerkennendes Bedürfnis besteht und Bedarfspositionen in den Vergabeunterlagen hinreichend deutlich als solche gekennzeichnet sowie bei verständiger Sicht der Dinge für einen fachkundigen Bieter als solche unzweideutig zu erkennen sind.

b) Bedarfsleistungen (Bedarfspositionen) müssen vom öffentlichen Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung nicht angegeben werden.

c) Die für Bedarfspositionen abgefragten und angegebenen Preise sind vom Auftragge-

ber grundsätzlich in die Angebotswertung einzustellen. Dies hat jedenfalls dann zu gelten, wenn ein Bedarf im Zeitpunkt der Angebotswertung weiterhin nicht voraussehbar ist und die Notwendigkeit einer Beschaffung auch bei sorgsamer Ausschöpfung der dem Auftraggeber bis dahin zumutbaren Erkenntnismöglichkeiten nicht ausgeschlossen werden kann.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.02.2010 - Verg 36/09

4. Einem Bieter muss vor einem Angebotsausschluss nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt werden

a) Bevor ein Angebot nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A Ausgabe 2006 ausgeschlossen werden kann, muss dem betroffenen Bieter unter Setzung einer angemessenen Frist zwingend Gelegenheit gegeben werden, den Eindruck eines ungewöhnlich niedrigen Angebots zu entkräften oder aber beachtliche Gründe dafür aufzuzeigen, dass sein Angebot trotzdem anzunehmen ist.

b) Von einer genaueren Überprüfung unter Einbeziehung des betroffenen Bieters ist nur dann abzusehen, wenn ein offenkundiges Missverhältnis von Preis und Leistung im Sinne des § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A Ausgabe 2006 besteht, bei dem der angebotene (Gesamt-)Preis derart eklatant von dem an sich angemessenen Preis abweicht, dass es sofort ins Auge fällt.

OLG Celle, Beschluss vom 02.09.2010 - 13 Verg 10/10

5. Vergabestelle darf bei Eignungsprüfung eigene Erfahrungen aus früheren Aufträgen berücksichtigen

Eine Vergabestelle darf im Rahmen der Eignungsbeurteilung auch auf eigene Erfahrun-

gen, die sie mit dem Unternehmen aus früheren Aufträgen gemacht hat, abstellen und diese bei der Wertung berücksichtigen.

VK Münster, Beschluss vom 16.12.2010 - VK 9/10

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

IV. Leitsätze zum Immobilienrecht

1. Nach WEG-Novelle: Keine gewillkürte Prozessstandschaft des WEG-Verwalters

Macht der Verwalter Ansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft im eigenen Namen geltend, kann das für eine gewillkürte Prozessstandschaft erforderliche schutzwürdige Eigeninteresse nicht mehr aus der sich aus dem Wohnungseigentumsgesetz ergebenden Rechts- und Pflichtenstellung des Verwalters hergeleitet werden.

BGH, Urteil vom 28.01.2011 - V ZR 145/10

2. Der Bauträger darf nicht gegen einen Kostenvorschussanspruch der Wohnungseigentümergeinschaft mit Restkaufpreisansprüchen gegen einzelne Wohnungseigentümer aufrechnen

- a) Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist rechtsfähig, soweit sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnimmt.
- b) Bei fehlerhafter Bezeichnung der Partei ist grundsätzlich das Rechtssubjekt als Partei anzusehen, das nach dem objektiven Sinn betroffen werden soll.
- c) Wenn der Bauträger seine Verpflichtung zur Beseitigung von in einer Liste aufgeführten Mängeln anerkannt hat, ist er für die Erfüllung dieser Verpflichtung beweisbelastet.

- d) Der Bauträger kann auch dann nicht mit Restkaufansprüchen gegen einzelne Wohnungseigentümer aufrechnen, wenn ihn die Wohnungseigentümergeinschaft auf die Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung an den Verwalter in Anspruch nimmt.

KG, Urteil vom 13.08.2010 - 6 U 85/09

3. Nach Abriss einer Grenzwall besteht keine Pflicht zur Wärmedämmung der Grenzwall des Nachbarn

Bestehen zwei Grenzwall, ist jeder Eigentümer für die auf seinem Grundstück errichtete Wall verantwortlich. Der Vorteil, der sich daraus ergibt, dass eine Außenwall so lange keines oder keines vollständigen Witterungsschutzes bedarf, wie dieser Schutz von der Grenzwall des Nachbargrundstücks geboten wird, wird durch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht geschützt.

BGH, Urteil vom 18.02.2011 - V ZR 137/10

4. Zu den Voraussetzungen der Eintragung einer GbR im Grundbuch

Erwirbt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) Grundstücks- oder Wohnungseigentum, reicht es für die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch aus, wenn die GbR und ihre Gesellschafter in der notariellen Auflassungsverhandlung benannt sind und die für die GbR Handelnden erklären, dass sie deren alleinige Gesellschafter sind; weiterer Nachweise der Existenz, der Identität und der Vertretungsverhältnisse dieser GbR bedarf es gegenüber dem Grundbuchamt nicht.

BGH, Beschluss vom 28.04.2011 - V ZB 194/10

Rechtsanwalt Dr. Michael Giebel
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

V. Arbeitsrecht

1. Bundesarbeitsgericht schiebt Refinanzierung des Insolvenzgeldes durch die Bundesagentur für Arbeit einen Riegel vor

a) In der Insolvenz des Nachunternehmers erlischt die Haftung des Hauptunternehmers nach § 1a AEntG a. F. jedenfalls mit und im Umfang der Zahlung von Insolvenzgeld durch die Bundesagentur für Arbeit.

b) Die Haftung des Hauptunternehmers nach § 1a AEntG a. F. geht bei der Zahlung von Insolvenzgeld weder unmittelbar nach § 187 S. 1 SGB III noch in Verbindung mit §§ 412, 401 Abs. 1 BGB auf die Bundesagentur für Arbeit über.

BAG, Urteil vom 08.12.2010 - 5 AZR 95/10

Die Beklagte war Mitglied einer ARGE. Die ARGE beauftragte eine Nachunternehmerin mit der Ausführung von Beton- und Stahlbetonarbeiten. Über das Vermögen der Nachunternehmerin wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Bundesagentur für Arbeit (nachfolgend "Klägerin") gewährte den Arbeitnehmern der Nachunternehmerin Insolvenzgeld und meldete die übergegangenen Ansprüche auf Arbeitsentgelt zur Insolvenztabelle an. Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten einen Anspruch nach § 1a AEntG a. F. in Höhe von € 141.041,09 geltend gemacht. Das ArbG Stuttgart hatte der Klage vollumfänglich stattgegeben. Das LAG Baden-Württemberg das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Das Bundesarbeitsgericht hat das Berufungsurteil im Ergebnis bestätigt. Der Senat ist der Auffassung gefolgt, dass der Anspruch gemäß § 1a AEntG a. F. weder unmittelbar nach § 187 SGB III noch in Verbindung mit §§ 412, 401 Abs. 1 BGB auf die Klägerin übergeht. Gemäß § 187 SGB III ginge nur der (Mindest-) Lohnanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf die Bundesagentur über. Auch sei die Haftung nach § 1a AEntG a. F. im Ver-

hältnis zum Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers nicht als ein Nebenrecht im Sinne von § 401 Abs. 1 BGB anzusehen, welches mit dem gesetzlichen Übergang des Mindestlohnanspruches ebenfalls auf die Klägerin überginge. Das Bundesarbeitsgericht argumentierte insoweit primär mit den Normzwecken des § 1a AEntG a. F. Die Haftung des Hauptunternehmers nach § 1a AEntG a. F. gehe über den Zweck des § 401 Abs. 1 BGB hinaus, da es sich nicht lediglich um ein bloßes Hilfsrecht zur Durchsetzung des Mindestlohnanspruches handele, sondern dem Arbeitnehmer einen weiteren Schuldner verschaffe. Neben dem Sicherungszweck verfolge die Hauptunternehmerhaftung außerdem präventive Zwecke. Der Hauptunternehmer solle veranlasst werden, bei der Vergabe an Nachunternehmer verstärkt auf deren Zuverlässigkeit zu achten. Außerdem wollte der Gesetzgeber Schwarzarbeit in der Bauwirtschaft verhindern, mehr Arbeitsplätze schaffen und Schmutzkonkurrenz unterbinden. Diese Normzwecke stünden einer analogen Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB entgegen.

Weiter hat das Bundesarbeitsgericht klargestellt, dass der Anspruch aus § 1a AEntG a. F. auch nicht gesondert an die Klägerin abgetreten werden kann. Die Haftung des Hauptunternehmers gehe in der Insolvenz des Nachunternehmers mit Erreichen des Sicherungszwecks des § 1a AEntG a. F. unter. Dies sei jedenfalls mit und im Umfang der Zahlung von Insolvenzgeld durch die Klägerin und damit der Erfüllung der Mindestlohnansprüche der Arbeitnehmer der Fall. Der Zweck der Sicherstellung des Mindestlohns greife in der Insolvenz des Nachunternehmers nur insoweit ein, als die betroffenen Arbeitnehmer nicht durch den tatsächlichen Bezug von Insolvenzgeld geschützt seien. Auch der präventive Zweck des § 1a AEntG a. F. könne einen Vorrang der Haftung des Hauptunternehmers gegenüber der Sozialversicherung nicht begründen.

Mit dieser Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht somit der gängigen Praxis der Refinanzierung des Insolvenzgeldes durch die

Bundesagentur für Arbeit einen Riegel vorgeschoben und die Generalunternehmerhaftung aus § 1a AEntG a. F. bzw. § 14 AEntG a. F. zumindest für den Fall der Zahlung von Insolvenzgeld beschränkt. Das Urteil wurde von den Rechtsanwälten Ehret und Dr. Maier erstritten, welche die Beklagte vertreten haben.

Rechtsanwalt Patrick Ehret

2. Kein "Zuvor-Beschäftigungsverbot" bei mehr als 3 Jahre zurückliegendem früheren Arbeitsverhältnis

Ein "Zuvor-Beschäftigungsverbot" gemäß § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG liegt nicht vor, wenn ein früheres Arbeitsverhältnis mehr als 3 Jahre zurück liegt.

BAG, Urteil vom 06.04.2011 - 7 AZR 716/09

Die Klägerin, eine Lehrerin, war bei der Beklagten vom 01.11.1999 bis 31.12.1999 und vom 01.01.2000 bis 31.01.2000 zunächst als studentische Hilfskraft beschäftigt. Nach dem zweiten Staatsexamen im Juli 2006 wurde die Klägerin als Lehrkraft von der Beklagten befristet vom 01.08.2006 bis 31.07.2008 beschäftigt. Ein Befristungsgrund war im Arbeitsvertrag nicht genannt.

Die Klägerin machte die Unwirksamkeit der Befristung aufgrund der "Zuvor-Beschäftigung" als studentische Hilfskraft geltend.

Das Bundesarbeitsgericht ging in der vorgenannten Entscheidung davon aus, dass es der gesetzgeberischen Wertung entspreche, dass eine "Zuvor-Beschäftigung" nicht gegeben ist, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als 3 Jahre zurückliegt. Gemäß § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG ist die sachgrundlose Befristung bis zu einer Dauer von 2 Jahren zulässig. Nach Satz 2 der Regelung ist eine solche Befristung jedoch nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat ("Zuvor-Beschäftigung"). Das Bundesarbeits-

gericht begrenzt nun in der vorgenannten Entscheidung dieses Befristungsverbot, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als 3 Jahre zurückliegt. Diese Frist entspreche der regelmäßigen zivilrechtlichen Verjährungsfrist. Daher sei die Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG einschränkend auszulegen.

In der Vergangenheit hatte das Bundesarbeitsgericht mehrfach entschieden, dass das Befristungsverbot keine zeitliche Begrenzung habe.

Eine ausführliche Entscheidungsbegründung liegt noch nicht vor. Es bleibt abzuwarten, wie die Entscheidung in der Praxis der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung umgesetzt wird.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht

3. Im Entleiherbetrieb geltende Ausschlussfristen auf "Equal-Pay"-Anspruch des Leiharbeitnehmers finden keine Anwendung

Auch wenn der Leiharbeitnehmer nach dem sogenannten "Equal-Pay"-Anspruch vom Verleiher nach § 10 Abs. 4 AÜG die Erfüllung der wesentlichen Arbeitsbedingungen verlangen kann, wie sie der Entleiher im Stammbetrieb gewährt, muss er die im Entleiherbetrieb geltenden Ausschlussfristen nicht einhalten.

BAG, Urteil vom 23.03.2011 - 5 AZR 7/10

Für Verleihunternehmen gilt gemäß §§ 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG das sogenannte "Equal-Treatment"-Gebot. Danach sind Verleiher verpflichtet, die bei ihnen beschäftigten Leiharbeitnehmer entsprechend der im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Stammarbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitslohnes zu beschäftigen. Etwas anderes gilt, wenn dies durch einen wirksamen Tarifvertrag oder durch einzelvertragliche Bezugnahme auf einen wirksamen Tarifvertrag im Verleiherbetrieb an-

ders geregelt ist. Wenn der Leiharbeitnehmer - mangels Anwendbarkeit eines solchen Tarifvertrages - von seinem Verleihunternehmen nach § 10 Abs. 4 AÜG die Erfüllung des "Equal-Pay" verlangen kann, stellt sich die Frage, ob auch tarifvertraglich geregelte Ausschlussfristen im Entleiherbetrieb vom "Equal-Pay"-Grundsatz umfasst sind.

Das Bundesarbeitsgericht hat die vorliegende Frage verneint. Die Ausschlussfristen eines Tarifvertrages im Entleiherbetrieb gehören nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts bei europarechtskonformer Auslegung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen, die der Verleiher seinen Leiharbeitnehmern im Rahmen des "Equal-Pay" gewähren muss.

Vor dem Hintergrund, dass das Bundesarbeitsgericht in Bezug auf die Zeitarbeitsbranche die Tarifverträge der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalservice Agenturen (CGZP) für unwirksam erklärt hat (BAG vom 14.12.2010 - AZ: 1 ABR 19/10), hat das Urteil vom 23.03.2011 erhebliche Auswirkungen. Denn die Leiharbeiter, deren Arbeitsverhältnis von unwirksamen CGZP-Tarifverträgen betroffen ist, können nunmehr ohne Berücksichtigung tariflicher Ausschlussfristen von ihrem Verleihunternehmen eine vergleichbare Vergütung wie die Stammbesellschaft des Entleiherbetriebes verlangen. Es gelten insoweit nur die Verjährungsfristen von 3 Jahren gemäß § 195 BGB.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht

VI. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

CGZP kann keine Tarifverträge schließen

Die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) ist keine Spitzenorganisation, die in eigenem Namen Tarifverträge

ge abschließen kann. Sie erfüllt die hierfür erforderlichen tarifrechtlichen Voraussetzungen nicht.

Tarifverträge können auf Arbeitnehmerseite nur von einer tariffähigen Gewerkschaft oder einem Zusammenschluss solcher Gewerkschaften (Spitzenorganisation) abgeschlossen werden. Soll eine Spitzenorganisation selbst als Partei Tarifverträge abschließen, muss das zu ihren satzungsmäßigen Aufgaben gehören (§ 2 Abs. 3 TVG). Dazu müssen die sich zusammenschließenden Gewerkschaften ihrerseits tariffähig sein und der Spitzenorganisation ihre Tariffähigkeit vollständig vermitteln. Dies ist nicht der Fall, wenn die Befugnis zum Abschluss von Tarifverträgen durch die Spitzenorganisation auf einen Teil des Organisationsbereichs der Mitgliedsgewerkschaften beschränkt wird. Zudem darf der Organisationsbereich einer Spitzenorganisation nicht über den ihrer Mitgliedsgewerkschaften hinausgehen.

Das gemeinsam von ver.di und dem Land Berlin eingeleitete Beschlussverfahren betrifft die Feststellung der Tariffähigkeit der im Dezember 2002 gegründeten CGZP. Deren alleinige satzungsmäßige Aufgabe ist der Abschluss von Tarifverträgen mit Arbeitgebern, die gewerksmäßig Arbeitnehmerüberlassung betreiben wollen. Für diesen Bereich sind Tarifverträge auch für Nichtgewerkschaftsmitglieder von Bedeutung. Nach § 9 Nr. 2 AÜG haben Leiharbeitnehmer während der Zeit ihrer Überlassung an einen Entleiher Anspruch auf die dort geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen. Von diesem Gleichbehandlungsgebot kann zu Lasten der Leiharbeitnehmer nur durch einen Tarifvertrag oder aufgrund vertraglicher Bezugnahme auf einen Tarifvertrag abgewichen werden.

Die Vorinstanzen haben festgestellt, dass die CGZP nicht tariffähig ist. Die dagegen gerichteten Rechtsbeschwerden hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts zurückgewiesen. Die CGZP ist keine Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 3 TVG, weil sich ihre Mitgliedsge-

werkschaften (CGM, DHV und GÖD) nicht im Umfang ihrer Tariffähigkeit zusammengeschlossen haben. Außerdem geht der in der Satzung der CGZP festgelegte Organisationsbereich für die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung über den ihrer Mitgliedsgewerkschaften hinaus.

BAG, Beschluss vom 14.12.2010 - 1 ABR 19/10

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

VII. Veröffentlichungen, Sonstiges

1. Dr. Helmerich Bornheim

Möglichkeiten zu außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren. Ein Praxisbericht unter Berücksichtigung von Erfahrungen aus PPP Projekten

BauR 2011, 596 - 601

Dr. Helmerich Bornheim hat in der BauR 2011, S. 596 - 601 als Aufsatz einen Vortrag veröffentlicht, den er im Rahmen des Darmstädter Baubetriebsseminars 2010/2011 gehalten hatte. Gegenstand sind Möglichkeiten zu außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren. Über diese wird derzeit viel diskutiert und geschrieben, gleichwohl werden außergerichtliche Deeskalationsmechanismen von der Praxis nur sehr zögerlich aufgegriffen.

Anhand eines Praxisberichts unter Berücksichtigung von Erfahrungen aus PPP-Projekten gibt Dr. Helmerich Bornheim eine Übersicht über alternative Streitbeilegungsverfahren. Er plädiert dafür, Vertragsregelungen zur alternativen Streitbeilegung in PPP-Verträge aufzunehmen, und empfiehlt, bei der Vertragsgestaltung verschiedene Eskalationsstufen zur Streitschlichtung zu berücksichtigen.

2. Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper

Spätere Korrekturen ausgeschlossen? Zur nachträglichen Berichtigung von Betriebskostenabrechnungen

DWW 2011, 51 - 55

In der Zeitschrift DWW (Deutsche Wohnungswirtschaft) 2011, S. 51 - 55, hat unser Düsseldorfer Kollege Dr. Marian Klepper einen Aufsatz zu der Frage veröffentlicht, ob ein Vermieter seine Betriebskostenabrechnung nachträglich berichtigen und höhere Betriebskosten abrechnen darf.

Dr. Marian Klepper setzt sich hierzu mit der bislang herrschenden Meinung auseinander, die es dem Vermieter verwehrt, eine fehlerhaft erstellte Betriebskostenabrechnung zu korrigieren, wenn die Abrechnung bereits durch Nachzahlungen oder Erstattungen ausgeglichen wurde. Einen Anstoß zur Kritik an dieser herrschenden Meinung gab ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18.01.2006 (Az.: VIII ZR 94/05), welches die These von der "Verbindlichkeit" einer vorbehaltlosen ausgeglichenen Abrechnung teilweise verwarf. Auf dieser Basis entwickelt Dr. Marian Klepper seinen Standpunkt, wonach eine nachträgliche Berichtigung von Betriebskostenabrechnungen nur in seltenen Fällen ausgeschlossen sei.

3. Claudia Winckelmann-Samuel

Begleitetes Fahren gem. § 48a Fahrerlaubnisverordnung

Begleitetes Fahren, umgangssprachlich auch Führerschein ab 17 Jahren, ist eine Sonderregelung in Deutschland bei der Zulassung von Personen zum Straßenverkehr.

Dabei wird es Jugendlichen bereits mit 17 Jahren ermöglicht, eine Fahrerlaubnis der Klasse B oder BE zu erwerben. Diese Fahrerlaubnis ist jedoch mit der Auflage verbunden, nur zusammen mit einer in der Prüfbescheini-

gung namentlichen genannten Begleitperson, zu fahren.

Begleitetes Fahren war ursprünglich ein Modellversuch des Landes Niedersachsen. Nach dem Ergebnis des niedersächsischen Modellversuchs haben die Teilnehmer in der Begleitphase deutlich weniger Unfälle verursacht bzw. Verkehrsverstöße begangen. Die positiven Auswirkungen des begleiteten Fahrens mit 17 wurden damit eindeutig belegt.

Seit August 2010 gibt es nun eine bundeseinheitliche Regelung im § 48a Fahrerlaubnisverordnung. Nach der neuen bundeseinheitlichen Regelung sind als Begleitperson nur Personen zulässig, die mindestens 30 Jahre alt und länger als 5 Jahre in Besitz einer gültigen Fahrerlaubnis mindestens der Klasse B oder der alten Klasse 3 sind. Sie dürfen zum Zeitpunkt der Erteilung der Prüfungsbescheinigung nicht mehr als 3 Punkte im Verkehrszentralregister haben. Als Begleitpersonen können sich maximal 5 Personen eintragen lassen. Diese Begleitpersonen müssen bei Antragsstellung namentlich genannt werden und ihr Einverständnis dazu erklären.

Die Begleitperson darf - im Gegensatz zu einem Fahrlehrer - nicht in die Fahrzeugbedie-

nung eingreifen. Sie ist nicht die verantwortliche Führerin des Fahrzeugs. Sie darf daher auf jedem beliebigen Fahrgastsitz, auch auf der Rückbank, mitfahren. Für die Begleitperson gilt während der Fahrt eine 0,5 ‰-Grenze.

Begleitetes Fahren ist im Ausland nicht gestattet. Lediglich in Österreich wird die Prüfungsbescheinigung des Führerscheins ab 17 anerkannt und umgekehrt auch die österreichische Prüfungsbescheinigung in Deutschland.

Das Fahren ohne eingetragene Begleitperson erfüllt nicht den Tatbestand des Fahrens ohne Fahrerlaubnis gem. § 21 StVG. Es droht ein Bußgeld in Höhe von € 50,00 oder ein Punkt im Verkehrszentralregister. Außerdem wird die Fahrerlaubnis widerrufen und darf erst nach der Teilnahme an einem Aufbauseminar neu erteilt werden.

Mit Vollendung des 18. Lebensjahres kann der Inhaber des Führerscheins mit 17 bei der zuständigen Straßenverkehrsbehörde einen regulären Kartenführerschein beantragen. Die Prüfbescheinigung verliert ihre Gültigkeit 3 Monate nach Vollendung des 18. Lebensjahres.

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 2011**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim
Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Dr. Michael Giebel, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg
Druck: Druckerei Odenwälder, Karl-Trunzer-Straße 2, 74722 Buchen