

Mandanten-Rundbrief

- März 2009 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	BGH teilt Argumentation der Rechtsanwälte Bornheim, v. Rosenthal & Kollegen - „Bau-ARGE ist im Regelfall kein Kaufmann“	2
2.	Gerichtliche Schätzung bei fehlender schriftlicher Urkalkulation?	2
3.	Spekulativ überhöhte Einheitspreise können sittenwidrig sein!	3
II.	Leitsätze zum Privaten Bau- und Architektenrecht	4
III.	Vergaberecht	7
	Die Auswirkungen des Konjunkturpakets II auf das Vergaberecht	7
IV.	Leitsätze zum Vergaberecht	8
V.	Mietrecht	10
	BGH zur Kündigung zum Zwecke angemessener wirtschaftlicher Verwertung	10
VI.	Leitsätze zum Mietrecht	11
VII.	Gesellschaftsrecht	12
	Schadensersatzpflicht von sogenannten „Berufsklägern“	12
VIII.	Insolvenzrecht	13
	Direktzahlungen des Auftraggebers gem. § 16 Nr. 6 VOB/B an einen Nachunternehmer (des Auftragnehmers) gewähren diesem eine inkongruente Deckung im Sinn des § 131 Abs. 1 InsO!	13
IX.	Arbeitsrecht	14
	Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Ethik-Richtlinien	14
X.	Leitsätze zum Arbeitsrecht	14

HEIDELBERG

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

FRANKFURT

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

BERLIN

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

POTSDAM

Kurfürstenstr. 32
14667 Potsdam
Tel.: 0331/6264499-0
Fax: 0331/6264499-49

DÜSSELDORF

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

HAMBURG

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

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. BGH teilt Argumentation der Rechtsanwälte Bornheim, v. Rosenthal & Kollegen - „Bau-ARGE ist im Regelfall kein Kaufmann“

BGH, Beschluss vom 21.01.2009 - Xa ARZ 273/08

Vorgeschichte:

„Eine Bau-ARGE ist (doch) kein Kaufmann!“ war Ergebnis eines Urteils des OLG Karlsruhe vom 07.03.2006 - 17 U 73/05, das wir für eine Mandantin erstritten hatten. Damit waren Ansprüche erfolgreich abgewehrt worden, die aus abgetretenem Recht ungeachtet eines bestehenden Abtretungsverbotes gegen diese geltend gemacht worden waren. Wäre die ARGE als Kaufmann anzusehen, wäre das Abtretungsverbot über § 354 a HGB überwindbar gewesen.

Entscheidung des BGH:

Da es anders lautende Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte gab, hat nun der BGH zur rechtlichen Qualifikation der Bau-Arbeitsgemeinschaft entschieden. Der BGH führt aus, dass eine Bau-ARGE ohne anders lautende sichere Anhaltspunkte als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) zu qualifizieren ist.

Der Entscheidung des BGH lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Bau-Arbeitsgemeinschaft und deren Gesellschafter wurden als Gesamtschuldner aus einem Vertrag zwischen der ARGE und dem Kläger vor einem Gericht auf Zahlung verklagt, in dessen Gerichtsbezirk keiner der Beklagten seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte. Der Kläger stützte sich auf eine Gerichtsstandsklausel seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Das verfahrensrechtlich zur Gerichtsstandsbestimmung gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 3 analog in Verbindung mit Abs. 2 ZPO angerufene OLG Brandenburg legte den Vorgang gemäß § 36 Abs. 3 ZPO dem BGH vor, weil es beabsichtigte, mit seiner Entscheidung von einer anders

lautenden Entscheidung eines anderen OLG abzuweichen.

Der BGH hat dazu entschieden: Eine Gerichtsstandsklausel ist nur wirksam, wenn es sich bei den Beteiligten um Kaufleute im Sinn des Handelsgesetzbuchs handelt. Die Gerichtsstandsklausel hält der BGH vorliegend gemäß § 38 Abs. 1 ZPO für unwirksam, da keine sicheren Anhaltspunkte für die Qualifikation der Bau-ARGE als offene Handelsgesellschaft (oHG) vorliegen. Für die Qualifikation einer Bau-ARGE als oHG und damit als „Kaufmann“ verlangt der BGH im Einzelfall sichere Anhaltspunkte. Damit widerspricht er der Auffassung des OLG Frankfurt („Eine Bau-ARGE wird ohne Publizitätsakt eine oHG und damit zur Handelsgesellschaft, wenn ihr Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.“) und nimmt die rechtliche Einordnung mit dem von unserer Kanzlei erstrittenen Urteil des OLG Karlsruhe vor. Danach ist eine Bau-ARGE in der Regel als GbR zu qualifizieren, weil die Abwicklung nur einer Baumaßnahme durch die ARGE schon keine auf Dauer angelegte Gewerbetätigkeit beinhaltet. Der Betrieb eines Handelsgewerbes gemäß § 1 HGB scheidet somit gleichfalls aus.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk

2. Gerichtliche Schätzung bei fehlender schriftlicher Urkalkulation?

Die Höhe des kalkulierten Gewinns kann bei einer Vergütungsanpassung nach § 2 Nr. 3 VOB/B sachverständig anhand von Erfahrungswerten unter Beachtung des vertraglichen Preisniveaus geschätzt werden, wenn der Auftragnehmer keine schriftliche Urkalkulation vorlegen kann.

OLG Koblenz, Urteil vom 24.05.2006 - 6 U 1273/03 (nachfolgend: BGH, Beschluss vom 19.06.2008 - VII ZR 128/06 [Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen])

Der Entscheidung des OLG Koblenz liegt ein Rechtsstreit über eine Preisanpassung wegen einer Mengenerhöhung nach § 2 Nr. 3 Abs. 2

VOB/B zugrunde. Nachdem der Auftragnehmer keine schriftliche Urkalkulation vorlegen konnte, beauftragte das Gericht einen Sachverständigen, die Zusammensetzung der ursprünglichen Kalkulation des maßgeblichen Einheitspreises nach Erfahrungssätzen und dem Preisniveau des streitgegenständlichen Vertrages zu begutachten. Vorgabe war jedoch, aus der Bandbreite der erfahrungsgemäß üblichen Kosten die jeweils höchsten Selbstkosten zugrunde zu legen und daraus auf den kalkulierten Gewinn zu schließen.

Die Entscheidung des OLG Koblenz ist mit Vorsicht zu genießen und sollte insbesondere von Auftragnehmern nicht überschätzt werden. Fraglich dürfte schon sein, ob eine Schätzung der kalkulierten Kosten nach § 287 ZPO anhand der Bandbreite „üblicher Kalkulationsansätze“ möglich ist. Außerdem hat das OLG Frankfurt mit Urteil vom 25.05.2007 (Az.: 19 U 127/06) für die vergleichbare Preisermittlung nach § 2 Nr. 5 VOB/B entschieden, dass behauptete Mehraufwendungen nicht baubetrieblich kalkulatorisch zu ermitteln sind, sondern tatsächlich entstanden sein müssen.

Rechtsanwalt Dr. Jan Scheube

3. Spekulativ überhöhte Einheitspreise können sittenwidrig sein!

a) Steht der nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder § 2 Nr. 5 VOB/B neu zu vereinbarende Einheitspreis für Mehrmengen in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zur Bauleistung, kann die dieser Preisbildung zugrunde liegende Vereinbarung sittenwidrig und damit nichtig sein.

b) Ist der nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder § 2 Nr. 5 VOB/B zu vereinbarende Einheitspreis für Mehrmengen um mehr als das Achthundertfache überhöht, weil der Auftragnehmer in der betreffenden Position des Leistungsverzeichnisses einen ähnlich überhöhten Einheitspreis für die ausgeschriebene Menge angeboten hat, besteht eine Vermutung für ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers.

c) Diese Vermutung wird nicht dadurch entkräftet, dass der Auftragnehmer in anderen Positionen unüblich niedrige Einheitspreise eingesetzt hat. Ein derartig spekulatives Verhalten des Auftragnehmers ist nicht schützenswert.

d) An die Stelle der nichtigen Vereinbarung über die Bildung eines neuen Preises auf der Grundlage des überhöhten Einheitspreises tritt die Vereinbarung, die Mehrmengen nach dem üblichen Preis zu vergüten.

BGH, Urteil vom 18.12.2008 - VII ZR 201/06

Der Kläger (Auftragnehmer) verlangte mit der Klage von dem Beklagten (Auftraggeber) Restwerklohn, für die Errichtung eines Regenrückhaltebeckens. Zwischen den Parteien besteht Streit über die Höhe der geschuldeten Vergütung für die über 110 % hinausgehenden Mehrmengen an Stahl. Im Vertrag hatte der Auftragnehmer für zwei ähnliche Positionen „200 kg Betonstahl ... liefern und verlegen für Bauteile aus Ortbeton. Schneiden und Biegen ist abzurechnen“ bzw. „100 kg Betonstahl... liefern und verlegen. Schneiden und Biegen ist einzurechnen.“ jeweils einen Preis in Höhe von 2.210,00 DM/kg ausgewiesen. Tatsächlich fielen erhebliche Mehrmengen an. Der Auftragnehmer berechnete für die Mehrmengen über 110 % der Ausgangsmenge unter Berücksichtigung der vereinbarten Einheitspreise einen etwas reduzierten Preis in Höhe von 2.045,00 DM/kg. Ein in der ersten Instanz beauftragter Sachverständiger ermittelte einen angemessenen Einheitspreis für die Vertragspositionen in Höhe von 2,47 DM/kg. Das OLG Jena entschied, dass auch weit überhöhte Einheitspreise mit Treu und Glauben zu vereinbaren seien, solange dies nicht zu einem untragbaren Ergebnis führe und begrenzte die Vergütung mit diesem Argument auf das zweihundertfache des ortsüblichen und angemessenen Preises.

Der BGH hebt das Urteil des OLG Jena auf und verweist das Verfahren zur Entscheidung zurück. Nach Auffassung des BGH kann die Vereinbarung der Parteien, auf der Grundlage des vereinbarten erheblich überhöhten Ein-

heitspreises einen neuen Preis bilden zu können, sittenwidrig und damit nichtig sein. Eine Sittenwidrigkeit kann - auch für einzelne Einheitspreise - immer dann vorliegen, wenn der Preis in einem auffälligen Missverhältnis zur Gegenleistung steht. Dafür erforderlich ist sowohl ein objektives Missverhältnis von Preis und Leistung sowie ein Hinzutreten subjektiver Umstände, wie z. B. eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten. Im konkreten Fall geht der BGH sogar davon aus, dass aufgrund des weit überhöhten Einheitspreises (850-fach überhöht) eine widerlegbare Vermutung für ein sittlich vorwerfbares Gewinnstreben auf Seiten des Auftragnehmers besteht. Allerdings erhält der Auftragnehmer in dem neuen Verfahren vor dem OLG Gelegenheit, gegen diese Vermutung vorzutragen und hierzu Stellung zu nehmen.

Mit dem Urteil unterzieht der BGH erstmals auch einzelne Einheitspreise eines Bauvertrages einer Sittenwidrigkeitsprüfung. In der Praxis wird es in der Regel nicht zu solch erheblichen Preisüberhöhungen kommen, wie dies hier der Fall ist. Auf typische, leicht überhöhte Einheitspreise (10 – 20 %) lässt sich das Urteil daher nicht übertragen. Abzuleiten ist aus dem Urteil jedoch, dass für die Ausgangsmengen der erheblich überhöhte Einheitspreis nicht zu beanstanden ist. Wesentlich ist auch, dass der BGH den umgekehrten Fall - eines besonders niedrigen Einheitspreises - dahinstehen lässt.

Rechtsanwältin Daniela Beines

II. Leitsätze zum Privaten Bau- und Architektenrecht

1. Zur Abrechnungspflicht eines Kostenvorschusses

a) Aus dem vertraglichen Charakter des Vorschussanspruchs folgt, dass der Auftragnehmer grundsätzlich berechtigt ist, den zur Mängelbeseitigung gezahlten Vorschuss zurückzufordern, wenn der Auftraggeber die Mängelbeseitigung nicht innerhalb einer angemessenen Frist durchführt oder diese nicht mehr ernsthaft betreibt.

- b) In welcher Zeit der Auftraggeber die Nachbesserung vorzunehmen und eine Abrechnung zu erteilen hat, hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Allgemein wird ein Richtwert von einem halben, äußerstenfalls von einem Jahr nach Zahlung des im vorliegenden Fall titulierten Vorschussanspruches angenommen. Im Einzelfall kann aber auch eine Frist von vier Jahren angemessen sein.
- c) Der Senat folgt nicht der vereinzelt gebliebenen Auffassung, dass der zur Mängelbeseitigung gezahlte Vorschuss bei seiner verspäteten Verwendung nicht zurückzahlen sei, sondern dass der Bauherr in diesem Fall mit Erfolg mit den Kosten der Mängelbeseitigung abrechnen könne, die bei rechtzeitiger Verwendung des Vorschusses angefallen wären. Denn aus dem vertraglichen Charakter des Rückzahlungsanspruches bei nicht rechtzeitiger Verwendung des zur Mängelbeseitigung gezahlten Vorschusses innerhalb einer angemessenen Frist und der Zweckgebundenheit des Vorschusses folgt, dass nach Ablauf der angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung die Berechtigung des Bauherrn entfällt, den zweckgebunden gezahlten Vorschuss zu behalten.

OLG Oldenburg, Urteil vom 17.04.2008 - 8 U 2/08

2. Kündigung eines Bauvertrags aus wichtigem Grund

a) Die Kündigung eines Bauvertrages aus wichtigem Grund ist zulässig, wenn das gerade für den Bauvertrag als eines auf Kooperation der Vertragspartner angelegten Langzeitvertrages voraussetzende Vertrauensverhältnis durch das Verhalten eines Vertragspartners derart empfindlich gestört ist, dass die Erreichung des Vertragszwecks konkret gefährdet und dem betroffenen Teil die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist. Eine positive Vertragsverletzung als Kündigungsgrund setzt voraus, dass der Auftragnehmer sich

schuldhaft verhalten hat. Eine fristlose Kündigung ist jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn der Auftragnehmer trotz Abmahnungen mehrfach und nachhaltig gegen eine Vertragspflicht verstößt und wenn sein Verhalten ein hinreichender Anlass ist für die Annahme, dass er sich auch in Zukunft nicht vertragstreu verhalten wird.

- b) Bei der Entscheidung der Frage, ob eine zur Kündigung aus wichtigem Grunde berechtigende Vertragsverletzung vorliegt, kommt es nicht darauf an, ob Haupt- oder Nebenpflichten aus einem Bauvertrag verletzt worden sind, weil auch Nebenpflichten für den vereinbarten Vertragszweck von erheblicher Bedeutung sein können.

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

3. Zum Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters aus einer ARGE

Scheidet der vorletzte Gesellschafter aus einer BGB-Gesellschaft aus, für die im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, dass die Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt wird, führt dies, soweit nichts Abweichendes geregelt ist, zur liquidationslosen Vollbeendigung der Gesellschaft und zur Anwachsung des Gesellschaftsvermögens bei dem letzten verbliebenen Gesellschafter.

BGH, Urteil vom 07.07.2008 - II ZR 37/07

4. Zuweisung des Baugrundrisikos

Das Baugrundrisiko fällt grundsätzlich in die Risikosphäre des Auftraggebers, weil es sich um den vom Auftraggeber im Sinne der §§ 644 f. BGB zur Verfügung zu stellenden Stoff handelt. Dem Auftragnehmer darf insoweit kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden, es sei denn, der Auftraggeber hat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, dem Auftragnehmer das Baugrundrisiko vertraglich aufzubürden. Verwirklicht sich das Baugrundrisiko, stehen dem Unternehmer Mehrvergü-

tungsansprüche nach § 2 Nr. 5 VOB/B gleichwohl nur zu, wenn die Erschwernisse für ihn unvorhersehbar waren, was jedenfalls dann nicht der Fall ist, wenn sie für den Auftragnehmer als Fachunternehmen aufgrund einer Inaugenscheinnahme oder einer lückenhaften Ausschreibung bereits erkennbar gewesen sind

OLG Brandenburg, Urteil vom 16.07.2008 - 4 U 187/07

5. Bindung des Architekten an die Honorarschlussrechnung

- a) An eine Schlussrechnung ist der Architekt gebunden, wenn der Auftraggeber auf eine abschließende Berechnung des Honorars vertrauen durfte und er sich im berechtigten Vertrauen auf die Endgültigkeit der Schlussrechnung in schutzwürdiger Weise so eingerichtet hat, dass ihm eine Nachforderung nicht mehr zugemutet werden kann.
- b) Allein die Bezahlung der Schlussrechnung ist keine Maßnahme, mit der sich der Auftraggeber in schutzwürdiger Weise auf die Endgültigkeit der Schlussrechnung einrichtet.
- c) Die Unzumutbarkeit der Nachforderung setzt voraus, dass die dadurch entstehende zusätzliche Belastung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls für den Auftraggeber eine besondere Härte bedeutet.

BGH, Urteil vom 23.10.2008 - VII ZR 105/07

6. HOAI: Vereinbarung über Anzahl der Gebäude bzw. Anlagen kann wirksam sein

Ebenso wie die Parteien im Rahmen des ihnen durch die HOAI eröffneten Beurteilungsspielraums eine vertretbare Festlegung der Honorarzone vorsehen können, bleibt es ihnen unbenommen, eine vertretbare Einschätzung hinsichtlich der Möglichkeit des isolierten

Betreibens von einzelnen Teilen des in Auftrag gegeben Projekts unter Aufrechterhaltung deren Funktionsfähigkeit zu treffen.

OLG Stuttgart, Urteil vom 03.05.2007 - 19 U 13/05

7. Zur „Geringfügigkeit“ eines Mangels

Für die Beurteilung, ob ein Mangel als geringfügig im Sinn des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB einzustufen ist, ist auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung des Käufers abzustellen. Ein zu diesem Zeitpunkt erheblicher Mangel wird nicht dadurch unerheblich, dass es im Verlauf der sich anschließenden Auseinandersetzung einem gerichtlich bestellten Sachverständigen gelingt, den Mangel zumindest provisorisch zu beseitigen.

BGH, Urteil vom 05.11.2008 - VIII ZR 166/07

8. Eine vorbehaltlose Zahlung einer Rechnung ist kein Anerkenntnis

Die vorbehaltlose Bezahlung einer Rechnung rechtfertigt für sich genommen weder die Annahme eines deklaratorischen noch eines „tatsächlichen“ Anerkenntnisses der beglichenen Forderung.

BGH, Urteil vom 11.11.2008 - VIII ZR 265/07

9. Wer trägt die durch ein Nachprüfungsverfahren entstandenen Mehrkosten?

a) Verzögert sich der Baubeginn durch ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren, so ist die Leistungszeit in entsprechender Anwendung von § 6 Nr. 1 VOB/B und die Vergütung in entsprechender Anwendung von § 2 Nr. 5 VOB/B anzupassen. Wenn der öffentliche Auftraggeber eine Vertragsanpassung in der einen oder anderen Hinsicht schon dem Grunde nach ablehnt, steht dem Auftragnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht zu.

b) Äußert ein Auftragnehmer technisch begründete Bedenken gegen die Umsetzbarkeit der Bauausführungsplanung des Auftraggebers, so rechtfertigt dies grundsätzlich eine Kündigung aus wichtigem Grunde, insbesondere wegen eines Vertrauensverlustes, nicht.

OLG Naumburg, Urteil vom 02.10.2008 - 1 U 42/08

10. Sehr strenge Anforderungen an Planer bei schwierigen Boden- und Wasserverhältnissen

a) Der Architekt hat grundsätzlich Anlass zu sorgfältigsten Überlegungen im Hinblick auf die Boden- und Wasserverhältnisse. Dies gilt um so mehr in allen Zweifelsfällen, z. B. bei Vorhandensein unterschiedlicher oder schwieriger Bodenarten. Die Planung muss den nach Sachlage notwendigen Schutz gegen Wasser vorsehen. Die Planung der Abdichtung eines Bauwerks gegen Wasser muss bei einwandfreier Ausführung zu einer fachlich richtigen, vollständigen und dauerhaften Abdichtung führen.

b) Sind Details der Ausführung besonders schadensträchtig, müssen diese im Einzelnen geplant und dem Unternehmer in einer jedes Risiko ausschließenden Weise verdeutlicht werden. Die Planung muss dem ausführenden Unternehmer verdeutlichen, welche Anforderungen die Abdichtung erfüllen muss. Von einer derartig detaillierten Planung darf der Architekt nur absehen, wenn sie dem Unternehmer bereits bekannt ist und der Architekt sich darauf verlassen kann, dass sie auch ohne nochmaligen planerischen Hinweis ordnungsgemäß ausgeführt wird.

c) Die Abgrenzung der Verursachungs- und Verschuldensanteile hat im Einzelfall unter Berücksichtigung der Verantwortungsbereiche des planenden Architekten und des ausführenden Unternehmers zu erfolgen. Maßstab für die Abwägungen der jeweiligen

Haftungsbeiträge ist der Gedanke des Vertrauensschutzes.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.02.2008 - 23 U 58/07

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Vergaberecht

Die Auswirkungen des Konjunkturpakets II auf das Vergaberecht

Der Bundesrat hat am 20.02.2009 beschlossen, dem vom Bundestag am 13.01.2009 verabschiedeten Gesetz zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland („Konjunkturpaket II“) zuzustimmen. Das Konjunkturpaket II soll den Folgen der derzeitigen konjunkturellen Schwächephase u. a. durch Erleichterungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge an die Industrie entgegenwirken.

Um die Vergabeverfahren in den Jahren 2009 und 2010 zu beschleunigen, hat die Bundesregierung folgende Schwellenwerte für Beschränkte Ausschreibungen und Freihändige Vergaben (jeweils ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb) eingeführt:

Bauleistungen (VOB/A)

Beschränkte Ausschreibung: € 1.000.000,00
 Freihändige Vergabe: € 100.000,00

Dienst- und Lieferleistungen (VOL/A)

Beschränkte Ausschreibung: € 100.000,00
 Freihändige Vergabe: € 100.000,00

Unterhalb dieser Schwellenwerte können die Vergabestellen Beschränkte Ausschreibungen oder Freihändige Vergaben durchführen, ohne das Vorliegen der Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes nachweisen und begründen zu müssen.

Die Kostengrenzen für „kleine Baumaßnahmen“ des Bundes (§ 54 Abs. 1 S. 1 BHO) sowie Zuwendungsbaumaßnahmen, unterhalb derer ein vereinfachtes Verfahren möglich ist,

werden von € 1 Mio. auf € 5 Mio. angehoben. Zum Nachweis der Eignung des Bieters sind nunmehr regelmäßig Eigenerklärungen des Unternehmens ausreichend.

Die Festlegung der Schwellenwerte gilt bis zum 31.12.2010 und nur für Vergaben des Bundes. Die Gesamtvergütung der Maßnahme muss unterhalb der Schwellenwerte für eine europaweite Ausschreibung (§ 3 VgV) liegen. Die Regelung findet keine Anwendung auf Lose einer europaweiten Vergabe nach § 2 Nr. 7, 8 VgV und auf Vergaben von Ländern und Gemeinden. Die Länder und Gemeinden sind jedoch aufgefordert, ihre Vergabeverfahren ebenfalls durch eine Anhebung der Schwellenwerte zu erleichtern. Das Bundeswirtschaftsministerium hat den Beschluss für Vergaben des Bundes nach der VOL/A mit Rundschreiben vom 29.01.2009 umgesetzt. Die Einführung der Schwellenwerte für Vergaben des Bundes nach der VOB/A erfolgte am 27.01.2009 durch das zuständige Ministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung. Die Bundesländer folgen der Aufforderung derzeit und erklären die Schwellenwerte für Vergaben auf Länderebene für verbindlich.

Auch die Europäische Kommission hält in Anbetracht des Ausnahmecharakters der aktuellen Wirtschaftslage eine raschere Durchführung umfangreicher öffentlicher Aufträge mit europaweiter Ausschreibung für erforderlich. Hierzu sieht die Vergaberichtlinie 2004/18/EG bei Dringlichkeit für das Nichtoffene und das Verhandlungsverfahren eine Beschleunigung durch Verkürzung der Verfahrensfristen vor. Am 19.12.2008 hat die Europäische Kommission mitgeteilt, dass sie die Voraussetzungen für eine Fristverkürzung in den Jahren 2009 und 2010 bei allen größeren öffentlichen Projekten für gegeben hält.

Im beschleunigten Verfahren können öffentliche Auftraggeber - mit Ausnahme der Sektorenauftraggeber - die Frist für Teilnahmeanträge von 37 auf 10 Tage verkürzen, wenn die Vergabebekanntmachung elektronisch übermittelt wurde, und die nachfolgende Frist für die ausgewählten Bewerber, innerhalb derer

diese ihr Angebot einreichen können, von 40 auf 10 Tage herabsetzen.

Im Beschluss Nr. 2 zum Konjunkturpaket II hat die Bundesregierung das Wirtschaftsministerium und das Ministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung aufgefordert, befristet auf zwei Jahre für die VOB/A, die VOL/A und die VOF klarzustellen, dass entsprechend der Mitteilung der Europäischen Kommission vom 19.12.2008 von einer Dringlichkeit auszugehen ist, die es rechtfertigt, die in die VOB/A und VOL/A übernommenen Vergabeverfahrensfristen zu verkürzen. Die zuständigen Bundes- und die meisten Länderministerien sind dieser Aufforderung bereits nachgekommen. Damit erhalten die deutschen Vergabestellen Rechtssicherheit.

Rechtsanwalt Christoph Siegl

IV. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Angebotsausschluss wegen Ansatzes zu niedriger HOAI-Prozentsätze?

- a) In einem Verhandlungsverfahren nach der VOF steht dem öffentlichen Auftraggeber bei der Auswahl des günstigsten Angebots ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu. Die Entscheidung über die Vergabe eines Architekten- oder Ingenieurauftrags soll sich danach richten, welcher Bewerber am ehesten die Gewähr für eine sachgerechte und qualitätsvolle Leistungserbringung bietet. Im Nachprüfungsverfahren kann daher nur geprüft werden, ob der Auftraggeber die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts beachtet hat, von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist, allgemein gültige Bewertungsmaßstäbe eingehalten und die Bewertung frei von sachfremden und willkürlichen Erwägungen vorgenommen hat.
- b) Eine (versteckte) Unterschreitung des Mindestsatzes kann auch durch den Ansatz zu niedriger Prozentsätze aus den Leistungsbildern für die betreffenden Leistungsphasen erfolgen.

- c) Ein Angebot, dessen Preis sich nicht im durch die Gebühren- oder Honorarordnung vorgegebenen Rahmen hält, insbesondere unterhalb der vorgegebenen Mindestsätze liegt, darf nicht zum Zuge kommen, auch wenn es im Übrigen die Zuschlagskriterien erfüllt. Die Vergabestelle muss deshalb sicherstellen, dass die Mindestsätze der HOAI nicht unterschritten werden. Ein Ausschluss des Angebots ist nach der Rechtsprechung des Senats in der Regel aber erst nach Scheitern von Nachverhandlungen angezeigt. Im Hinblick auf eine hier indiziell nicht auszuschließende Unterschreitung der Mindestsätze wird deshalb voraussichtlich vor einer Auftragsvergabe zu prüfen sein, ob die Honorarermittlung § 5 Abs. 2 HOAI entspricht oder gegen § 4 Abs. 2 HOAI verstößt.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 09.08.2007 - 11 Verg 6/07

2. Zum Bieterrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

- a) Unterhalb der Schwellenwerte des § 2 VgV ist für den Primärrechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen öffentlicher Auftraggeber der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten zulässig; Bieter können die Unterlassung der beabsichtigten Auftragserteilung an einen Konkurrenten im Wege der einstweiligen Verfügung nach den §§ 935 ff. ZPO geltend machen.
- b) Ein entsprechender Verfügungsanspruch kann sich aus den §§ 1004, 823 BGB in Verbindung mit Art. 3 GG ergeben. Daneben kommen Unterlassungsansprüche unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes nach den §§ 311 Abs. 2, 241, 280 BGB in Betracht, solange die Verletzungshandlung oder der pflichtwidrig geschaffene Zustand noch andauert.
- c) Unterhalb der Schwellenwerte genießt der Bieter Vertrauensschutz auf ein vergaberechtskonformes Verfahren unter Beachtung der einschlägigen Verdingungsord-

nung nur, wenn sich der Auftraggeber der jeweiligen Verdingungsordnung ausdrücklich unterworfen und ihr damit Außenwirkung verliehen hat. Der Bieter muss bereits im Rahmen des Verfügungsanspruchs glaubhaft machen - nicht beweisen - dass ihm bei vergaberechtskonformem Verhalten des Auftraggebers der Zuschlag gebührt hätte.

OLG Jena, Urteil vom 08.12.2008 - 9 U 431/08

3. Das Vergabeverfahrensrisiko darf nicht auf den Bieter übertragen werden

Bauzeitverzögerungen durch den Entscheidungsprozess des Auftraggebers oder durch das Verhalten von Bietern in Form der Einleitung und Durchführung von Nachprüfungsverfahren liegen im Risikobereich des Auftraggebers. Deswegen ist ein Vorbehalt, die Leistung bis zu 4 Monate nach dem Ablauf der Bindefrist vorzunehmen, unzulässig.

VK Brandenburg, Beschluss vom 30.09.2008 - VK 30/08

4. Zur Bewertung von Unterkriterien nach einer Bewertungsskala

- a) Werden Unterkriterien anhand einer Bewertungsskala bewertet, dann ist diese Bewertungsskala den Bietern vor Abgabe der Angebote gemäß § 16 Abs. 2 VOF bekanntzugeben.
- b) Kommt es bei der Verteilung von Punkten aufgrund einer Bewertungsskala zu gravierenden Unterschieden bei der Bewertung der Angebote, so sind diese Unterschiede zu begründen. Diese entscheidungsrelevanten Gründe müssen gemäß § 18 VOF im Vergabevermerk nachvollziehbar dargelegt werden.

VK Münster, Beschluss vom 28.11.2008 - VK 19/08

5. Zeitpunkt der Benennung von Nachunternehmern

Es kann für die Bieter unzumutbar sein, bereits bei Angebotsabgabe die Benennung der von ihnen einzusetzenden Nachunternehmer vorzunehmen und entsprechende Verpflichtungserklärungen vorzulegen. Die Namen der Nachunternehmer und die Verpflichtungserklärungen müssen aber bis spätestens zu dem Zeitpunkt vorliegen, in welchem die Vergabestelle ihre Zuschlagserteilung treffen will.

OLG München, Beschluss vom 22.01.2009 - Verg 26/08

6. Zu den Voraussetzungen für eine Aufhebung einer Ausschreibung

- a) Hat die Vergabestelle die Ausschreibung aufgehoben, hält aber an ihrer Vergabeabsicht fest, besteht insoweit die Möglichkeit, auch gegen die Aufhebung der Ausschreibung vorzugehen.
- b) Nach § 26 Nr. 1 Buchst. c VOB/A kann eine Ausschreibung nur dann ohne Konsequenzen aufgehoben werden, wenn hierfür schwerwiegende Gründe bestehen. Kein solcher Aufhebungsgrund liegt vor, wenn die Bindefrist abgelaufen ist und die betroffenen Bieter, deren Angebote in die engere Wahl kamen, weiter zum Vertragsschluss bereit sind.
- c) Die Zustimmung zur Bindefristverlängerung kann auch konkludent erfolgen.

VK Nordbayern, Beschluss vom 19.11.2008 - 21.VK-3194-50/08

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

V. Mietrecht

BGH zur Kündigung zum Zwecke angemessener wirtschaftlicher Verwertung

a) Eine wirtschaftliche Verwertung ist angemessen im Sinn des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB, wenn sie von vernünftigen nachvollziehbaren Erwägungen getragen wird.

b) Die Beurteilung der Frage, ob dem Eigentümer durch den Fortbestand eines Mietverhältnisses erhebliche Nachteile entstehen und er deshalb zur Kündigung des Mietverhältnisses berechtigt ist, ist vor dem Hintergrund der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) und damit des grundsätzlichen Bestandsinteresses des Mieters vorzunehmen. Die hierzu erforderliche Abwägung lässt sich nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles treffen.

c) Ist wegen des Alters und schlechten baulichen Zustandes eines Gebäudes eine „Vollsanierung“ oder ein Abriss mit anschließender Errichtung eines Neubaus geboten, kann ein erheblicher Nachteil des Vermieters im Sinn des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB darin liegen, dass er anderenfalls auf eine „Minimalsanierung“ verwiesen wird, die weder zu einer nachhaltigen Verbesserung, noch zu einer Verlängerung der verhältnismäßig geringen Restlebensdauer des Gebäudes führen.

BGH, Urteil vom 28.01.2009 - VIII ZR 8/08

Der Beklagte ist seit 1981 Mieter einer Wohnung in einem 1914 errichteten Wohnhaus in Heidelberg. Die Klägerin hat das Objekt Anfang 2005 erworben und sämtlichen Mietern mit gesetzlicher Frist gekündigt. Sie plant den Abriss des sanierungsbedürftigen Gebäudes und die Neuerrichtung einer Wohnanlage mit sechs Eigentumswohnungen und mehr als doppelter Wohnfläche.

Das Amtsgericht hat die Räumungsklage abgewiesen. Auf die Berufung hat das Landgericht zur Räumung verurteilt.

In den Entscheidungsgründen hat das Berufungsgericht festgestellt, dass der klagende Eigentümer, ein Bauträger, bei einem Fortbestand des Mietverhältnisses an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung des Gebäudes gehindert wäre und dadurch erhebliche Nachteile erleiden würde. Das Gericht hat dabei auch die Renditesituation geprüft, die sich für den Eigentümer bei den Verwertungsalternativen ergibt. Maßgeblich ist nach der Entscheidung aber, dass der Abriss und anschließende Neubau als wirtschaftlich vernünftig und nach den Gesamtumständen angemessen angesehen wurde. Der Grundstückseigentümer dürfe nicht darauf verwiesen werden, sich auf Sanierungsmaßnahmen zu beschränken, die nur mit erheblichem Kostenaufwand zu einer Behebung des Instandhaltungszustaus und einer Restnutzungsdauer von ca. 15-20 Jahren führen würden. Dementsprechend würde die Klägerin bei Fortbestand des Mietverhältnisses erhebliche Nachteile erleiden.

Dabei hat das Landgericht nach tatrichterlicher Prüfung dahin entschieden, dass die Entscheidung für den gegenüber der Vollsanierung wirtschaftlich günstigeren Abriss und anschließenden Neubau nicht zu beanstanden sei.

Diese Beurteilung durch das Landgericht hat der rechtlichen Nachprüfung durch den Bundesgerichtshof standgehalten. Der Bundesgerichtshof hat zunächst wie das Landgericht den Grundsatz bestätigt, dass angemessen im Sinn des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB eine wirtschaftliche Verwertung dann ist, wenn sie von vernünftigen, nachvollziehbaren Erwägungen getragen wird.

Der Senat hat dabei die verhältnismäßig geringe Restnutzungsdauer des Gebäudes (15-20 Jahre) ebenso wie den für eine „Minimalsanierung“ erforderlichen Kostenaufwand von €70.000,00 berücksichtigt, ferner die Tatsache, dass das Gebäude nicht unter Denkmalschutz steht, eine Abrissgenehmigung bereits vorliegt und durch den baurechtlich bereits genehmigten Neubau in erheblichem Umfang zusätzlicher Wohnraum geschaffen wird.

Unter dem Gesichtspunkt der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) wurde festgehalten, dass das Eigentum dem Vermie-

ter keinen Anspruch auf Gewinnoptimierung bzw. den größtmöglichen Vorteil gewährt. In die Abwägung ist gegenüber dem Verwertungsinteresse des Vermieters das Bestandsinteresse des Mieters in seiner bisherigen Wohnung als seinem Lebensmittelpunkt zu verbleiben einzubeziehen.

Dabei hat das Gericht in seinen Entscheidungsgründen festgehalten, dass in jedem derartigen Fall eine Abwägung der wechselseitigen Interessen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände vorzunehmen, mithin eine Entscheidung jeweils im Einzelfall zu treffen ist.

Im konkreten Fall hat das Gericht dabei vernünftige nachvollziehbare Erwägungen auf Seiten des Vermieters erkannt, demgegenüber allein das Interesse des Mieters am Fortbestand des Mietverhältnisses geringer wiegt. Im Übrigen hatten auch Härtegründe von Seiten des Mieters nicht angeführt werden können.

Auch hat der BGH den Einwand, dass es sich für den Bauträger, der das Grundstück von vornherein mit der Absicht des Abrisses und Neubaus erworben hatte, um ein rein spekulatives, von der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG nicht geschütztes Geschäft handeln würde, nicht gelten lassen. Anhaltspunkte, dass der Voreigentümer etwa das Gebäude schon bewusst heruntergewirtschaftet hätte, um den Abriss des Gebäudes leichter durchsetzen zu können, konnten im konkreten Fall ebenfalls nicht festgestellt werden. Im Übrigen sei die Frage, ob der Abriss des Gebäudes verbunden mit einem Neubau eine angemessene wirtschaftliche Verwertung darstellt, allein ausgehend von dem derzeitigen Zustand des Gebäudes zu beurteilen.

Kommentar:

Die Entscheidung ist gerade für die Immobilienwirtschaft, insbesondere Bauträger, Projektentwickler etc. von grundlegender Bedeutung.

Der Unterzeichner hat selbst Räumungsrechtsstreitigkeiten bei vergleichbarer Ausgangssituation - erfolgreich - durchgeführt. Diese Rechtsstreitigkeiten haben aber jeweils ihren Abschluss ohne Anrufung des Bundesgerichtshofs gefunden.

Da der Bundesgerichtshof den dargelegten Sachverhalt zu Gunsten eines Bauträgers entschieden hat, der die Immobilie von vorneherein mit der Absicht entsprechender Verwertung erworben hat, ist damit auch höchstrichterlich entschieden, dass eine Kündigung zum Zwecke der wirtschaftlichen Verwertung mit der Absicht, das Bestandsgebäude abzureißen und darauf Neubauwohnungen zu errichten, jedenfalls grundsätzlich zulässig sein kann.

Zu berücksichtigen ist dabei aber immer, dass, wie angeführt, vom Gericht eine Einzelfallabwägung unter Einbeziehung der konkreten Umstände vorzunehmen ist. Hierbei wird stets der bauliche Zustand, auch ob eine Sanierung wirtschaftlich sinnvoll ist oder nicht, eine Rolle spielen, ebenso wie zu berücksichtigen ist, ob von Seiten des Mieters über das allgemeine Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hinaus besondere Härtegründe geltend gemacht werden.

Im Ergebnis hat das Urteil dabei in jedem Fall zur Rechtsicherheit in derartigen Fällen gerade für die Immobilienbranche beigetragen.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

VI. Leitsätze zum Mietrecht

1. Zu Schönheitsreparaturen gehört auch die Grundreinigung des Teppichbodens

Vereinbaren die Parteien eines Gewerberaummietvertrages allgemein die Übertragung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter, umfassen diese auch die Grundreinigung des Teppichbodens.

BGH, Urteil vom 08.10.2008 - XII ZR 15/07

2. Welche Voraussetzungen bestehen an eine formell wirksame Nebenkostenabrechnung?

- a) Die Abgrenzung zwischen formeller Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung gemäß § 556 BGB einerseits und deren inhaltlicher Richtigkeit andererseits richtet

sich danach, ob der durchschnittliche Mieter in der Lage ist, die Art des Verteilerschlüssels der einzelnen Kostenpositionen zu erkennen und den auf ihn entfallenden Anteil an den Gesamtkosten rechnerisch nachzuprüfen (formelle Wirksamkeit). Ob die abgerechneten Positionen dem Ansatz und der Höhe nach zu Recht bestehen oder sonstige Mängel der Abrechnung vorliegen, etwa ein falscher Anteil an den Gesamtkosten zugrunde gelegt wird, betrifft die inhaltliche Richtigkeit der Betriebskostenabrechnung.

- b) Allgemein verständliche Verteilungsmaßstäbe bedürfen keiner Erläuterung.
- c) Auf die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 und 3 BGB ist § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht entsprechend anwendbar .

BGH, Urteil vom 19.11.2008 - VIII ZR 295/07

3. Unzulässige Endrenovierungsklausel in AGB und individualvertragliche Vereinbarung bei Einzug: was gilt?

Treffen starre und deshalb unwirksame Formulklauseln zur Vornahme der laufenden Schönheitsreparaturen und der Endrenovierung durch den Mieter mit einer später bei Einzug individuell vereinbarten Übernahme der Endrenovierungspflicht durch den Mieter zusammen, unterliegt die Individualvereinbarung weder der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB noch wird sie gemäß § 139 BGB von der Unwirksamkeit der Formulklausel erfasst.

BGH, Urteil vom 14.01.2009 - VIII ZR 71/08

Rechtsanwalt Michael Giebel

VII. Gesellschaftsrecht

Schadensersatzpflicht von sogenannten „Berufsklägern“

Eine missbräuchliche Anfechtungsklage eines Kleinaktionärs gegen Hauptversammlungsbeschlüsse der Aktiengesellschaft kann zu einem Schadensersatzanspruch für die Gesellschaft führen.

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 13.01.2009
- Az. 5 U 183/07

Mit einem viel beachteten Urteil hat das OLG Frankfurt am Main Stellung zur Frage der möglichen Schadensersatzpflicht von sogenannten „Berufsklägern“ genommen.

Der Kläger war Kleinaktionär (47 Aktien mit einem Börsenwert von € 12,00/Aktie) an einer Immobilien-AG. Die Gesellschaft hatte 2007 eine Kapitalerhöhung auf einer Hauptversammlung beschlossen, welcher der Kläger widersprach. Er erhob Anfechtungsklage mit der Begründung, dass er von einem Bezugsrecht der neu ausgegebenen Aktien missbräuchlich ausgeschlossen worden sei und wollte die Nichtigkeitserklärung der Kapitalerhöhung erreichen. Die Gesellschaft erhob Widerklage mit der Feststellung der Schadensersatzpflicht des Klägers.

Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main wies die Anfechtungsklage des Klägers ab und gab der Gesellschaft recht. Das Verhalten des Klägers sei sittenwidrig, weil es gegen die Treuebindung zwischen den Aktionären verstoße. Der Kläger habe in grob eigennütziger Weise Klage mit dem Ziel erhoben, Leistungen von der Gesellschaft zu erhalten, auf die er keinen Anspruch hatte und billigerweise auch nicht erheben konnte. Dem Kläger sei es in der Hauptversammlung darum gegangen, Bezugsrechte für neue Aktien zu erhalten, was aber nicht gelungen sei, weil die Hauptaktionärin nicht auf die ihr zustehenden Rechte verzichtet habe. Die Klage sei deshalb nur erfolgt, um Druck auf die Gesellschaft auszuüben.

Der Kläger wandte zwar ein, er habe die Anfechtungsklage zur „Stärkung der Rechte von Kleinaktionären“ erhoben. Das OLG Frankfurt am Main stellte jedoch fest, dass der Kläger im Zeitraum 2005 bis 2009 insgesamt 15 aktienrechtliche Verfahren betrieben habe, von denen 11 durch Vergleich beendet wurden. Dies deutet darauf hin, dass der Kläger planmäßig Einkünfte aus aktienrechtlichen Anfechtungsklagen beziehe.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Frankfurt am Main ist noch nicht rechtskräftig. Es wird abzuwarten sein, ob sich der BGH mit dieser Angelegenheit zu befassen hat. Da die vorliegende Rechtsfrage grundsätzlich ist, wäre dies wünschenswert.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier

VIII. Insolvenzrecht

Direktzahlungen des Auftraggebers gem. § 16 Nr. 6 VOB/B an einen Nachunternehmer (des Auftragnehmers) gewähren diesem eine inkongruente Deckung im Sinn des § 131 Abs. 1 InsO!

Zahlt ein Auftraggeber gem. § 16 Nr. 6 VOB/B nicht an seinen Auftragnehmer, sondern vielmehr direkt an dessen Nachunternehmer, stellt dies gegenüber dem Nachunternehmer eine sogenannte inkongruente Deckung im Sinn des § 131 Abs. 1 InsO dar. Wird daher innerhalb von 3 Monaten, nachdem der Nachunternehmer eine entsprechende Zahlung vom Auftraggeber erhalten hat, über das Vermögen des Auftragnehmers ein Insolvenzantrag gestellt, ist die Zahlung von einem späteren Insolvenzverwalter des Auftragnehmers gegenüber dem Nachunternehmer regelmäßig anfechtbar.

BGH, Urteil vom 16.10.2008 - IX ZR 2/05

Dem vom BGH entschiedenen Fall lag der in der Praxis relevante Fall zugrunde, dass ein Auftragnehmer in finanzielle Schwierigkeiten

geriet. Um die Baustelle am Laufen zu halten, zahlte der Hauptauftraggeber gem. § 16 Nr. 6 VOB/B einen Teil der dem Auftragnehmer zustehenden Vergütung nicht an diesen, sondern direkt an den Subunternehmer des Auftragnehmers. Nur 6 Tage nach dieser Zahlung stellte der Auftragnehmer einen Insolvenzantrag. Knapp 2 Monate später wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Die eingesetzte Insolvenzverwalterin verlangt klageweise die Rückzahlung des von der Subunternehmerin vereinbarten Betrages und macht geltend, die Zahlung der Hauptauftraggeberin sei als sogenannte inkongruente Deckung anfechtbar.

Der BGH gab letzten Endes der Klage statt. Er sah eine inkongruente Deckung als gegeben an. Beim Vorliegen einer inkongruenten Deckung ist es (im Gegensatz zu einer sogenannten kongruenten Deckung) nicht erforderlich, dass der Zahlungsempfänger - also hier der Subunternehmer - die Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners - also hier der Auftragnehmerin - zum Zeitpunkt der Zahlung kennt. Vielmehr genügt es bereits, dass zum Zeitpunkt der Zahlung eine Zahlungsunfähigkeit vorliegt.

Das Vorliegen der inkongruenten Deckung wurde vom BGH damit begründet, dass der Nachunternehmer keinen Anspruch darauf hatte, seine Forderung gegen den Auftragnehmer in dieser Art durch den Auftraggeber als Dritten erfüllt zu erhalten. Hierin liege - so der BGH - eine nicht unerhebliche Abweichung vom normalen Zahlungsweg des Auftragnehmers an den Nachunternehmer. Derartige Direktzahlungen seien zudem „deswegen besonders verdächtig, weil sie an einen Zahlungsverzug des Auftragnehmers und damit typischerweise an dessen Liquiditätsschwierigkeiten anknüpfen“.

Der entschiedene Fall wies noch die Besonderheit auf, dass die Auftragnehmerin sämtliche Forderungen im Wege der Globalzession an ihre Hausbank abgetreten hatte; die Hausbank hatte gegenüber dem Hauptauftraggeber jedoch erklärt, keine Forderungen mehr gegen den Auftragnehmer zu haben und hatte sich vor diesem Hintergrund ausdrücklich mit einer

Zahlung an den Nachunternehmer einverstanden erklärt. Diese Besonderheit hielt der BGH für unbeachtlich.

Für die Praxis bedeutet dies, dass man als Nachunternehmer besonders wachsam sein muss, wenn man eine Zahlung entgegen den üblichen Gepflogenheiten nicht direkt von seinem Vertragspartner, sondern vielmehr von dessen Hauptauftraggeber erhält. In diesem Fall besteht nämlich das latente Risiko, diese Zahlung an einen Insolvenzverwalter zurückzahlen zu müssen, wenn innerhalb von 3 Monaten nach der Zahlung ein Insolvenzantrag über das Vermögen des Vertragspartners gestellt wird. Eine Direktzahlung durch den Vertragspartner stellt den sichersten Weg dar. Denkbar wäre es auch, sich schon bei Vertragschluss zur Sicherung der eigenen Werklohnansprüche die Ansprüche des Vertragspartners gegen seinen Auftraggeber abtreten zu lassen; dies wird allerdings praktisch kaum durchsetzbar sein; im Übrigen kann es hierbei auch zu einer Kollision mit einer etwaigen Globalzession des Vertragspartners kommen.

Rechtsanwalt Karsten Wagner

IX. Arbeitsrecht

Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Ethik-Richtlinien

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitzubestimmen, wenn der Arbeitgeber in einem Verhaltenskodex das Verhalten der Arbeitnehmer und die betriebliche Ordnung regeln will. Das Mitbestimmungsrecht an einzelnen Regelungen begründet nicht notwendig ein Mitbestimmungsrecht am Gesamtwerk.

BAG, Beschluss vom 22.07.2008 - 1 ABR 40/07

Grundsätzlich hat der Betriebsrat mitzubestimmen, wenn der Arbeitgeber durch sogenannte Ethik-Richtlinien („codes of conduct“) das Verhalten der Beschäftigten und die be-

triebliche Ordnung regeln will. Kein Mitbestimmungsrecht besteht bei Vorgaben, mit denen lediglich die geschuldete Arbeitsleistung konkretisiert werden soll. Der Mitbestimmung entzogen sind auch Angelegenheiten, die gesetzlich abschließend geregelt sind. Ausländische Vorschriften, die für börsennotierte Unternehmen die Einführung von Ethik-Richtlinien vorsehen, schließen die Mitbestimmungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz aber nicht aus. Ethik-Richtlinien können sowohl mitbestimmungspflichtige als auch mitbestimmungsfreie Teile enthalten. Das Mitbestimmungsrecht an einzelnen Regelungen begründet nicht notwendig ein Mitbestimmungsrecht am Gesamtwerk.

Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts wies daher - anders als das Landesarbeitsgericht - einen Antrag ab, mit dem der Konzernbetriebsrat des deutschen Tochterunternehmens einer US-amerikanischen Gesellschaft ein Mitbestimmungsrecht an der Gesamtheit von konzernweit eingeführten Ethik-Richtlinien festgestellt wissen wollte; das Regelungswerk enthält auch mitbestimmungsfreie Bestimmungen. Auf entsprechende Hilfsanträge des Konzernbetriebsrats stellte das Bundesarbeitsgericht jedoch fest, dass dieser an bestimmten Regelungen, wie etwa der Verpflichtung der Arbeitnehmer, Interessenkonflikte schriftlich zu melden, zu beteiligen ist.

Rechtsanwalt Tobias Mosig

X. Leitsätze zum Arbeitsrecht

1. Vertragliche Bezugnahme auf Tarifvertrag - AGB-Kontrolle

- a) Auf arbeitsvertragliche Klauseln, die auf ein Tarifwerk Bezug nehmen, ist die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB in der Regel deshalb nicht anwendbar, weil sich die Frage der Günstigkeit für den Arbeitnehmer nicht eindeutig beantworten lässt. Einer Anwendung der in Betracht kommenden Tarifregelungen je nach der Art des streitigen Anspruchs und des Zeitpunkts seiner Geltendmachung steht entgegen,

dass die Reichweite der Bezugnahme und die Anwendbarkeit eines Tarifvertrages zum Gegenstand einer (Zwischen-) Feststellungsklage gemacht werden und die entsprechende Feststellung dann in Rechtskraft erwachsen könnte.

- b) Eine dynamische Verweisung auf das jeweils gültige Tarifrecht ist nicht unklar, weil die im Zeitpunkt der jeweiligen Anwendung geltenden, in Bezug genommenen Regelungen bestimmbar sind. Eine solche Klausel verletzt daher das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht.

BAG, Urteil vom 24.09.2008 - 6 AZR 76/07

2. Sozialplanabfindung bei vorgezogener Altersrente

Die Betriebsparteien können in Sozialplänen für Arbeitnehmer, die im Anschluss an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf vorzeitige Altersrente haben, geringere Abfindungen vorsehen.

BAG, Urteil vom 11.11.2008 - 1 AZR 475/07

3. Videoüberwachung im Betrieb - Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer

- a) Die Betriebsparteien sind grundsätzlich zur Einführung einer Videoüberwachung im Betrieb befugt. Dabei haben sie gem. § 75 Abs. 2 S. 1 BetrVG das durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer zu beachten. Eingriffe in dieses Recht müssen durch schutzwürdige Belange des Arbeitgebers oder anderer Grundrechtsträger gerechtfertigt sein. Es gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser verlangt, dass die getroffene Regelung geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen ist, um den erstrebten Zweck zu erreichen.

- b) Die Angemessenheit von Videoüberwachungsmaßnahmen richtet sich maßgeblich nach deren Eingriffsintensität. Diese ist unter anderem von der Anzahl der beobachteten Personen, der Dauer der Überwachung sowie davon abhängig, ob die Betroffenen einen zurechenbaren Anlass für ihre Beobachtung gesetzt haben.

- c) Bei einer Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen ist § 6b BDSG zu beachten.

- d) Eine Einigungsstelle hat den ihr übertragenen Regelungsgegenstand grundsätzlich vollständig und abschließend zu lösen. Sie kann aber dem Umstand Rechnung tragen, dass künftig auftretende Einzelfälle jeweils noch eine Würdigung der konkreten Umstände verlangen. Daher kann es sachgerecht sein, durch einen Einigungsstellen-spruch die maßgeblichen Grundsätze abstrakt generell festzulegen, die unter ihrer Beachtung vorzunehmende Regelung des konkreten Einzelfalls aber den Betriebsparteien sowie im Streitfall einer erneut zu bildenden Einigungsstelle vorzubehalten.

- e) Durch Spruch der Einigungsstelle kann nicht die Besetzung einer ständigen oder einer künftig für bestimmte Gegenstände zuständigen Einigungsstelle festgelegt werden.

- f) Die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen eines Einigungsstellenspruchs führt nicht zur Gesamtnichtigkeit, wenn der verbleibende Teil noch eine in sich geschlossene und sinnvolle Regelung darstellt.

BAG, Beschluss vom 26.08.2008 - 1 ABR 16/07

4. Höhe von Schichtzulagen bei Teilzeitarbeit

- a) Teilzeitbeschäftigte, die ständig Schicht- und Wechselschichtarbeit im Sinn von § 7 TVöD leisten, haben keinen Anspruch auf die tarifliche Schicht- und Wechselschicht-

zulage in voller Höhe. Diese Zulagen stehen Teilzeitbeschäftigten nach § 24 Abs. 2 TVöD nur anteilig in Höhe der Quote zwischen vereinbarter und regelmäßiger tariflicher Arbeitszeit zu.

- b) Eine Gleichbehandlung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer beim Arbeitsentgelt oder bei anderen teilbaren geldwerten Leistungen nach dem in § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG gesetzlich normierten sogenannte Pro-rata-temporis-Grundsatz schließt von vornherein eine Benachteiligung wegen der Teilzeitarbeit aus.

BAG, Urteil vom 24.09.2008 - 10 AZR 634/07

5. Benachteiligung einer schwerbehinderten Bewerberin

Teilt ein Bewerber im Bewerbungsschreiben seine Schwerbehinderung mit, ist der Arbeit-

geber verpflichtet, das Bewerbungsschreiben bei seinem Eingang vollständig zur Kenntnis zu nehmen. Diese Pflicht beruht für Altfälle auf § 81 SGB IX in der bis 17.08.2006 geltenden Fassung (a. F.). Übersehen die für den Arbeitgeber handelnden Personen den Hinweis auf die Schwerbehinderteneigenschaft und verstößt der Arbeitgeber deshalb gegen seine Pflichten aus § 81 SGB IX a. F., wird eine Benachteiligung wegen einer Behinderung vermutet. Die unterlassene Kenntniserlangung der in seinem Einflussbereich eingesetzten Personen wird dem Arbeitgeber als objektive Pflichtverletzung zugerechnet. Auf ein Verschulden der handelnden Personen kommt es nicht an.

BAG, Urteil vom 16.09.2008 - 9 AZR 791/07

Rechtsanwalt Tobias Mosig
Rechtsanwalt Patrick Ehret

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

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

im März 2009