

Mandanten-Rundbrief

- September 2012 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	VOB 2012 - Änderungen in der VOB/B bekannt gemacht	2
2.	Abrechnungsposition im Leistungsverzeichnis unklar: AN muss zur Kalkulation die Pläne heranziehen!	4
3.	Rügeobliegenheit einer Bau-ARGE beim Erwerb herzustellender Betonfertigteile	4
4.	Überwachung des Sonderfachmannes durch den Architekten	5
5.	Ersatz der Mangelbeseitigungskosten fällt in den Schutzbereich der Insolvenzverschleppung	6
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	7
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	9
IV.	Verwaltungsrecht	
	Werbeanlage auf nicht überbaubarer Grundstücksfläche	9
V.	WEG-Recht	10
1.	Trittschallschutz bei Wohnungseigentum	10
2.	WEG: Sondernutzungsrecht auch für Bruchteilseigentümer	11
VI.	Maklerrecht	
	Maklerlohn: Wer zuerst kommt, malt zuerst!	11
VII.	Leitsätze zum Arbeitsrecht	12
VIII.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13
1.	„Kettenbefristung“ und Rechtsmissbrauch	13
2.	Kündigung wegen Entwendung von Zigarettenpackungen - Verdeckte Videoüberwachung	14
IX.	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. VOB 2012 - Änderungen in der VOB/B bekannt gemacht

Im Bundesanzeiger von 13. Juli 2012 (BAnz. AT 13.07.2012 B3) wurden Änderungen in der VOB/B bekannt gemacht. Für Verträge, in denen seither auf die Geltung der VOB/B ohne nähere Angabe einer Fassung Bezug genommen wird, gilt diese aktuelle Fassung der VOB/B.

Mit Ausnahme des § 16 wurden die Regelungen der VOB/B Ausgabe 2009 ohne Änderungen in die Ausgabe 2012 übergeleitet. Mit der Neufassung des § 16 VOB/B wird den Vorgaben der Richtlinie 2011/7/EU vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Zahlungsverzugsrichtlinie) und der vorgesehenen nationalen Umsetzung Rechnung getragen:

Als spätester Fälligkeitszeitpunkt für die Schlusszahlung öffentlicher Bauaufträge sind künftig grundsätzlich 30 Tage nach Zugang der prüfbaren Schlussrechnung vorgesehen. Die Frist verlängert sich in begründeten Ausnahmefällen auf höchstens 60 Tage, wenn sie aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde (§ 16 Abs. 3 Nr. 1). Einwendungen gegen die Prüfbarkeit können unter Angabe der Gründe nur bis zum Ablauf der jeweiligen (vereinbarten) Frist geltend gemacht werden. Der Auftraggeber (AG) kommt, ohne dass es einer Nachfristsetzung (Mahnung) bedarf, spätestens 30 Tage nach Zugang der Rechnung oder Aufstellung bei Abschlagszahlungen in Zahlungsverzug, wenn der Auftragnehmer (AN) seine vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt und den fälligen Entgeltbetrag nicht rechtzeitig erhalten hat, es sei denn, der AG ist für den Zahlungsverzug nicht verantwortlich. Die Frist verlängert sich auf höchstens 60 Tage, wenn sie aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde (§ 16 Abs. 5 Nr. 3 S. 3 und 4). Für die rechtzeitige Zahlung wird nicht mehr auf den Zeitpunkt der Leistungshandlung (z. B. Anweisung der Zahlung), sondern auf den Zeitpunkt des Leis-

tungserfolgs, d. h. Eingang des Zahlungsbeitrags beim AN abgestellt. Für Abschlagszahlungen kommen verlängerte Verzugsfristen nicht in Betracht, da es sich um vorläufige Zahlungen (auf bereits erbrachte Leistungen) handelt, die im Rahmen der Schlussrechnung noch einmal überprüft und ggf. korrigiert werden, hier tritt Zahlungsverzug also immer spätestens 30 Tage nach Zugang der Aufstellung ein. Die Vereinbarung einer Höchstfrist zum Eintritt des Verzuges von 30 bzw. 60 Tagen schließt nicht das Recht des AN nach § 16 Abs. 5 Nr. 3 S. 1 VOB/B aus, durch Nachfristsetzung den Verzug schon früher herbeizuführen. Nach Änderung der 2-Monatsfrist in eine 30- (bzw. 60-) Kalendertagesfrist werden zur Harmonisierung der Fristenregelungen die in § 16 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 3 Nr. 5 enthaltenen Fristen ebenfalls auf (Kalender)Tage umgestellt.

Nachfolgend findet sich ein Auszug aus der Veröffentlichung im Bundesanzeiger, Bekanntmachung vom 13. Juli 2012 (BAnz. AT 13.07.2012 B3):

Änderung der VOB/B

1. In der Überschrift werden die Wörter „Ausgabe 2009“ ersetzt durch die Wörter „Ausgabe 2012“.

2. § 16 der VOB/B wird wie folgt gefasst:

§ 16 Zahlung (1)

1. Abschlagszahlungen sind auf Antrag in möglichst kurzen Zeitabständen oder zu den vereinbarten Zeitpunkten zu gewähren, und zwar in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrages. Die Leistungen sind durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Als Leistungen gelten hierbei auch die für die geforderte Leistung eigens angefertigten und bereitgestellten Bauteile sowie die auf der Baustelle angelieferten Stoffe und Bauteile, wenn dem AG nach seiner Wahl das Eigentum an ihnen übertragen ist oder entsprechende Sicherheit gegeben wird.

2. Gegenforderungen können einbehalten werden. Andere Einbehalte sind nur in den im

Vertrag und in den gesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen Fällen zulässig.

3. Ansprüche auf Abschlagszahlungen werden binnen 21 Tagen nach Zugang der Aufstellung fällig.

4. Die Abschlagszahlungen sind ohne Einfluss auf die Haftung des AN; sie gelten nicht als Abnahme von Teilen der Leistung.

(2)

1. Vorauszahlungen können auch nach Vertragsabschluss vereinbart werden; hierfür ist auf Verlangen des AG ausreichende Sicherheit zu leisten. Diese Vorauszahlungen sind, sofern nichts anderes vereinbart wird, mit 3 v. H. über dem Basiszinssatz des § 247 BGB zu verzinsen.

2. Vorauszahlungen sind auf die nächstfälligen Zahlungen anzurechnen, soweit damit Leistungen abzugelten sind, für welche die Vorauszahlungen gewährt worden sind.

(3)

1. Der Anspruch auf Schlusszahlung wird alsbald nach Prüfung und Feststellung fällig, spätestens innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung. Die Frist verlängert sich auf höchstens 60 Tage, wenn sie aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde. Werden Einwendungen gegen die Prüfbarkeit unter Angabe der Gründe nicht bis zum Ablauf der jeweiligen Frist erhoben, kann der AG sich nicht mehr auf die fehlende Prüfbarkeit berufen. Die Prüfung der Schlussrechnung ist nach Möglichkeit zu beschleunigen. Verzögert sie sich, so ist das unbestrittene Guthaben als Abschlagszahlung sofort zu zahlen.

2. Die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung schließt Nachforderungen aus, wenn der AN über die Schlusszahlung schriftlich unterrichtet und auf die Ausschlusswirkung hingewiesen wurde.

3. Einer Schlusszahlung steht es gleich, wenn der AG unter Hinweis auf geleistete Zahlungen weitere Zahlungen endgültig und schriftlich ablehnt.

4. Auch früher gestellte, aber unerledigte Forderungen werden ausgeschlossen, wenn sie nicht nochmals vorbehalten werden.

5. Ein Vorbehalt ist innerhalb von 28 Tagen nach Zugang der Mitteilung nach den Nummern 2 und 3 über die Schlusszahlung zu erklären. Er wird hinfällig, wenn nicht innerhalb von weiteren 28 Tagen - beginnend am Tag

nach Ablauf der in Satz 1 genannten 28 Tage - eine prüfbare Rechnung über die vorbehaltenen Forderungen eingereicht oder, wenn das nicht möglich ist, der Vorbehalt eingehend begründet wird.

6. Die Ausschlussfristen gelten nicht für ein Verlangen nach Richtigstellung der Schlussrechnung und -zahlung wegen Aufmaß-, Rechen- und Übertragungsfehlern.

(4) In sich abgeschlossene Teile der Leistung können nach Teilabnahme ohne Rücksicht auf die Vollendung der übrigen Leistungen endgültig festgestellt und bezahlt werden.

(5)

1. Alle Zahlungen sind aufs Äußerste zu beschleunigen.

2. Nicht vereinbarte Skontoabzüge sind unzulässig.

3. Zahlt der AG bei Fälligkeit nicht, so kann ihm der AN eine angemessene Nachfrist setzen. Zahlt er auch innerhalb der Nachfrist nicht, so hat der AN vom Ende der Nachfrist an Anspruch auf Zinsen in Höhe der in § 288 Abs. 2 BGB angegebenen Zinssätze, wenn er nicht einen höheren Verzugschaden nachweist. Der AG kommt jedoch, ohne dass es einer Nachfristsetzung bedarf, spätestens 30 Tage nach Zugang der Rechnung oder der Aufstellung bei Abschlagszahlungen in Zahlungsverzug, wenn der AN seine vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt und den fälligen Entgeltbetrag nicht rechtzeitig erhalten hat, es sei denn, der AG ist für den Zahlungsverzug nicht verantwortlich. Die Frist verlängert sich auf höchstens 60 Tage, wenn sie aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde.

4. Der AN darf die Arbeiten bei Zahlungsverzug bis zur Zahlung einstellen, sofern eine dem AG zuvor gesetzte angemessene Frist erfolglos verstrichen ist.

(6) Der AG ist berechtigt, zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus den Absätzen 1 bis 5 Zahlungen an Gläubiger des AN zuleisten, soweit sie an der Ausführung der vertraglichen Leistung des AN aufgrund eines mit diesem abgeschlossenen Dienst- oder Werkvertrags beteiligt sind, wegen Zahlungsverzugs des AN die Fortsetzung ihrer Leistung zu Recht verweigern und die Direktzahlung die Fortsetzung der Leistung sicherstellen soll. Der AN ist verpflichtet, sich auf Verlangen des AG innerhalb einer von diesem gesetzten Frist darüber zu erklä-

ren, ob und inwieweit er die Forderungen seiner Gläubiger anerkennt; wird diese Erklärung nicht rechtzeitig abgegeben, so gelten die Voraussetzungen für die Direktzahlung als anerkannt.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. Abrechnungsposition im Leistungsverzeichnis unklar: AN muss zur Kalkulation die Pläne heranziehen!

Sind in zwei Positionen eines Leistungsverzeichnisses vergleichbare Leistungen beschrieben und ist die Abgrenzung dieser Positionen zu einander unklar, muss der Auftragnehmer die Unklarheit bereits bei der Kalkulation durch Heranziehung der Pläne klären.

OLG Dresden, Urteil vom 31.5.2011 – 6 U 1798/10 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen, BGH 26.4.2012 - VII ZR 149/11)

AG und AN streiten im vorliegenden Fall darüber, wie der Verbau für Gräben mit einer Tiefe von über 4 m zu vergüten ist. Der Einheitspreis (EP) der LV-Position 50.3.10 für eine "Grabentiefe bis 4 m" ist deutlich niedriger als der EP für eine "Grabentiefe 4,01-6,0 m" (LV-Position 50.3.20). Der AN vertritt die Auffassung, der Verbau für Gräben mit einer Tiefe von über 4 m sei insgesamt zum höheren EP der LV-Position 50.3.20 zu vergüten und verlangt Zahlung der zusätzlichen Vergütung i.H.v. rund € 450.000,00. Der AG vertritt die Auffassung, bei Gräben mit einer Tiefe von über 4 m seien die ersten 4 m nach der günstigeren Position 50.3.10 zu vergüten und die teure Position 50.3.20 nur auf die Verbauarbeiten anzuwenden, die in einer Tiefe von über 4 m ausgeführt worden seien.

Das OLG Dresden gibt dem AG Recht! Begründet wird die Entscheidung im Wesentlichen mit der Unklarheit der Abgrenzung im Rahmen des Textes des Leistungsverzeichnisses. Nach Auffassung des OLG Dresden hat der AN zur Klärung der unklaren Abgrenzung schon im Rahmen seiner Kalkulation die Pläne ergänzend heranziehen müssen. Nur dadurch hätte der AN die Massen ausreichend prüfen

und ebenfalls überprüfen können, an wie vielen Stellen die geplante andere Technologie für den tieferen Verbau zum Einsatz gebracht werden muss. Anderenfalls hätte der AN spekulativ kalkulieren müssen, was für ihn jedenfalls keine Schutzwürdigkeit im Hinblick auf die Richtigkeit des Ausschreibungstextes begründet.

Abrechnungsprobleme vergleichbarer Art ergeben sich insbesondere bei Erdarbeiten und ähnlichen Ausschreibungen immer wieder. Oft ist nicht ohne weiteres erkennbar, ob die Abrechnung vollständig, also auch von der Oberkante bis zur größten Tiefe nach einer einheitlichen Position erfolgen soll. Zum Teil werden auch immer noch Zuschlagspositionen ausgeschrieben. Ist eine Leistungsbeschreibung aus Sicht des AN unklar, darf der AN dies nicht hinnehmen und mit der für ihn selbst günstigeren Ausführungsvariante kalkulieren. Tatsächlich muss der AN die Zweifelsfragen vor Angebotsabgabe durch entsprechende Nachfrage beim AG ausräumen. Insbesondere bei offenkundigen Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung ist eine solche Nachfrage beim AG dringend zu empfehlen. Mindestens sollten jedoch bei solchen Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung die anderen Vertragsunterlagen, insbesondere die Pläne ergänzend herangezogen werden.

Rechtsanwältin Daniela Fiedler

3. Rügeobliegenheit einer Bau-ARGE beim Erwerb herzustellender Betonfertigteile

a) Ein Vertrag über die Lieferung noch herzustellender Betonfertigteile ist als Werklieferungsvertrag einzuordnen mit der Folge, dass eine handelsrechtliche Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des Käufers in Betracht kommt.

b) Eine solche Obliegenheit kann auch eine von zwei Formkaufleuten gebildete Bau-ARGE treffen.

OLG Braunschweig, Urteil vom 22.02.2012 - 4 U 69/11

Ein Generalübernehmer (GÜ) wird mit der Errichtung eines Erweiterungsbaus beauftragt. Der GÜ gibt den Auftrag an eine von zwei Formkaufleuten gebildete Bau-ARGE weiter. Diese wiederum beauftragt einen Baustofflieferanten mit der Herstellung und Lieferung von Betonfertigteilen. Dieser liefert an die ARGE zunächst sukzessive die beauftragten Betonfertigteile. Nachdem die ARGE den Vertrag mit dem GÜ gekündigt hat, beauftragt der GÜ den Baustofflieferanten unmittelbar „per Handschlag“ mit der sukzessiven Weiterlieferung der restlichen Betonfertigteile. Nach Lieferung aller Betonfertigteile verlangt der Baustofflieferant Vergütung. Der GÜ verweigert die Zahlung. Die Vergütung sei wegen Mängeln an allen gelieferten Betonfertigteilen „auf Null“ gemindert. Mit dem „Handschlagvertrag“ habe sich der Baustofflieferant gegenüber dem GÜ auch zur Gewährleistung für alle im Vertragsverhältnis zur ARGE erbrachten Lieferungen verpflichtet. Der GÜ sei daher berechtigt, Mängelansprüche hinsichtlich aller gelieferten Betonfertigteile geltend zu machen.

Die Einwendungen des GÜ bleiben ohne Erfolg! Nach Ansicht des Gerichts sei der „Handschlagvertrag“ über die Lieferung von Betonfertigteilen als Werklieferungsvertrag zu qualifizieren. Demzufolge treffe den GÜ die handelsrechtliche Untersuchungs- und Rügeobliegenheit. Nach § 377 HGB muss der Käufer gelieferte Waren unverzüglich untersuchen und erkennbare Mängel unverzüglich anzeigen, was grundsätzlich auch bei Sukzessivlieferungen wenigstens eine stichprobenweise Untersuchung jeder Lieferung beinhalte. Unterlässt er die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt und der Käufer muss trotz etwaiger Mängel die vereinbarte Vergütung zahlen. Diesen Anforderungen habe der GÜ nicht genügt. Daher seien alle gelieferten Betonteile genehmigt und die Minderung ausgeschlossen. Gleichgültig sei, ob in Bezug auf die Altlieferungen vor dem „Handschlagvertrag“ § 377 HGB überhaupt Anwendung finde, weil es sich bei der ARGE um eine GbR handele. Der GÜ habe nämlich nicht vorgetragen, welche konkreten Lieferungen für welche Bauteile vor und nach dem „Handschlagvertrag“ erbracht worden seien und in welchem Umfang die Mängel jeweils auf diese Lieferungen entfielen. Im Übrigen hält es das Gericht für we-

nig sachgerecht, die Anwendbarkeit des § 377 HGB unter Hinweis auf die fehlende Kaufmannseigenschaft der ARGE zu verneinen, wenn diese - so wie hier - aus zwei Vollkaufleuten besteht. Der Zweck der handelsrechtlichen Untersuchungs- und Rügeobliegenheit, möglichst schnell Klarheit darüber zu schaffen, ob ein Geschäft ordnungsgemäß abgewickelt werden kann oder nicht, rechtfertigt es jedenfalls nicht, einen Zusammenschluss zweier Vollkaufleute nur deshalb von den Pflichten im kaufmännischen Verkehr zu entbinden, weil dieser bloß gelegentlich und vorübergehend sei.

Eine Bau-ARGE, die als eine aus zwei Vollkaufleuten bestehende GbR auftritt, muss also damit rechnen, wie ein Kaufmann behandelt zu werden mit der Folge, dass auch sie die handelsrechtliche Untersuchungs- und Rügeobliegenheit beachten muss.

Rechtsanwalt Torsten Boekhoff

4. Überwachung des Sonderfachmannes durch den Architekten

a) Der auch mit der Überwachung gemäß Leistungsphase 8 § 15 HOAI beauftragte Architekt hat zu prüfen, ob ein Sonderfachmann die fachtechnische Abnahme durchgeführt hat.

b) Besonders im Bereich des Brandschutzes hat der Architekt die Bauabläufe so zu koordinieren, dass die dort tätigen Nachunternehmer durch Sonderfachleute überwacht werden und die handwerkliche Leistung in technischer Hinsicht überprüft wird.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.11.2011 - 5 U 8/11 (LG Düsseldorf)

Der Eigentümer nimmt den mit der Bauüberwachung beauftragten Architekten wegen zahlreichen Mängeln an Brandschutzklappen auf Schadensersatz in Anspruch. Ein vom Gericht bestellter Sachverständiger stellt fest, dass die Bauleitung die fehlerhaften Brandschutzklappen bei einer ordnungsgemäßen fachtechnischen Abnahme hätte erkennen müssen. Der Bauherr hat für den Bereich TGA einen Sonderfachmann beauftragt, der eine fachtechni-

sche Abnahme nicht durchführte. Der Architekt hielt der Klage entgegen, die Überwachung des ordnungsgemäßen Einbaus der Brandschutzklappen sei Sache des Sonderfachmannes gewesen und falle nicht in den Bereich seiner Überwachungspflicht.

Das OLG Düsseldorf weist zu Recht darauf hin, dass der ordnungsgemäße Einbau der Brandschutzklappen und deren fachtechnische Abnahme zum Aufgabenbereich des Sonderfachmannes gehörte. Allerdings weist das OLG auch darauf hin, dass der Architekt hätte nachprüfen müssen, ob der Sonderfachmann tatsächlich seinen Pflichten nachgekommen ist. Diese allgemeine Koordinierungspflicht fällt in die Leistungsphase 8 § 15 HOAI, wenn der Architekt entsprechend umfassend mit Architekturleistungen beauftragt ist. Diese Koordinierungspflicht hat der Architekt vorliegend verletzt, denn er hätte veranlassen müssen, dass die Überprüfung der Bauarbeiten und Baustoffe auf Mängel durch den Sonderfachmann stattfindet. Der Architekt darf also grundsätzlich auf das Wissen des Sonderfachmannes vertrauen, weil es sich insoweit um eine Spezialmaterie handelt. Er hat jedoch bei entsprechender Beauftragung im Hinblick auf die Überwachungspflichten zu prüfen, ob die Sonderfachleute ihrerseits den Überwachungspflichten nachkommen.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier

5. Ersatz der Mangelbeseitigungskosten fällt in den Schutzbereich der Insolvenzverschleppung

Der Umfang der Insolvenzverschleppungshaftung eines GmbH-Geschäftsführers umfasst auch solche Schäden der Neugläubiger, die durch eine fehlerhafte Bauleistung der insolvenzreifen Gesellschaft am Bauwerk verursacht werden und von dieser wegen fehlender Mittel nicht mehr beseitigt werden können.

BGH, Urteil vom 14.05.2012 - II ZR 130/10

Die Kläger schlossen mit einer GmbH einen Werkvertrag über Fassadenarbeiten an ihrem Haus. Der Beklagte war Geschäftsführer dieser GmbH. Bereits zum Zeitpunkt des Ver-

tragsschlusses im Jahre 2004 war die GmbH überschuldet. Die Arbeiten wurden von der GmbH durchgeführt und die Schlussrechnung von den Klägern beglichen.

In 2008 machten die Kläger Mängel geltend und schließlich Ersatz der Mangelbeseitigungskosten in Höhe von ca. € 45.000,00. Der Klage gegen die GmbH wurde stattgegeben. Diese meldete jedoch in 2009 Insolvenz an. Deshalb verklagten die Kläger nunmehr den Geschäftsführer der GmbH auf Schadensersatz wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht und machten hierbei erneut als Teil des Schadens die geltend gemachten Mangelbeseitigungskosten in Höhe von ca. € 45.000,00 geltend sowie die Kosten des ersten Gerichtsverfahrens gegen die GmbH einschließlich der Kosten des Beweissicherungsverfahrens und Rechtsanwaltskosten in Höhe von ca. insgesamt € 11.000,00. Das Landgericht hatte der Klage gegen den Geschäftsführer der GmbH überwiegend stattgegeben; das Oberlandesgericht hatte die Klage abgewiesen. Die Revision der Kläger beim Bundesgerichtshof hatte nunmehr in großen Teilen Erfolg.

Der Geschäftsführer der GmbH, der seine Insolvenzantragspflicht verletzt hat, haftet den Klägern nach den Ausführungen des BGH auf Ersatz des sog. „negativen Interesses“ (Vertrauensschaden). Die Kläger sind so zu stellen, wie sie stehen würden, wenn sie nicht auf die Solvenz der GmbH vertraut hätten.

Wird eine GmbH zahlungsunfähig oder überschuldet, hat der Geschäftsführer nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO, § 64 Abs. 1 GmbHG (in der bis zum 31.10.2008 geltenden Fassung) ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber 3 Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Insolvenzeröffnungsantrag zu stellen. Hierbei handelt es sich um sog. Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB. Ihr Schutzzweck erfasst nicht nur Alt-, sondern auch Neugläubiger, die in Unkenntnis der Insolvenzreife der GmbH noch in Rechtsbeziehungen zu ihr getreten sind, d.h. Verträge mit dieser geschlossen haben.

Im vorliegenden Sachverhalt war die GmbH im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit den Klägern bereits überschuldet. Der Geschäftsführer hatte jedoch keinen Antrag auf Eröffnung des

Insolvenzverfahrens gestellt. Als sog. Neugläubiger haben die Kläger deshalb bei Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht einen Anspruch gegen den Geschäftsführer der GmbH auf Ausgleich des Schadens, der ihnen dadurch entsteht, dass sie in Rechtsbeziehungen zu einer überschuldeten oder zahlungsfähigen Gesellschaft getreten sind. Solche Neugläubiger sollen vor der Eingehung solcher Geschäftsbeziehungen mit einer insolvenzreifen GmbH geschützt werden, um sie davor zu bewahren, einer solchen Gesellschaft noch Geld- oder Sachkredit zu gewähren und dadurch einen Schaden zu erleiden.

Fraglich war hier, ob insbesondere der Ersatz der Mangelbeseitigungskosten in den Schutzbereich des Insolvenzverschleppungstatbestandes fällt. Der BGH stellte hierzu fest, dass die Neugläubiger so zu stellen sind, wie sie stehen würden, wenn der Geschäftsführer seiner Insolvenzantragspflicht nachgekommen wäre. In diesem Falle wären die Neugläubiger nicht mehr in vertragliche Beziehungen zur GmbH getreten. Der zu ersetzende Schaden besteht deshalb nicht im „positiven“ Interesse im Sinne einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Werkvertrages mit der GmbH, sondern im Vertrauensschaden.

Die Kläger wollten im vorliegenden Verfahren gegen den Geschäftsführer so gestellt werden, als hätte die GmbH den Werkvertrag ordnungsgemäß - d.h. ohne Mängel - erfüllt. Der BGH bejahte zwar den Anspruch auf Ersatz des durch die fehlerhafte Bauleistung entstandenen Schadens, führte jedoch aus, dass dieser nicht den Schadensersatz statt der Leistung zum Gegenstand habe, sondern der Zustand wiederherzustellen sei, der bestand, bevor die Kläger mit der insolvenzreifen Gesellschaft einen Werkvertrag geschlossen hatten. Dieser bestehe darin, dass die montierten Fassadenplatten demontiert und entsorgt werden müssen und die Lieferung neuer Fassadenplatten verlangt werden kann. Dagegen bestehe kein Anspruch auf Zahlung für die Montage neuer Fassadenplatten und das Aufbringen eines neuen Außenputzes einschließlich des Anstrichs. Denn dieser Anspruch wäre auf Ersatz des „positiven“ Interesses gerichtet.

Mit umfasst ist aber ebenfalls der Ersatz solcher Kosten, die den Klägern wegen der Ver-

folgung ihrer Zahlungsansprüche gegen die insolvenzreife Gesellschaft entstanden sind, so dass die Kläger im vorliegenden Verfahren zwar nicht alle geltend gemachten Schäden, jedoch einen Großteil zugesprochen bekamen.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Widerspruch zwischen Baubeschreibung und Plänen

- a) Die Baubeschreibung hat bei inhaltlichen und beschreibenden Widersprüchen zu Zeichnungen und Plänen keinen Vorrang gegenüber diesen. Alle Bestandteile der Leistungsbeschreibung sind als gleichrangig anzusehen. Für die Bestimmung des Leistungsumfanges ist grundsätzlich die konkretere Darstellung maßgeblich.
- b) Ist der Generalunternehmer verpflichtet die Ausführungsplanung auszuführen, führt es zum Verlust oder zur Minderung der Vergütung, wenn er diese nicht ausführt. Voraussetzung ist allerdings, dass eine Leistungsstörung vorliegt.
- c) Bei der Ausführung der Leistungen schuldet der AG dem AN keine Überwachung oder Aufsicht hinsichtlich der von diesem zu erbringenden Leistungen. Allerdings besteht eine Überwachungsobliegenheit, wenn im Rahmen der Bauleitung des AG durch von ihm eingesetzte Dritte Anordnungen erteilt werden, die zu einem Mangel führen können oder wenn sich ein Mangel in der Leistung des AN sodann zwingend aufdrängt.

OLG Bremen, Urteil vom 30.12.2010 - 1 U 51/08; BGH, Beschluss vom 12.04.2012 - VII ZR 28/11 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

2. Zur Abgeltung von besonderen Leistungen nach DIN - Vorschriften

Sieht das Leistungsverzeichnis vor, dass die Arbeiten "einschließlich aller erforderlichen

Nebenarbeiten und Befestigungs- und Füllmittel entsprechend den Brandschutz- und Rauchschutzanforderungen" zu erbringen sind, sind die damit verbundenen Kosten in die Einheitspreise einzureichen. Diese Leistungen sind bei dieser unmissverständlichen Fassung des Leistungsverzeichnisses mit den Einheitspreisen auch dann abgegolten, wenn es sich um besondere Leistungen nach DIN-Vorschriften handelt.

OLG Köln, Urteil vom 22.11.2011 - 15 U 147/10; BGH, Beschluss vom 22.03.2012 - VII ZR 61/11 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

3. Zur Entbehrlichkeit der Abnahme als Voraussetzung der Fälligkeit des Werklohnanspruchs

Eine Abnahme ist als Voraussetzung der Fälligkeit des Werklohnanspruchs dann nicht mehr erforderlich, wenn sich der AG gegen die Werklohnforderung allein mit auf Geldzahlung gerichteten Gewährleistungsansprüchen verteidigt, aber keine Nacherfüllung mehr verlangt, da in diesem Fall ein Abrechnungsverhältnis zwischen den Parteien eingetreten ist (BGH, Urteil vom 10.10.2012 - VII ZR 315/01). Gleiches gilt, wenn Mängel, die zur Begründung einer Abnahmeverweigerung herangezogen worden sind, zwischenzeitlich anderweitig behoben worden sind.

OLG Brandenburg, Urteil vom 07.06.2012 - 12 U 234/11

4. Keine Einwände des Bauträgers bei Anerkenntnis der Nacherfüllungspflicht

Der Bauträger, der nach Einholung eines Sachverständigengutachtens im selbstständigen Beweisverfahren eine Nacherfüllungspflicht uneingeschränkt anerkennt, ist mit Einwänden gegen die Mangelhaftigkeit einer Leistung und den erforderlichen Beseitigungsaufwand ausgeschlossen (deklaratorisches Schuldanerkenntnis).

OLG Stuttgart, Urteil vom 21.12.2011 - 3 U 92/11 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

5. Auf Schadensersatzansprüche ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des § 635 Abs. 3 BGB nicht anwendbar

Der AN kann sich gegenüber einem Schadensersatzanspruch des AG wegen Mängeln nicht darauf berufen, die Mängelbeseitigung sei nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten möglich, da § 633 Abs. 2 S. 3 BGB a. F. (§ 635 Abs. 3 BGB n. F.) nur auf den Nacherfüllungsanspruch, nicht auf den Schadensersatzanspruch anwendbar ist und eine analoge Anwendung von § 251 Abs. 2 BGB vom BGH nur in extremen Ausnahmefällen zugelassen worden ist.

OLG München, Urteil vom 03.08.2010 - 13 U 4520/07; BGH, Beschluss vom 14.06.2012 - VII ZR 144/10 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

6. Zur Unwirksamkeit von AGB bei Überschneidung von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheit

Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die den AN bei einer Überschneidung der Sicherheitsleistungen für die Vertragserfüllung und die Gewährleistung nach der Abnahme zu einer Sicherheitsleistung von 10 % der Auftragssumme verpflichtet, ist gemäß § 307 Abs. 1 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des AN unwirksam.

OLG Celle, Beschluss vom 08.05.2012 - 13 U 11/12

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Keine Abänderung eingereicherter Eignungsnachweise

- a) Gibt ein Einzelunternehmen ein Angebot ab, ist es nicht ohne weiteres zulässig, sich für einen geforderten Mindestumsatz in den letzten drei Geschäftsjahren auf Umsätze dritter Unternehmen zu berufen.
- b) Eine Abänderung einmal eingereicherter Eignungsnachweise ist in der Regel nicht zulässig.

OLG München, Beschluss vom 15.03.2012 - Verg 2/12

2. Zulässigkeit des Zuschlagkriteriums "niedrigster Preis"

Eine Vergabeentscheidung auf Basis des alleinigen Zuschlagkriteriums "niedrigster Preis" ist zulässig; dies folgt jedenfalls aus einer unmittelbaren Anwendung der Richtlinienbestimmung Art. 53 Abs. 1 lit. B 2004/18/EG.

OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 05.06.2012 - 11 Verg 4/12

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

IV. Verwaltungsrecht

Werbeanlage auf nicht überbaubarer Grundstücksfläche

a) Für die Erfüllung der abstandsflächenrechtlichen Sonderregelung des § 6 Abs. 1 Nr. 3 BadWürttBauO genügt es - wie schon bei §§ 5 Abs. 9 und 6 Abs. 6 Nr. 2 BadWürttBauO a. F. - dass nur eines der in der Vorschrift genannten Maße eingehalten wird.

b) Bestimmt ein Bebauungsplan im Zusammenhang mit der Festsetzung einer offenen Bauweise nach § 22 Abs. 2 BauNVO F. 1962, dass „der Bauwuch 3 m nicht un-

terschreiten darf“, so liegt hierin keine selbständige bauplanungsrechtliche Festsetzung eines bestimmten seitlichen Grenzabstands. Die Frage, ob ein seitlicher Grenzabstand einzuhalten und wie dieser zu bemessen ist, beantwortet sich insoweit nach Bauordnungsrecht.

VGH Mannheim, Urteil vom 26.01.2012 - 5 S 2233/11

Der VGH hatte über die Klage eines Nachbarn gegen die Baugenehmigung für eine sog. Mega-Light-Werbeanlage zu entscheiden, die großflächige hinterleuchtete Plakate in einer Höhe von ca. 2,5 m zur Ansicht bringt. Die Baugenehmigung war erteilt worden, obwohl sich der beantragte Standort der Werbeanlage außerhalb der durch den geltenden Bebauungsplan mit Baugrenzen festgesetzten überbaubaren Grundstücksfläche befand. Hiergegen wendete sich der Nachbar. Zusätzlich berief er sich auf einen Verstoß gegen das bauordnungsrechtliche Verunstaltungsverbot und das Gebot der Rücksichtnahme.

Der erkennende Senat wies die Klage des Nachbarn ab. Auf das Verunstaltungsverbot könne er sich schon deshalb nicht berufen, weil dieses nicht zum Schutz von Individualinteressen bestimmt sei, sondern allein im allgemeinen Interesse bestehe.

Auch der Umstand, dass die Errichtung der Werbeanlage außerhalb der durch den Bebauungsplan festgesetzten überbaubaren Fläche genehmigt worden sei, ver helfe der Klage nicht zum Erfolg. Zwar könne sich der Nachbar unter Umständen darauf berufen, dass die entsprechenden Baugrenzen auch zum Schutze seiner individuellen Rechte festgesetzt worden seien. Allerdings verletze die Baugenehmigung den Bebauungsplan in diesem Punkt nicht. Denn gemäß § 23 Abs. 5 S. 2 BauNVO können bauliche Anlagen auf den nicht überbaubaren Grundstücksflächen zugelassen werden, soweit sie nach Landesrecht in den normalerweise einzuhaltenden Abstandsflächen zulässig sind. Letzteres treffe auf die Mega-Light-Werbeanlage zu. Diese sei gemäß § 5 Abs. 9 BauO Baden-Württemberg von der Einhaltung der Abstandsflächen befreit, da ihre Wandfläche nicht mehr als 25 m² betrage.

Es bestünden auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Werbeanlage trotz ihrer abstandsflächenrechtlichen Privilegierung gegenüber dem Nachbarn rücksichtslos oder gar schikanös sein könnte. Bei der Errichtung einer privilegierten baulichen Anlage müsse der Bauherr nicht den Standort wählen, der für den Nachbarn die geringsten Beeinträchtigungen mit sich bringe. Es genüge, wenn er die bauordnungsrechtlichen Vorschriften einhalte.

Die Entscheidung eröffnet den Bauherren von Werbeanlagen neue Argumentationsspielräume gegenüber den Baubehörden. Allerdings ist zu beachten, dass die Genehmigung von Werbeanlagen, die jenseits festgesetzter Baugrenzen errichtet werden sollen, im - pflichtgemäß auszuübenden - behördlichen Ermessen steht.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

V. WEG-Recht

1. Trittschallschutz bei Wohnungseigentum

a) Der zu gewährende Schallschutz richtet sich grundsätzlich nach den im Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes geltenden Schutzwerten.

b) Der Umstand, dass ein vorhandener Bodenbelag durch einen anderen ersetzt wird, rechtfertigt nicht die Heranziehung der zur Zeit der Durchführung der Maßnahme geltenden Ausgabe der DIN 4109.

c) Es gibt keinen allgemeinen Anspruch auf Beibehaltung eines vorhandenen, die Mindestanforderungen überschreitenden Trittschallschutzes.

BGH, Urteil vom 01.06.2012 - V ZR 195/11 (LG Braunschweig)

Die über der Wohnung der Kläger liegende Eigentumswohnung eines 1966 errichteten Gebäudes war zum Zeitpunkt des Erwerbs durch die Kläger im Wohnzimmer und im Flur mit

Teppichboden ausgelegt. Nach dem Auszug wurde der Teppichboden seitens der neuen Mieter durch Laminat und Fliesen ersetzt. Die Kläger verlangen, dass die über ihnen liegende Wohnung mit verbesserter Trittschalldämmung versehen werden soll.

Das Gericht verneint einen Anspruch der Kläger auf Verbesserung des Trittschallschutzes nach § 1004 BGB i. V. m. § 14 Nr. 1 WEG. Danach ist jeder Wohnungseigentümer verpflichtet, von den in seinem Sondereigentum stehenden Gebäudeteilen - wozu auch der Oberbodenbelag gehört - nur in solcher Weise Gebrauch zu machen, dass dadurch keinem der anderen Wohnungseigentümer über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus ein Nachteil erwächst.

Die von der Wohnung der Beklagten ausgehenden akustischen Beeinträchtigungen bewegen sich in dem Bereich der DIN 4109 in der Ausgabe von 1962. Maßgebend ist die Ausgabe von 1962, da sich der durch den Eigentümer zu gewährende Schallschutz grundsätzlich nach dem im Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes geltenden Schutzwerten richtet. Dies gilt sowohl für das Miet- als auch das Wohnungseigentumsrecht. Spätere Änderungen der Werte bleiben auf das Verhältnis der Wohnungseigentümer ohne Auswirkungen. Anderenfalls wäre ein Wohnungseigentümer zur Vermeidung ansonsten drohender Ansprüche der übrigen Wohnungseigentümer gehalten, bei einer Erhöhung des Schutzniveaus den vorhandenen Schallschutz durch nachträgliche Maßnahmen zu verbessern. Eine derartige Verpflichtung sieht das Gesetz indes nicht vor.

Der Austausch des Bodenbelags rechtfertigt nicht die Heranziehung der zur Zeit der Durchführung der Maßnahme geltenden Ausgabe der DIN 4109. Zwar kann sich im Einzelfall ein höheres Schutzniveau ergeben, als es durch die DIN 4109 festgelegt wird. Voraussetzung hierfür ist aber, dass der Gemeinschaftsordnung Regelungen zum Schallschutz zu entnehmen sind, die über den Mindeststandard hinausgehen oder dass die Wohnanlage aufgrund tatsächlicher Umstände ein besonderes Gepräge erhalten hat. Dies ist hier nicht der Fall. Auf die Beibehaltung der durch den Tep-

pichboden geschaffenen Schallsituation haben die Kläger schon deshalb keinen Anspruch, weil sich die Ausstattung im Hinblick darauf, dass der Eigentümer nach § 13 Abs. 1 WEG in der Wahl des Bodenbelags frei ist, letztlich als zufällig erweist. Es gibt keinen allgemeinen Anspruch auf Beibehaltung eines vorhandenen Trittschallschutzes. Es gibt nur einen Anspruch darauf, dass sich der Trittschall im Rahmen der schallschutztechnischen Mindestanforderungen hält.

Rechtsanwältin Esther Maria Czasch

2. WEG: Sondernutzungsrecht auch für Bruchteilseigentümer

Ein Sondernutzungsrecht kann auch einem Miteigentumsanteil an einem Wohnungseigentumsrecht zugeordnet werden.

BGH, Beschluss vom 10.05.2012 - V ZB 279/11

Eine Wohnungseigentümerin hatte ihr Sondernutzungsrecht an einem Tiefgaragenplatz an eine andere Wohnungseigentümerin veräußert. Dies stellt zunächst einen ganz normalen Vorgang dar, denn die Möglichkeit der Übertragung von Sondernutzungsrechten innerhalb der WEG ist seit längerer Zeit anerkannt.

Allerdings ist im vorliegenden Fall die Erwerberin nur Miteigentümerin einer Teileigentums-einheit gewesen, d.h. die Einheit gehörte ihr nicht allein. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung der Erwerberin ab, da ein Sondernutzungsrecht nur einheitlich allen Miteigentümern der Teileigentums-einheit zustehen könne. Es begründet seine Entscheidung damit, dass für ein Teileigentum nicht für mehrere Miteigentümer ein eigenes Grundbuchblatt angelegt werde.

Der BGH hat die Entscheidung der Vorinstanz aufgehoben, denn das Bruchteilseigentum ist dem Alleineigentum gleichzustellen. Sind an einer Einheit mehrere Personen Eigentümer, zählt jeder zum Kreis der Wohnungseigentümer. Nach der Auffassung des BGH habe Grundbuchverfahrensrecht dem materiellen Recht zu dienen und sich diesem unterzuord-

nen. Die Umsetzung berechtigter Interessen soll nicht an Verfahrensfragen scheitern.

Rechtsanwalt Karsten Rickart

VI. Maklerrecht

Maklerlohn: Wer zuerst kommt, malt zuerst!

a) Wird eine Immobilie von einem Nachweismakler präsentiert, später von einem Vermittlungsmakler erneut angeboten und kommt es innerhalb angemessener Zeit zu einem Vertragsabschluss, so hat der erste Makler Anspruch auf seinen Maklerlohn.

b) Besteht Vorkenntnis, so kann ein zweiter Makler von vorneherein keine eigene Nachweistätigkeit, sondern nur noch eine provisionspflichtige Vermittlungstätigkeit entfalten.

OLG Bamberg, Urteil vom 19.08.11 - 6 U 9/11

Im Jahr 2008 besichtigten die Kaufinteressenten zusammen mit einem Nachweismakler ein von ihm angebotenes Haus. Letztmaliger Kontakt der Beteiligten war im Februar 2009. Der Hauseigentümer schaltete im Laufe des Jahres 2009 einen anderen Makler ein, über den die späteren Hauskäufer das Anwesen nochmals besichtigten. Im August 2009 wurde dann der Kaufvertrag geschlossen und eine Provision an den zweiten Makler gezahlt. Der erste Makler forderte hierauf ebenfalls Maklerlohn von den Hauskäufern und klagte diesen ein.

Das OLG Bamberg hat die erstinstanzliche Entscheidung des Landgerichts Coburg bestätigt und dem Makler Recht gegeben. Im Wesentlichen hat es dabei die nach gefestigter Rechtsprechung geltenden Grundsätze zur Beurteilung eines derartigen Falles noch einmal zusammengefasst:

Danach muss der vom Makler gelieferte Nachweis einer Kaufgelegenheit keinesfalls die alleinige oder hauptsächliche Ursache des späteren Vertragsschlusses sein. Die Vermutung eines Ursachenzusammenhanges ergibt sich in derartigen Fällen bereits von selbst, wenn feststeht, dass der Makler die Gelegenheit zum Abschluss des Vertrages nachgewiesen hat und dieser Vertrag anschließend in-

nerhalb „eines angemessenen zeitlichen Abstandes“ auch geschlossen wird. Dabei hat das OLG Bamberg die 8 Monate, die im vorliegenden Fall zwischen der Besichtigung mit dem ersten Makler und dem Vertragsschluss vergangen sind, noch als angemessen angesehen.

Bestätigt wurde in der Entscheidung dabei erneut, dass der Nachweismakler seine Provision schon dadurch verdient, dass er dem Interessenten die Objektdaten und den Namen des Verkäufers benennt und ein Vertrag später zustande kommt.

Die Vergütung ist daher auch dann zu leisten, wenn später ein Vermittlungsmakler tätig wird und dieser den Kaufvertragsabschluss herbeiführt.

Es ist dabei ohne Belang, wenn die Käufer vortragen, dass sie bereits eine Provision an den zweiten Makler gezahlt haben. Ein etwaiger Anspruch des zweiten Maklers schließt einen Anspruch des ersten Maklers nicht aus.

Der zweite Makler kann eine Provision allerdings berechtigterweise nur dann fordern, wenn er ergänzend eine Vermittlungstätigkeit entfaltet hat, was voraussetzt, dass er in zumindest mitursächlicher Weise auf die Parteien eingewirkt hat um diese letztendlich zu einem Vertragsabschluss zusammen zu führen.

Kaufinteressenten muss somit in derartigen Situationen gegenwärtig sein, dass sie bei der Inanspruchnahme zweier Makler möglicherweise auch zwei Provisionsforderungen ausgesetzt sind. Dies können Kaufinteressenten dadurch vermeiden, dass sie rechtzeitig bevor es zum Abschluss eines ausdrücklichen oder auch nur schlüssigen Maklervertrages kommt, auf eine Regelung hinwirken, dass sie die Provision letztendlich nur einmal zahlen müssen. Dies kann z. B. durch eine Freistellungserklärung des zweiten Maklers für den Fall der Inanspruchnahme durch den ersten Makler oder dadurch geschehen, dass der zweite Makler mit dem ersten Makler ein Gemeinschaftsgeschäft abschließt, das eine Vereinbarung über die Aufteilung der vom Käufer (einmal) zu zahlenden Maklerprovision enthält.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

VII. Leitsätze zum Arbeitsrecht

1. „Weihnachtsgeld“ bei Langzeiterkrankung

Zahlt der Arbeitgeber den Beschäftigten betriebsüblich ein "Weihnachtsgeld", ohne besondere Leistungsvoraussetzungen oder -Einschränkungen zu benennen, handelt es sich im Zweifel um zusätzliches Arbeitsentgelt i. e. S., weswegen im Fall der Langzeiterkrankung kein Anspruch besteht.

LAG Hamm, Urteil vom 1901.2012 - 8 Sa 1205/11

2. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Nutzung von Parkflächen

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei der Festlegung der Nutzungsbedingungen von Parkflächen, die der Arbeitgeber den Arbeitnehmern für das Abstellen ihrer Privat-Pkw zur Verfügung stellt, mitzubestimmen.

BAG, Beschluss vom 17.01.2012 - 1 ABR 45/10

3. Ausschlussfrist für Entschädigungsanspruch eines schwerbehinderten Bewerbers

Die zweimonatige Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG zur Geltendmachung von Ansprüchen wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG beginnt im Falle einer erfolglosen Bewerbung grundsätzlich mit dem Zugang der Ablehnung, nicht jedoch vor dem Zeitpunkt, ab dem der Bewerber Kenntnis von einer Benachteiligung erlangt. Dies ist dann der Fall, wenn der abgelehnte Bewerber Kenntnis von einem Indiz hat, aus dem er die Vermutung einer Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes herleitet.

BAG, Urteil vom 15.03.2012 - 8 AZR 37/11

4. Auch bei Stellenbesetzung mit Leiharbeitnehmern besteht Ausschreibungspflicht

Der Betriebsrat kann die Ausschreibung von sämtlichen Arbeitsplätzen verlangen, die der Arbeitgeber mit Leiharbeitnehmern - wenn auch nur kurzzeitig - zu besetzen beabsichtigt.

LAG Schleswig, Beschluss vom 29.02.2012 - 6 TaBV 43/11

5. Verrechnung von Zeitguthaben auf einem Arbeitszeitkonto

Der Arbeitgeber darf das auf einem Arbeitszeitkonto ausgewiesene Zeitguthaben des Arbeitnehmers nur mit Minusstunden verrechnen, wenn ihm die der Führung des Arbeitszeitkontos zu Grunde liegende Vereinbarung (Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Werkvertrag) die Möglichkeit dazu eröffnet.

BAG, Urteil vom 21.03.2012 - 5 AZR 676/11

6. AGB-Kontrolle einer pauschalen Überstundenvereinbarung

a) Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Arbeitgebers enthaltene Klausel, für Über- und Mehrarbeit werde keine weitergehende Vergütung geleistet, ist intransparent, wenn der Arbeitnehmer "bei betrieblichem Erfordernis" in nicht näher konkretisiertem Umfang zu Überstunden verpflichtet ist.

b) Bei Fehlen einer (wirksamen) Vergütungsregelung verpflichtet § 612 Abs. 1 BGB den Arbeitgeber, geleistete Überstunden zusätzlich zu vergüten, wenn diese den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten sind. An der objektiven Erwartung einer besonderen Vergütung von Überstunden wird es regelmäßig fehlen, wenn das Entgelt die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet.

BAG, Urteil vom 22.02.2012 - 5 AZR 765/10

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht

VIII. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. „Kettenbefristung“ und Rechtsmissbrauch

Die Befristung eines Arbeitsvertrags kann trotz Vorliegens eines Sachgrunds aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls ausnahmsweise rechtsmissbräuchlich und daher unwirksam sein. Für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs können insbesondere eine sehr lange Gesamtdauer oder eine außergewöhnlich hohe Anzahl von aufeinander folgenden befristeten Arbeitsverträgen mit demselben Arbeitgeber sprechen.

Nach § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG nennt beispielhaft derartige Sachgründe. Gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG liegt ein sachlicher Grund vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Dem Sachgrund der Vertretung steht nach der Rechtsprechung des VII. Senats auch eine größere Anzahl der mit einem Arbeitnehmer geschlossenen befristeten Verträge nicht entgegen. Entscheidend ist allein, ob bei der letzten Befristungsabrede ein Vertretungsfall vorlag. Ein bei dem Arbeitgeber vorhandener ständiger Vertretungsbedarf schließt den Sachgrund der Vertretung nicht aus. Der VII. Senat hatte allerdings Bedenken, ob er aus Gründen des Unionsrechts gehindert ist, an dieser Rechtsprechung uneingeschränkt festzuhalten. Er bat deshalb mit Beschluss vom 17. November 2010 - 7 AZR 443/09 (A) - den EuGH um Beantwortung der Frage, ob es mit § 5 Nr. 1 der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 (Rahmenvereinbarung) vereinbar ist, die wiederholte Befristung eines Arbeitsvertrags auch dann auf den im nationalen Recht vorgesehenen Sachgrund der Vertretung zu stützen, wenn bei dem Arbeitgeber ein ständiger Vertretungsbedarf besteht, der ebenso durch unbefristete Einstellungen befriedigt werden könnte. Der EuGH antwortete mit Urteil vom 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük], der Umstand, dass ein Arbeitgeber wiederholt oder sogar dauerhaft auf befristete Vertretungen zu-

rückgreife, stehe weder der Annahme eines sachlichen Grundes im Sinne der Rahmenvereinbarung entgegen, noch folge daraus das Vorliegen eines Missbrauchs im Sinne dieser Bestimmung. Die nationalen staatlichen Stellen müssten aber auch bei Vorliegen eines sachlichen Grundes alle mit der Verlängerung der befristeten Verträge verbundenen Umstände berücksichtigen, da sie einen Hinweis auf Missbrauch geben können, den § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung verhindern soll. Bei dieser Prüfung könnten sich die Zahl und Dauer der mit demselben Arbeitgeber geschlossenen aufeinander folgenden Verträge als relevant erweisen.

Hiervon ausgehend entschied der VII. Senat, dass das Vorliegen eines ständigen Vertretungsbedarfs der Annahme des Sachgrunds der Vertretung nicht entgegensteht, sondern an den Grundsätzen der Sachgrundprüfung uneingeschränkt festgehalten werden kann. Allerdings kann unter besonderen Umständen die Befristung eines Arbeitsvertrags trotz Vorliegens eines sachlichen Grundes wegen rechtsmissbräuchlicher Ausnutzung der an sich eröffneten rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit unwirksam sein. Das entspricht den sich aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) ergebenden Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs. An einen solchen nur ausnahmsweise anzunehmenden Rechtsmissbrauch sind hohe Anforderungen zu stellen. Es sind dabei alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere aber Gesamtdauer und Anzahl der in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen aufeinander folgenden befristeten Verträge zu berücksichtigen.

Der VII. Senat hob daher ein Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln auf, das die Befristungskontrollklage einer beim Land Nordrhein-Westfalen beschäftigten Justizangestellten abgewiesen hatte. Die Klägerin war beim beklagten Land aufgrund von insgesamt 13 befristeten Arbeitsverträgen von Juli 1996 bis Dezember 2007 im Geschäftsstellenbereich des Amtsgerichts Köln tätig. Die befristete Beschäftigung diente fast durchgehend der Vertretung von Justizangestellten, die sich in Elternzeit oder Sonderurlaub befanden. Mit ihrer Klage griff die Klägerin die Befristung des letzten im Dezember 2006 geschlossenen Vertrags an. Für diese Befristung lag zwar der Sachgrund der Vertretung vor. Die Gesamtdauer von mehr

als 11 Jahren und die Anzahl von 13 Befristungen sprechen aber dafür, dass das beklagte Land die an sich eröffnete Möglichkeit der Vertretungsbefristung rechtsmissbräuchlich ausgenutzt hat. Der VII. Senat konnte der Klage dennoch nicht stattgeben. Der Rechtsstreit war vielmehr an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, um dem beklagten Land Gelegenheit zu geben, noch besondere Umstände vorzutragen, die der Annahme des an sich indizierten Rechtsmissbrauchs entgegenstehen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 18.07.2012 - 7 AZR 443/09 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Kündigung wegen Entwendung von Zigarettenpackungen - Verdeckte Videoüberwachung

Entwendet eine Verkäuferin Zigarettenpackungen aus dem Warenbestand des Arbeitgebers, kann dies auch nach längerer - im Streitfall zehnjähriger - Betriebszugehörigkeit eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Führt eine verdeckte Videoüberwachung zur Überführung der Täterin, kann das auf diese Weise gewonnene Beweismaterial im Bestreitensfall prozessual allerdings nicht ohne Weiteres verwertet werden. Das entsprechende Interesse des Arbeitgebers hat gegenüber dem Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts der Arbeitnehmerin nur dann höheres Gewicht, wenn die Art der Informationsbeschaffung trotz der mit ihr verbundenen Persönlichkeitsbeeinträchtigung als schutzbedürftig zu qualifizieren ist. Dies ist bei verdeckter Videoüberwachung nur dann der Fall, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers bestand, es keine Möglichkeit zur Aufklärung durch weniger einschneidende Maßnahmen (mehr) gab und die Videoüberwachung insgesamt nicht unverhältnismäßig war. Unter diesen strengen Voraussetzungen wiederum stehen Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) der verdeckten Videoüberwachung auch an öffentlich zugänglichen Arbeitsplätzen nicht entgegen. Zwar bestimmt § 6b Abs. 2 BDSG, dass bei

Videoaufzeichnungen in öffentlich zugänglichen Räumen der Umstand der Beobachtung und die verantwortliche Stelle erkennbar zu machen sind. Bei einem Verstoß gegen diese Pflicht wird aber nicht jedwede Videoüberwachungsmaßnahme an öffentlich zugänglichen Arbeitsplätzen per se unzulässig.

In Anwendung dieser Grundsätze hat der II. Senat des Bundesarbeitsgerichts die Entscheidung der Vorinstanz aufgehoben, soweit diese die Kündigungsschutzklage einer Verkäuferin abgewiesen hat. Die Beklagte ist ein bundesweit tätiges Einzelhandelsunternehmen. Die Klägerin war bei ihr zuletzt als stellvertretende Filialleiterin beschäftigt. Für drei Wochen im Dezember 2008 installierte die Beklagte mit Zustimmung des Betriebsrats verdeckte Videokameras in den Verkaufsräumen. Sie hat geltend gemacht, es habe der Verdacht bestanden, dass auch Mitarbeiterdiebstähle zu hohen Inventurdifferenzen beigetragen hätten. Auf dem Mitschnitt sei zu sehen, wie die Klägerin bei zwei Gelegenheiten jeweils zumindest eine Zigarettenpackung aus dem Warenbestand entwendet habe. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise fristgerecht. Die Klägerin hat bestritten, Zigaretten entwendet zu haben. Nach Einnahme des Augenscheins in die Videoaufzeichnungen hat das Landesarbeitsgericht den Kündigungsvorwurf als erwiesen erachtet und die Klage gegen die ordentliche Kündigung abgewiesen.

Der Senat hat die Sache zur weiteren Aufklärung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Zwar ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts nicht zu beanstanden, die - allein noch im Streit stehende - ordentliche Kündigung sei nach dem zugrunde gelegten Sachverhalt sozial gerechtfertigt. Es steht aber noch nicht fest, ob die Voraussetzungen für eine prozessuale Verwertung der Videoaufzeichnungen gegeben sind.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21.06.2012 - 2 AZR 153/11 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

IX. Veröffentlichungen, Sonstiges

1. Dr. Hartwig Schäfer

Nachbesserung nur gegen Zahlung: Unternehmer riskiert Rückabwicklung des Vertrages!

IBR 2012, 514

In der Zeitschrift IBR 2012, S. 514, hat unser Hamburger Kollege Dr. Hartwig Schäfer eine Besprechung zu einem Urteil des OLG Karlsruhe (Urteil vom 03.05.2012 - 9 U 74/11) veröffentlicht.

Ein Ehepaar hat mit einem Unternehmer einen Vertrag über die Lieferung und Montage einer Einbauküche geschlossen. Die Küche ist nach den Bedürfnissen der Eheleute konzipiert. Nach erfolgter Anzahlung wird die Küche geliefert und montiert. Eine Abnahme gibt es nicht. Die Küche weist kleinere Mängel auf, insbesondere einen Schiefstand. Nach mehreren Aufforderungen leisten die Eheleute eine weitere Teilzahlung und fordern den Unternehmer unter Fristsetzung zur Nachbesserung auf. Der Unternehmer macht die Nachbesserung vom Ausgleich der restlichen Vergütungsforderung vor Arbeitsbeginn abhängig. Hierzu kommt es nicht. Nach Fristablauf verlangen die Eheleute vom Unternehmer im Wege des Schadensersatzes u. a. die Rückabwicklung des Vertrages, d. h. Erstattung der geleisteten Zahlungen gegen Rückgabe der Küche.

Das Gericht gibt den Eheleuten Recht. Der Lieferung und Montage der Einbauküche liegt ein Werkvertrag zugrunde. Die Eheleute waren erst nach Fertigstellung und Abnahme zur Zahlung des Werklohns verpflichtet, § 641 Abs. 1 BGB. Eine Abnahme hat es nicht gegeben. Demzufolge war der Unternehmer nicht berechtigt, die Nachbesserung von einer (weiteren) Zahlung abhängig zu machen. Aufgrund der Gesamtumstände konnten die Eheleute nicht davon ausgehen, dass der Unternehmer zu einer Nachbesserung ohne (weitere) Vorleistung der Eheleute bereit ist. Das Verhalten des Unternehmers ist daher als ernste und endgültige Leistungsverweigerung i. S. v. § 281 Abs. 2 BGB zu verstehen. Das berechtigt die Eheleute zur sofortigen Geltendmachung von Schadensersatz. Obwohl die Küche

voll funktionsfähig ist, können die Eheleute im Wege des großen Schadensersatzes die vollständige Rückabwicklung des Vertrages beanspruchen. § 281 Abs. 1 S. 3 BGB steht dem nicht entgegen, weil die Pflichtverletzung des Unternehmers nach Abwägung der beiderseitigen Interessen erheblich ist. Hierfür sprechen die Vielzahl der Mängel sowie die damit verbundenen optischen Beeinträchtigungen. Der Schiefstand der Küche kann nur durch einen vollständigen Ab- und Neueinbau beseitigt werden. Daher müssen die Eheleute bei einer Nachbesserung mit einer bleibenden Wertminderung rechnen. Zudem können durch mehrfachen Ab- und Neueinbau ein Umzug und Weiterverkauf der Küche erschwert sein.

Rechtsanwalt Dr. Schäfer gibt in seiner Besprechung hierzu den Hinweis, dass das OLG Karlsruhe mit seinem Urteil die Vorleistungspflicht des (Werk-) Unternehmers bekräftigt hat. Werkunternehmern sei davon abzuraten, eine Mängelbeseitigung vor Abnahme vom vollständigen Ausgleich ihrer Vergütungsforderung abhängig zu machen. Entsprechendes gelte nach erfolgter Abnahme. Dann könne der Besteller die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung wegen Mängeln verweigern, § 641 Abs. 3 BGB. Anderenfalls riskiere der Werkunternehmer u. a. die vollständige Rückabwicklung des Vertrages. Das gelte grundsätzlich auch bei kleinen Mängeln, welche die Funktionsfähigkeit des Werkes nicht beeinflussen.

2. Bornheim und Partner bei der Olympiade London 2012 erfolgreich

Die Überschrift ist natürlich mit einem Augenzwinkern geschrieben. Hochleistungsanwalt und Hochleistungssportler gehen nebeneinander schon zeitlich nicht. Sport, vor allem Profisport, heißt aber auch Sportrecht und so die Notwendigkeit anwaltlicher Beratung. Da sind wir mit unseren Sportrechtlern schon lange fachkompetent und weltweit anerkannt dabei. Wir freuen uns über den olympischen Erfolg unserer Mandanten. Manchmal fühlen wir uns auch selbst ein klein wenig als Medaillengewinner. Einer der weltbesten Mittelstreckler Bernhard Lagat, früher für Kenia, jetzt für die USA startend, hat als Vierter im 5000-Meter-Lauf das Podium nur denkbar knapp verpasst. Die Triathletin Antje Dittmer war bei ihrer 4. Olympiade immerhin mit Platz 11 im Hyde Park vorne mit dabei. Und ganz besonders begeistert waren wir natürlich von den beiden Bronzemedailen, die Dimitrij Ovtcharov im Einzel und mit der Mannschaft für Deutschland im Tischtennis erkämpft hat. Noch vor einem Jahr schien London für Dima, wie Freunde ihn nennen, plötzlich unerreichbar fern. Nach Verzehr von kontaminiertem Fleisch in China, dadurch einer positiven Clenbuterol-Probe, drohte ihm das Karriereende. In national und international geführten sportgerichtlichen Verfahren konnten wir mit großem Engagement unter Nachweis seiner Unschuld einen Freispruch und damit sein Startrecht durchsetzen. Das verbindet.

Rechtsanwalt Dr. Michael Lehner

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 September 2012**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim
Verantwortliche Redakteurin: Rechtsanwältin Susanne Lösch, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg
Druck: Druckerei Odenwälder, Karl-Trunzer-Straße 2, 74722 Buchen