

MANDANTENBRIEF 04/2012

Liebe Leserinnen und Leser,

unser vierter Mandantenbrief des Jahres 2012 befasst sich mit aktuellen Entwicklungen im – grenzüberschreitenden – Insolvenzrecht und dem Recht der Aufsichtsräte im Aktienrecht. Über vertragsrechtliche Probleme hatte die Rechtsprechung im privaten Baurecht und gewerblichen Mietrecht zu entscheiden. Das Bundesverwaltungsgericht und der Hessische Verwaltungsgerichtshof urteilten über den Begriff der zentralen Versorgungsbereiche im Baugesetzbuch und über die Wirksamkeit eines Regionalplans. Das gerichtliche Verfahren hat durch die gesetzliche Regelung der Mediation (vgl. auch Mandantenbrief 3/2012) neue Anstöße erhalten, muss aber auch mit dem Missbrauch gesetzlicher Institute (der Verjährungseinrede) rechnen.

Ich wünsche Ihnen eine anregende Lektüre.

Ihr
Dr. Johannes Grooterhorst
Rechtsanwalt



INHALT

- **AKTUELLES: EUROPÄISCHE RECHTSORDNUNGEN ALS WARENKORB ZUR FREIEN BEDienung – INSOLVENZTOURISMUS?**
- **HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT: BERATUNGSVERTRÄGE MIT AUFSICHTSRATSMITGLIEDERN**
- **IMMOBILIENRECHT: BAUVERTRAGSRECHT UND MIETVERTRAGSRECHT**
- **GEWERBLICHES MIETRECHT: KÜNDIGUNGSRECHT WEGEN EIGENBEDARFS – MINDERUNG BEI KONKURRENZSCHUTZVERLETZUNG**
- **ÖFFENTLICHES RECHT: RECHTSPRECHUNG ZU ZENTRALEN VERSORGUNGSBEREICHEN UND REGIONALPLÄNEN**
- **MEDIATION UND PROZESSFÜHRUNG: ANWALTSBEGLEITUNG IN DER MEDIATION**

A. AKTUELLES

EUROPÄISCHE RECHTSORDNUNGEN ALS WARENKORB ZUR FREIEN BEDIENUNG – DAS BEISPIEL DES INSOLVENZTOURISMUS ZWISCHEN DEUTSCHLAND UND ENGLAND; RISIKEN UND CHANCEN DES FORUM-SHOPPING

Am 20. September 2012 – 6 AZR 253/11 – hat das Bundesarbeitsgericht für das Arbeitsrecht entschieden, dass auch ein englischer Administrator (Insolvenzverwalter) für deutsche Arbeitnehmer einen Interessenausgleich mit Namensliste gemäß § 125 InsO abschließen kann. Der deutsche Arbeitnehmer (Manager Business Finance, einer international tätigen Unternehmensgruppe) wollte sich dagegen nur von einem deutschen Insolvenzverwalter „kündigen lassen“.

Grundlage der Entscheidung – und vieler Fälle, die eher den Insolvenztourismus in das Vereinigte Königreich betreffen – ist die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.05.2000 (EulnsVO). Danach kommt es darauf an, wo der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat (Center of main interest, COMI) (Art. 16 Abs. 1).

INSOLVENZTOURISMUS

Für den potentiellen Insolvenzschuldner kann ein Interesse am sog. Forum Shopping bestehen dadurch, dass er z. B. das Insolvenzverfahren in dem Staat eröffnen lässt, der nach einer möglichst kurzen Frist bereits die Restschuldbefreiung anordnet. Findige Schuldner ziehen nicht um, sondern versuchen es mit einem Scheinwohnsitz im Ausland. Ihre Bemühungen werden durch eine Dienstleistungsbranche gestützt, die – vermeintlich – reisefreudigen Schuldnern ein „Rundum-Sorglos-Paket“ anbietet, um Insolvenzverfahren in Frankreich (Departements Elsaß und Lothringen) bzw. England einzuleiten.

ENGLAND: RESTSCHULD- BEFREIUNG NACH EINEM JAHR

Gerade England erfreut sich einer hohen Attraktivität, da in England bereits nach einem Jahr die Restschuldbefreiung erlangt werden kann, während im Verbraucherinsolvenzverfahren die Wohlverhaltensphase in Deutschland 6 Jahre seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens dauert (§ 287 Abs. 2 InsO). In der Praxis hat sich daher ein regelrechter „Insolvenztourismus“ entwickelt.

Voraussetzung für die Anerkennung der Rechtswirkungen des Insolvenzverfahrens ist, dass es durch ein nach der EulnsVO zuständiges Gericht eröffnet wurde.

COMI

Das Schlüsselwort für die Begründung der Zuständigkeit ist der „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen“ des Schuldners (engl. „Center of Main Interest“ bzw. im juristischen Fachjargon „COMI“). Die Definition des COMI beschäftigt seit Jahren die Rechtsprechung.

JÜNGERE DEUTSCHE RECHT- SPRECHUNG – LANDGERICHT KÖLN 2011: VERSTOSS GEGEN ORDRE PUBLIC

In jüngerer Zeit hat das Landgericht Köln in seiner Entscheidung vom 14.10.2011 (82 O 15/08) entschieden, einer in England erlangten Restschuldbefreiung könne die Anerkennung versagt werden, wenn der Schuldner seinen Lebensmittelpunkt rechtsmissbräuchlich nach England verlegt habe, um sich unter Vorspiegelung falscher Tatsachen berechtigter Forderungen seiner Gläubiger zu entziehen. Das Landgericht verwies hierbei auf den sogenannte „Ordre public“ in Deutschland, also die inländische öffentliche Ordnung.

Das Landgericht setzte sich hierbei mit einem Extremfall auseinander. Der beklagte Schuldner hatte sich mit vier weiteren Deutschen vermeintlich eine Wohnung in London geteilt. Die Mitbewohner hielten sich ebenfalls angeblich in London auf, um das englische Insolvenzverfahren zu durchlaufen. Das Landgericht Köln bewertete die Wohngemeinschaft als „Insolvenznest“ und sah es als erwiesen an, dass der Beklagte seinen Wohnsitz unter Ausnutzung des „organisierten Insolvenztourismus“ rechtsmissbräuchlich nach England verlegt hatte, um sich unter Vorspiegelung falscher Tatsachen berechtigten Gläubigerforderungen zu entziehen.

Damit versagte das Landgericht Köln dem Schuldner die Anerkennung einer Restschuldbefreiung nach deutschem Recht.

Die plötzliche Affinität vermögensloser deutscher Schuldner für London interessiert seit längerer Zeit die englische Justiz.

**ZUNEHMENDE SENSIBILITÄT
DER ENGLISCHEN JUSTIZ,
KRITERIEN**

Zum Schwur kommen diese Fälle dann, wenn in England ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde und der Gläubiger in dem englischen Insolvenzverfahren sodann bestreitet, dass der Schuldner tatsächlich sein COMI nach London verlagert habe.

Seit der Entscheidung der High Court of Justice „Shierson v. Vlieland and Boddy [2005]“ hat die englische Justiz einige Kriterien aufgestellt zur Überprüfung, ob der COMI tatsächlich nach England verlagert wurde. Hiernach hat der Zwangsverwalter (englisch: official receiver) das COMI zu überprüfen, wenn der folgende Tatbestand vorliegt:

**HIGHCOURT OF JUSTICE
„SHIERSON V. VLIELAND AND
BODDY [2005] EWCA CIV 974**

- (a) ein Schuldner beantragt in England oder Wales ein Hauptinsolvenzverfahren nach EU-Verordnung und
- (b) der Schuldner ist ausländischer Staatsangehöriger, der in Großbritannien weniger als 12 Monate wohnt und
- (c) sämtliche Schulden sind außerhalb Großbritanniens entstanden.

Gemäß der vorgenannten Entscheidung des High Court of Justice hat der Zwangsverwalter zur Verifizierung des COMI insbesondere folgende Ermittlungen anzustellen:

**ERMITTLUNGSPFLICHT DES
ZWANGSVERWALTERS**

- Besichtigung des Wohnortes des Schuldners in Großbritannien, um festzustellen, ob der Schuldner tatsächlich dort wohnt.
- Aufforderung an den Schuldner, Beweise für das tägliche Leben in Großbritannien vorzulegen. Außer Mietverträgen werden Telefonrechnungen, Kreditkartenbelege, Supermarktkassenbons, Geldautomatenbelege usw. verlangt.
- Der Zwangsverwalter fordert die Nationalversicherungsnummer (NIN) des Schuldners an, um festzustellen, ob Gehälter von angegebenen Arbeitgebern erhalten worden sind.
- Zwangsverwalter werden von dem Einwohnermeldesystem von Deutschland und anderen EU-Ländern unterrichtet. In Deutschland fordert der Zwangsverwalter eine Kopie der Abmeldebestätigung entweder vom Schuldner oder direkt vom Meldeamt in Deutschland an.
- Der Zwangsverwalter sendet Briefe in deutscher Sprache an die Gläubiger. Die Gläubiger werden gefragt, wann und woher die letzten Kontakte zum Schuldner waren.
- Im Falle, dass der Arbeitgeber des Schuldners eine englische Ltd. ist, die kurz vor Einreise des Schuldners gegründet wurde, überprüft der Zwangsverwalter, ob der Schuldner Gesellschafter der Ltd. ist.

Liegen Gründe vor, die den Verdacht begründen, dass die Verlegung des COMI nur vorübergehend oder gar nicht vollzogen war, beantragt der Zwangsverwalter nach § 375 des Insolvenzgesetzes von 1986 eine Geeignetheitsprüfung des Insolvenzantrages durch das Gericht.

**SPARKASSE HANNOVER GEGEN
KÖRFFER**

Auch in jüngster Zeit hat der High Court of Justice seine Rechtsprechung zur Überprüfung des COMI zunehmend konkretisiert.

**HIGH COURT OF JUSTICE 2011,
SPARKASSE HANNOVER
VERSUS OFFICIAL RECEIVER
AND KÖRFFER**

Einen sehr anschaulichen Fall eines fingierten Wohnsitzes in London und dessen gerichtliche Überprüfung bietet der Rechtsstreit „Sparkasse Hannover v. [2011] DPIR (bankruptcy and personal insolvency reports) 775.

**GUTBÜRGERLICHE WOHNUNG IN
DEUTSCHLAND – SCHLAFRAUM
IN LONDON? – COMI?**

Im dortigen Sachverhalt hatte der Schuldner vor seinem Ruhestand insgesamt 33 Jahre für die Sparkasse Hannover, zuletzt als leitender Angestellter, gearbeitet. Die Sparkasse Hannover als Gläubigerin hatte ihm Darlehen in erheblicher Höhe ausgereicht, die nur teilweise grundbuchrechtlich besichert waren. Nach einer fristlosen Kündigung der Darlehen forderte die Sparkasse Hannover den Schuldner im Jahre 2008 zur Tilgung aller bestehenden Verbindlichkeiten auf.

Zu ihrer Überraschung musste die Sparkasse Hannover Ende 2008 erfahren, dass der Schuldner in England das dortige Insolvenzverfahren beantragt hatte.

Die Sparkasse Hannover beantragte daraufhin die Aufhebung des Insolvenzverfahrens.

ZEUGENVERNEHMUNG

In einem sehr aufwändigen (allein die Zeugenvernehmung erstreckte sich über mehrere Verhandlungstage) Rechtsstreit gelang es der Sparkasse Hannover darzulegen und zu beweisen, dass der Schuldner seinen COMI nicht nach England verlagert hatte und bewirkte hierdurch eine Aufhebung des Insolvenzverfahrens.

AUFENTHALTSBELEGE

Maßgebend für das Gericht war hierbei unter anderem, dass der Schuldner außerstande war, Einkaufsbelege, Kontoauszüge, Gas-, Wasser- und/oder Stromrechnungen vorzulegen oder eventuell jemanden zu präsentieren, der hätte bestätigen können, dass der Schuldner tatsächlich in London wohne. Der Schuldner unternahm jedoch noch nicht einmal den Versuch, einen entsprechenden Nachweis zu führen.

Erschwerend trat hinzu, dass der Schuldner schwer erkrankt war und fortdauernder ärztlicher Behandlung bedurfte. Unstreitig war jedenfalls, dass der Schuldner sich regelmäßig in stationärer Krankenhausbehandlung in Deutschland aufhielt.

Maßgebend war für das Gericht jedoch insbesondere, dass der Schuldner, 71 Jahre alt, bis zu seinem vermeintlichen Umzug nach London in einem sehr gutbürgerlichen Stadtteil von Hannover gewohnt hatte, wohingegen er ausweislich der fiktiven Anschrift in London als schwerkranker Mann im Rentenalter ein Zimmer angemietet haben will, das sich aus nicht wesentlich mehr als einem Schlafraum, mit auf dem Flur gelegenen gemeinschaftlichen Sanitäreinrichtungen mit Duschen und Toiletten zusammensetzte. Zudem hatte der Schuldner keinerlei persönliche oder wirtschaftliche Kontakte nach England.

Diesem Einwand wusste der Schuldner nichts zu entgegnen.

Hieraus schlussfolgerte der High Court of Justice, dass der Schuldner seinen COMI nicht nach England verlagert hatte.

Eine weitere wegweisende Entscheidung ist das Urteil „Steinhardt v. Eichler (2011) bpir 1293.

**STEINHARDT GEGEN EICHLER
(2011): DAUERHAFTE
ANWESENHEIT VERSUS
GESCHÄFTSREISEN**

Im dortigen Falle hatte der Schuldner vor Einreichung seines Insolvenzantrags in England unter anderem eine Aushilfsstelle in England angenommen, seinen Wohnsitz verlagert und sein Immobilieneigentum in Deutschland seiner Frau übertragen. Obwohl der Schuldner neben anderen Tätigkeiten auch in England Steuern gezahlt hat, hatte er, vor und nach der gerichtlichen Feststellung der Privatinsolvenz seine Tätigkeit nicht vollständig nach England verlagert. Der High Court gelangte zu der Überzeugung, dass die Anwesenheit des Beklagten in England nicht als dauerhaft angesehen werden konnte. Es betrachtete die Anwesenheit des Beklagten als eine Reihe von Geschäftsreisen. Der High Court hob daraufhin die Feststellung der Privatinsolvenz des Beklagten mit der Begründung auf, dass der COMI zum relevanten Zeitpunkt in Deutschland war und nicht, wie durch den Schuldner behauptet in England.

Damit versagte das Landgericht Köln dem Schuldner die Anerkennung einer Restschuldbefreiung nach deutschem Recht.

Die Attraktivität Englands als Zufluchtsort für eine Privatinsolvenz besteht fort. Gläubiger sind hiergegen allerdings nicht schutzlos. Die englische Justiz verschärft zunehmend die Kriterien für die Anerkennung des COMI. Auch die deutsche Justiz ist für die Begründung eines „Schein-COMI“ zunehmend sensibilisiert.

PRAXISHINWEIS

Ein Gläubiger, das gilt auch für den leitenden Manager (als Arbeitnehmer-Gläubiger) wird immer sorgfältig zu prüfen, ob die deutsche oder eine ausländische Rechtsordnung anzuwenden ist. Es wird darauf ankommen, den Schlüsselbegriff des COMI (Center of main interest) mit möglichst vielen – positiven oder negativen – Tatsachen auszufüllen: Genaue, juristisch strukturierte Sachverhaltsaufklärung ist das Gebot.

Allerdings wird der Gläubiger einen erheblichen Zeit- und Kostenaufwand investieren müssen um gegenüber der englischen bzw. deutschen Justiz die fehlende Verlagerung des COMI nach England nachzuweisen.

RALF-THOMAS WITTMANN



B. HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

AKTIENRECHT – AUFSICHTSRAT: BERATUNGSVERTRÄGE MIT AUFSICHTSRATSMITGLIEDERN – RECHTSWIDRIGE ZAHLUNGEN EINER VERGÜTUNG BEI NICHT RECHTSWIRKSAM GESCHLOSSENEM/GENEHMIGTEM BERATUNGSVERTRAG EINES AUFSICHTSRATSMITGLIEDES; UNWIRKSAME ENTLASTUNGSBESCHLÜSSE BEI RECHTSVERSTOSS

Mit Urteil vom 10.07.2012, Az.: II ZR 48/11 entschied der Bundesgerichtshof, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft im Regelfall dann rechtswidrig handelt, wenn er an ein Aufsichtsratsmitglied eine Vergütung ausbezahlt, obwohl der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft dem Beratungsvertrag, der der Vergütung zugrunde liegt, noch nicht gemäß § 114 Abs. 1 AktG zugestimmt hat.

BERATUNGSVERTRAG VOR GENEHMIGUNG DURCH AR-BE- SCHLUSS

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatten die beklagte Aktiengesellschaft sowie ihre Tochtergesellschaft mit einer Anwaltssozietät einen Beratungsvertrag geschlossen. Ein Partner dieser Sozietät war zugleich stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender der Beklagten. Obwohl der Aufsichtsrat der Beklagten noch nicht gemäß § 114 Abs. 1 AktG zugestimmt hatte, zahlte der Vorstand der Beklagten die entstandenen Honorare an die Sozietät aus. Erst am Ende des Jahres genehmigte der Aufsichtsrat der Beklagten den Beratungsvertrag. Die Klägerin ist Aktionärin der Beklagten und erhob Anfechtungsklage gegen die Entlastungsbeschlüsse des Vorstandes. Der Klage wurde vor dem Landgericht stattgegeben, die Berufung der Beklagten vor dem Oberlandesgericht blieb erfolglos. Der BGH bestätigte das Urteil des Oberlandesgerichts inhaltlich, hob das Urteil aus formalen Gründen jedoch auf.

ANFECHTBARER HV-BESCHLUSS ÜBER ENTLASTUNG

Der BGH führte aus, dass ein Beschluss der Hauptversammlung über die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrats gegen § 120 Abs. 2 Satz 1 AktG verstößt – und deshalb nach § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar ist –, wenn ein Verhalten gebilligt wird, das einen schwerwiegenden und eindeutigen Gesetzes- oder Satzungsverstoß darstellt.



Verpflichtet sich ein Aufsichtsratsmitglied außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat durch einen Dienstvertrag, durch den ein Arbeitsverhältnis nicht begründet wird, oder durch einen Werkvertrag gegenüber der Gesellschaft zu einer Tätigkeit höherer Art, so hängt gemäß § 114 Abs. 1 AktG die Wirksamkeit dieses Vertrages von der Zustimmung des Aufsichtsrats ab. Falls die Gesellschaft aufgrund eines solchen Vertrages dem Aufsichtsratsmitglied eine Vergütung gewährt, ohne dass der Aufsichtsrat den Vertrag zuvor zugestimmt hat, darf das Aufsichtsratsmitglied die Vergütung dennoch behalten, wenn der Aufsichtsrat den Vertrag nachträglich genehmigt.

KEINE NACHTRÄGLICHE GENEHMIGUNG

Nach der bisherigen überwiegenden Ansicht handelte der Vorstand auch dann pflichtgemäß, wenn der Aufsichtsrat den Beratungsvertrag nachträglich genehmigte. Dem hat sich der Bundesgerichtshof nicht angeschlossen, sondern entschieden, dass der Vorstand selbst dann pflichtwidrig handelt, wenn der Aufsichtsrat den Vertrag später genehmigt. Die Vorschrift des § 114 Abs. 2 AktG stelle lediglich einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen der erhaltenen Vergütung dar, ändere jedoch nichts an der Pflichtwidrigkeit des Handelns des Vorstandes.

Der Aufsichtsrat müsse seine präventive Kontrollfunktion effektiv wahrnehmen können, was bei bereits erfolgten Zahlungen häufig nur noch schwer möglich sei.

Nach Auffassung des BGH sprechen auch keine Praktikabilitätsgesichtspunkte gegen diese Schlussfolgerung: Der BGH stellt explizit fest, dass der Aufsichtsrat die Zuständigkeit für die Entscheidungen nach § 114 AktG einem Ausschuss des Aufsichtsrates übertragen könne und dadurch eine zeitnahe Entscheidung in Dringlichkeitsfällen ermöglichen könne.

Aufgrund der bisherigen Praxis und der in der Literatur vertretenen Ansicht, welche die gegenteilige Ansicht vertreten hatten, verneinte der Bundesgerichtshof daher ausnahmsweise einen schwerwiegenden und eindeutigen Gesetzes- oder Satzungsverstoß im Sinne des § 243 Abs. 1 AktG.

Aufgrund der nun klaren Rechtslage dürfte in Zukunft die Vergütungszahlung ohne vorherige Zustimmung des Aufsichtsrates einen schwerwiegenden und eindeutigen Gesetzes- oder Satzungsverstoß im Sinne des § 243 Abs. 1 AktG darstellen. Um der Gefahr zu entgehen, dass dem Vorstand deshalb die Entlastung auf der Hauptversammlung verweigert wird, muss der Vorstand einer Aktiengesellschaft in Zukunft besonders darauf achten, dass die Zustimmung des Aufsichtsrates für einen Beratungsvertrag bereits vorliegt, wenn es zur Auszahlung einer Vergütung aus diesem Vertrag kommt.

PRAXISHINWEIS

JÖRG LOOMAN

C. IMMOBILIENRECHT

PRIVATES BAURECHT – VERTRAGSRECHT: AUSSTRAHLEN EINZELNER INDIVIDUAL-VERTRAGLICHER REGELUNGEN AUF DAS GESAMTE VERTRAGSWERK

Eine Entscheidung des OLG Schleswig (Urteil vom 11.03.2011 – 5 U 123/08; Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 23.05.2011 – VII ZR 73/11) hat grundsätzliche Rechtsklarheit für eine typische Fall- (Vertrags-)Konstellation im privaten Baurecht geschaffen:

Professionelle Bauherren, die eine Vielzahl von Bauvorhaben in Deutschland beauftragen, arbeiten regelmäßig auf der Grundlage von Vertragsmustern, die jeweils auf die Besonderheiten des Bauvorhabens angepasst werden. Kommt es später zwischen den Baubeteiligten zu einem Rechtsstreit, so wird nicht selten von dem Generalunternehmer der Einwand vorgebracht, bei dem Vertrag und dessen einzelnen Klauseln handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die nach den Voraussetzungen der §§ 305 ff. BGB zu prüfen seien und daher einer strengeren Inhaltskontrolle unterlägen als individuell ausgehandelte Klauseln.

**VERTRAGSMUSTER ALS
ALLGEMEINE GESCHÄFTS-
BEDINGUNGEN**

Das Gericht muss in einem solchen Falle der Frage nachgehen, ob es sich tatsächlich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Gemäß § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen dann nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

MODIFIKATION EINER KLAUSEL

In dem dort zu entscheidenden Fall hatte der Bauherr (AG) mit dem Generalunternehmer (GU) einen Generalunternehmervertrag über die Errichtung eines 4-Sterne-Hotels geschlossen. Dem GU gelang es im Laufe der Vertragsverhandlungen bezüglich des GU-Vertrags verschiedene in dessen § 4 enthaltene Regelungen („Leistungsumfang des Auftragnehmers“) zum Leistungssoll, zum Baugrundrisiko und zum Kostenrisiko bei Planungsänderungen zu seinen Gunsten zu modifizieren. Gestellt wurde der Generalunternehmervertragsentwurf unstreitig durch den AG.

Unverändert blieb in § 4.4 des Generalunternehmervertrages allerdings die Regelung, derzufolge der GU die Planungsverantwortung übernimmt, alle weiteren Planungsleistungen zu erbringen hat und – soweit der AG noch Planungsleistungen beisteuert – diese überprüfen und ggf. neu erstellen wird.

Im Zuge des Bauvorhabens monierte der GU die Vorlage fehlender Pläne. Der AG berief sich auf § 4 des GU-Vertrages und lieferte keine weiteren Pläne. Der GU stellte sich auf den Standpunkt, es liege daher eine erforderliche Mitwirkung des Bestellers vor und kündigte deshalb gem. §§ 642, 643 BGB den GU-Vertrag wegen angeblichen Vorliegens eines wichtigen Grundes.

Der AG stellte sodann das Bauvorhaben durch einen anderen Unternehmer fertig. Die durch ihn entstandenen Mehrkosten klagte er gegen den GU ein. Der GU verteidigte sich mit dem Hinweis, § 4 des Generalunternehmervertrages seien Allgemeine Geschäftsbedingungen. Diese seien unwirksam, da sie ihn unangemessen benachteiligten (§ 307 Abs. 2 BGB).

Dieser Einlassung des GU erteilte das OLG Schleswig eine Absage.

ÄNDERUNGEN ELEMENTARER REGELUNGEN

Nach Auffassung des erkennenden Senats handelt es sich bei dem GU-Vertrag um einen ausgehandelten Individualvertrag. Elementare Regelungen des GU-Vertrages, hierzu zählen das Leistungssoll, das Baugrundrisiko und das Kostenrisiko für Planungsänderungen – seien Gegenstand einer eingehenden Auseinandersetzung zwischen den Parteien gewesen und hätten Änderungen erfahren. Auch kleinere Punkte seien geändert worden. Dies dokumentiere, dass der AG verhandlungsbereit gewesen sei. Ferner gehe hieraus hervor, dass der GU die konkrete Fassung des Vertrages vollumfänglich zur Kenntnis genommen habe.

AUSREICHENDE BEREITSCHAFT ZU VERTRAGSVERHANDLUNGEN

Im unternehmerischen Verkehr sei es ausreichend, wenn der Verwender dem anderen Vertragspartner Verhandlungsmöglichkeiten einräume und dieser seine Rechte mit zumutbarem Aufwand wahrnehmen könne. Aufgrund von § 4 des GU-Vertrages habe der AN erkennen können, dass er Planungsverantwortung übernehme. Es wäre, so das OLG, in hohem Maße treuwidrig, wenn sich der Unternehmer darauf berufen könne, dass einzelne Punkte nicht verhandelt worden seien und er hierdurch eine AGB-Kontrolle der für ihn nachteiligen Regelungen herbeiführen könnte.

Bei Verträgen zwischen Unternehmern könne ein Aushandeln einzelner Klauseln auf sachlich zusammengehörende Regelungen „ausstrahlen“. Dies könne eine erweiterte Anwendung des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB rechtfertigen, wonach ausgehandelte Vertragsbedingungen keiner AGB-Kontrolle unterliegen.

DAS „AUSSTRAHLEN“ AUF WEITERE REGELUNGEN

Besteht ein Anhaltspunkt dafür, dass es sich bei einem Vertrag um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, so ist dem Vertragspartner des Verwenders zu empfehlen, entweder gar nicht über das Muster zu verhandeln (um zu vermeiden, dass es doch noch zu Individualvereinbarungen kommt) oder versuchen, sämtliche ihm nachteiligen Regelungen auf dem Verhandlungswege zu ändern. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass eine verhandelte, wenn auch letztlich nicht geänderte Klausel dennoch eine Individualvereinbarung darstellt.

**PRAXISHINWEIS
VERTRAGSGESTALTUNG
„ENTWEDER – ODER“**

RALF-THOMAS WITTMANN

D. GEWERBLICHES MIETRECHT

I. WIRKSAMKEIT DER KÜNDIGUNG EINES WOHNMIETVERTRAGES ZU BERUFLICHEN ZWECKEN DES VERMIETERS

Mit Urteil vom 26.09.2012, Az.: VIII ZR 330/11 entschied der Bundesgerichtshof, dass der Vermieter einen Wohnungsmietvertrag wirksam kündigen kann, wenn er die Wohnung für berufliche Zwecke benötigt.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Kläger in Berlin eine Wohnung an den Beklagten vermietet. Beide Parteien wohnten in demselben Haus.

Im Jahre 2009 sprach der Kläger die ordentliche Kündigung des Mietvertrages aus. Als Grund für die Kündigung gab der Kläger an, dass seine Ehefrau beabsichtigte, ihre Anwaltskanzlei nach Berlin zu verlegen und ihre Kanzlei in der von den Beklagten gemieteten Wohnung betreiben zu wollen. Die Beklagten widersprachen der Kündigung und machten Härtegründe nach § 574 BGB geltend. Die Räumungsklage blieb vor dem Amtsgericht und vor dem Landgericht erfolglos. Der Bundesgerichtshof hob diese Urteile auf und verwies den Rechtsstreit an das Landgericht zurück.

Der Bundesgerichtshof führt aus, dass der Kläger auch dann ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 573 BGB vorweisen kann, wenn er die Wohnung zu beruflichen Zwecken benötigt. Nach § 573 Abs. 1 BGB kann der Vermieter nur kündigen, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat. Nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB liegt ein berechtigtes Interesse insbesondere vor, wenn der Vermieter die Räume als Wohnung für sich, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts benötigt (sogenannter „Eigenbedarf“). Der BGH führt aus, dass das Interesse der Ehefrau an der beruflichen Nutzung der Wohnung nicht geringer einzustufen ist, als die Wohnnutzung eines Familienangehörigen im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Hintergrund für die Gleichgewichtigkeit

**GEWERBLICHE NUTZUNG ALS
AUSREICHENDER EIGENBEDARF**

dieser Interessen ist die in Artikel 12 Abs. 1 GG verankerte Berufsfreiheit. Ebenso sprach für das berechnigte Interesse des Klägers, dass die betreffende Wohnung im selben Haus lag, in dem auch der Kläger persönlich wohnte.

Der Bundesgerichtshof hat den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit dieses prüft, ob die für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung maßgeblichen Umstände vorliegen.

PRAXISHINWEIS

Der Bundesgerichtshof hat mit erfreulicher Klarheit klargestellt, dass die beruflichen Zwecke des Vermieters nicht geringer einzustufen sind als seine privaten Zwecke, so dass eine ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 1 auch bei der Benötigung der Mietwohnung für berufliche Zwecke des Vermieters wirksam sein kann.

JÖRG LOOMAN

II. KONKURRENZSCHUTZPFLICHTVERLETZUNG DURCH VERMIETER ALS MANGEL DER MIETSACHE

Mit Urteil vom 10.10.2012 – XII ZR 117/10 – entschied der BGH, dass die Verletzung der in einem Gewerberaummietvertrag vereinbarten Konkurrenzschutzklausel durch den Vermieter einen Mangel der Mietsache darstellt, der den Mieter zur Mietminderung berechnigt.

MIETVERTRAG ÜBER FACHARZTPRAXIS

In dem dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt mietete der Mieter Räume zum Betrieb einer Arztpraxis. Im Mietvertrag vereinbarten die Parteien, dass der Vermieter dem Mieter für die Fachrichtung Orthopädie Konkurrenzschutz gewährt und eine weitere Vermietung an einen Arzt derselben Fachdisziplin nur mit Einverständnis des Mieters zulässig sein soll. Der Vermieter schloss in der Folgezeit – ohne Einverständnis des Mieters – einen weiteren Mietvertrag über eine Arztpraxis im Gebäude, deren Tätigkeitsbereich sich teilweise mit der Arztpraxis des Mieters überschneidet. Der Mieter macht eine Mietminderung um 50 % geltend und verlangt Rückzahlung der infolge der Minderung überzahlten Miete.

SCHADENSERSATZPFLICHT VERSUS MIETMINDERUNG

In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist es streitig, ob eine Verletzung der Konkurrenzschutzpflicht einen Mangel des Mietgegenstandes zur Folge hat und den Mieter berechnigt, die Miete zu mindern. Während diese Frage teilweise bejaht wird (vgl. KG Berlin, Urte. v. 25.01.2007 – 8 U 140/06) wird andererseits darauf abgestellt, dass die Verletzung einer Konkurrenzschutzklausel eine Pflichtverletzung des Vermieters darstellt, die dem Mieter Schadensersatzansprüche eröffnet (vgl. OLG Dresden, Urte. v. 20.07.2010 – 5 U 1286/09). Konsequenz der letztgenannten Ansicht ist, dass der Mieter seinen Schaden infolge der Konkurrenzschutzpflichtverletzung darlegen muss, was Mietern regelmäßig nur schwer möglich ist bzw. wozu Mieter regelmäßig nicht bereit sind. Denn hierzu bedarf es in der Regel der näheren Darlegung von „sensiblen Informationen“ über Kalkulationen und Gewinne.

BEEINTRÄCHTIGUNG DES VERTRAGSGEMÄSSEN GEBRAUCHES

Der BGH hat in seinem Urteil die – für die Praxis sehr relevante – Streitfrage entschieden und stellt sich auf den Standpunkt, dass ein Verstoß des Vermieters gegen den vereinbarten Konkurrenzschutz einen Mietmangel zur Folge hat. Nach Auffassung des BGH stellen sowohl die Verletzung des sog. vertragsimmanenten als auch die des ausdrücklich im Mietvertrag verein-

barten Konkurrenzschutzes Störungen dar, die die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch unmittelbar beeinträchtigen können. Zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache gehört es, dass dem Mieter – auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung – der Schutz vor Konkurrenz gewährt wird. In diesem vertragsgemäß geschuldeten Gebrauch wird der Mieter durch die Verletzung des Konkurrenzschutzes unmittelbar beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung stellt sich für jeden Mieter, der die Sache zu dem gleichen Zweck benutzen will, als Mangel dar. Dieser eröffnet dem Mieter die mietrechtlichen Gewährleistungsrechte mit der Folge, dass der Mieter dann auch berechtigt ist, die Miete unmittelbar zu mindern.



Die Entscheidung des BGH ist sehr mieterfreundlich. Sie dürfte dazu führen, dass Mieter zukünftig vermehrt Rechte wegen möglicher Konkurrenzschutzpflichtverletzungen geltend machen. Für den Vermieter hat diese Entscheidung zur Folge, bei der Ausgestaltung des Mietvertrages sehr sorgfältig darauf zu achten, ob und in welchem Umfang dem Mieter Konkurrenzschutz gewährt wird oder nicht. Versäumt der Vermieter Regelungen zum Konkurrenzschutz im Mietvertrag, steht dem Mieter ein sog. vertragsimmanenter Konkurrenzschutz zu. Verletzt der Vermieter diesen vertragsimmanenten Konkurrenzschutz – beispielsweise weil er irrig meint, keinen Konkurrenzschutz zu schulden – stehen dem Mieter nach der eindeutigen Entscheidung des BGH nunmehr in gleichem Maße wie bei einem ausdrücklich vereinbarten Konkurrenzschutz Mängelansprüche zu.

DR. RAINER BURBULLA

PRAXISHINWEIS
SORGFÄLTIGE VERTRAGS-
GESTALTUNG FÜR
VERTRAGSIMMANENTEN
UND AUSDRÜCKLICHEN
KONKURRENZSCHUTZ

E. ÖFFENTLICHES RECHT

I. ZENTRALE VERSORGUNGSBEREICHE IM SINNE VON § 34 ABS. 3 BAUGB SIND NACH DEN TATSÄCHLICHEN VERHÄLTNISSEN ZU BESTIMMEN

Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich in einer aktuellen Entscheidung (Beschluss vom 12.07.2012 – 4 B 13.12) mit der Frage zu beschäftigen, ob zur Abgrenzung eines zentralen Versorgungsbereichs im Sinne von § 34 Abs. 3 BauGB auf die Festlegung eines Vorranggebiets als Ziel der Raumordnung abgestellt werden kann, mit der der zentralörtliche Siedlungs- und Versorgungskern abgegrenzt werden soll.

Bei der Ansiedlung von Vorhaben im sogenannten unbeplanten Innenbereich im Sinne von § 34 BauGB kommt es darauf an, ob das jeweilige Vorhaben schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden erwarten lässt. Wie das Bundesverwaltungsgericht unmissverständlich klargestellt hat, kommt es im Anwendungsbereich von § 34 generell und seit jeher nur auf das tatsächlich Vorhandene an; Grundstückseigenschaften, die in den optisch wahrnehmbaren Gegebenheiten keinen Niederschlag gefunden haben, müssen außer Betracht bleiben. Landesplanerische Zielvorgaben können für die Auslegung und Anwendung von § 34 Abs. 3 BauGB nicht unmittelbar herangezogen werden, weil sich Zielvorgaben an die Träger der Bauleitplanung, nicht aber an die Genehmigungsbehörde richten, so dass Bundesverwaltungsgericht. Planerische Festlegungen in diesem Sinne können zwar auch bei § 34 Abs. 3 BauGB relevant sein, sie sind jedoch nicht verbindlich, sondern können im Rahmen von § 34 Abs. 3 BauGB lediglich als Orientierungshilfe herangezogen werden.



VORHABEN IM UNBEPLANTEN
INNENBEREICH MIT AUSWIR-
KUNGEN AUF ZENTRALE VER-
SORGUNGSBEREICHE

Findet die landesplanerische Zielvorgabe in dem tatsächlich Vorhandenen keine Entsprechung, handelt es sich bei dem betreffenden Bereich nicht um einen zentralen Versorgungsbereich im Sinne von § 34 Abs. 3 BauGB, der bei der Bewertung der Frage, ob schädliche Auswirkungen zu erwarten sind, zu berücksichtigen wäre.

ISABEL STRECKER

II. FESTLEGUNG VON VORRANGGEBIETEN FÜR DIE WINDENERGIE-NUTZUNG IM REGIONALPLAN MITTELHESSEN 2010 IST MANGELS VERBINDLICHER ZIELQUALITÄT UNWIRKSAM

Mit Entscheidung vom 10.05.2012 (4 C 841/11.N) hat der VGH Kassel der Festlegung von Vorranggebieten für Windenergienutzung als Ziel der Raumordnung im Regionalplan Mittelhessen 2010 ihren Verbindlichkeitscharakter abgesprochen und für unwirksam erklärt.

In der betreffenden Festlegung des Regionalplans ist bestimmt, dass in den festgelegten Vorranggebieten für Windenergienutzung die Errichtung und der Betrieb raumbedeutsamer Windenergieanlagen Vorrang vor entgegenstehenden anderen Planungen und Nutzungen haben und die Planung und Errichtung raumbedeutsamer Windkraftanlagen außerhalb dieser Vorranggebiete nicht zulässig ist. Dieser Regelung wollte der Regionalplangeber verbindliche Zielqualität zuordnen.

Verbindliche Ziele der Raumordnung sind im Rahmen der kommunalen Bauleitplanung strikt zu beachten, sie können im Rahmen der gemeindlichen Bauleitplanung nicht durch Abwägung überwunden werden.

KOMMUNALE PLANUNGSHOHEIT UND REGIONALPLANUNG

Gegen diese Festlegung im Regionalplan hatte sich die Stadt Alsfeld gewandt, nachdem im Regionalplan für ihr Gemeindegebiet für zwei bereits bestehende Windfarmen zwei Vorranggebiete für Windenergienutzung als Bestand, gleichzeitig drei weitere Vorranggebiete für Windenergienutzung im Gebiet der Stadt Alsfeld festgelegt wurden. Hierdurch sah sich die Stadt Alsfeld in ihrer kommunalen Planungshoheit davon abgehalten, im Rahmen ihrer Bauleitplanung abweichend von den festgelegten Vorranggebieten andere Standorte für Windenergieanlagen festzusetzen und sah sich darüber hinaus dem Zwang ausgesetzt, ihre übrige Bauleitplanung insgesamt auf die festgelegten Vorranggebiete abzustimmen.

Der Normenkontrollantrag der Stadt Alsfeld hatte vor dem VGH Kassel Erfolg: Der Regionalplan enthält in seiner Begründung zu der entsprechenden Zielfestlegung in Bezug auf insgesamt 15 im Einzelnen näher umschriebenen Räumen des Regionalplangebiets einen „Planungshinweis“, dass für diese Räume die Ausweisung eines Vorranggebiets Windenergieplanung „angestrebt werde“; weiter wird ausgeführt, dass „aufgrund fehlender aktueller Beurteilungsgrundlagen eine abschließende raumordnerische Abstimmung noch nicht erfolgt“ sei. In diesen Räumen gälten die regionalplanerischen Festlegungen gemäß Regionalplankarte.

PLANUNGSHINWEISE IN DER BEGRÜNDUNG KEINE FESTLEGUNG („ENTSCHEIDUNG“)

Wie der VGH Kassel festgehalten hat, zeigen diese Ausführungen in der Begründung, dass es sich bei den Festlegungen gerade nicht um eine vom Träger der Regionalplanung abschließend abgewogene textliche oder zeichnerische Festlegung handelt. Es fehlt den Festlegungen an dem Charakter einer regionalplanerischen „Letztentscheidung“, die auf einem Ausgleich der Konflikte und auf einer abschließenden Abwägung regionalplanerischer

Gesichtspunkte beruht und Lösungen bietet, die auf regionalplanerischer Ebene keiner Ergänzung mehr bedürfen. Damit liegt kein verbindliches Ziel der Raumordnung über die Festlegung von Vorranggebieten für Windenergieanlagen vor, das einer den Festlegung widersprechenden Bauleitplanung entgegenstehen würde.

Die Entscheidung des VGH Kassel ist zwischenzeitlich rechtskräftig, ein Antrag auf Zulassung der Revision wurde nicht gestellt. Der Stadt Alsfeld ist es nunmehr unbenommen, selbst eine Bauleitplanung zu betreiben, die abweichend von den durch den Regionalplan dargestellten Vorranggebieten andere Standorte für Windkraftanlagen zum Gegenstand hat.

ISABEL STRECKER

F. MEDIATION UND PROZESSFÜHRUNG

I. MEDIATIONSVERFAHREN – ANWÄLTLICHER SCHUTZ DES MANDANTEN WÄHREND DES MEDIATIONSVERFAHRENS

Rechtsanwälte sollten in Zukunft ihre Mandanten vor Einreichung einer Klage befragen und in der Klageschrift festhalten, ob sie vor der Klageerhebung den Versuch einer Mediation unternommen haben und ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen. Diese neue Vorschrift steht im Einklang mit § 1 Abs. 3 Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA), wonach Rechtsanwälte ihre Mandanten vor Rechtsverlust schützen und sie gestaltend, konfliktvermeidend sowie streitschlichtend begleiten müssen.

**NEUREGELUNG DURCH
MEDIATIONSGESETZ UND
ANWÄLTLICHES BERUFSRECHT**

Die Aufgabe des Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten, konfliktvermeidend tätig zu werden, steht nicht im Widerspruch dazu, dass Rechtsanwälte in erster Linie dem Mandanten anwaltlichen Schutz vor Rechtsverlust gewähren müssen. Der anwaltliche Schutz des Mandanten setzt immer zuerst eine umfassende Analyse der Rechtsposition des Mandanten voraus. Sie ist nur dann auf Wunsch des Mandanten entbehrlich, wenn dieser mit der klaren Vorstellung von der Mediation ein solches außergerichtliches Konfliktlösungsverfahren anstrebt. Wenn der Mandant allerdings nicht genau weiß, ob die Mediation für ihn das gegenüber dem Gerichtsverfahren geeignetere Verfahren ist, müssen vom Rechtsanwalt die Rechtsansprüche des Mandanten herausgearbeitet werden. Insoweit ist der Mandant dann über seine Rechtsposition informiert und kann überlegen, ob es Gründe gibt, die eine Mediation vorzugswürdig erscheinen lassen. Ein solcher Mehrwert könnte beispielsweise darin bestehen, dass er nicht lange auf eine Gerichtsentscheidung warten muss (= Zeitfaktor) oder z. B. dass seine möglicherweise mangels Beweisen unsichere Rechtsposition in einer Mediation zu weitergehenden Ergebnissen führen kann, als in einer gerichtlichen Auseinandersetzung.

**MEDIATION UND ANWÄLTLICHER
SCHUTZ VOR RECHTSVERLUST**

Jede Konfliktpartei kann sich mit Zustimmung der jeweiligen Gegenpartei von einem Rechtsanwalt ihres Vertrauens während der Mediation begleiten lassen. Dies kann deswegen sinnvoll sein, weil der Mediator den Parteien keinen Rechtsrat erteilt; denn Rechtspositionen sind nicht Gegenstand einer Mediation. Es wird durch den Mediator keine Bewertung oder Einschätzung von Erfolgsaussichten einer Klage vorgenommen.

Der Mandant brauche einen Verlust von Rechtspositionen infolge einer Mediationsvereinbarung nicht zu befürchten. Der Rechtsanwalt kann seinen Mandanten während des Mediationsverfahrens schon rechtzeitig darauf aufmerksam machen, inwieweit er durch seine

**ANWÄLTLICHE BEGLEITUNG
DES VERFAHRENS**

Verhandlung möglicherweise auf Rechtsansprüche verzichtet. Er kann hinterfragen, ob dies im Hinblick auf sonstige Beweggründe wirklich gewollt ist.

**ANWÄLTICHE ÜBERPRÜFUNG
EINER ABSCHLUSSVEREINBARUNG**

Wenn der Mandant die Mediation ohne Rechtsanwalt durchführt, sollte er die Abschlussvereinbarung nur unter Vorbehalt abschließen. So ist es ihm möglich, sie anschließend von seinem Rechtsanwalt überprüfen zu lassen. Dadurch wird's gewährleistet, dass die Konfliktpartei darüber informiert ist, welches Ausmaß die Abschlussvereinbarung in Bezug auf bestehende Rechtsansprüche hat. Es wird sichergestellt, dass eine Konfliktpartei bewusst und frei entscheiden kann, ob ein Rechtsverzicht aus bestimmten Gründen von ihr gewollt ist (z. B. weil die Geschäftsbeziehung fortgesetzt werden soll).

Der anwaltliche Schutz wird also auch bei Durchführung eines Mediationsverfahrens gewahrt. Im Übrigen ist die Mediation freiwillig, kann jederzeit abgebrochen werden, um anschließend ein Gerichtsverfahren anzustrengen.

**PERSÖNLICHE TEILNAHME AM
MEDIATIONSVERFAHREN UND
ANWÄLTICHE MITWIRKUNG**

Grundsätzlich nehmen die Parteien persönlich an dem Mediationsverfahren teil. Die Parteien können sich anwaltlich vertreten lassen, wenn sie nicht selbst erscheinen wollen. Dabei müssen sie sich jedoch fragen, ob dies wirklich zielführend ist. Oft kann der anwaltliche Vertreter nur etwas zur Sachverhaltsdarstellung beitragen, die einen evtl. Rechtsanspruch begründet. Die hinter dem Rechtsanspruch liegenden Interessen und die Beweggründe seines Mandanten sind dem Rechtsanwalt zumindest nicht immer umfassend bekannt.



Soweit die Parteien Organisationen sind, nimmt der zuständige Vertreter der Organisation an der Mediation persönlich teil.

Wenn die Parteien vertreten sind, müssen die Vertreter eine Vollmacht vorlegen, um eine Mediationsvereinbarung abschließen zu können. Wenn derjenige, der zum Abschluss der Mediationsvereinbarung befugt ist, für das Endergebnis der Vereinbarung noch eine Genehmigung braucht, muss er zumindest eine Abschlussvollmacht mit Genehmigungsvorbehalt vorlegen.

**ANWÄLTICHE ÜBERPRÜFUNG
DER MEDIATIONSVEREINBARUNG
AUF FORM UND INHALT**

Die Überprüfung der Mediationsvereinbarung durch einen Rechtsanwalt stellt sicher, dass sie in der richtigen gesetzlichen Form getroffen wird (z. B. bei Grundstücksgeschäften, wenn es um die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück geht).

**WIRKUNGEN EINER
SCHLUSSVEREINBARUNG**

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Abfassung einer Abschlussvereinbarung am Ende einer Mediation rechtstechnisch einen Vergleich i.S.d. § 779 BGB darstellt. aus diesem Grunde müssen Formulierungen gewählt werden, die einer gerichtlichen Überprüfung standhalten. Das bedeutet, dass sprachlich zum Ausdruck kommen muss, dass beide Konfliktparteien mit der Abschlussvereinbarung etwas verbindlich regeln wollen und dass die Parteien zu deren Umsetzung keine weitere Vereinbarung treffen wollen.

PRAXISHINWEIS

Eine Überprüfung der Abschlussvereinbarung ist möglicherweise entbehrlich, wenn es sich um Konflikte handelt, die noch nicht justitiabel sind (z. B. bei Konflikten am Arbeitsplatz wegen schlechten Umgangs miteinander). Zur Absicherung kann die rechtsanwaltliche Überprüfung jedoch je nach Lage des Einzelfalls sinnvoll sein.

DR. URSULA GROOTERHORST

II. GERICHTLICHES VERFAHREN – MISSBRÄUCLICHE VERJÄHRUNGSEINREDE

Gerade bei Baustreitigkeiten ist die Erhebung der Einrede der Verjährung ein beliebtes Mittel. Insbesondere bei privaten Auftraggebern werden nicht selten Architektenverträge ohne jegliche oder mit allenfalls einer rudimentären schriftlichen Grundlage abgeschlossen. Dies bringt es nicht selten mit sich, dass eine genaue Definition des Verjährungsbeginns von Mängelansprüchen gegenüber dem Architekten schwierig ist.

Das OLG Jena hatte sich in einer jüngst veröffentlichten Entscheidung mit der Frage auseinanderzusetzen, unter welchen Voraussetzungen die Erhebung der Verjährungseinrede unwirksam ist (Urteil vom 13.07.2011 – 7 U 689/10; die Nichtzulassungsbeschwerde wurde durch den BGH mit Beschluss vom 06.09.2012 – VII ZR 166/11 zurückgewiesen).

In dem durch den Senat zu entscheidenden Sachverhalt klagte die Auftragnehmerin (AN), eine GmbH in Liquidation, gegen den Auftraggeber (AG) auf Zahlung restlicher Vergütungsansprüche für erbrachte Bauleistungen an dessen Gutshof. Die Besonderheit des Falls bestand darin, dass der AG zugleich der frühere geschäftsführende Alleingesellschafter des Auftragnehmers war. Der AG berief sich u. a. darauf, dass die Werklohnforderung verjährt sei. Zudem stünde dem Anspruch entgegen, dass ein etwaiger Liquidationserlös ohnehin wieder an ihn als Alleingesellschafter ausgekehrt werden müsse.

Das OLG Jena sprach dem AN den Werklohnanspruch zu. Zwar seien die Voraussetzungen für die Verjährung des Werklohnanspruchs erfüllt. Doch könne sich der AG nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB nicht auf die Einrede der Verjährung berufen. Denn zu der Zeit, als er noch geschäftsführender Alleingesellschafter des Auftragnehmers gewesen sei, hätte er den Werklohnanspruch gegen den AG rechtzeitig durchsetzen müssen. Genau dies habe er jedoch pflichtwidrig unterlassen.

§ 242 BGB UND DIE VERJÄHRUNGSEINREDE

Nunmehr aus dieser pflichtwidrigen Unterlassung Profit zu ziehen und sich auf die Einrede der Verjährung zu berufen, stelle einen groben Verstoß gegen Treu und Glauben dar. Auch greife sein Einwand nicht, dass ihm die Vergütung als Alleingesellschafter des AN ohnehin zustehe. Denn da es eine Vielzahl von Gläubigern des AN gab, könne er dies gerade nicht beweisen.

Die Treuwidrigkeit der Erhebung der Einrede der Verjährung wird nur in sehr seltenen Fällen anerkannt. Es muss hierzu ein grober Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegen. Eine solche Konstellation kommt u. a. dann vor, wenn der Schuldner den Berechtigten von der rechtzeitigen Geltendmachung seiner Ansprüche abgehalten hat. Hier konnte der AG nicht mit dem Einwand gehört werden, dass es ihm als Allgemeingesellschafter der AN freigestanden habe, deren Ansprüche verjähren zu lassen. Denn der AG habe durch sein Verhalten – ohne jegliche ordnungsgemäße Dokumentation – zum Nachteil der Gläubiger der GmbH dieses Vermögen zugunsten seines Privatvermögens entzogen. Dies war der ausschlaggebende Grund, weshalb das OLG Jena von einer Treuwidrigkeit ausging.

PRAXISHINWEIS

RALF-THOMAS WITTMANN

TERMINE

20./21.

MÄRZ 2013

9. Deutscher Handelsimmobilien-Kongress
in Berlin, Esplanade Grand Hotel, Lützowufer 15
Vortrag am 20.03.2013: Die Einzelhandelsimmobilie im Planungsrecht –
Aktuelle Rechtsentwicklungen
Referent: Dr. Johannes Grooterhorst
Partner, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte

28. BIS 29.

NOVEMBER

2012

2. Deutscher Factory Outlet Kongress 2012
in Neumünster
Vortrag: Outlet Center im Planungsrecht: Instrumente,
Maßnahmen, Praxiserfahrungen
Referent Rechtsanwalt Dr. Johannes Grooterhorst
Partner, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte

20. NOVEM-

BER 2012

Düsseldorfer AnwaltService: Mediation
„Auswirkungen des Mediationsgesetzes für Rechtsanwälte
(Nicht-Anwaltsmediatoren)“
in Düsseldorf, MaxHaus, Schulstr. 11
Referentin: Rechtsanwältin und Mediatorin Dr. Ursula Grooterhorst
Rechtsanwältin, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte

Sollten Sie Interesse haben, an einer der Veranstaltungen teilzunehmen,
sprechen sie die Referenten an: www.grooterhorst.de

IMPRESSUM **HERAUSGEBER**

Grooterhorst & Partner
Rechtsanwälte
Königsallee 53–55
40212 Düsseldorf
Tel. +49 (0)211/864 67-0
Fax +49 (0)211/13 13 42
info@grooterhorst.de
www.grooterhorst.de
