



SCHWEIGEN KANN GEFÄHRLICH SEIN

Worum geht es?

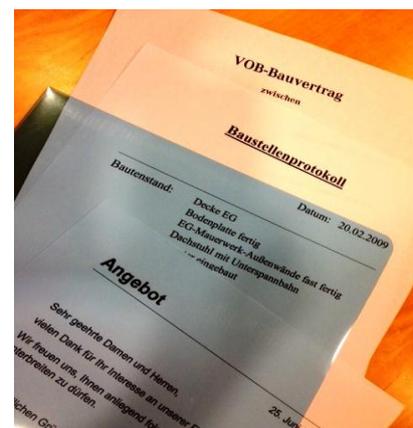
Der Auftragnehmer und der Auftraggeber verhandelten in mehreren Schritten über den Abschluss eines Bauvertrages. Der Auftragnehmer übermittelte sein abschließendes Angebot schriftlich. Das Angebot beinhaltete folgende Zahlungsbedingungen: „Zahlung innerhalb 18 Tagen netto. Die Abschlagsrechnungen werden bis auf 100 % ausgezahlt“. Der Auftraggeber ergänzte handschriftlich „solange anerkannte Aufmaße vom Bauherrn vorliegen“, unterschrieb das Angebot und sandte dieses an den Auftragnehmer zurück, der daraufhin mit den Arbeiten begann. Später entstand Streit darüber, ob der Auftragnehmer Anspruch auf Werklohn hatte, der sich zwar zur Recht von seinem Aufmaß ableiten ließ, dem vom Bauherrn anerkannten Aufmaß des Auftraggebers jedoch nicht entsprach.

Die Entscheidung:

Das OLG Koblenz hat im Urteil vom 14.07.2013 – 2 U 812/12 erklärt, dass der Auftraggeber sich nicht auf das (unvollkommene) Aufmaß des Bauherrn berufen könne, weil der Auftragnehmer nicht mit der Geltung dieser Klausel habe rechnen müssen. Das OLG meint, dass das Schweigen des Auftragnehmers auf das ändernde Angebot des Auftraggebers nicht als Einverständnis mit diesem ändernden Angebot zu verstehen gewesen sei. Die Änderung sei so weit vom Inhalt der bisherigen Vertragsverhandlungen entfernt gewesen, dass mit ihr üblicherweise nicht mehr gerechnet werden musste. Diese Entscheidung ist gerecht, aber sehr fragwürdig. Das OLG Koblenz übersieht, dass der Auftragnehmer auf das ändernde Angebot des Auftraggebers nicht nur geschwiegen, sondern mit der Aufnahme der Arbeiten reagiert hat. In der Aufnahme der Arbeiten liegt an sich die (konkludente) Erklärung, mit der angebotenen Vertragsänderung einverstanden zu sein.

Der Praxis-Tipp!

Änderungen eines Angebotes muss, wenn mit ihnen kein Einverständnis besteht, beweisbar widersprochen werden. Ähnliches gilt bei schriftlich fixierten Baustellenbesprechungen. Der BGH (IBR 2011, 190) wendet auf Baustellenprotokolle die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens an. Nach diesen Grundsätzen werden schriftlich festgehaltene Ergebnisse von vorangegangenen mündlichen Vereinbarungen selbst dann Vertragsbestandteil, wenn sie inhaltlich von den mündlichen Vereinbarungen abweichen. Der Inhalt von Baustellenprotokollen kann sogar dann verbindlich werden, wenn zwischen den Anwesenden keine wirklichen Verhandlungen geführt oder Vereinbarungen getroffen worden sind. Widersprechen Sie daher dem nicht korrekten Baustellenprotokoll unverzüglich schriftlich!



RECHTSANWÄLTE

MUFFLER LERCH KITTLER &
PARTNERGoethestr. 25a
80336 München
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0
muenchen@mlk-partner.de

KÜNDIGUNG WEGEN INSOLVENZ DES AUFTRAGNEHMERS

Worum geht es?

In einem Vertrag (in der Entscheidung geht es konkret um einen Stromlieferungsvertrag) ist folgende Klausel enthalten: „Der Vertrag endet auch ohne Kündigung automatisch, wenn der Kunde einen Insolvenzantrag stellt oder aufgrund Gläubigerantrages das vorläufige Insolvenzverfahren eingeleitet oder eröffnet wird.“

Ähnliche Klauseln finden sich häufig in allen möglichen Verträgen. Nicht zuletzt sieht die VOB/B in § 8 Absatz 2 das Recht zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung wegen Zahlungseinstellung oder Insolvenzantrags des Auftragnehmers vor.

Die neue Rechtsprechung:

Der BGH erachtet die Vertragsklausel in einem Urteil vom 15.11.2012 als unwirksam. Grund hierfür ist das in § 103 InsO (Insolvenzordnung) geregelte Wahlrecht des Insolvenzverwalters, der nach Eröffnung des Verfahrens wählen kann, ob er den Vertrag erfüllt oder nicht. Dieser Zweck würde vereitelt werden, wenn der Vertragspartner nach Insolvenzanmeldung den Vertrag durch Ausspruch einer Kündigung aus wichtigem Grund beenden könnte.

Es stellt sich die spannende Frage, ob diese Überlegungen auf andere Verträge und insbesondere den Bauvertrag und § 8 Absatz 2 VOB/B übertragbar sind. Bei der VOB/B handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, welche der AGB-rechtlichen Überprüfung unterliegen. Danach sind Vertragsklauseln unwirksam, die gegen wesentliche Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung verstoßen. Andererseits wäre eine Unwirksamkeit des Kündigungsrechts bei Insolvenz des Auftragnehmers für den Auftraggeber bei laufendem Bauvorhaben misslich, weil er regelmäßig nicht wochen- oder monatelang auf die Entscheidung des Insolvenzverwalters über die Erfüllung oder Nichterfüllung des Bauvertrages warten kann. Es bleibt deshalb abzuwarten, ob der BGH Lösungsklauseln in Dauerschuldverhältnissen je nach Art des Vertrages unterschiedlich behandeln wird. Die Frage wird derzeit in der juristischen Literatur für den Bauvertrag heftig und kontrovers diskutiert. Insofern müssen künftig Vertragsklauseln einschließlich der Regelung in § 8 Absatz 2 VOB/B, welche ein Kündigungsrecht für den Fall der Insolvenzanmeldung des Auftragnehmers vorsehen, als kritisch angesehen werden.



Der Praxis-Tipp!

Bei Kündigungen des Auftraggebers wegen Insolvenz des Auftragnehmers auf Basis einer vertraglichen Regelung oder der VOB/B ist zukünftig Vorsicht geboten. Der sicherste Weg ist die Aufnahme von Verhandlungen mit dem Insolvenzverwalter zur Herbeiführung einer schnellen Entscheidung über die Erfüllungswahl. Riskiert der Auftraggeber gleichwohl den Ausspruch einer Kündigung, weil er so lange nicht warten kann, macht er sich bei Unwirksamkeit der Klausel wohl gemäß § 649 BGB ersatzpflichtig und kann der Insolvenzverwalter Vergütung für die gekündigten Leistungen abzüglich ersparter Aufwendungen verlangen. Es bleibt deshalb zu hoffen, dass der BGH die Frage schnellstmöglich und insbesondere für den Bauvertrag klärt.



EINSATZ VON LEIHARBEITNEHMERN – ZUSTIMMUNGSVERWEIGERUNGSRECHT DES BETRIEBSRATS

Worum geht es?

Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG erfolgt die gewerbliche Überlassung von Arbeitnehmern nur vorübergehend. In Zusammenhang mit dieser Vorschrift ist umstritten, ob es sich bei dem Merkmal „vorübergehend“ um einen Programmsatz handelt, wie der Begriff auszulegen ist und welche Rechtsfolgen aus einem Verstoß abzuleiten sind.

Die neue Rechtsprechung:

Der 7. Senat des BAG hat nun entschieden, dass der Betriebsrat eines Entleiherbetriebs seine für den Einsatz (die Einstellung) von Leiharbeitnehmern nach § 99 BetrVG erforderliche Zustimmung verweigern darf, wenn diese dort nicht nur vorübergehend eingesetzt werden sollen: Der Betriebsrat dürfe seine Zustimmung § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG u.a. dann verweigern, wenn die beabsichtigte Einstellung gegen ein Gesetz verstößt. Der 7. Senat des BAG führt aus, dass auch § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG in der seit dem 1. Dezember 2011 geltenden Fassung mit dem Merkmal „vorübergehend“ ein solches Gesetz darstelle. Die Bestimmung enthalte nicht lediglich einen unverbindlichen Programmsatz, sondern untersage die nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung. Sie diene zum einen dem Schutz der Leiharbeitnehmer. Zum andern soll sie auch die dauerhafte Aufspaltung der Belegschaft des Entleiherbetriebs in eine Stammelegschaft und eine entliehene Belegschaft verhindern. Der Streitfall verlangte noch keine genaue Abgrenzung des Begriffs „vorübergehend“. Der Arbeitgeber beabsichtigte, die Leiharbeitnehmerin ohne jegliche zeitliche Begrenzung statt einer Stammkraft einzusetzen. Das ist jedenfalls nicht mehr „vorübergehend“ (*BundesArbG, Beschluss vom 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 -*).

Der Praxis-Tipp!

Im Anwendungsbereich des AÜG (also nicht im Bereich der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung und der sonstigen Ausnahmen des § 1 Abs. 3 AÜG) sollten Arbeitgeber darauf achten, dass die beabsichtigte Einstellung von Leiharbeitnehmern stets nur für einen vertraglich definierten Zeitraum vorgesehen wird. Bei über diesen Zeitraum hinaus fortbestehendem Bedarf ist der Einsatz ggf. (mit Zustimmung des Betriebsrates) für den neu definierten Zeitraum zu verlängern. Dabei ist darauf zu achten, dass sich der Entleiher nicht durch unendliche, ununterbrochene Verlängerungen des Einsatzes dem Vorwurf von unzulässigen Kettenverträgen aussetzt. Als solche werden Vertragskonstellationen, die auf die Umgehung des AÜG abzielen, angesehen.





BERÜCKSICHTIGUNG VON LEIHARBEITNEHMERN BEI BETRIEBSRATSWAHL

Worum geht es?

Ausweislich § 7 Satz 2 BetrVG sind Arbeitnehmer, die einem anderen Arbeitgeber zur Arbeitsleistung überlassen worden sind (Arbeitnehmerüberlassung) im Entleiherbetrieb bei der Betriebsratswahl wahlberechtigt, wenn sie dort länger als 3 Monate eingesetzt werden. Umstritten war bisher, ob diese Leiharbeiter im Betrieb des Entleihers bei der Ermittlung der Größe des Betriebsratsgremiums ebenfalls zu berücksichtigen sind. Nach der bisherigen Rechtsprechung war dies nicht der Fall.



Die neue Rechtsprechung:

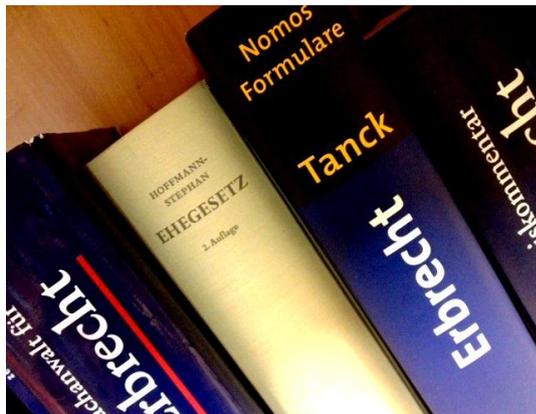
In seiner Entscheidung vom 13.03.2013 gibt das Bundesarbeitsgericht seine frühere Rechtsprechung hierzu auf und hat nun entschieden, dass die regelmäßig beschäftigten Leiharbeiter bei den Schwellenwerten des § 9 BetrVG, der die Größe des Betriebsratsgremiums regelt, im Entleiherbetrieb zu berücksichtigen sind. Dies ergibt sich nach Auffassung des 7. Senats des Bundesarbeitsgerichts insbesondere aus einer am Sinn und Zweck der Schwellenwerte orientierten Auslegung des Gesetzes und stellt im Wesentlichen darauf ab, dass der Betriebsrat auch für die Leiharbeiter zuständig sei und damit bei Einsatz von Leiharbeitern auch entsprechende weitergehende Aufgaben habe. Lediglich bis zu einer Betriebsgröße von maximal 51 Arbeitnehmern kommt es daneben auch darauf an, dass die zur Arbeitsleistung überlassenen Arbeitnehmer auch wahlberechtigt sind, also 3 Monate im Betrieb eingesetzt werden. Bei großen Betrieben kommt es dagegen auf die Wahlberechtigung nicht an.

Der Praxis-Tipp!

In Zukunft müssen bei Betriebsratswahlen die regelmäßig eingesetzten Leiharbeiter bei der Feststellung der Wahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder berücksichtigt werden. Andernfalls ist die Betriebsratswahl anfechtbar. Jedem Arbeitgeber ist daher zu empfehlen, sicherzustellen, dass der eigene Wahlvorstand vor den im Frühjahr 2014 stattfindenden Betriebsratswahlen ordnungsgemäß geschult wird. Darüber hinaus ist es sinnvoll, dass auch der Arbeitgeber selbst sich intensiv mit der Betriebsratswahl und den hierbei bestehenden Rechten und Pflichten des Arbeitgebers beschäftigt, um im Vorfeld die Weichen für eine allgemein akzeptierte Betriebsratswahl zu schaffen. Gerne schulen wir Ihren Wahlvorstand oder beraten Sie als Arbeitgeber im Hinblick auf Ihre Möglichkeiten und Mitwirkungspflichten bei der im Frühjahr 2014 anstehenden Betriebsratswahl.



DIE FORMULIERUNG: „WER SICH BIS ZU MEINEM TOD UM MICH KÜMMERT, SOLL ERBEN“ IST KEINE WIRKSAME ERBEINSETZUNG



Worum geht es?

Nachdem ein 79-jähriger Mann verstorben war, stritten die Hinterbliebenen, wer Erbe ist. Der Erblasser hatte ein Testament errichtet, das u.a. folgende Anordnung enthielt:

„Das Haus und meine anderen Sachen soll bekommen, wer sich bis zu meinem Tod um mich kümmert.“

Das zuständige Nachlassgericht gelangte zu dem Ergebnis, dass sich die Lebensgefährtin und ein naher Verwandter am meisten um den Erblasser gekümmert hatten und erteilte einen Erbschein, der die Beiden als Erben zu je ½ auswies.

Gegen diesen legte der Verwandte, der zu ½ erben sollte, Beschwerde ein mit dem Ziel, Alleinerbe zu werden.

Die neue Rechtsprechung:

Das Oberlandesgericht München (Beschluss vom 22.05.2013, 31 Wx 55/13) gelangt zu dem Ergebnis, dass die Erbeinsetzung unwirksam ist. Der Erblasser darf die Bestimmung der Person, die Erbe sein soll, nicht einem Dritten überlassen. Zwar muss der Erbe im Testament nicht unbedingt namentlich bezeichnet sein, er muss aber zumindest objektiv eindeutig bestimmbar sein. Das ist dann der Fall, wenn jede mit Sachkunde ausgestattete Person den Bedachten bezeichnen kann. Das Testament des Erblassers enthält in dem konkreten Fall keine ausdrückliche Bestimmung der Person, da weder der Verwandte, noch die Lebensgefährtin ausdrücklich benannt sind. Die Erbeinsetzung ist lediglich mit dem Pronomen „wer“ verbunden. Zudem lässt das Testament offen, an welche Art von „Kümmern“ der Erblasser dachte. Es sei unklar, ob er damit die körperliche Pflege, die Hilfe bei der anfallenden Hausarbeit, eine seelische Stütze oder nur allgemein ein Schenken von Aufmerksamkeit meinte. Die Beantwortung der Frage, wer Erbe ist, hängt maßgeblich von dem Begriffsverständnis desjenigen ab, die die Person des Bedachten hätte bestimmen müssen. Damit beruht die Erbfolge aber nicht auf der Bestimmung des Erblassers und ist unwirksam.

Der Praxis-Tipp!

Grundsätzlich kann nur der Erblasser selbst durch Testament seine Erben bestimmen. Ausnahmen hiervon sind lediglich in sehr begrenztem Umfang möglich. Sofern das vom Erblasser errichtete Testament unwirksam ist, greift die gesetzliche Erbfolge mit Ergebnis, dass unter Umständen nicht die vom Erblasser bedachten Personen erben.