

Mandanten-Rundbrief

- März 2011 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Für eine Bau-ARGE kann eine Sicherungshypothek im Grundbuch eingetragen werden	2
2.	Vergütung entfallener Positionen	2
3.	10 % Vertragserfüllungsbürgschaft plus 90 % Abschlagszahlung in AGB des Auftraggebers unwirksam	3
4.	Gesamtschuldnerische Architektenhaftung trotz Nachbesserungsrecht des Unternehmers	4
5.	Architektenrecht: Wann besteht Verzug eines Planers mit der Planvorlage? Und: Kommt es dabei auf die technischen Schwierigkeiten der Planungsaufgabe an?	5
6.	Austausch des Bar-Sicherheitseinbehalts gegen Bürgschaft bei Insolvenz des Auftragnehmers	7
7.	Schadensersatz für unberechtigte Mängelrüge	8
8.	Die Haftung nach GSB/BauFordSiG trifft auch den faktischen Geschäftsführer	8
II.	Leitsätze zum privaten Bau- und Architektenrecht	9
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	10
IV.	Verwaltungsrecht	12
1.	Erschließungsanspruch gegen die Gemeinde	12
2.	Salvatorische Klausel im städtebaulichen Vertrag	13
V.	Arbeitsrecht	13
	Zur Notwendigkeit eines betrieblichen Eingliederungsmanagements bei einer krankheitsbedingten Kündigung	13
VI.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	14
1.	Privatnutzung des Dienstwagens während lang dauernder Arbeitsunfähigkeit	14
2.	Weihnachtsgratifikation und vertraglich vereinbarter Freiwilligkeitsvorbehalt	15
VII.	Veröffentlichungen, Sonstiges	16

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

In eigener Sache

Sehr geehrte Mandanten,

seit kurzem heißen wir „Bornheim und Partner“.

Wir haben im Januar diesen Jahres einen Rechtsformwechsel in eine Partnerschaftsgesellschaft vollzogen. Diese zeitgemäße Rechtsform bietet sich gerade für Freiberufler-Gesellschaften an, die wie wir ständig wachsen und neue Partner aufnehmen.

Die Namen unserer Partner können Sie unserem Briefkopf entnehmen oder das Partnerregister des AG Mannheim unter der Nr. 700146 einsehen.

Mit freundlichen Grüßen
Bornheim und Partner

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Für eine Bau-ARGE kann eine Sicherungshypothek im Grundbuch eingetragen werden

Eine baurechtliche Arbeitsgemeinschaft (ARGE) ist als Gesellschaft bürgerlichen Rechts Gläubigerin einer Sicherungshypothek und als solche im Grundbuch eintragungsfähig.

KG, Beschluss vom 08.06.2010 - 1 W 255/10

Eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) aus zwei Bauunternehmen beantragte die Eintragung einer Sicherungshypothek im Grundbuch und legte entsprechende Vollstreckungstitel vor. Das Amtsgericht hatte die Eintragung zurückgewiesen, da der ARGE angeblich die Grundbuchfähigkeit fehlte. Das Kammergericht Berlin stellte klar, dass die ARGE als Gesellschaft bürgerlichen Rechts eintragungsfähig ist.

Das Kammergericht führte aus, dass an der Grundbuchfähigkeit einer ARGE keine durchgreifenden Zweifel bestehen. Auch sei nicht entscheidend, ob die ARGE eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder eine offene Handelsgesellschaft (OHG) sei. Die Grundbuchfähigkeit der OHG ergibt sich aus § 124 Abs. 1

HGB. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nach neuester Rechtsprechung des BGH teilrechtsfähig und kann daher ebenfalls im Grundbuch eingetragen werden.

Allerdings stellte das Kammergericht auch klar, dass die Rechtsform der ARGE letztlich nicht offen bleiben könne. Denn bei der OHG sei deren Firma und Sitz anzugeben, wohingegen bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch deren Gesellschafter einzutragen seien.

Im vorliegenden Fall qualifizierte das Kammergericht die ARGE richtigerweise als Gesellschaft bürgerlichen Rechts, da sich die „Arbeitsgemeinschaft“ zur gemeinsamen Erbringung von Werkleistungen durch mehrere Unternehmen zusammengeschlossen habe. Eine Einordnung der ARGE als OHG komme nur dann in Betracht, wenn hierfür sichere Anhaltspunkte vorliegen.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier

2. Vergütung entfallener Positionen

Sogenannte Nullpositionen sind abzurechnen wie nicht ausgeführte Leistungen nach einer freien Kündigung. Der Auftragnehmer kann regelmäßig in der Nullposition kalkulierte AGK, BGK und Gewinnanteile vergü-

tet verlangen. Allerdings muss er sich einer Ausgleichsberechnung entsprechend § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B stellen, wenn in anderen Positionen Mehrmengen angefallen sind.

OLG Bamberg, Urteil vom 15.12.2010 - 3 U 122/10 (nicht rechtskräftig)

Auftragnehmer verschenken häufig Geld, wenn sie beauftragte aber später entfallene Positionen (sogenannte Nullpositionen) nicht abrechnen. Das OLG Bamberg stellt in der zitierten Entscheidung klar, dass Nullpositionen in entsprechender Anwendung der §§ 2 Abs. 4, 8 Abs. 1 VOB/B und § 649 S. 1 BGB zu vergüten sind. Diese Vorschriften regeln die Vergütung beauftragter Leistungen, die der Auftragnehmer aufgrund freier Kündigung des Auftraggebers oder durch Selbstaussführung des Auftraggebers nicht ausführen konnte. Danach erhält der Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs.

Daraus leitet das OLG Bamberg ab, dass dem Auftragnehmer zumindest die in der Nullposition kalkulierten Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten (AGK), Baustellengemeinkosten (BGK) und Gewinn zustehen.

Allerdings greift das Gericht auf die Ausgleichsberechnung zurück, die § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B bei Mindermengen vorsieht, wenn in anderen Positionen Mehrmengen angefallen sind oder der Auftragnehmer einen anderweitigen Ausgleich erhält. Dazu rechnet das OLG Bamberg - wie auch das Kammergericht Berlin (vgl. IBR 2006, 537) - auch Umlagenanteile aus Nachträgen. Unbeachtet lässt das OLG Bamberg jedoch, dass § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B eine Ausgleichsberechnung nur für Baustelleneinrichtungskosten, BGK und AGK vorsieht. Von Wagnis und Gewinn ist keine Rede. Eine Ausgleichsberechnung für diese Umlagenanteile lässt sich nicht zwanglos herleiten. Die Abrechnung von Nullpositionen könnte deshalb auch interessant sein, wenn Mehrmengen oder Nachträge angefallen sind. Der Auftragnehmer sollte vor seiner Abrechnung zumin-

dest durch eine überschlägige Ausgleichsberechnung prüfen, ob die Abrechnung der Nullpositionen sinnvoll ist.

Rechtsanwalt und Mediator Dr. Jan Scheube

3. 10 % Vertragserfüllungsbürgschaft plus 90 % Abschlagszahlung in AGB des Auftraggebers unwirksam

Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eines Bauvertrags enthaltene Klausel, dass der Auftragnehmer zur Sicherung der vertragsgemäßen Ausführung der Werkleistungen eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % der Auftragssumme zu stellen hat, ist unwirksam, wenn in dem Vertrag zusätzlich bestimmt ist, dass die sich aus den geprüften Abschlagsrechnungen ergebenden Werklohnforderungen des Auftragnehmers nur zu 90 % bezahlt werden.

BGH, Urteil vom 09.12.2010 - VII ZR 7/10

Vom Auftraggeber gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) eines VOB/B-Bauvertrags aus dem Jahr 2001 sehen vor, dass der Auftragnehmer eine Vertragserfüllungsbürgschaft von 10 % der vereinbarten Auftragssumme zu stellen hat. An anderer Stelle ist geregelt, dass Abschlagszahlungen (nur) in Höhe von 90 % der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen geleistet werden. Es kam zur Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund durch den Auftraggeber. Dieser nahm später den Bürgen des inzwischen insolventen Auftragnehmers aus der Vertragserfüllungsbürgschaft unter anderem wegen Fertigstellungsmehrkosten und einem Vertragsstrafenanspruch in Anspruch. Nachdem das Landgericht die Klage abgewiesen hatte, gab das Berufungsurteil ihr in einem Grundurteil dem Grunde nach statt.

Der Bundesgerichtshof hob das Berufungsurteil mit der Begründung auf, die Sicherungsabrede sei AGB-rechtlich unwirksam. Die Ausführungen des Bundesgerichtshofs, mit denen

dieses Ergebnis erläutert wird, enthalten zwei wichtige Feststellungen: Einerseits stellt der Bundesgerichtshof klar, dass die Absicherung des Auftraggebers durch eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % der Auftragssumme AGB-rechtlich wirksam ist, weil das im Falle einer außerordentlichen Kündigung des Auftragnehmers bestehende Vertragserfüllungsrisiko „vielfach 10 % der Auftragssumme erreichen oder sogar überschreiten“ werde. Andererseits weist der Bundesgerichtshof darauf hin, dass bei der AGB-rechtlichen Beurteilung eines Klauselwerks die belastende Wirkung einer für sich allein gesehen noch hinnehmbaren Klausel durch eine oder mehrere weitere Vertragsbestimmungen derart verstärkt werden könne, dass der Vertragspartner des Verwenders im Ergebnis unangemessen benachteiligt werde. Dies sei bezüglich des zu entscheidenden Sachverhalts der Fall. Hier führe die Sicherungsabrede zusammen mit der Vereinbarung über die Auszahlung der Abschlagszahlungen lediglich zu 90 % zu einer Übersicherung des Auftraggebers. Denn die Regelung zu den Abschlagszahlungen bewirke, dass der Auftraggeber dadurch einen Einbehalt erhalte, der auch solche vertraglichen Ansprüche absichere, auf die sich die Sicherungsabrede zur Vertragserfüllungsbürgschaft ebenfalls beziehe. Dem Auftragnehmer werde damit bis zur Schlusszahlung steigend Liquidität entzogen. Er trage außerdem das Risiko, das der Auftraggeber insolvent werde und er mit bis zu 10 % seines Werklohns ausfalle. Die Gesamtbelastung durch die vom Auftragnehmer auf diese Weise zu stellenden Sicherheiten überschreite „das Maß des Angemessenen“.

Auch wenn der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung nicht näher ausgeführt hat, wo genau er „das Maß des Angemessenen“ sieht, lässt sich zwischen den Zeilen heraus lesen, dass er die Höhe der in AGB wirksam zu vereinbarende Vertragserfüllungssicherheit bei 10 % der Auftragssumme einpendeln möchte. Weiter gibt das Urteil Anlass, auftraggeberseitige Vertragswerke kritisch daraufhin zu prüfen, ob möglicherweise neben der Sicherungsab-

rede noch weitere Klauseln faktisch ebenfalls zu einer überlappenden Absicherung des Vertragserfüllungsrisikos führen und nach den Erwägungen des Bundesgerichtshofs deshalb die gesamte Sicherungsabrede zu Fall bringen können. Was die Höhe der an den Auftragnehmer zu leistenden Abschlagszahlungen anbelangt, so ist den Auftraggebern zu empfehlen, diese nicht über das Maß des § 632a BGB hinaus einzuschränken, weil diese Vorschrift das gesetzliche Leitbild darstellt, an dem sich die Inhaltskontrolle von AGB zum Anspruch des Auftragnehmers auf Abschlagszahlungen zu orientieren hat.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

4. Gesamtschuldnerische Architektenhaftung trotz Nachbesserungsrecht des Unternehmers

Für sowohl auf einem Planungsfehler als auch auf einem Ausführungsfehler beruhende Mängel haften der planende Architekt und das ausführende Bauunternehmen als Gesamtschuldner. Das Gesamtschuldverhältnis liegt auch dann vor, wenn der Architekt aufgrund eines Baumangels (direkt) auf Schadensersatz haftet, während dem Bauunternehmer wegen desselben Mangels zunächst ein Nachbesserungsrecht zusteht.

OLG Frankfurt, Urteil vom 14.12.2010 - 16 U 145/10

Ohne eigene Prüfung und Hinweis an den Bauherrn schließt der Bauunternehmer in Anlehnung an einen falschen Plan des Architekten ein Schmutzwasserrohr an den Regenwasserkanal und das Regenwasserrohr an den Schmutzwasserkanal an. Der Mangel wird vom Bauherrn entdeckt. Er setzt dem Unternehmer eine Frist zur Nacherfüllung. Vor Ablauf der Frist beseitigt der Bauherr den Mangel selbst. Wegen der Mangelbeseitigungskosten verklagt der Bauherr den Architekten und den Bauunternehmer auf Schadensersatz. Gegen

den Unternehmer wird die Klage wegen voreiliger Selbstvornahme abgewiesen. Den Architekten verurteilt das Landgericht auf Zahlung von Schadensersatz. Der Architekt geht in die Berufung. Er macht geltend, es liege eine sogenannte gestörte Gesamtschuld vor. Wenn der Bauunternehmer wegen voreiliger Selbstvornahme nicht hafte, dann könne der Architekt beim Bauunternehmer keinen Ausgleich nehmen. Deshalb sei der Anspruch des Bauherrn gegen den Architekten um den Verursachungsanteil des Bauunternehmers zu reduzieren.

Der Architekt hat auch in der Rechtsmittelinstanz keinen Erfolg. Für ihn bleibt es bei der vollen gesamtschuldnerischen Haftung. Der Architekt kann sich nicht darauf berufen, der Bauunternehmer sei wegen des ihm zunächst zustehenden Nachbesserungsrechtes in seinen Rechtsbeziehungen zum Bauherrn begünstigt und der Bauherr habe dieses Nachbesserungsrecht des Bauunternehmers durch die voreilige Selbstvornahme vereitelt. Ansprüche gegen den Unternehmer werden nicht zum Schutz des Architekten geltend gemacht. Deshalb bleibt dem Architekten der Einwand versagt, der Bauherr hätte sich durch einen rechtzeitigen Zugriff beim Unternehmer befriedigen können und müssen.

Das Urteil entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Wenn ein Mangel sowohl auf einen Planungsfehler des Architekten als auch auf einen Ausführungsfehler des Bauunternehmers zurückzuführen ist, kann der Bauherr grundsätzlich frei wählen, wen er in Anspruch nimmt. Das gilt auch, wenn der Bauunternehmer durch das ihm zunächst zustehende Mängelbeseitigungsrecht privilegiert ist. Anders als der Bauunternehmer schuldet der Architekt kein mangelfreies Bauwerk als solches, sondern (nur) das „Entstehenlassen“ eines mangelfreien Werkes. Kommt es aufgrund eines Planungsfehlers zu einem Mangel am Bauwerk, hat sich die mangelhafte Architektenleistung (Planung) schon im Bauwerk niedergeschlagen. Die mangelhafte Planung kann dann nicht mehr nachgebessert werden. Im

Unterschied zum ausführenden Bauunternehmer braucht der Bauherr dem Architekten deswegen keine Frist zur Nachbesserung zu setzen. Beim Architekten kann der Bauherr sofort Schadensersatz verlangen.

Rechtsanwalt Dr. Hartwig Schäfer

5. Architektenrecht: Wann besteht Verzug eines Planers mit der Planvorlage? Und: Kommt es dabei auf die technischen Schwierigkeiten der Planungsaufgabe an?

Verzug des Planers mit der Vorlage der Planung setzt voraus, dass im Vertrag dafür ein Termin vereinbart ist. Allein daraus, dass das geplante Bauwerk zu einem bestimmten Termin fertig gestellt sein muss, kann kein Termin für die Vorlage der Planung abgeleitet werden, wenn deren Erstellung umfangreiche Versuche erfordert.

OLG Celle, Urteil vom 06.01.2011 - 16 U 37/10

Der Entscheidung des OLG Celle lag eine verzögerte Vorlage einer Planung für einen Bau zur EXPO 2000 in Hannover zugrunde. Die auftraggebende Klägerin nimmt die Beklagten, eine Planungsgemeinschaft, auf Schadensersatz wegen behaupteter Schlechterfüllung eines Architektenvertrags in Anspruch. Gegenstand des Vertrags war die Planung und Errichtung der „Großdachkonstruktion Am Hermesse“ für die EXPO im Jahr 2000. Die Klägerin bezifferte wegen angeblicher Fehlplanungen der Beklagten und wegen erforderlicher Nachberechnungen sowie wegen der hierdurch eingetretenen zeitlichen Verzögerungen einen Schaden von etwa 1,8 Mio. Euro. Das Landgericht Hannover wies die Klage ab. Die Klägerin ging in Berufung zum OLG Celle und scheiterte erneut:

Das Oberlandesgericht konnte keine Pflichtverletzung der Architekten feststellen. Zu klären war, ob die Beklagten pflichtwidrig und verzögert Pläne vorgelegt und dadurch den Verzögerungsschaden bewirkt hatten. Im Aus-

gangspunkt war es zwar die Pflicht der Beklagten, eine prüfbare statische Berechnung und Planung vorzulegen, auf deren Grundlage das Bauvorhaben durchgeführt werden konnte. Unstreitig war in dem Rechtsstreit auch, dass es aufgrund der durch den Prüfenieur vorzunehmenden Prüfungen und der im Zuge der Planungen dann auch notwendigen Windkanalversuche zu einer Verzögerung in der Vorlage der letztendlich geprüften Planungen um mehrere Monate gekommen war. Im Architektenvertrag war keine zeitliche Vorgabe enthalten. Das ist bei Architekten- und Ingenieurverträgen häufig zu beobachten, weil oftmals zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht genau feststeht, wie sich die zeitliche Abfolge gestalten soll. Häufig wird dann - wie auch hier - auftraggeberseits argumentiert, die mit der bauausführenden Firma abgestimmten Termine sowie der Fertigstellungszeitpunkt seien auch Grundlage des Architektenvertrags gewesen. Allein dies aber reicht dem Landgericht und Oberlandesgericht nicht, um für die Beklagten etwa bindende und vertraglich übernommene Fristen als vereinbart anzunehmen. Bestätigt wurde vom Oberlandesgericht nur, dass vorliegend die Fertigstellung des Bauwerks bis zur geplanten Eröffnung der EXPO 2000 zu bewerkstelligen war.

Der Fall weist dabei eine Besonderheit auf. Es ging um kein Standardbauwerk, sondern um ein in dieser Form einmaliges Bauwerk, um das Betreten von statischem Neuland, für das es keine Vorerfahrungen gab, es gab damit einen hohen Planungsaufwand und dementsprechend auch einen hohen zeitlichen Druck. All diese Umstände waren beiden Parteien bei Auftragserteilung bekannt. Man war sich bewusst, mit der Planung und Errichtung der Großdachkonstruktion aus Holz architektonisches Neuland zu betreten. Es war daher durchaus vorhersehbar, dass es im Zuge der Planverwirklichung zu Schwierigkeiten kommen konnte. Daraus folgte das Oberlandesgericht, dass die durch die Windkanalversuche und die Prüfungen des Prüfenieurs benötigte Zeit und die hierdurch eingetretene Verzögerung der Planvorlage nicht als Pflichtverlet-

zung der Architekten gewertet werden kann. Dabei ließ sich das Oberlandesgericht von dem Eindruck leiten, dass es sich bei dem Vorhaben bekanntermaßen in statischer Hinsicht um eine „Weltneuheit“ handelte, die mit den bisherigen Vorschriften der DIN nicht hinreichend zu berechnen war. Deshalb waren hier auch die genannten Windkanalversuche zur Verifizierung und Absicherung der Lastannahmen erforderlich.

Für Bauverträge, bei denen keine Termine vereinbart sind, hat der Bundesgerichtshof schon seit längerem klargestellt, dass der Unternehmer im Zweifel nach Vertragsschluss mit der Herstellung alsbald zu beginnen und sie in angemessener Zeit zügig zu Ende zu führen hat. Dabei ist die für die Herstellung notwendige Zeit in Rechnung zu stellen. Mit Ablauf der angemessenen Fertigstellungsfrist tritt Fälligkeit ein (BGH, Urteil vom 08.03.2001 - VII ZR 470/99; BauR 2001, 946). Dort wie im vorliegenden Fall müssen - wenn der Vertrag eben keine näheren Terminangaben enthält - bei der Beurteilung der angemessenen Fertigstellungsfrist die Umstände des konkreten Falls berücksichtigt werden. Diese Umstände waren im vorliegenden Fall ganz besondere.

Um hier mehr Verlässlichkeit zu erhalten und sich nicht den Risiken eines langjährigen Prozesses mit schwer vorhersehbarem Ausgang auszusetzen, sollten in die Verträge in jedem Fall terminliche Regelungen aufgenommen werden. Wenn bei Abschluss des Architekten- oder auch des Bauvertrages noch keine Kalendertermine genannt werden können, so kann man sich damit behelfen, dass immerhin Ausführungsdauern für einzelne Tätigkeitsabschnitte verbindlich vereinbart werden. Damit haben die Parteien dann für sich geregelt, welche Ausführungsdauer „angemessen“ sein soll. Ist diese verstrichen und hat der Auftraggeber gemahnt, begründet dies Verzug des Auftragnehmers.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

6. Austausch des Bar-Sicherheitseinbehalts gegen Bürgschaft bei Insolvenz des Auftragnehmers

Der Umstand, dass über das Vermögen des Auftragnehmers ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, berechtigt den Auftraggeber nicht dazu, eine zur Ablösung eines Sicherheitseinbehalts gestellte Gewährleistungsbürgschaft zurückzuweisen und die Auszahlung des Einbehalts zu verweigern.

BGH, Urteil vom 25.11.2010 - VII ZR 16/10

Ein Auftraggeber nahm bei der Schlusszahlung Ende 2006 vereinbarungsgemäß einen 5 %-igen Gewährleistungseinbehalt vor. Nach dem Bauvertrag kann der nicht verwertete Bareinbehalt durch eine Gewährleistungsbürgschaft abgelöst werden.

Ende 2007 wird über das Vermögen der Auftragnehmerin das Insolvenzverfahren eröffnet. Im Januar 2008 rügt der Auftraggeber fruchtlos Mängel. Im August 2008 übergibt der Insolvenzverwalter eine Gewährleistungsbürgschaft zur Ablösung des Bareinbehalts, die der Auftraggeber aber umgehend zurücksendet. Auch auf nochmalige Zusendung im September 2008 verweigert der Auftraggeber die Annahme der Bürgschaft und die Auszahlung des Einbehalts. Durch die Insolvenz der Auftragnehmerin sei der Sicherungsfall eingetreten. Jedenfalls sei er wegen der Insolvenz so zu stellen, als stünde der Sicherungsfall unmittelbar bevor. Im Oktober 2008 rügt der Auftraggeber weitere Mängel.

Die Auftragnehmerin klagt auf Auszahlung des Bareinbehalts Zug um Zug gegen Übergabe der Bürgschaft. Der Auftraggeber rechnet mit Kostenvorschussansprüchen wegen der gerügten Mängel auf. Das OLG Stuttgart gibt der Klage statt. Der Bundesgerichtshof bestätigt diese Entscheidung.

Der Auftraggeber könne wegen der im Oktober 2008 gerügten Mängel den Austausch der Sicherheiten nicht mit dem Verweis auf den Eintritt des Sicherungsfalls verweigern. Der Siche-

rungsfall setze einen auf Geldzahlung gerichteten Gewährleistungsanspruch des Auftraggebers voraus. An einem solchen Anspruch fehle es hinsichtlich der im Oktober 2008 gerügten Mängel. Sie waren zum Zeitpunkt der Auszahlungsverweigerung noch nicht bekannt.

Wegen der im Januar 2008 gerügten Mängel kann zwar von einem auf Geldzahlung gerichteten Kostenvorschussanspruch ausgegangen werden. Der Auftraggeber habe daher entscheiden können, ob er die Ablösung des Sicherheitseinbehalts durch die Gewährleistungsbürgschaft akzeptiert oder den Sicherheitseinbehalt verwertet. Allerdings hätte er sich darüber unverzüglich erklären müssen. Das ist nicht geschehen. Deswegen sei der Auftraggeber zur Annahme der Bürgschaft und zur Auszahlung des Einbehalts verpflichtet gewesen. Die kommentarlose Rücksendung der Bürgschaft stelle keine ausreichende Erklärung dar. Denn infolge der Insolvenz der Auftragnehmerin wollte der Auftraggeber grundsätzlich keine Bürgschaft mehr annehmen. Zu dieser Einschränkung des Austauschrechts der Auftragnehmerin war der Auftraggeber aber nicht berechtigt. Zwar lasse das Insolvenzverfahren die Vermutung zu, dass Gewährleistungsansprüche nicht mehr erfüllt werden. Das berechtigt den Auftraggeber aber nicht per se dazu, den Sicherheitseinbehalt entgegen der vertraglichen Vereinbarung zu behalten und eine Bürgschaft abzulehnen.

Eine Gewährleistungsbürgschaft, mit der ein Bareinbehalt abgelöst werden soll, kann zurückgewiesen werden, wenn der Sicherungsfall eingetreten ist und die Verwertung des Bareinbehalts ausdrücklich erklärt wird. Diese Erklärung ist auch abzugeben, wenn der Auftragnehmer insolvent ist. Andernfalls muss die Bürgschaft angenommen und der Sicherheitseinbehalt ausbezahlt werden.

Rechtsanwalt Christoph Siegl

7. Schadensersatz für unberechtigte Mängelrüge

Der Hauptunternehmer kann gegenüber einem Subunternehmer zur Erstattung des Aufwandes für die Mängelprüfung verpflichtet sein, wenn er eine an ihn gerichtete Mängelrüge des Bauherrn ungeprüft an den Subunternehmer weiterreicht.

LG Essen, Urteil vom 27.04.2010 - 12 O 393/08

Ein Hauptunternehmer beauftragte einen Subunternehmer mit Malerarbeiten an einer Sprinkleranlage. Nach Fertigstellung und Schlussrechnungslegung der Malerarbeiten leitete der Hauptunternehmer ohne eigene Prüfung eine (unberechtigte) Mängelrüge des Bauherrn an den Subunternehmer weiter. Der Subunternehmer überprüfte seine Werkleistung vor Ort und stellte dem Hauptunternehmer seinen zweistündigen Arbeitsaufwand einschließlich Mehrwertsteuer in Rechnung. Der Hauptunternehmer hielt an seiner Mängelanzeige fest und verweigerte jegliche Zahlungen. Mit seiner Klage begehrte der Subunternehmer vom Hauptunternehmer neben der Zahlung restlichen Werklohns auch die Erstattung seiner Aufwendungen für die Prüfung der Mängelrüge.

Mit Erfolg! Das Gericht kommt sachverständig beraten zu dem Ergebnis, dass der Subunternehmer seine Leistungen mangelfrei ausgeführt hat. Der Subunternehmer kann daher die Zahlung restlichen Werklohns beanspruchen. Darüber hinaus kann er vom Hauptunternehmer auch Ersatz seiner Aufwendungen für die Prüfung der unberechtigten Mängelrüge verlangen. Dem Subunternehmer steht kein vertraglicher Erstattungsanspruch zu. Für die Prüfung der Mängelrüge war zwischen den Beteiligten kein Entgelt vereinbart worden. Der (vergebliche) Prüfaufwand des Subunternehmers ist aber im Wege eines Schadensersatzanspruches nach § 280 Abs. 1 BGB vom Hauptunternehmer zu erstatten. Der Hauptunternehmer durfte sich nicht allein auf die Mängelrüge des Bauherrn verlassen, sondern hatte

gegenüber dem Subunternehmer die vertragliche Nebenpflicht, die Mängelrüge selbst zu überprüfen. Hätte er das getan, hätte er deren fehlende Berechtigung festgestellt. Der Hauptunternehmer hat daher für den durch die unberechtigte Mängelrüge entstandenen Schaden des Subunternehmers einzustehen - hier der zweistündige Arbeitsaufwand. Auf den in Ansatz gebrachten Stundensatz kann der Subunternehmer allerdings keine Umsatzsteuer beaufschlagen. Schadensersatzleistungen liegt kein Leistungsaustausch zu Grunde, so dass die Umsatzsteuerpflicht regelmäßig entfällt.

Die Entscheidung zeigt, dass Mängelrügen nicht leichtfertig erhoben bzw. an den Vertragspartner durchgestellt werden dürfen. Das zwischen Vertragspartnern bestehende Gebot der Rücksichtnahme erfordert, dass der Auftraggeber vor einer Inanspruchnahme seines Auftragnehmers das Vorliegen eines Mangels sorgfältig überprüft. Das Maß der Sorgfaltspflicht bestimmt sich nach den jeweiligen Erkenntnismöglichkeiten des Rügenden. Für den fachlich versierten Auftraggeber gelten daher strengere Anforderungen als für den privaten Bauherrn. Lässt der Auftraggeber seine Sorgfaltspflichten schuldhaft außer Acht, kann der Auftragnehmer nach § 280 Abs. 1 BGB Ersatz seiner Aufwendungen für die Prüfung der Mängelrüge verlangen.

Rechtsanwalt Torsten Boekhoff

8. Die Haftung nach GSB/BauFordSiG trifft auch den faktischen Geschäftsführer

a) Wird Baugeld vom Baugeldempfänger zweckwidrig verwendet und handelt es sich um eine juristische Person, haftet hierfür im Falle des Verschuldens auch der gesetzliche Vertreter.

b) Es ist zu berücksichtigen, dass die Geschäftsführer einer GmbH für einen vorsätzlichen Verstoß gegen § 1 GSB (jetzt: BauFordSiG) gegenüber dem betroffenen Baugläubiger haften und diese Haftung

auch den faktischen Geschäftsführer bzw. den verantwortlichen Prokuristen oder Generalbevollmächtigten trifft.

OLG Hamburg, Beschluss vom 09.09.2009 - 11 U 148/08

Der Auftragnehmer des zugrunde liegenden Beschlusses hat für eine GmbH als Generalunternehmerin Sanierungsarbeiten an einem Gebäude in Berlin ausgeführt. Die GmbH ist rechtskräftig verurteilt worden, an den Auftragnehmer restlichen Werklohn in Höhe von € 2.500.000,00 zu zahlen. Daraufhin wurde über das Vermögen der GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. Da nach Auskunft des Insolvenzverwalters die zur Tabelle angemeldete Forderung im Rahmen des Insolvenzverfahrens nicht in nennenswerter Weise bedient werden würde, erhob der Auftragnehmer Klage gegen den Generalbevollmächtigten der GmbH und den im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführer wegen Baugeldveruntreuung.

Im Prozess gelang dem Auftragnehmer der Nachweis, dass der GmbH Kredite über € 16.600.000,00 gewährt worden waren, die über eingetragene Grundschulden gesichert waren. Nach Abzug des zum Erwerb des Grundstücks geleisteten Kaufpreises verblieb ein Baugeld in Höhe eines Betrages von € 10.900.000,00. Es war also Baugeld in einer Höhe von der GmbH empfangen worden, die die Forderung des Auftragnehmers überstieg. Die Beklagten trugen nun die Beweislast dafür, dass das gesamte Baugeld in der Baustelle geblieben war, d. h. nur für Nachunternehmer und Lieferanten verwendet worden war.

Diesen Beweis konnten die Beklagten nicht erbringen, so dass nach der ständigen Rechtsprechung davon auszugehen war, dass die Beklagten das Baugeld baugeldwidrig verwendet hatten. Die Beklagten haben hiergegen eingewandt, sie seien für das Baugeld nicht zuständig gewesen und hätten keine Kenntnis von seiner Verwendung gehabt.

Die Beklagten wurden dennoch zur Zahlung des gesamten restlichen Werklohns verurteilt, da die Geschäftsführer einer GmbH für einen vorsätzlichen Verstoß gegen § 1 GSB/BauFordSiG gegenüber dem betroffenen Baugläubiger haften und diese Haftung auch den faktischen Geschäftsführer bzw. den verantwortlichen Prokuristen oder Generalbevollmächtigten trifft. Wenn der Geschäftsführer keine genaue Kenntnis davon hat, in welcher Höhe Zahlungen Baugeld sind, muss er bei jeder Zahlung damit rechnen, dass es sich um Baugeld handelt. Er nimmt damit einen Verstoß gegen § 1 GSB/BauFordSiG billigend in Kauf, so dass von einem bedingt-vorsätzlichen Handeln auszugehen ist.

Mit diesem Beschluss des OLG Hamburg hat die Rechtsprechung die in der Literatur schon lange unstrittige Auffassung bestätigt, dass neben dem Geschäftsführer auch alle anderen Personen nach § 1 GSB/BauFordSiG haften, denen zur Vertretung der GmbH eine umfassende Vollmacht erteilt wurde.

Rechtsanwältin Susanne Lösch

II. Leitsätze zum privaten Bau- und Architektenrecht

1. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik

- a) Soweit keine abweichende Beschaffensvereinbarung getroffen wird, ist für die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik deren Stand zum Zeitpunkt der Abnahme oder - sofern eine solche noch nicht erfolgt ist - des Schlusses der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz maßgeblich. Dies gilt unabhängig davon, ob sich die Anforderungen nach dem Stand der Technik gegenüber dem Zeitpunkt des Abschlusses des Werkvertrags erhöht oder verringert haben.

b) Hat sich der Werkunternehmer im Vertrag verpflichtet, das Werk mit einem über den Stand der Technik hinausgehenden Standard herzustellen, so kann er die Nachbesserung nicht allein deswegen als unverhältnismäßig (im Sinn des § 633 Abs. 2 S. 3 BGB a. F., § 275 Abs. 2 BGB n. F.) verweigern, weil nach allgemeinem Erfahrungswissen, auf welchem der Stand der Technik beruht, die Gefahr eines mangelbedingten Schadens am Bauwerk gering ist. Andernfalls wäre die Ausführung des vereinbarten höheren Standards regelmäßig nicht durchsetzbar, die Vereinbarung würde leerlaufen. Das berechnete Interesse des Bestellers am vertragsgemäßen Werk muss erst dann zurückstehen, wenn auch langfristig eine auf die Schlechterfüllung zurückzuführende Schadensentstehung ausgeschlossen ist.

OLG Nürnberg, Urteil vom 23.09.2010 - 13 U 194/08

2. Honorarberechnung bei Vereinbarung des Mittelsatzes einer zu niedrigen Honorarzone

Vereinbaren die Parteien des schriftlichen Ingenieurvertrags über die Tragwerksplanung die Abrechnung nach Honorarzone II „Mitte“ und wird dadurch das Mindesthonorar unterschritten, weil die Statistik der Honorarzone III zuzuordnen ist, gilt das Mindesthonorar der Honorarzone III „unten“.

OLG Stuttgart, Urteil vom 23.12.2010 - 10 U 15/09

3. Zum Sicherungszweck eine Bürgschaft nach § 7 MaBV

Eine Bürgschaft nach § 7 MaBV, die als Sicherheit dafür vereinbart wird, dass der Bau-träger nach Baufortschritt geschuldete Zahlungen entgegennehmen darf, ohne dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 - 4 MaBV vorliegen, sichert keine Ansprüche des

Erwerbers auf Ersatz von Aufwendungen für die Beseitigung von Baumängeln.

BGH, Urteil vom 09.12.2010 - VII ZR 206/09

4. Die Nachfristsetzung nach § 648a BGB a. F. kann nicht mit der Anforderung der Sicherheit verbunden werden

Eine Nachfrist zur Sicherheitsleistung kann gemäß § 648a Abs. 5 S. 1, § 643 S. 1 BGB a. F. erst dann wirksam gesetzt werden, wenn die Frist zur Sicherheitsleistung, § 648a Abs. 1 BGB a. F., fruchtlos abgelaufen ist.

BGH, Urteil vom 20.12.2010 - VII ZR 22/09

5. Zur Fälligkeit einer nicht prüfaren Schlussrechnung

Ist eine Werklohnforderung des Auftragnehmers fällig geworden, weil der Auftraggeber innerhalb einer Frist von zwei Monaten keine Einwendungen gegen die Prüfbarkeit der Schlussrechnung erhoben hat, kann die Vorlage weiterer, nicht prüfbarer Schlussrechnungen an der bereits eingetretenen Fälligkeit der Werklohnforderung nichts ändern. Es findet eine Sachprüfung statt, ob die Forderung berechnungsgemäß ist.

BGH, Urteil vom 27.01.2011 - VII ZR 41/10

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Ausschluss auch bei fehlenden, wenn auch unbedeutenden Angaben

Auf der Grundlage der VOB/A 2006 muss die Vergabestelle in den Grenzen des - hier nicht gegebenen - Rechtsmissbrauchs ein Angebot auch dann wegen Unvollständigkeit zwingend von der Wertung ausschließen, wenn die feh-

lende Angabe bedeutungslos erscheint (im Fall: Herstellerangabe eines Telefaxgerätes) und überdies eine Position betrifft, die für die Wertung der Angebote unwesentlich ist (im Fall: 0,02 % der Angebotssumme).

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 15.09.2010
- 1 Verg 3/10

2. Zur Ausschreibung einer stufenweisen Beauftragung

a) Macht ein potentieller Bieter mit seinem Antrag an die Vergabekammer die vergaberechtswidrige Auftragserteilung ohne vorherige Ausschreibung geltend, reicht es für die Darlegung eines drohenden Schadens im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB aus, dass er sein Interesse an dem Auftrag bekundet und vorträgt, sein Tätigkeitsfeld umfasse Aufträge der betreffenden Art.

b) Schreibt die Vergabestelle Architektenleistungen „mehrstufig“ in der Weise aus, dass zunächst nur eine Leistungsphase beauftragt wird, der Auftragnehmer sich aber verpflichten muss, bei Bedarf alle weiteren Leistungsphasen zu erbringen, ist mit der Erteilung des Zuschlags das Vergabeverfahren hinsichtlich des Gesamtauftrags beendet. Will die Vergabestelle später nicht dem Zuschlagsbieter die weiteren Leistungsphasen übertragen, muss sie, wenn keiner der Ausnahmefälle des § 5 Abs. 2 VOF 2006 vorliegt, erneut ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung durchführen. Sie darf nicht lediglich mit den Teilnehmern des früheren Teilnahmewettbewerbs in Verhandlungen eintreten; ein auf dieser Grundlage geschlossener Vertrag ist nach § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB nichtig.

OLG Jena, Beschluss vom 19.10.2010 - 9
Verg 5/10

3. Wie sind die Kosten für den Bauleiter zu kalkulieren?

Eine unzutreffende Preisangabe, welche zum Ausschluss des Angebots führt, liegt dann vor, wenn ohne entsprechende Vorgabe im Leistungsverzeichnis Kosten für Bauleiter in die Position Baustelleneinrichtung eingerechnet werden.

OLG München, Beschluss vom 10.11.2010 -
Verg 19/10

4. Zum Ausschluss wegen fehlender Typenangabe

Verlangt der öffentliche Auftraggeber die Benennung eines Fabrikats, kann das Angebot eines Bieters, welcher einen Hersteller, aber keine Typenangabe benennt, nicht ohne Weiteres wegen fehlender Angaben ausgeschlossen werden.

OLG München, Beschluss vom 12.11.2010 -
Verg 21/10

5. Zum Akteneinsichtsrecht im Vergabeverfahren

a) Ein Anspruch auf Akteneinsicht kann auch dann bestehen, wenn ein Nachprüfungsantrag im Ergebnis unzulässig oder unbegründet ist. Es ist ein Gebot des fairen Verfahrens und des Anspruchs auf rechtliches Gehör, dem Antragsteller angemessen Einsicht in die Unterlagen der Vergabestelle zu gewähren, die zur Beurteilung der Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags bedeutsam sein können (hier: Erläuterungen des Ingenieurbüros zum strittigen Ausschluss des Angebots des Antragstellers). Akteneinsicht ist zu versagen, soweit der Geheimnisschutz anderer Bieter dagegen steht oder der Bieter „ins Blaue“ Fehler oder mögliche Verstöße rügt, um mit Hilfe der Akteneinsicht zusätzliche Informa-

tionen zur Untermauerung bloßer substanzloser Mutmaßungen zu erhalten.

- b) Die pflichtwidrige Verweigerung von Akteneinsicht durch die Vergabekammer entbindet den Antragsteller grundsätzlich nicht von der Kostentragungspflicht, wenn er nach Einsichtnahme in die relevanten Dokumente von der sofortigen Beschwerde Abstand nimmt.

OLG München, Beschluss vom 08.11.2010 - Verg 20/10

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

IV. Verwaltungsrecht

1. Erschließungsanspruch gegen die Gemeinde

Die gemeindliche Erschließungslast aus § 123 Abs. 1 BauGB kann sich ausnahmsweise zu einer Erschließungspflicht verdichten. Eine Erschließungspflicht nach Treu und Glauben ist etwa zu bejahen, wenn eine Gemeinde nach Erlass eines qualifizierten Bebauungsplanes zu erkennen gibt, diesen Plan nicht verwirklichen zu wollen und ihn „auf Eis legt“, ohne den Plan aufzuheben oder zu ändern.

OVG Münster, Urteil vom 09.09.2010 - 2 A 3182/08

Der Kläger ist Eigentümer eines Grundstückes im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes. Der Bebauungsplan sieht eine Erschließung des Grundstückes durch die Errichtung einer Stichstraße über zwei Grundstücke vor, die im Privateigentum Dritter stehen. Der Kläger möchte sein Grundstück entsprechend dem Bebauungsplan bebauen, erhält jedoch aufgrund der fehlenden Erschließung keine Baugenehmigung. Die Gemeinde lehnt es ab, Maßnahmen zur Verwirklichung der in dem Bebauungsplan festgesetzten Erschließungs-

straße zu ergreifen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Klage.

Das Oberverwaltungsgericht gibt dem Kläger Recht. Zwar stellt es fest, dass Private grundsätzlich keinen Anspruch auf die Herbeiführung einer Erschließung durch die zuständige Kommune besitzen. Anders sehe es aber nach dem Grundsatz von Treu und Glauben aus, wenn die Gemeinde selbst in ihrem Bebauungsplan bestimmte Erschließungseinrichtungen, z. B. öffentliche Straßen, festgesetzt hat. In diesem Falle sei es der Gemeinde verwehrt, den Bebauungsplan „auf Eis zu legen“ und dadurch die vorgesehene Erschließung zu vereiteln, ohne die bei Aufgabe ihrer Planvorstellungen notwendige Konsequenz zu ziehen und den Plan - ggf. gegen Entschädigung gemäß § 42 BauGB - wieder aufzuheben. Demgegenüber könne sich die Gemeinde auch nicht darauf berufen, dass dem Bau der öffentlichen Erschließungsstraße das Privateigentum der Nachbarn entgegenstehe, über deren Grundstück die Straße laufen solle. Denn der Gemeinde sei es zumutbar, sich das notwendige Straßenland gegebenenfalls durch Enteignung der betroffenen Privateigentümer zu verschaffen.

Das Urteil stärkt bauwilligen Grundstückseigentümern den Rücken, deren noch nicht erschlossenes Grundstück sich im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes befindet. Eine Alternative zu dem auf Treu und Glauben gestützten Erschließungsanspruch gegen die Gemeinde stellt das Angebot des Grundstückseigentümers dar, die im Bebauungsplan vorgesehene Erschließung selbst vorzunehmen (§ 124 Abs. 3 BauGB). Lehnt die Gemeinde dieses Angebot ab, hat sie die Erschließung ebenfalls selbst durchzuführen.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

2. Salvatorische Klausel im städtebaulichen Vertrag

Die Gesetzesbindung der Gemeinde steht einer Heilung von Verstößen einer Folgekostenvereinbarung gegen die Vorgaben des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB auf der Grundlage einer salvatorischen Klausel nicht entgegen, die eine Vertragsbestimmung durch eine dem damit verfolgten Zweck am nächsten kommende zulässige Bestimmung vorsieht.

BVerwG, Beschluss vom 29.10.2009 - 9 B 9.10

Ein städtebaulicher Vertrag zwischen einem privaten Investor und einer Gemeinde sah unter anderem vor, dass der Investor erhebliche Zahlungen an die Gemeinde zu leisten hatte. Laut dem städtebaulichen Vertrag sollten die Zahlungen „infrastrukturelle Maßnahmen“ abdecken, die u. a. durch das Bauvorhaben ausgelöst wurden. Als es über die Zahlungen zum Streit kam, berief sich der Investor auf die Unwirksamkeit der entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen. Zur Begründung verwies er darauf, dass die von ihm zu tragenden Folgekosten keinen konkreten städtebaulichen Maßnahmen zuzuordnen waren, die Voraussetzung oder Folge seines Vorhabens waren. Der Investor wollte auch nicht akzeptieren, dass das Gericht die nichtige Folgekostenregelung selbst durch eine zulässige Vereinbarung ersetzte, die dem erstrebten Zweck der unwirksamen Regelung am nächsten kam. Dem stehe das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung entgegen.

Das angerufene Bundesverwaltungsgericht folgte diesen Bedenken nicht und erklärte eine gerichtliche Anpassung der Zahlungsvereinbarungen in dem städtebaulichen Vertrag für rechtmäßig. Denn der Vertrag habe eine sogenannte salvatorische Klausel enthalten, wonach im Falle der Ungültigkeit einer Bestimmung das zu gelten habe, was dem ursprünglich verfolgten Sinn der ungültigen Regelung am Besten entspreche. Dies berechtige das Gericht, eigenständig eine Ersatzregelung gemäß § 313 Abs. 3 S. 2 BGB festzulegen.

Mit dieser Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht das Risiko für Kommunen verringert, dass die Überwälzung von Kosten, die in keinem strengen kausalen Zusammenhang mit einem Investitionsvorhaben stehen, zum ersatzlosen Wegfall der entsprechenden Vereinbarungen mit dem Investor führt. Denn in den allermeisten Fällen enthalten städtebauliche Verträge salvatorische Klauseln, wie sie dem Bundesverwaltungsgericht zur Prüfung vorlagen. Als Folge werden Investoren damit zu rechnen haben, dass ihre kommunalen Vertragspartner in noch größerem Umfang als bisher ihre Bereitschaft zum Abschluss von städtebaulichen Verträgen von der Zahlungsbereitschaft des Investors abhängig machen werden.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

V. Arbeitsrecht

Zur Notwendigkeit eines betrieblichen Eingliederungsmanagements bei einer krankheitsbedingten Kündigung

a) Bei einer krankheitsbedingten Kündigung trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für das Fehlen alternativer Beschäftigungsmöglichkeiten.

b) Ein betriebliches Eingliederungsmanagement ist auch dann erforderlich, wenn ein Betriebsrat bzw. eine betriebliche Interessenvertretung gem. § 93 SGB IX nicht im Unternehmen existiert.

c) Wenn ein Arbeitgeber behauptet, dass ein betriebliches Eingliederungsmanagement entbehrlich sei, weil es wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers kein positives Ergebnis erbracht hätte, so trägt er für diese Behauptung die Beweislast.

BAG, Urteil vom 30.09.2010 - 2 AZR 88/09

Der Kläger erkrankte an einem Wirbelsäulenschaden und sollte deshalb auf ärztlichen Rat nur noch körperlich leichte Arbeiten verrichten. Bisher war er Vorarbeiter im Rohrleitungsbau. Dem Kläger wurde aus krankheitsbedingten Gründen gekündigt. Die Beklagte führte kein betriebliches Eingliederungsmanagement durch und hielt dies auch nicht für erforderlich, weil ein Betriebsrat im Unternehmen nicht bestand. Gegen die krankheitsbedingte Kündigung erhob der Kläger Kündigungsschutzklage und machte geltend, dass er anstelle seiner bisherigen Tätigkeit als Sicherheitsbeauftragter oder in der Materialverwaltung eingesetzt werden könne.

Das Bundesarbeitsgericht gab dem Kläger Recht und entwickelte in dieser Entscheidung nochmals seine Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf die Notwendigkeit eines betrieblichen Eingliederungsmanagements. Das Bundesarbeitsgericht stellte hierbei klar, dass eine krankheitsbedingte Kündigung nur in Betracht kommt, wenn eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen freien Arbeitsplatz nicht möglich ist. Ggf. müsse der Arbeitgeber unter Wahrnehmung seines Direktionsrechtes gleichwertige, leidensgerechte Arbeitsplätze freimachen. Das Fehlen alternativer Beschäftigungsmöglichkeiten habe der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen. Hierfür genügt zunächst einmal die pauschale Behauptung, dass keine andere Beschäftigungsmöglichkeit bestehe. Der Arbeitnehmer habe dann darzulegen, wie er sich eine Änderung seiner Beschäftigungsmöglichkeiten an einem anderen Arbeitsplatz vorstellt. Das betriebliche Eingliederungsmanagement gem. § 84 Abs. 2 SGB IX ist nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts auch dann durchzuführen, wenn kein Betriebsrat bzw. keine betriebliche Interessenvertretung gebildet ist. Wenn ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen ist, darf sich der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess auch nicht darauf beschränken, lediglich pauschaliert vorzutragen, dass es keinen leidensgerechten Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer gibt. Er hat vielmehr konkret darzulegen, warum weder eine

Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes noch eine Änderung der Beschäftigungsmöglichkeit denkbar ist.

Auch vor dem Hintergrund dieser BAG-Entscheidung ist Arbeitgebern dringend anzuraten, in Fällen krankheitsbedingter Kündigung grundsätzlich vorher ein betriebliches Eingliederungsmanagement im Sinne von § 84 Abs. 2 SGB IX durchzuführen. Zwar ist das betriebliche Eingliederungsmanagement nach der Rechtsprechung keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung, jedoch ist die Gefahr groß, dass Arbeitgeber schon aus Gründen der geschilderten Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess scheitern.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht

VI. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Privatnutzung des Dienstwagens während lang dauernder Arbeitsunfähigkeit

Räumt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Recht ein, den überlassenen Dienstwagen privat zu nutzen, stellt dies einen geldwerten Vorteil und Sachbezug dar. Der Arbeitnehmer kann nach § 275 Abs. 1 in Verbindung mit § 280 Abs. 1 S. 1, § 283 S. 1 BGB Nutzungsausfallentschädigung in Höhe der steuerlichen Bewertung der privaten Nutzungsmöglichkeit verlangen, wenn ihm der Arbeitgeber das Fahrzeug vertragswidrig entzieht.

Der Kläger ist bei der Beklagten als Bauleiter beschäftigt. Die Beklagte stellt ihm arbeitsvertraglich für seine Tätigkeit einen Pkw „auch zur privaten Nutzung“ zur Verfügung. In der Zeit vom 03.03.2008 bis einschließlich 14.12.2008 war der Kläger arbeitsunfähig erkrankt. Sein Entgeltfortzahlungsanspruch endete zum 13.04.2008. Auf Verlangen der Beklagten gab er den Pkw am 13.11.2008 zurück. Die Be-

klagte überließ dem Kläger erst nach Wiederaufnahme der Arbeit am 18.12.2008 wieder einen Dienstwagen auch zur privaten Nutzung. Der Kläger verlangt Nutzungsausfallentschädigung für die Zeit vom 13.11. bis 15.12.2008. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Die Revision des Klägers war ohne Erfolg. Die Gebrauchsüberlassung eines Pkw zur privaten Nutzung ist zusätzliche Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung. Sie ist steuer- und abgabepflichtiger Teil des geschuldeten Arbeitsentgelts und damit Teil der Arbeitsvergütung. Damit ist sie regelmäßig nur so lange geschuldet, wie der Arbeitgeber überhaupt Arbeitsentgelt schuldet. Das ist für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit, für die keine Entgeltfortzahlungspflicht mehr nach § 3 Abs. 1 EFZG besteht, nicht der Fall.

BAG, Urteil vom 14.12.2010 - 9 AZR 631/09

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig

2. Weihnachtsgratifikation und vertraglich vereinbarter Freiwilligkeitsvorbehalt

Leistet ein Arbeitgeber mehrere Jahre lang ein Weihnachtsgeld an einen Arbeitnehmer, ohne bei der Zahlung deutlich eine Bindung für die Zukunft auszuschließen, kann der Arbeitnehmer aus diesem regelmäßigen Verhalten grundsätzlich schließen, der Arbeitgeber wolle sich dauerhaft verpflichten. Eine unklare oder intransparente allgemeine Klausel im Arbeitsvertrag kann das Entstehen eines zukünftigen Rechtsanspruchs nicht hindern.

Der seit 1996 bei der Beklagten als Diplomingenieur beschäftigte Kläger erhielt zumindest in den Jahren 2002 bis 2007 jeweils ein Weihnachtsgeld in Höhe eines Bruttomonatsverdienstes, ohne dass bei der Zahlung ein ausdrücklicher Vorbehalt erklärt worden war. Wegen der Wirtschaftskrise verweigerte die Beklagte unter Hinweis auf eine Klausel im

schriftlichen Arbeitsvertrag eine Zahlung für das Jahr 2008. Die Klausel lautet:

„Soweit der Arbeitgeber gesetzlich oder durch Tarifvertrag nicht vorgeschriebene Leistungen, wie Prämien, Zulagen, Urlaubsgeld, Gratifikationen, Weihnachtsgelddarstellungen gewährt, erfolgen sie freiwillig und ohne jede rechtliche Verpflichtung. Sie sind daher jederzeit ohne Wahrung einer besonderen Frist widerrufbar.“

Mit seiner Klage hat der Kläger die Zahlung eines Weihnachtsgeldes für das Jahr 2008 verlangt. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, der vertraglich vereinbarte Freiwilligkeitsvorbehalt habe die Entstehung eines Weihnachtsgeldanspruchs verhindert. Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie auf die Berufung der Beklagten abgewiesen.

Die Revision des Klägers war erfolgreich. Zwar mag ein im Arbeitsvertrag klar und verständlich formulierter „Freiwilligkeitsvorbehalt“ einen zukünftigen Anspruch auf eine Sonderzahlung ausschließen. Allerdings darf dieser als Allgemeine Geschäftsbedingung formulierte Vorbehalt nicht mehrdeutig, sondern muss klar und verständlich im Sinn des § 307 BGB sein. Die von der Beklagten verwendete Klausel ist unklar und nicht eindeutig formuliert. Sie ist nicht geeignet, das mehrfache, tatsächliche Erklärungsverhalten des Arbeitgebers hinreichend zu entwerfen. Die Klausel kann auch so verstanden werden, dass sich der Arbeitgeber aus freien Stücken zur Erbringung der Leistung verpflichten wollte. Ferner setzt der vorbehaltene Widerruf voraus, dass überhaupt ein Anspruch entstanden ist.

BAG, Urteil vom 08.12.2010 - 10 AZR 671/09

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig

VII. Veröffentlichungen, Sonstiges

1. Dr. Helmerich Bornheim

**Zur Kostenerstattungspflicht des Auftraggebers im Wettbewerblichen Dialog nach § 3a Abs. 4 Nr. 7 VOB/A 2009 (gemeinsam mit Ass. iur. Cornelia Hähnel)
Vergaberecht 2010, S. 62 - 70**

Im Jahr 2005 hat der Gesetzgeber in Umsetzung der Vergabekoordinierungsrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft den Wettbewerblichen Dialog als ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge eingeführt. Ein Aspekt mit Konfliktpotential ist hierbei der praktische Umgang mit der Kostenerstattungspflicht des öffentlichen Auftraggebers.

In dem Aufsatz in der Zeitschrift Vergaberecht 2010, S. 62 - 70 beleuchten Dr. Helmerich Bornheim und Frau Ass. iur. Cornelia Hähnel diesen Problemkreis. Sie stellen fest, dass nach wie vor Rechtsunsicherheiten bestehen, und fordern, dass die Auftraggeber die ihnen eingeräumten Handlungsspielräume verantwortungsvoll und im Interesse aller Beteiligten ausnutzen.

2. Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper

**Nachbarrechtlicher Entschädigungsanspruch: „Kein Nachbarrecht auf Schmerzensgeld!“
IMR 2011, 32**

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 23.07.2010 entschieden, dass der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 S. 2 nach BGB kein Schmerzensgeld gewährt. Eine Eigentümerin verklagte ein Bergbauunternehmen auf Schmerzensgeld, weil vom Bergbauunternehmen ausgehende Erderschütterungen bei ihr zu psychischen Problemen in Form einer Phobie sowie zur Schlaflosigkeit und Angstzuständen geführt hätten. Der BGH hat die Klage auf Schmerzensgeld abgewiesen.

In seiner Urteilsbesprechung stellt unser Düsseldorfer Kollege Dr. Marian Klepper die Bedeutung der Entscheidung insbesondere für Bauinvestoren heraus. Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche würden häufig aufgrund von unvermeidlichen Lärm- und Staubbeeinträchtigungen geltend gemacht. Der Gedanke, wegen dieser Belastungen Schmerzensgeld zu verlangen, läge für manche Nachbarn nahe. Der hiermit verbundenen Ausuferung der wirtschaftlichen Risiken von Bauherrn sei der Bundesgerichtshof mit überzeugender Begründung entgegengetreten.

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 März 2011**

Impressum:

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