

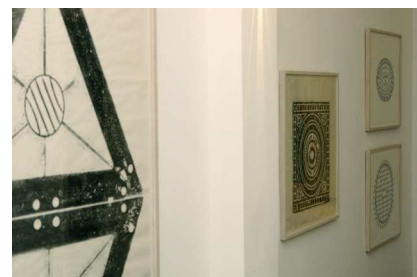


LEINEN & DERICHS ANWALTSSOZIELÄT

MANDANTENBRIEF

Ausgabe

Mai | 2011



LEINEN & DERICHS ANWALTSSOZIELÄT



MANDANTENBRIEF

IN DIESER AUSGABE:

ARBEIT & PERSONAL	3
▪ Missbrauch von Bonuspunkten	3
▪ Fristlose Kündigung wegen Vergleichs mit Zuständen "wie im Dritten Reich"	4
HANDELSRECHT	5
▪ ANSPRUCH DES HANDELSVERTRETERS AUF KOSTENLOSE ÜBERLASSUNG VON HILFSMITTELN	5
GESELLSCHAFTSRECHT	5
▪ GESELLSCHAFTSRECHT: UMNUMMERIERUNG ABGETRETENER GESCHÄFTSANTEILE IN DER GESELLSCHAFTERLISTE NICHT GRUNDSÄTZLICH AUSGESCHLOSSEN.	5
FAMILIE	6
▪ BEWERTUNG EINER FREIBERUFLICHEN PRAXIS IM ZUGEWINNAUSGLEICH	6
WETTBEWERB & VERTRIEB	7
▪ Wettbewerbsrecht: Zur Zulässigkeit von Lockvogelwerbung	7
▪ Markenrecht: Hefteinband nicht als Marke eintragungsfähig	8
ÖFFENTLICHES RECHT	9
▪ VG Frankfurt a. M.: Straßenreinigungssatzung der Stadt Frankfurt am Main seit Jahren unwirksam	9
BAU- UND ARCHITEKTENRECHT	10
▪ Mängelbeseitigungsrecht des Bauunternehmers und Selbstbeseitigungsrecht des Architekten	10



ARBEIT & PERSONAL

■ Missbrauch von Bonuspunkten

Nach einer Entscheidung des Hessischen Landesarbeitsgerichts kann der Missbrauch von Bonuspunkten durch einen Mitarbeiter nicht immer ohne Abmahnung zum Ausspruch einer außerordentlichen oder ordentlichen Kündigung berechtigen.

Hintergrund des Rechtsstreits war das Verhalten eines seit ca. 2 Jahren in einem Tankstellenbetrieb beschäftigten Mitarbeiters. Der Betrieb nahm an einem EDV-unterstützten Punkteprogramm teil, das es Kunden ermöglichte, für ihren Benzineinkauf Punkte auf ihrer Kundenkarte zu sammeln. Der Mitarbeiter verbuchte während einer Schicht in drei Fällen Umsätze von Kunden, die getankt und nicht an dem Programm teilgenommen hatten, in Höhe insgesamt ca. € 230,00 auf die Kundenkarte eines seiner Kollegen. Nachdem der Arbeitgeber hiervon Kenntnis erlangt hatte, sprach er eine fristlose hilfsweise ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus. Der Mitarbeiter erhob daraufhin Kündigungsschutzklage und vertrat die Ansicht, er habe aus Unkenntnis allenfalls einen Fehler gemacht, nicht aber in Kenntnis eines Verbotes sich über dasselbige hinweggesetzt. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass zu Zeiten des Bonussystems in Gestalt der Klebmarken diese jederzeit an Dritte weitergegeben werden konnten.

Das Arbeitsgericht Frankfurt am Main hat durch vorgenanntes Urteil der Klage stattgegeben. Die gegen diese Entscheidung gerichtete Berufung des Arbeitgebers hatte keinen Erfolg.

Zwar folgte das Berufungsgericht der Auffassung des Arbeitgebers, dass das Verhalten des Mitarbeiters, Tankbeträge fremder Kunden auf der Kundenkarte eines Kollegen zu verbuchen als schwerwiegendes Fehlverhalten einzustufen sei. Allerdings hielt die Berufungskammer eine Abmahnung oder einen vorherigen Hinweis auf die Missbrauchsfolgen nicht für entbehrlich.

Auch wenn die Zweckrichtung des Bonussystems es selbstverständlich mache, dass keine fremden Kundenumsätze auf eigene Karten bzw. Karten von Arbeitskollegen gutgeschrieben werden dürften, wäre im Hinblick auf die nach dem System teilweise zulässigen Umbuchungen eine Abmahnung notwendig gewesen, um dem Mitarbeiter die Gelegenheit zu geben, sein Verhalten entsprechend auszurichten. Eine uneinsichtige Fortsetzung des Fehlverhaltens durch den Kläger könne nicht angenommen werden. Der Hinweis auf ein den Mitarbeitern überlassenes mehr als 30-seitiges Bedienerhandbuch stelle keinen ausreichenden Hinweis dar.

(aus der PM des Hess. LAG, Urteil vom 4. August 2010 - 2 Sa 422/10).

■ **Fristlose Kündigung wegen Vergleichs mit Zuständen "wie im Dritten Reich"**

Nach einer Entscheidung des Hessischen Landesarbeitsgerichts kann eine fristlose Kündigung gerechtfertigt sein, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber in öffentlicher Sitzung erklärt "er lüge wie gedruckt; wie er mit Menschen umgehe, da komme er - der Mitarbeiter – sich vor wie im Dritten Reich" .

Hintergrund des Rechtsstreits war, dass ein 47-jährige Fahrzeugführer nach mehr als 30-jähriger Beschäftigung gegen seinen Arbeitgeber wegen einer ihm ausgesprochenen Kündigung Klage erhoben hatte. Im Kammertermin vor dem Arbeitsgericht am 20. Februar 2007 äußerte er in Anwesenheit des Arbeitgebers und seiner Prozessbevollmächtigten: "Die Beklagte lügt wie gedruckt. Wie sie mit Menschen umgeht, da komme ich mir vor wie im Dritten Reich". Einer Aufforderung des Kammervorsitzenden, den Saal zu verlassen oder sachlich weiter zu verhandeln, folgte der Mitarbeiter nicht. Der Arbeitgeber nahm die Äußerung zum Anlass, dem Mitarbeiter Ende Februar 2007 erneut fristlos zu kündigen.

Das Arbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg. Auch das Hessische Landesarbeitsgericht hielt die Kündigung für wirksam.

Grobe Beleidigungen des Arbeitgebers und/oder seiner Vertreter oder Repräsentanten könnten eine außerordentliche fristlose Kündigung an sich rechtfertigen.

Das Grundrecht der Meinungsfreiheit werde regelmäßig zurücktreten müssen, wenn sich die Äußerungen als Angriff auf die Menschenwürde oder als eine Formalbeleidigung oder eine Schmähung darstellten. Der Vergleich betrieblicher Verhältnisse und Vorgehensweisen mit dem nationalsozialistischen Terrorsystem und erst recht mit den in Konzentrationslagern begangenen Verbrechen bilde in der Regel einen wichtigen Grund zur Kündigung. Die Gleichsetzung noch so umstrittener betrieblicher Vorgänge und der Vergleich des Arbeitgebers oder der für ihn handelnden Menschen mit dem vom Nationalsozialismus begangenen Verbrechen und den Menschen, die diese Verbrechen begingen, stelle eine grobe Beleidigung der damit angesprochenen Personen und zugleich eine Verharmlosung des in der Zeit des Faschismus begangenen Unrechtes und eine Verhöhnung seiner Opfer dar. Mit einer solchen Äußerung werde regelmäßig unterstellt, dass die Mitarbeiter bei dem Arbeitgeber willfähigen Handlangern unter dem NS-Regimes gleichzusetzen sind. Der gekündigte Mitarbeiter habe auch die Chance vertan, seine Schmähkritik auf Hinweis des Kammervorsitzenden umgehend oder wenigstens später zurückzunehmen.

Für die Gesamtabwägung sei auch von Bedeutung gewesen, dass der Kläger bereits in einem früheren

Rechtsstreit mit seinem Arbeitgeber im Jahre 2004 das Hessische Landesarbeitsgericht als „korrupt“ beschimpft und es als "schlimmer als die Kommunisten" bezeichnet habe.

(PM des Hess. LAG, Urteil vom 14.9.2010 - AZ 3 Sa 243/10)

HANDELSRECHT

■ ANSPRUCH DES HANDELSVERTRETERS AUF KOSTENLOSE ÜBERLASSUNG VON HILFSMITTELN

Verklagt worden war der AWD, der seinen Handelsvertretern kostenpflichtige Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen, verschiedene mit dem AWD-Logo versehene Artikel wie Briefpapier, Visitenkarten, Datenerhebungsbögen und Werbegeschenke, die Zeitschrift "Finanzplaner" sowie die Nutzung einer besonderen Vertriebssoftware gegen Entgelt anbietet.

Der Handelsvertreter wollte die in der Vergangenheit gezahlten Entgelte vom AWD zurückverlangen.

Der BGH wies die Klage mit Ausnahme der Kosten des Softwarepaketes ab. Der Anspruch auf kostenlose Überlassung von Hilfsmitteln beschränke sich auf solche Hilfsmittel, die der Handelsvertreter zum Abschluss von Geschäften unbedingt benötige. Dies

sei im konkreten Fall nur für das Softwarepaket zu bejahen, da dieses Komponenten enthalte, ohne die eine Vermittlungstätigkeit des Klägers nicht möglich gewesen wäre.

Hinsichtlich der übrigen Kosten geht das Gericht davon aus, dass diese vom Handelsvertreter selbst zu tragen sind, da es sich dabei um in seinem Geschäftsbetrieb anfallende Aufwendungen handele. Hierzu gehören insbesondere die Büroausstattung des Handelsvertreters, aber auch Werbegeschenke sowie die Zeitschrift "Finanzplaner". Gleiches gelte für die Kosten von Schulungs- und Weiterbildungsmaßnahmen, dass es dabei nicht um die Vermittlung von Produktinformationen, sondern um den Erwerb von Zusatzqualifikationen gehe.

GESELLSCHAFTSRECHT

■ GESELLSCHAFTSRECHT: UMNUMMERIERUNG ABGETRETERNER GESCHÄFTSANTEILE IN DER GESELLSCHAFTERLISTE NICHT GRUNDSÄTZLICH AUSGESCHLOSSEN.

Gegenstand der Entscheidung bildete die Ablehnung einer eingereichten Gesellschafterliste durch das Registergericht. Durch den antragsstellenden Notar wurde die Übertragung von 12 bestehenden Geschäftsanteilen einer GmbH an einen neuen Gesellschafter beurkundet. In der neuen Gesellschaf-

terliste wurden die bisherigen 12 Geschäftsanteile (laufende Nummern 1-12), einschließlich deren jeweiligen Gesellschaftern durchgestrichen und unter den neuen laufenden Nummern 13-24 jeweils der neue übernehmende Gesellschafter eingetragen.

Die Aufnahme der Gesellschafterliste in den jeweiligen Registerordner wurde durch das Registergericht mit der Begründung abgelehnt, dass eine einmal festgelegte Geschäftsanteilsnummerierung weiterhin beizubehalten sei. Die Beschwerde des Antragstellers wurde daraufhin durch das OLG zurückgewiesen und dem BGH vorgelegt.

Der BGH gab der Beschwerde des Antragsstellers statt. Der Notar habe das Recht, die Beschwerde im eigenen Namen zu erheben, da er durch die Entscheidung des Registergerichts in seinem eigenen Recht aus § 40 Abs.2 GmbHG beschränkt werde.

Außerdem sei die Beschwerde begründet. Es bestehe kein Grund, die Umnummerierung der Geschäftsanteile als unzulässig zu betrachten. Die Beibehaltung einer bestehenden Nummerierung wurde durch den Gesetzgeber nicht ausdrücklich bestimmt. Des Weiteren sei eine Nummerierungskontinuität in der Praxis, bspw. in Fällen der Teilung oder Zusammenlegung von Geschäftsanteilen, nicht durchzuhalten.

Fazit: Einem Notar steht ein eigenständiges Beschwerderecht zu, soweit das Registergericht, aufgrund formeller Mängel, die Aufnahme einer eingereichten Gesellschafterliste in den Registerordner ablehnt. Eine zwingende Pflicht zur Beibehaltung einer bestehenden Anteilsnummerierung besteht nicht. Eine Umnummerierung ist in solchen Fällen unschädlich, soweit die Klarheit der Beteiligungsverhältnisse und die Zuordnung der Geschäftsanteile zu den Gesellschaftern weiterhin ersichtlich bleiben.

FAMILIE

▪ BEWERTUNG EINER FREIBERUFLICHEN PRAXIS IM ZUGEWINNAUSGLEICH

Diese Entscheidung wurde vom OLG Hamm abgeändert und vom BGH bestätigt, vgl. BGH, Urteil vom 09.02.2011 - XII ZR 40/09. Der Praxiswert sei im Wege der modifizierten Ertragswertmethode festzustellen, mithin nach der Formel: Substanzwert + goodwill ./.. Unternehmerlohn ./.. latente Steuern. Der Substanzwert ist die Summe aller veräußerungsfähigen Vermögensgegenstände zum Wiederbeschaffungswert. Der Goodwill bestimmt sich nach mehreren Faktoren, z.B: Mitarbeiterstamm, Standort, Art und Zusammensetzung der Patienten/Mandanten, Konkurrenzsituation etc., in der Regel aus dem Schnitt der Umsätze der letzten 3 Jahre, wobei im entschiedenen Fall der BGH bil-



lichte, dass der Sachverständige den Schnitt aus den Erträgen bildete und 10 % Abschlag davon vornahm. Um dem Doppelverwertungsverbot Genüge zu tun, sei von diesem Wert der fiktive Lohn des Praxisinhabers abzuziehen, der nicht pauschal zu ermitteln sei. Abzugsfähig sei vielmehr der konkret nach den individuellen Verhältnissen zu ermittelnde Unternehmerlohn. Da außerdem unterstellt wird, dass der Veräußerungswert maßgebend ist, der Inhaber also seine Praxis zum Stichtag verkaufen würde, ist zudem die latente Steuerlast zu ermitteln und abzuziehen (Veräußerungs- oder Aufgabegewinne, Aufdeckung stiller Reserven). Im konkreten Fall arbeitete der Arzt nur 34 Wochenstunden, sodass der Unternehmerlohn, der dem Tariflohn für Zahnärzte entnommen wurde zuzügl. einem Zuschlag von 50 % wegen eines zusätzlich vorhandenen Labors, entsprechend geringer ausfiel. Für die Praxis kann das bedeuten, dass der Wert einer Praxis steigt, arbeitet der Inhaber weniger, aber sinkt, arbeitet der Inhaber mehr.

WETTBEWERB & VERTRIEB

■ **Wettbewerbsrecht: Zur Zulässigkeit von Lockvogelwerbung**

Der BGH (Az: I ZR 183/09) hat sich in einem aktuellen Urteil zur Reichweite der so genannten Lockvogelwerbung geäußert. Dabei stellte er klar, dass nicht die mangelnde Bevorratung von beworbenen Produkten als solche unlauter ist, sondern vielmehr

die ungenügende Aufklärung des Verkehrs über die mangelnde Bevorratung.

Gegenstand der Entscheidung waren zwei Werbeanzeigen eines Lebensmittel-Discounters. Der Discounter warb zum einen für eine irische Butter, die für eine Woche zu einem um 23 % gesenkten Preis verkauft werden sollte. In zwei Filialen war die Butter jedoch bereits am ersten Tag zur Mittagszeit nicht mehr erhältlich. Die zweite Werbeanzeige bezog sich auf einen Monitor, der zum halben Preis erhältlich sein sollte. In einem Sternchenhinweis wurde darauf hingewiesen, dass der Monitor aufgrund begrenzter Vorratsmenge bereits am ersten Angebotstag ausverkauft sein könne. Der Monitor war jedoch bereits zum Zeitpunkt der Eröffnung einer Filiale um 8:00 Uhr nicht mehr erhältlich.

Der BGH sah beide Werbeanzeigen wegen Verstoßes gegen das Lockvogelverbot als unlauter an. Zwar sei nicht die mangelnde Bevorratung als solche wettbewerbswidrig, der Verkehr erwarte jedoch, dass eine einschränkungslos angebotene Ware in sämtlichen in der Werbung einbezogenen Filialen in ausreichender Menge erworben werden könne. Diese Erwartung könne nur durch einen eindeutigen aufklärenden Hinweis wirksam neutralisiert werden.

Der BGH sah es als eindeutig an, dass eine ausreichende Menge jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn das Produkt bereits am ersten Tag der Aktion nicht mehr erhältlich sei. Der Sternchenhinweis sei nicht geeignet, die Regelerwartung des Verbrauchers zu



neutralisieren. Der Hinweis sei nämlich nicht klar formuliert, leicht lesbar und gut erkennbar gewesen.

Fazit: Die Entscheidung des BGH zeigt, welche strengen Voraussetzungen an die Lockvogelwerbung zu stellen sind. Werbenden Unternehmen ist dringend anzuraten, entweder eine ausreichende Menge an Produkten vorrätig zu halten oder aber bereits bei Schaltung der Werbung einen klaren und eindeutigen Hinweis darauf zu erteilen, dass die Produkte unter Umständen bereits nach kurzer Zeit ausverkauft sein können.

■ **Markenrecht: Hefteinband nicht als Marke eintragungsfähig**

Der BGH (Beschluss vom 01.07.2010, I ZB 68/09) hat entschieden, dass das Design eines Hefteinbands, welches sich auf die üblichen dekorativen Gestaltungen beschränkt, für Blöcke, Notizblöcke, Schreibhefte, Notizbücher und Kalender, nicht als Marke eintragungsfähig ist, da es insoweit an der notwendigen Unterscheidungskraft fehle.

Die Anmelderin wollte für das konkrete Design eines Hefteinbands eine Eintragung als Bildmarke erlangen. Die Marke stellte ein Rechteck im hochkant DIN-A4 Format dar, welches im linken Viertel einen dunklen vertikalen Streifen enthielt und außerdem ein kleines (weißes) Rechteck im Querformat aufwies, auf welchem beispielsweise Name, Schulfach oder Jahreszahlen eingetragen werden konnten.

Die Anmeldung wurde vom Deutschen Patent- und Markenamt zurückgewiesen. Die Entscheidung wurde vom BPatG und vom Bundesgerichtshof bestätigt.

Der Marke fehle es an der notwendigen Unterscheidungskraft. Die Unterscheidungskraft ist die einer Marke innewohnende konkrete Eignung, die unter ihr vertriebenen Waren von denen anderer Unternehmen ihrer Herkunft nach zu unterscheiden. Bei Bildmarken, die sich in der bloßen Abbildung der Ware erschöpfen, verneint der BGH regelmäßig die Unterscheidungskraft. Der Verkehr verstehe nämlich Abbildungen der Ware gerade nicht als Unterscheidungsmerkmal.

Soweit also die Marke nur die typischen Merkmale der in Rede stehenden Ware darstellen oder sich in einfachen dekorativen Gestaltungswillen erschöpfen, fehlt es einer Marke an der konkreten Unterscheidungseignung.

Im konkreten Fall bestehe die angemeldete Marke aus der Abbildung eines Titelblatts. So könnten Papierblätter, Blöcke, Hefte und Notizbücher mit der streitgegenständlichen Marke bedruckt werden. Das weiße Feld sei dann geeignet, etwa eine Jahreszahl oder sonstige Informationen einzutragen. Die Marke enthalte ausschließlich Elemente, die vom Verkehr nur als übliche dekorative grafische Mittel aufgefasst werden.

Die Marke konnte daher nicht für die gewünschten Waren- und Dienstleistungen eingetragen werden.



Fazit: Das Merkmal der fehlenden Unterscheidungskraft ist mit Abstand der häufigste Zurückweisungsgrund für Markenmeldungen. Oft ist für den Anmelder nicht recht nachvollziehbar, was sich hinter diesem Begriff verbirgt. In der konkreten Entscheidung führt der BGH anschaulich aus, worauf es ankommt. Der Verkehr muss die Marke als Unterscheidungsmerkmal ansehen, um die Waren eines Unternehmens von denen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden. Dies kann beispielsweise durch ein fantasievolles Logo geschehen. Erschöpft sich das Zeichen jedoch in einer Abbildung des Produktes, so wird der Verkehr darin eben kein Unterscheidungsmerkmal sehen, sondern lediglich das Produkt selbst.

Folgerichtig geht der BGH davon aus, dass das konkrete Zeichen nicht eintragungsfähig ist.

ÖFFENTLICHES RECHT

■ **VG Frankfurt a. M.: Straßenreinigungssatzung der Stadt Frankfurt am Main seit Jahren unwirksam**

Dass auch großen Städten beim Erlass ihres Ortsrechts durchaus Fehler unterlaufen können, hat eindrucksvoll eine Reihe von Verfahren bewiesen, in denen sich das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main mit der Frage der Wirksamkeit der Straßenreinigungssatzung der Stadt Frankfurt zu befassen hatte.

Ausgangspunkt der Verfahren waren Klagen mehrerer Grundstückseigentümer, die durch entsprechende Abgabenbescheide von der Stadt zur Zahlung von Straßenreinigungsgebühren herangezogen worden waren. Die Kläger vertraten die Auffassung, die Lage ihres Grundstücks stehe einer Heranziehung entgegen, teilweise wurde eingewandt, die Grundstücksgröße sei fehlerhaft ermittelt worden. Mit diesen Argumenten brauchte sich das Gericht allerdings gar nicht erst zu befassen, da es bereits die zugrundeliegende Gebührensatzung (Straßenreinigungssatzung) für unwirksam hielt. Zur Überraschung der beklagten Stadt konnte das Gericht nachweisen, dass die Satzung bereits seit Beginn des Jahres 2005 keine Rechtswirksamkeit mehr entfaltete und deshalb als Rechtsgrundlage jedweder Gebührenheranziehung auszuschneiden hatte.

Der maßgebliche Fehler lag darin, dass die Stadt, die nach § 10 des Hessischen Straßengesetzes ermächtigt ist, die Grundstückseigentümer aufgrund einer Gebührensatzung zu den Kosten der Straßenreinigung heranzuziehen, versäumt hatte, eine ursprünglich (1992) bestehende, später aber (2005) außer Kraft gesetzte Satzung wieder in Kraft zu setzen. Seit dem 01.01.2005 fehle es daher, so das Gericht, an einer wirksamen Straßenreinigungssatzung, weshalb alle in der Folgezeit ergangenen Abgabenbescheide rechtswidrig seien. Demgegenüber vermocht die Stadt Frankfurt mit ihrer Rechtsansicht nicht durchzudringen, wonach es wegen der rückwirkenden Aufhebung der Satzung aus 2005 zu einem – automatischen – Wiederauf-

leben der alten, aus 1992 stammenden Satzung gekommen sei. Das widerspreche rechtsstaatlichen Grundsätzen. Soweit die Stadt auf die alte Satzung habe zurückgreifen wollen, hätte es eines Beschlusses über das erneute Inkrafttreten bedurft.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache hat das Verwaltungsgericht die Berufung zugelassen, d. h. bislang ist die Entscheidung nicht rechtskräftig.

Fazit: Machen die Kommunen von ihrem Recht Gebrauch, ortsrechtliche Fragen (Selbstverwaltungsangelegenheiten) in eigener Regie zu regeln, wozu sie sich regelmäßig des Instruments der Satzung bedienen (oder der Verordnung, soweit Fragen der Gefahrenabwehr betroffen sind), besteht eine nicht zu unterschätzende Wahrscheinlichkeit, dass ihr hierbei Fehler unterlaufen. Die Fehlerquellen sind vielfältig, sie reichen von bloßen Formfehlern (die aufgrund entsprechender Vorschriften in der Gemeindeordnung aber unbeachtliche sind) bis hin zu schwerwiegenden materiell-rechtlichen Fehlern. Das eröffnet den Abgabenschuldnern ein Einfallstor, ihre Heranziehung bereits auf dieser Ebene zu „kippen“, weshalb es auf die Frage der Berechnung ihres konkreten Beitrages häufig nicht mehr ankommt. Das bedeutet freilich nicht, dass nicht auch auf dieser – zweiten – Ebene Fehler unterlaufen können (VG Frankfurt/Main, Urteile vom 11.05.2011 - 6 K 5753/09, 6 K 510/10, 6 K 513/10). Als mögliches Ortsrecht kommen die Abwasser- und Niederschlagswassergebührensatzung, die Straßenreinigungssatzung, aber auch örtliche Bau-

vorschriften sowie Marktsatzungen, (Stellplatz)Ablösesatzungen und Baumschutzsatzungen in Betracht.

BAU- UND ARCHITEKTENRECHT

■ **Mängelbeseitigungsrecht des Bauunternehmers und Selbstbeseitigungsrecht des Architekten**

Die ARGE Baurecht im Deutschen Anwaltverein weist auf folgendes hin: Mit der förmlichen Bauabnahme beginnt die Gewährleistungsfrist. Zeigt sich innerhalb dieser Frist ein Mangel, muss der Investor den Mangel beim Bauunternehmen rügen und für die Beseitigung des Mangels eine angemessene Frist setzen. Dem Unternehmer muss grundsätzlich Möglichkeit zur Nachbesserung eingeräumt werden.

Erst wenn der Bauunternehmer die Frist verstreichen lässt, ist der Auftraggeber berechtigt, ein anderes Unternehmen mit der Mängelbeseitigung zu beauftragen. Der ursprünglich beauftragte Unternehmer muss in diesem Fall die Kosten der Mängelbeseitigung tragen. Häufig passieren dem Auftraggeber bei der Fristsetzung und/ oder bei der Geltendmachung der ihm entstandenen Zusatzkosten formale Fehler, so dass diesem Stadium besondere Aufmerksamkeit zu widmen ist. Regelmäßig

wird sich die Einschaltung eines Baujuristen empfehlen.

(vgl. etwa BGH, Urteil vom 19.11.2008 IV ZR 277/05 und www.arge-baurecht.com).

Anders sieht es aus, wenn dem Architekt während der Planung, Ausführung oder Bauüberwachung ein Fehler unterläuft **und** sich der Fehler bereits im Bauwerk niedergeschlagen hat. In solchen Fällen soll sein Nachbesserungsrecht ohne weiteres erloschen sein. Das kann für ihn allerdings sehr kostspielig werden, weil die Rechtsprechung davon ausgeht, dass der Auftraggeber berechtigt sein soll, einen weiteren Architekten seines Vertrauens mit der Beseitigung der Fehlplanung zu beauftragen und diese Kosten dem Erstplaner in Rechnung zu stellen. Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes soll der auf die Planung entfallende Anteil an den Mängelbeseitigungskosten als Erfüllungsschaden zu qualifizieren sein. Das wiederum bedeutet für den Erstplaner, dass er diese Kosten **nicht** auf seine Haftpflichtversicherung abwälzen kann, da Erfüllungsschäden regelmäßig vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind.

Schützen kann sich der ursprüngliche Planer vor dieser Kostenfalle nur, indem er mit seinem Auftraggeber ein sogenanntes Selbstbeseitigungsrecht vereinbart, so dass das Nachbesserungsrecht in den beschriebenen Konstellationen nicht erlischt.

Dann hat er zwar die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Planungen – kostenlos im Rahmen der Nachbesserung – zu erbringen, läuft aber zumindest nicht Gefahr, mit Kosten Dritter belastet zu werden, auf deren Umfang er keinen Einfluss hat.



Dieser Mandantenbrief ist von unseren in den behandelten Gebieten nachhaltig tätigen Rechtsanwälten gestaltet worden. Ihre redaktionellen Ansprechpartner für den LD-Mandantenbrief sind:

Rechtsanwalt Dennis Groh

Sekretariat Frau Sakautzki
Telefon 0221 - 772 09 – 47
Fax 0221 - 72 48 89
Email dennis.groh@leinen-derichs.de

Rechtsanwalt Thorsten Scheuren

Sekretariat Frau Beul
Telefon 0221 – 772 09 – 75
Fax 0221 – 72 48 89
Email thorsten.scheuren@leinen-derichs.de

Für die einzelnen Beiträge zeichnen verantwortlich

- | | |
|--|---|
| ▪ Handels- & Gesellschaftsrecht sowie Vertriebsrecht | RA Dr. Bernd Westphal
- Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht - |
| ▪ Versicherungsrecht sowie Verkehrsrecht | RA Dr. Wolfgang Dunkel |
| ▪ Arbeitsrecht | RA Prof. Dr. Daniel Knickenberg
- Fachanwalt für Arbeitsrecht - |
| ▪ Privates Baurecht, Mietrecht | RA Dr. Walter Müller |
| ▪ Familienrecht | RA'in Susanne Strick
- Fachanwältin für Familienrecht - |
| ▪ Wettbewerbsrecht | RA Dennis Groh |
| ▪ Öffentliches Bau- & Planungsrecht | RA Thorsten Scheuren |

Bitte beachten Sie auch unsere Internet-Präsentation unter

www.leinen-derichs.de

Dort können Sie alle aktuell verfügbaren Mandantenbriefe, Praxisinfos und Publikationen abrufen.

50668 KÖLN
Clever Straße 16
Telefon 0221 - 77 20 9-0
Telefax 0221 - 72 48 89
Email koeln@leinen-derichs.de

10178 BERLIN
Rosenstraße 2
Telefon 030 - 24 310 2153
Telefax 030 - 24 310 222
Email berlin@leinen-derichs.de

Für die Anwendung im konkreten Fall kann aus dieser Publikation keine Haftung übernommen werden.

