

Mandanten-Rundbrief

- März 2021 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Änderungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	2
2.	Verjährungshemmung von Mängelrechten	2
3.	Trotz unterschriebenem Abnahmeprotokoll nicht zwingend Abnahme	3
4.	Gesamtschuldnerstellung des Architekten und des Bauunternehmers & Verjährung des Ausgleichsanspruchs aus § 426 Abs. 1 BGB	5
5.	Funktionaler Mangel der schlüsselfertig vom Bauträger zu erstellenden Eigentumswohnung und Fälligkeit der letzten Kaufpreisrate	6
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	8
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	10
IV.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	12

Vangerowstraße 20 69115 Heidelberg Tel.: 06221/91290 Fax: 06221/912929	Myliusstraße 14 60323 Frankfurt Tel.: 069/72737415 Fax: 069/72737491	Lennéstraße 9 10785 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	Finkenstraße 7 80333 München Tel.: 089/38859720 Fax: 089/38859728
---	---	---	--	---	--

Partnerschaftsgesellschaft mbB von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Änderungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

In einem Fertighausbauvertrag ist die Änderungsklausel "Der Auftragnehmer kann die in den Vertragsunterlagen genannten Fabrikate und Materialien durch gleichwertige Leistungen ersetzen, wenn der Auftraggeber dem zustimmt. Der Auftraggeber darf seine Zustimmung nur aus wichtigem Grund verweigern." unwirksam.

OLG Frankfurt, Urteil vom 28.10.2020 – 29 U 146/19

Sachverhalt:

Die beklagte AN verwendete gegenüber Verbrauchern einen vorformulierten „Planungs- und Bauvertrag“. Dieser enthielt unter anderem die in der Überschrift wiedergegebene Vertragsbestimmung. Der Kläger, ein auf den Verbraucherschutz im Bauwesen spezialisierter gemeinnütziger Verein, verlangt von der AN Unterlassung der o. g. Änderungsklausel.

Begründung:

Das OLG Frankfurt hat die Änderungsklausel für unwirksam erklärt. Die Begründung stützt das Gericht auf § 308 Nr. 4 BGB. Nach dieser Vorschrift ist die Vereinbarung einer Änderungsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Gunsten des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn nicht die Änderungsklausel unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Die von der AN verwendete Klausel sei für einen potentiellen Verbraucher-AG unzumutbar. Zum einen konkretisiert die Klausel nicht die möglichen Gründe, die den AN zur Änderung berechtigen. Zum anderen sei auch das Ausmaß der möglichen Änderungen nicht klar begrenzt. Aus diesen Gründen führe die Klausel dazu, dass der AG weder das „ob“ noch das „wie“ möglicher Änderungen ansatzweise kalkulieren könne. Weder das Gleichwertigkeitserfordernis, noch das Verweigerungsrecht des AG

können diesen Nachteil des AG ausgleichen. Insbesondere die Begrenzung des Widerspruchrechts des AG auf „wichtige Gründe“ zwingt den AG zu Rechtfertigungen, die er vermutlich nicht vorbringen können und die es nach dem Gesetz auch nicht benötigt.

ANMERKUNG:

Der BGH hat bereits mehrere ähnlich gefasste Klauseln gekippt. Aus gutem Grunde, denn Änderungsvorbehalte widersprechen zum einen grundsätzlich dem zivilrechtlichen Grundsatz „pacta sunt servanda“ („Verträge sind einzuhalten“), zum anderen sind sie auch damit unvereinbar, dass Abweichungen von der vereinbarten Beschaffenheit einen Sachmangel begründen (§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB). Daher unterliegen Änderungsvorbehalte sehr hohen Anforderungen. Insbesondere muss ein wirksamer Änderungsvorbehalt so transparent ausgestaltet sein, dass der Vertragspartner vorhersehen kann, unter welchen konkreten Umständen er mit einer Änderung rechnen muss. Diesen Anforderungen wird der Verwender regelmäßig nur dann gerecht werden, wenn er konkrete Gründe aufführt, die ihn zu der ebenfalls zu konkretisierenden Änderung berechtigen. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so wird der AG unangemessen benachteiligt. Da die hier besprochene Klausel diesen Anforderungen nicht gerecht wird, wird der BGH auch die hier besprochene Entscheidung aller Wahrscheinlichkeit nach bestätigen.

Rechtsanwältin Anne-Kathrin Steuernagel

2. Verjährungshemmung von Mängelrechten

Die Hemmung der Verjährung eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen des Mangels eines Werks gem. § 634 Nr. 4 BGB erstreckt sich auch auf den Kostenvorschussanspruch gem. § 634 Nr. 2 BGB.

BGH, Urteil vom 19.11.2020 – VII ZR 193/19 (im Anschluss an BGH, Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17, Mandanten-Rundbrief Juni 2018 Beitrag I.1)

Der Auftragnehmer (AN) verlangt vom Auftraggeber (AG) die Zahlung von Restwerklohn aus einem Bauvertrag. Der AG rechnet mit einem Schadensersatzanspruch wegen Mängeln auf, dessen Höhe er nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten berechnet. Dabei kann der AG einen Schaden geltend machen, der unabhängig von der Minderung des Vermögens zur fiktiven Beseitigung des Mangels notwendig wäre. Diese Schadensbemessung ist seit dem BGH-Urteil vom 22.02.2018 (VII ZR 46/17, Mandanten-Rundbrief Juni 2018 Beitrag I.1) nicht mehr möglich. Daher wechselt der AG zu einem Kostenvorschussanspruch. Der AN rügt, dass dieser verjährt sei.

Der BGH lehnt eine Verjährung ab. Die Hemmung des Schadensersatzanspruchs gilt auch für den Vorschussanspruch, weil der AG ein Wahlrecht zwischen den Mängelrechten hat. Mit dieser Entscheidung führt der BGH seine Rechtsprechung aus dem Jahr 2018 fort, nach der der AG keine fiktiven Mängelbeseitigungskosten mehr geltend machen kann. Die hierdurch entstehende Schutzlücke für den AG hat der BGH im Urteil vom 22.02.2018 geschlossen, indem er dem AG die Wahl zwischen Schadensersatz wegen des Mangels und Kostenvorschuss zur Beseitigung des Mangels freigestellt hat.

Der BGH hat im Urteil vom 19.11.2020 entschieden, dass bei einem Wechsel vom Schadensersatz zum Kostenvorschuss keine Verjährung eintreten kann. Der Kostenvorschussanspruch ist durch die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs gehemmt. Die Hemmung nach § 213 BGB erfasst sämtliche Mängelansprüche, die dasselbe Interesse verfolgen. Das sei beim Kostenvorschuss und dem Schadensersatz statt der Leistung der Fall. Verfahrensrechtlich stellt ein Wechsel zwischen beiden Ansprüchen keine Klageänderung im Sinne des § 264 Nr. 3 ZPO dar.

Der BGH bekräftigt mit dem Urteil vom 19.11.2020, dass es im Werkvertragsrecht keine fiktiven Mängelbeseitigungskosten mehr gibt. Mit der Abschaffung hat der BGH die Möglichkeit eines Wahlrechts zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Kostenvor-

schuss eröffnet. Das ist systematisch nicht zwingend. Vor der Entscheidung des BGH vom 22.02.2018 wurde vielfach vertreten, dass ein Wechsel vom Schadensersatz zum Kostenvorschuss nicht möglich sei, weil der AG durch Geltendmachung eines Schadensersatzes endgültig von einer Nacherfüllung Abstand nehme. Ein Nacherfüllungsanspruch sei jedoch Voraussetzung für den Kostenvorschussanspruch. Der BGH lehnt das ab. Er argumentiert nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes und hält das Leistungsinteresse für wichtiger. Dieses erfordere einen Vorschussanspruch zur Verhinderung wirtschaftlicher Nachteile bei einer Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung. Der AG soll durch die Wahl des Schadensersatzes nicht schlechter gestellt werden.

Diese Wertung des BGH ist eine Konsequenz aus der Abschaffung der fiktiven Mängelbeseitigungskosten im Werkvertragsrecht. Ohne diese Abschaffung hätte es eines Rückgriffs auf den Kostenvorschuss nach Geltendmachung des Schadensersatzes statt der Leistung nicht bedurft. Die Systematik der Mängelrechte spricht eher gegen die Entscheidung des BGH. Diese ist jedoch wegen der grundlegenden Rechtsprechungsänderung im Urteil vom 22.02.2018 zu akzeptieren.

Rechtsanwalt Sven Wellhausen
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

3. Trotz unterschriebenem Abnahmeprotokoll nicht zwingend Abnahme

a) Hat der Auftragnehmer seine Leistung abnahmereif erbracht, hat er einen Anspruch auf Abnahme. Abnahmereife liegt vor, wenn die Leistung vollständig und ohne wesentliche Mängel erbracht ist.

b) Wesentliche Mängel liegen vor, wenn es dem Auftraggeber nicht zumutbar ist, die Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäße Erfüllung anzunehmen und sich mit Mängelrechten zu begnügen. Das ist anhand von Art und Umfang des Mangels sowie seiner konkreten Auswirkung nach den Umständen des Einzelfalls unter Abwägung

der beiderseitigen Interessen zu beurteilen. Entscheidend ist auch die Bedeutung des Mangels für die Gebrauchstauglichkeit.

c) Für die Frage, ob Abnahmereife vorliegt, kommt es auf die objektive Rechtslage im Zeitpunkt des Abnahmeverlangens oder der Übergabe der Leistung an den Auftraggeber an, nicht darauf, welche Mängel zu diesem Zeitpunkt bereits konkret gerügt worden sind.

d) An einer Abnahme kann es auch dann fehlen, wenn der Auftraggeber das Abnahmeprotokoll unterschrieben hat.

OLG München, Beschluss vom 18.03.2019 - 28 U 3311/18 Bau; BGH, Beschluss vom 20.04.2020 - VII ZR 68/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Der Auftraggeber (AG) eines Bauvertrags verlangte vom Auftragnehmer (AN) mit Schreiben vom 21.12.2015 die gemeinsame Durchführung einer „Teilabnahme der Leistungen“. Mit Schreiben vom 22.12.2015 akzeptierte der AN den vom AG vorgeschlagenen Termin und wies darauf hin, im Abnahmeprotokoll könne dann vermerkt werden, was der AG nicht abnehmen wolle. Während des am 23.12.2015 gemeinsam durchgeführten Termins unterzeichnete der AG ein mit der Überschrift „Abnahmeprotokoll“ versehenes Schriftstück. Dennoch ist der AG der Auffassung, inhaltlich habe keine Abnahme stattgefunden. Dies ergebe sich aus den Gesamtumständen vor und während der Erstellung des Protokolls. So habe der AG vor der Durchführung des Termins mehrfach wesentliche Mängel des Werks gegenüber dem AN gerügt und mit Schreiben vom 15.12.2015 ausdrücklich die Anzeige der Bezugsfertigkeit durch den AN vollumfänglich zurückgewiesen. Weiterhin seien im Abnahmeprotokoll eine Vielzahl noch zu erledigender Arbeiten festgehalten. Aus alledem ergebe sich, dass der AG das Werk gerade nicht als im Wesentlichen vertragsgemäß anerkannt habe. Er habe vielmehr als Ziel des am 23.12.2015 durchgeführten Termins lediglich die Feststellung eines baulichen Zwischenstandes begehrt. Der AN ist der Auffassung, eine Abnahme habe stattgefunden. Sein

Restwerklohnanspruch, den er einklagt, sei dadurch fällig geworden. Das Landgericht folgt der Argumentation des AG und weist die Klage ab.

Die Berufung des AN hat keinen Erfolg. Das OLG stellt fest, dass die Annahme des Landgerichts, der Vergütungsanspruch des AN sei mangels Abnahme - derzeit - noch nicht fällig, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist. Zwar spreche die Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls sowie die Verwendung des Wortes „Abnahme“ durch den AG dafür, dass durch den AG auch tatsächlich eine Abnahme erklärt wurde. Jedoch sei zur Feststellung des Vorliegens dieser Erklärung nicht nur isoliert das Abnahmeprotokoll in Betracht zu ziehen, sondern auch die außerhalb des Abnahmeprotokolls erfolgten Handlungen und Äußerungen. Bei der Auslegung einer Willenserklärung gemäß § 133 BGB sei der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. In diesem Sinne ergebe sich aus der Gesamtheit der schriftlichen Unterlagen eine Auslegung der im Abnahmeprotokoll manifestierten Willenserklärung des AG dergestalt, dass dieser die Werkleistung gerade nicht als der Hauptsache nach vertragsgerecht gebilligt habe. In seinem Schreiben vom 21.12.2015 habe der AG einen Termin zur „Teilabnahme“ gefordert. Bereits diese Formulierung spreche gegen die Annahme einer Abnahme des gesamten Gewerks. Dass auch der AN selbst die Begehung vom 23.12.2015 nicht als Termin zu einer Abnahme im Sinne des § 640 BGB verstanden habe, ergebe sich aus dessen Angebot an den AG, im Abnahmeprotokoll könne vermerkt werden, was nicht als abgenommen gelten solle. Für eine derartige Auslegung spreche weiterhin die Vielzahl der im Protokoll als noch zu erledigende Arbeiten festgehaltenen Punkte sowie die Rüge der fehlenden Bezugsfertigkeit durch den AG. In einer für den AN erkennbaren Weise sei es dem AG ausschließlich um einen Besichtigungstermin zur gemeinsamen Feststellung des Fortschritts der Mängelbeseitigung und der noch ausstehenden Fertigstellungsarbeiten gegangen. Nach alledem sei trotz Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls weder ausdrücklich noch konkludent noch fiktiv eine Abnahme erfolgt. Dies

stehe der Fälligkeit des Restwerklohnanspruchs des AN entgegen.

Dieses Urteil verdeutlicht, dass allein das Vorliegen eines durch den AG unterzeichneten Abnahmeprotokolls nicht zwingend den Schluss rechtfertigt, eine Abnahme im Sinne des § 640 BGB sei auch tatsächlich erfolgt. Zwar begründet dessen Vorliegen die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des Abnahmeprotokolls. Diese Vermutung kann jedoch erschüttert werden. Zur Widerlegung geeignet ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände, Handlungen und Äußerungen vor und während des Termins zur in Streit stehenden Abnahme.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

4. Gesamtschuldnerstellung des Architekten und des Bauunternehmers & Verjährung des Ausgleichsanspruchs aus § 426 Abs. 1 BGB

Die Verjährungsfrist des Ausgleichsanspruchs nach § 426 Abs. 1 BGB beginnt mit Kenntnis derjenigen Umstände, die einen Anspruch des Gläubigers gegen den Ausgleichsberechtigten und -verpflichteten sowie das Gesamtschuldverhältnis und die Ausgleichspflicht im Innenverhältnis begründen.

OLG Hamm, Urteil vom 08.07.2020 – I-12 U 74/19

Sachverhalt:

Bei einem Bauvorhaben führten Planungs- und Überwachungsfehler der Planungsgesellschaft (**Klägerin**) und Ausführungsfehler des Bauunternehmers (**Beklagte**) zu Mängeln an der Sache, die die Bauherrin im Abnahmeprotokoll vom 25.07.2008 festhielt. Die Klägerin leistete Schadensersatz an die Bauherrin und machte daraufhin einen Zahlungsanspruch im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs gegen die Beklagte wegen ihrer Ausführungsfehler geltend. Gegen den Ausgleichsanspruch wendete die Beklagte Verjährung ein, da die Ver-

jährungsfrist mit der Abnahme im Jahr 2008 zu laufen begonnen habe.

Das Gericht hat dem Einwand der Verjährung nicht stattgegeben.

Entscheidungsgründe:

Aus Gläubigerschutzinteresse steht der gesamtschuldnerischen Haftung des Architekten und des Bauunternehmers wegen eines Mangels am Bauwerk nicht entgegen, dass die eine Partei zur Nachbesserung und die andere zur Leistung von Schadensersatz in Geld in Anspruch genommen wird, wenn beide im Rahmen ihrer jeweiligen Leistungspflicht für die Entstehung des Mangels verantwortlich sind.

Die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis des Ausgleichsberechtigten von den Umständen meint diejenigen, die einen Anspruch des Gläubigers gegen den Ausgleichsverpflichteten und gegen ihn selbst begründen, die das Gesamtschuldverhältnis begründen und die im Innenverhältnis eine Ausgleichspflicht begründen.

Die Planungsgesellschaft und das Bauunternehmen haften als Gesamtschuldner, da sie im Rahmen ihrer jeweiligen Leistungspflicht, einerseits wegen des Planungs- und Überwachungsverschuldens, andererseits wegen des Ausführungsverschuldens, für den Mangel verantwortlich sind. Dies gilt trotz der Tatsache, dass die Planungsgesellschaft zur Leistung von Geldersatz und das Bauunternehmen zur Leistung von Nachbesserungen in Anspruch genommen wurden. Zwar steht die Schadensersatzleistung des Bauunternehmers im gesamtschuldnerischen Innenverhältnis im rechtsdogmatischen Widerspruch zu § 13 Nr. 5 VOB/B, wonach Schadensersatz nur unter den in Abs. 2 der Norm genannten Bedingungen zu leisten wäre. Jedoch entspricht die Konstellation, dass entweder Schadensersatz oder Nachbesserung zu leisten wäre, die Leistung des einen aber die Pflicht zur Leistung des anderen ausschließt, einer allgemeinen Voraussetzung der „Gesamtschuld“ nach § 421 BGB: Dem Gläubiger haften mehrere Schuldner in der Weise, dass die Leistung des einen zur

Befriedigung des Gläubigerinteresses genügen muss.

Der Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs. 1 BGB unterliegt der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB, beginnend mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entsteht und dem Ausgleichsberechtigten die anspruchsbegründenden Umstände und die Person des Schuldners bekannt oder wegen grober Fahrlässigkeit unbekannt waren.

Zwar liegt in der Abnahme richtigerweise der Zeitpunkt des Entstehens des Gewährleistungsanspruchs als Anknüpfung auch für den Ausgleichsanspruch. Das bloße Bekanntwerden der Mängel genügt jedoch nicht für den Lauf der Verjährung des Ausgleichsanspruchs. Denn die für die Kenntnis des Anspruchsberechtigten wesentlichen Umstände sind diejenigen, die einen Anspruch des Gläubigers gegen den Ausgleichsverpflichteten und gegen ihn selbst begründen, die das Gesamtschuldverhältnis begründen und die im Innenverhältnis eine Ausgleichspflicht begründen.

Daher erforderte der Verjährungsbeginn wenigstens Kenntnis der Klägerin von den tatbestandlichen Voraussetzungen der eigenen Haftung und der daraus entstandenen Mängel, sowie von der Haftung des beklagten Bauunternehmers. So hatte die Klägerin jedoch zum Zeitpunkt der Abnahme weder Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen, da für sie nicht erkennbar war, dass die gerügten Mängel mit denjenigen übereinstimmten, die Haftungsgrundlage für sie bzw. ihr eigenes Planungs- und Überwachungsverschulden waren. Anders wäre dies nur, wenn besondere Umstände vorlägen, die bereits die mangelhafte Überwachung als grob fahrlässig qualifizieren würden.

Rechtsanwalt Lukas Weiser
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

5. Funktionaler Mangel der schlüsselfertig vom Bauträger zu erstellenden Eigentumswohnung und Fälligkeit der letzten Kaufpreisrate

a) Es begründet einen funktionalen Mangel einer schlüsselfertig vom Bauträger neu zu erstellenden Eigentumswohnung, wenn die Temperatur des Warmwassers um 5 Grad schwankt. Die Ursache dieser Mangelercheinung ist nicht aufklärungsbedürftig, weil keine Ursache denkbar ist, die dem Verantwortungsbereich des Erwerbers zuzuordnen wäre.

b) Einverständliche Mängelfeststellungen in einem beiderseits unterzeichneten Abnahmeprotokoll wie die Zusage einer Mangelbeseitigung auf eigene Kosten können als deklaratorisches Schuldanerkenntnis des Bauunternehmers zu werten sein.

c) Eine formularmäßige Klausel in einem Bauträgervertrag, die den Erwerber vor Übergabe zur Zahlung der letzten Rate auf ein Notar-Anderkonto verpflichtet, ist wegen Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechts des Erwerbers unwirksam. Der Erwerber kann die Freigabe beanspruchen.

d) Die Fälligkeit der letzten Kaufpreisrate in einem Bauträgervertrag setzt voraus, dass nicht nur sämtliche Arbeiten erbracht, sondern auch alle wesentlichen Mängel behoben sind.

OLG Hamburg, Urteil vom 16.07.2020 – 8 U 61/19

Sachverhalt:

Der Beklagte (Erwerber) hatte von der Klägerin (Bauträger) eine neu zu errichtende Eigentumswohnung erworben und abgenommen. Die Parteien stritten über die Freigabe der auf einem Notar-Anderkonto eingezahlten letzten Kaufpreisrate des Erwerbers von € 15.750,00. Der Bauträger klagte auf Auszahlung an sich, der Erwerber erhob Widerklage auf Freigabe des hinterlegten Betrages. Der Bauträger erhob eine negative Feststellungsklage, dass

dem Erwerber keine Mängelgewährleistungsansprüche bezüglich der von ihm gerügten Mängel des Parkettbodens, der Fußbodenheizung und von Temperatur- bzw. Druckschwankungen der Trinkwasserversorgung vorliegen würden.

Begründung:

Das OLG Hamburg hat zugunsten des Erwerbers entschieden. Die Trinkwasserversorgung der streitgegenständlichen Wohnung sei mangelhaft gemäß § 634 Abs. 2 Satz 1 BGB, weil sie bei Entnahme von Kaltwasser an anderen Zapfstellen zu gravierenden Temperaturschwankungen des Warmwassers in der Dusche oder der Badewanne führe. Der Sachverständige habe in einem Gutachten ausgeführt, dass Temperaturschwankungen insoweit nur von etwa 1° Celsius hinnehmbar seien, nicht jedoch – wie hier – von 5° Celsius. Der Bauträger habe das gesamte Gebäude schlüsselfertig zu planen und zu errichten gehabt, einschließlich der Trinkwasserversorgungsanlage nebst Leitungen. In einem solchen Falle bedarf es daher keiner weiteren Ursachenforschung zum Verantwortungsbereich, denn es sei keine Ursache denkbar, die nicht dem Bauträger zuzurechnen wäre.

Auch die Fußbodenheizung sei gemäß § 634 Abs. 2 Satz 1 BGB mangelhaft, weil die Heizung teilweise derart verlegt ist, dass die Heizkreise nicht dem tatsächlichen Zuschnitt der Räume folgen.

Darüber hinaus sei das Parkett mangelhaft ausgeführt, weil es nicht eingepflegt wurde und einen Grauschleier aufweise. Dies habe der Bauträger selbst im Abnahmeprotokoll bestätigt und erklärt, dass er diesen Mangel abarbeiten würde. Eine solche Erklärung des Bauträgers stelle durchweg ein deklaratorisches Anerkennnis dar. Daher sei der Bauträger mit seinem Einwand, es bestünden keine Mängelgewährleistungsrechte, ausgeschlossen.

Des Weiteren sei der auf dem Notar-Anderkonto vom Erwerber hinterlegte Betrag gemäß § 812 Abs. 1 BGB zugunsten des Erwerbers freizugeben. Die vorformulierte Vertragsklausel, wonach die letzte Rate auf ein

Notar-Anderkonto einzuzahlen sei, sei gemäß § 309 Nr. 2a BGB unwirksam, weil sie das Zurückbehaltungsrecht des Erwerbers, nämlich die Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechtes nach § 320 BGB wegen aufgetretener Baumängel, einschränke. Eine solche Regelung im Bauträgervertrag führe dazu, dass der Erwerber im Streitfalle gezwungen wäre, zur Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen auf Freigabe der hinterlegten Schlussrate zu klagen, anstatt sich gegenüber dem Vergütungsanspruch des Bauträgers auf Minderungs- und Leistungsverweigerungsrechte berufen zu können.

Zwar soll die Hinterlegung auf dem Notar-Anderkonto dem verständlichen Sicherungsbedürfnis des Bauträgers dienen, der sich vor ungerechtfertigter Zahlungsverweigerung schützen möchte. Sie wahre jedoch nicht die Interessen des Erwerbers im Hinblick auf sein Leistungsverweigerungsrecht.

ANMERKUNG:

Der Bauträger hat sich im vorliegenden Fall ein „klassisches“ Eigentor geschossen, indem er auf Feststellung klagte, dass dem Erwerber keine Mängelgewährleistungsansprüche zustehen. Eine solche Klage kann regelmäßig nur dann Aussicht auf Erfolg haben, wenn gesichert ist, dass der Erwerber überhaupt keine Mängelgewährleistungsansprüche einwenden kann. Dies war vorliegend gerade nicht der Fall. Zudem sollte im Zusammenhang mit der letzten Fälligkeitsrate beim Bauträgervertrag eine Regelung, wonach diese auf ein Notar-Anderkonto einzuzahlen ist, unterbleiben. Mit der Argumentation des OLG Hamburg (Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechtes) kann der Erwerber jederzeit mit durchaus guten Erfolgchancen die Freigabe einklagen.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Ordnungsgemäße Bedenkenmitteilung

- a) Nach herrschender Auffassung genügt für die Wahrung der Schriftform gemäß § 127 Abs. 2 S. 1 BGB auch die telekommunikative Übermittlung, weshalb eine Mitteilung per E-Mail im Falle einer rechtsgeschäftlich vereinbarten Schriftform ausreicht. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Eine Bedenkenmitteilung kann auch an den bauleitenden Architekten gerichtet werden. Etwas anderes gilt nur, wenn es um von ihm selbst zu verantwortende Fehler geht oder er sich berechtigten Einwendungen des Unternehmers verschließt. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Der Architekt verschließt sich den Einwendungen nicht, wenn er eine plausible Erklärung für die dennoch weiterzuführende Ausführung gibt.
- d) Die Auslegung einer Garantie kann ergeben, dass die Auftragnehmerin vernünftigerweise nicht für Umstände einstehen soll, die dem Verantwortungsbereich der Auftraggeberin entstammen.
- e) Es ist anerkannt, dass der Unternehmer, wenn er nach Ausführung oder sogar nach Abnahme seiner Werkleistung erkennt, dass deren Funktionstauglichkeit durch Aktivitäten anderer Unternehmer gefährdet ist, im Rahmen des ihm Zumutbaren eine Vereitelung oder Gefährdung des Vertragszwecks verhindern muss. (Zitat aus der Entscheidung)
- f) Die Bedenkenhinweispflicht verpflichtet den Auftragnehmer nicht dazu, Gestaltungsvorschläge zur Behebung des sich aus den fehlerhaften Arbeiten anderer Unternehmer ergebenden Mangels zu machen. (Zitat aus der Entscheidung)
- g) Einigkeit besteht darüber, dass der Architekt bei einfachen, gängigen Arbeiten

nicht ständig auf der Baustelle anwesend sein muss, um die Arbeiten zu kontrollieren. Allerdings reicht die bloße Überprüfung von Papieren und Nachweisen im Büro nicht aus. Notwendig bleibt vielmehr die Einweisung bei Beginn der Arbeiten, die Durchführung von stichprobenhaften Überprüfungen an Ort und Stelle und die Endkontrolle der Arbeiten. (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Koblenz, Urteil vom 08.10.2020 – 6 U 1945/19

2. Kostensteigerungen während der Bauphase

- a) Der Architekt muss die Auftragnehmerin über Kostensteigerungen während der Ausführung ausreichend informieren.
- b) Zur Ermittlung, ob der Auftraggeberin durch eine (unterstellte) Hinweispflichtverletzung des Architekten ein Schaden entstanden ist, muss – wie bei jeder Schadensberechnung – untersucht werden, wie die Auftraggeberin stehen würde, wenn die Pflichtverletzung unterblieben wäre. Diese Situation ist dann in einem zweiten Schritt damit zu vergleichen, wie die Auftraggeberin mit der Pflichtverletzung – also heute tatsächlich – steht (Differenzhypothese). (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Bei der Durchführung dieses Vermögensvergleichs ist auf eine Betrachtung zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen. Auch der Umstand eines lange andauernden Prozesses kann keine andere Beurteilung rechtfertigen. (Zitat aus der Entscheidung)
- d) Nimmt der Architekt in der Leistungsphase 3 keine DIN-gerechte Kostenberechnung und in der Leistungsphase 7 keinen Kostenanschlag nach DIN, somit keine taugliche Kostenkontrolle, vor, ist sein Honorar um 2 % in der Honorarphase 1-4 und um 1 % in der Honorarphase 5-7 zu kürzen.

OLG München, Urteil vom 20.11.2018 – 28 U 705/15 Bau; BGH, Beschluss vom 23.09.2020 – VII ZR 252/18 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

3. Schlussrechnungsreife nach Klageerhebung

Nach Ausspruch der Kündigung kann die Auftragnehmerin nicht mehr aus der Abschlagsrechnung vorgehen, sondern muss eine prüf-fähige Schlussrechnung vorlegen. Das gilt auch für den Fall, dass die Schlussrechnungsreife durch Kündigung erst nach Klageerhebung, die auf eine Abschlagsrechnung gestützt war, eingetreten ist. (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Dresden, Urteil vom 27.02.2018 – 6 U 1246/17; BGH, Beschluss vom 12.08.2020 – VII ZR 59 /18 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

4. Planender Architekt haftet auch für fehlende Gesamtstatik

- a) Der planende Architekt ist verpflichtet, seine Leistungen mit denen der beteiligten Fachplaner zu koordinieren und abzustimmen, sowie deren Leistungsergebnisse in seine Leistungen zu integrieren. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Drängt sich dem planenden Architekten daher auf, dass die erforderliche Gesamtstatik nicht vorliegt, haftet er auch für das pflichtwidrige Unterlassen der Erstellung durch den Statiker.

OLG München, Urteil vom 13.12.2017 – 27 U 4877/16 Bau; BGH, Beschluss vom 02.07.2020 – VII ZR 23/18 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

5. Mehrkosten wegen entgangener Verwertungsmöglichkeit von Fräsgut

- a) In der Mitteilung der Bauzeitverschiebung kann eine Anordnung zur Leistungsänderung nach §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 5 VOB/B liegen.
- b) Hat die Auftragnehmerin bei der Kalkulation eine zeitlich befristete Möglichkeit zur Rückvergütung von Fräsgut in Ansatz gebracht, kann sie diese Mehrkosten als Vergütung beanspruchen.
- c) Die Verlängerung der Prüffrist nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B von 30 Tagen ist nur aufgrund einer Individualvereinbarung und nur auf maximal 60 Tage möglich. (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Brandenburg, Urteil vom 25.06.2020 – 12 U 59/19

6. Abrechnung nach Kündigung

- a) Um einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung schlüssig darzulegen, muss zwischen den Kosten der Fertigstellung und den Kosten der Beseitigung behaupteter Mängel unterschieden werden, da Ansprüche auf Schadensersatz wegen Mängeln eine vorherige Fristsetzung und den erfolglosen Ablauf dieser Frist erfordern.
- b) Der Unternehmer ist nach einer Kündigung durch den Auftraggeber zur Mängelbeseitigung verpflichtet, aber auch berechtigt. Im Regelfall muss der Auftraggeber auch nach Kündigung des Vertrages und vor der Abnahme dem Auftragnehmer eine Frist zur Nacherfüllung einräumen.
- c) Nach Kündigung des Werkvertrages muss der Auftragnehmer seinen Werklohn zwar abrechnen und darlegen, dass er berechtigt ist, erhaltene Abschlagszahlungen zu behalten. Legt er eine solche Abrechnung nicht vor, darf diese auch vom Auftraggeber erstellt werden, um damit einen An-

spruch auf Überzahlung zu begründen.
(Zitat aus der Entscheidung)

- d) Zur schlüssigen Darlegung eines solchen Anspruchs auf Zahlung eines Überschusses reicht es aber nicht aus, auf die nicht erfolgte Abrechnung des Auftragnehmers hinzuweisen, vielmehr muss der Auftraggeber seine Abrechnung mit den ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen begründen. (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.01.2018 – 21 U 11/17; BGH, Beschluss vom 17.06.2020 – VII ZR 32/18 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

7. Honorarberechnung und Überzahlung

- a) Ein Verstoß gegen Preisvorschriften hat nicht die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages zur Folge. An die Stelle der preisrechtlich unzulässigen Vergütung tritt der noch zulässige Preis, der damit Vertragspreis ist. Der preisrechtlich zulässige Preis ist im Falle einer Überschreitung der Höchstsätze nach den Höchstsätzen zu berechnen. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Eine Überzahlung ist durch einen Vergleich des vereinbarten Pauschalhonorars mit dem Honorar zu ermitteln, das sich aus der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure ergibt. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Umfasst ein Auftrag mehrere Gebäude, so sind die Honorare für jedes Gebäude getrennt zu berechnen. Für die Abgrenzung, ob es sich um ein oder mehrere Gebäude handelt, kommt es darauf an, ob die Bauteile nach funktionellen und technischen Kriterien zu einer Einheit zusammengefasst sind. Für die Einordnung kommt es vorrangig auf die konstruktive Selbständigkeit an. (Zitat aus der Entscheidung)
- d) Wiederholte Arbeiten, die einen gewissen Umfang erreichen, sind grundsätzlich gesondert zu vergüten, wenn auf Veranlas-

sung des Auftraggebers die Grundlagen der vertraglichen Leistung des Fachplaners geändert werden und es danach zu einer Modifizierung der bereits abschließend erbrachten Planungsleistung kommt. (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Hamburg, Urteil vom 27.07.2018 – 6 U 203/13; BGH, Beschluss vom 06.03.2019 – VII ZR 169/18 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Vergabesperre wegen Interessenkonflikts

- a) Ein eingetragener Verein, der sich am Wirtschaftsverkehr beteiligt, genießt bei dieser Tätigkeit den Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. (amtlicher Leitsatz)
- b) Schließt ein öffentlicher Auftraggeber ein Unternehmen ohne hinreichenden sachlichen Grund generell von der Vergabe von Aufträgen oder der Teilnahme an Vergabeverfahren aus, steht dem ausgeschlossenen Unternehmen gegen die Umsetzung einer solchen rechtswidrigen Vergabesperre ein Unterlassungsanspruch zu. (amtlicher Leitsatz)
- c) Ein Interessenkonflikt bei einem Organmitglied des öffentlichen Auftraggebers kann eine Vergabesperre nur insoweit rechtfertigen, als der Gefahr eines Einflusses auf ein Vergabeverfahren nicht durch eine sachgerechte Organisation der Vorbereitung und Durchführung betroffener Vergabeverfahren sowie der hierauf bezogenen Entscheidungsprozesse begegnet werden kann. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urteil vom 03.06.2020 – XIII ZR 22/19 – „Vergabesperre“

2. Konzession – Anpassung des Vertrages

- a) Für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB ist grundsätzlich insoweit kein Raum, als es sich dabei um Erwartungen und Umstände handelt, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen sollten. Eine solche vertragliche Risikoverteilung bzw. Risikoübernahme - sei es ausdrücklich, konkludent oder aufgrund ergänzender Vertragsauslegung - schließt für den Betroffenen regelmäßig die Möglichkeit aus, sich bei Verwirklichung des Risikos auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen (BGH, 21. September 2005, XII ZR 66/03). (amtlicher Leitsatz)
- b) Der Konzessionsnehmer kann daher nicht die Vertragsanpassung bei Rückgang des mautpflichtigen Verkehrs auf dem von ihm ausgebauten und betriebenen Autobahnteilstück verlangen, wenn er im Konzessionsvertrag das „Verkehrsmengenrisiko“ in dem Umfang übernommen hat, wie es sich nach Vertragsschluss verwirklicht hat. (amtlicher Leitsatz)

OLG Celle, Urteil vom 26.11.2019 – 13 U 127/18

3. Angebot mit einem vorgeschlagenen Preis von null Euro

- a) Ein Vertrag, mit dem ein öffentlicher Auftraggeber rechtlich nicht verpflichtet ist, eine Leistung im Gegenzug für diejenige Leistung zu erbringen, zu deren Erbringung sich sein Vertragspartner verpflichtet hat, fällt nicht unter den Begriff „entgeltlicher Vertrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 kann keine Rechtsgrundlage sein, auf die die Ablehnung eines Angebots mit einem vorgeschlagenen Preis von null Euro ge-

stützt werden kann. (Zitat aus der Entscheidung)

- c) Nach Art. 69 der Richtlinie 2014/24 muss ein öffentlicher Auftraggeber das in dieser Bestimmung vorgesehene Verfahren einhalten und den Bieter zu Erläuterungen zur Höhe des Angebots auffordern. (Zitat aus der Entscheidung)

EuGH, Urteil vom 10.09.2020 – C-367/19

4. Zulassung von Nebenangeboten – Widersprüchliche Vergabeunterlagen

- a) Nebenangebote können vom öffentlichen Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessenbestätigung zugelassen oder vorgeschrieben werden. Fehlt eine entsprechende Angabe, sind Nebenangebote nicht zugelassen. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Eine nachträgliche Zulassung von Nebenangeboten ist nicht statthaft.
- c) Das Vergabeverfahren ist bei fortbestehender Vergabeabsicht zurückzusetzen, wenn die Vergabeunterlagen widersprüchlich waren und aus Bietersicht jedenfalls nicht eindeutig so zu verstehen, dass nur Hauptangebote eingereicht werden durften.

VK Bund, Beschluss vom 07.09.2020 – VK 1-68/20

5. Ausschluss wegen nicht vertragsgemäßer Erfüllung von Leistungen

- a) Die Ausschlussstatbestände nach § 124 GWB gelten für die Vergabe von Aufträgen durch einen Sektorenauftraggeber zum Zweck der Ausübung von Sektortätigkeiten entsprechend. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Sektorenauftraggeber können unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Ver-

hältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags erheblich mangelhaft erfüllt hat und dies z.B. zu einer vorzeitigen Beendigung des Auftrags geführt hat. In Betracht kommt hierfür die nicht vertragsgemäße Erfüllung von Haupt- und Nebenleistungen. (Zitat aus der Entscheidung)

- c) Die mangelhafte Erfüllung von vertraglichen Pflichten kann in der Abrechnung von Leistungen bestehen, die tatsächlich nicht durchgeführt worden waren, oder in dem nicht genehmigten Einsatz eines Nachunternehmers.

VK Bund, Beschluss vom 19.08.2020 – VK 2-59/20

6. Rügen können als Fragen formuliert sein

- a) Für die Frage, ob es sich um Rügen oder um Bieterfragen handelt, kommt es nicht darauf an, wie die Bieterin selbst ihre Schreiben verstanden wissen wollte oder dass es früher üblich gewesen sei, mit der Auftraggeberin offen und kooperativ über etwaige Probleme zu diskutieren, ohne dass dies nachteilige Folgen (z.B. für einen späteren Nachprüfungsantrag) nach sich gezogen haben soll. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Ob ein konkretes Bieterverhalten eine Rüge darstellt, ist objektiv zu beurteilen und steht nicht zur Disposition der Beteiligten. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Es handelt sich um Rügen, wenn sich aus dem Inhalt der „Frage“ insgesamt ergibt, dass es sich nicht nur um eine bloße (Verständnis-)Frage oder um eine reine Äußerung rechtlicher Zweifel handelt, sondern dass das Vorgebrachte als Mitteilung zu verstehen sein soll, dass der Bieter die derzeitige Vorgehensweise des

Auftraggebers für vergabefehlerhaft hält, verbunden mit der ernstgemeinten Aufforderung an den Auftraggeber, diesen Vergaberechtsverstoß zu beseitigen. (Zitat aus der Entscheidung)

VK Bund, Beschluss vom 28.05.2020 – VK 1-34/20

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

IV. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Haftung des Betriebserwerbers in der Insolvenz

Der Erwerber eines Betriebs(teils) in der Insolvenz haftet nach § 613a Abs. 1 BGB für Ansprüche der übergegangenen Arbeitnehmer auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nur zeitanteilig für die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückgelegte Dauer der Betriebszugehörigkeit. Für die Leistungen, die auf Zeiten bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens beruhen, haftet er auch dann nicht, wenn für diesen Teil der Betriebsrente nach dem Betriebsrentengesetz der Pensions-Sicherungs-Verein (PSV) - der gesetzlich bestimmte Träger der Insolvenzversicherung - nicht vollständig eintritt.

Den beiden Klägern sind Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zugesagt worden. Nach der Versorgungsordnung berechnet sich ihre Betriebsrente nach der Anzahl der Dienstjahre und dem - zu einem bestimmten Stichtag vor dem Ausscheiden - erzielten Gehalt. Über das Vermögen ihrer Arbeitgeberin wurde am 1. März 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet. Im April 2009 ging der Betrieb nach § 613a Abs. 1 BGB auf die Beklagte über.

Einer der Kläger erhält seit August 2015 von der Beklagten eine Betriebsrente iHv. ca. 145,00 Euro und vom PSV eine Altersrente iHv. ca. 817,00 Euro. Bei der Berechnung legte die Beklagte zwar die Versorgungsordnung einschließlich des zum maßgeblichen Stichtag vor dem Versorgungsfall bezogenen höheren Gehalts zugrunde, ließ aber den Anteil an der Betriebsrente, der vor der Insolvenz erdient

war, außer Betracht. Der PSV setzte dagegen - wie im Betriebsrentengesetz vorgesehen - das zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens maßgebliche niedrigere Gehalt des Klägers an. Der Kläger hält die Beklagte für verpflichtet, ihm eine höhere Betriebsrente zu gewähren. Diese müsse sich nach den Bestimmungen der Versorgungsordnung auf der Basis des höheren Gehalts unter bloßem Abzug des Betrags errechnen, den er vom PSV erhalte. Der andere Kläger verfügte bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht über eine gesetzlich unverfallbare Anwartschaft. Daher steht ihm bei Eintritt eines Versorgungsfalls nach dem Betriebsrentengesetz kein Anspruch gegen den PSV zu. Er hält die Beklagte für verpflichtet, ihm künftig eine Betriebsrente in voller Höhe zu gewähren. Die Vorinstanzen haben die Klagen abgewiesen.

Die Revisionen der Kläger hatten vor dem Dritten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Nach der - im Hinblick auf die besonderen Verteilungsgrundsätze des Insolvenzrechts einschränkenden - Auslegung von § 613a Abs. 1 BGB durch die deutschen Arbeitsgerichte können die Kläger mit ihren Klagebegehren nicht durchdringen. Danach haftet ein Betriebserwerber in der Insolvenz nicht für Betriebsrentenanwartschaften, die im Sinne von § 108 Abs. 3 Insolvenzordnung für die Zeit vor Insolvenzeröffnung entstanden sind. Diese Rechtsprechung ist - wie der Gerichtshof der Europäischen Union entschieden hat (EuGH 9. September 2020 - C-674/18 und C-675/18 - [TMD Friction]) - mit Unionsrecht vereinbar. Sie rechtfertigt sich nach der allgemeinen Regelung des Art. 3 Abs. 4 Richtlinie 2001/23/EG, der auch neben den nur in der Insolvenz geltenden Bestimmungen in deren Art. 5 anwendbar bleibt. Voraussetzung ist, dass ein Art. 8 Richtlinie 2008/94/EG entsprechender Mindestschutz gewährt wird. Dieser unionsrechtlich gebotene Mindestschutz wird in der Bundesrepublik Deutschland durch einen unmittelbar aus dem Unionsrecht folgenden und gegen den PSV gerichteten Anspruch gewährleistet. Eine Haftung des Erwerbers scheidet deshalb aus.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 26. Januar 2021 – 3 AZR 139/17 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwältin Bettina Keidel

2. **Verschieden hohe Zuschläge bei regelmäßiger und unregelmäßiger Nachtarbeit**

Tarifvertragliche Regelungen, die für unregelmäßige Nachtarbeit einen höheren Ausgleich vorsehen als für regelmäßige Nachtarbeit, werfen Fragen nach der Auslegung von Unionsrecht auf. Diese Fragen müssen durch ein Vorabentscheidungsersuchen geklärt werden, das der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts an den Gerichtshof der Europäischen Union richtet.

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien ist der Manteltarifvertrag der Erfrischungsgetränke-Industrie anzuwenden. Der Tarifvertrag regelt, dass der Zuschlag für regelmäßige Nachtarbeit 20 % und für unregelmäßige Nachtarbeit 50 % der Stundenvergütung beträgt. Die Klägerin leistete Nachtarbeit in einem Schichtmodell und erhielt dafür einen Zuschlag von 20 %. Sie ist der Auffassung, die unterschiedliche Höhe der Nachtarbeitszuschläge verstoße gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Ein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung bestehe nicht.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts ersucht den Gerichtshof der Europäischen Union, Fragen nach der Auslegung von Unionsrecht zu beantworten. Führen tarifvertragliche Regelungen die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG im Sinn von Art. 51 Abs. 1 Satz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Charta) durch, wenn sie unterschiedlich hohe Zuschläge für regelmäßige und unregelmäßige Nachtarbeit enthalten? Ist eine tarifvertragliche Regelung gleichbehandlungswidrig nach Art. 20 der Charta, die für unregelmäßige Nachtarbeit einen höheren Zuschlag vorsieht, wenn damit neben den gesundheitlichen Beeinträchtigungen durch Nachtarbeit auch Belastungen wegen der schlechteren Planbarkeit der Arbeitszeit ausgeglichen werden sollen?

Diese Fragen stellen sich auch für eine große Zahl von anderen Tarifverträgen.

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 9. Dezember 2020 – 10 AZR 332/20 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwältin Bettina Keidel

3. **Ausbildungsvergütung – Kürzung bei Teilzeit**

Eine tarifliche Regelung, nach der sich die Ausbildungsvergütung von Auszubildenden in Teilzeit entsprechend der Anzahl wöchentlicher Ausbildungsstunden vergleichbarer Auszubildender in Vollzeit berechnet, verstößt nicht gegen höherrangiges Recht.

Die Klägerin absolviert seit dem 1. September 2017 bei der beklagten Stadt eine Ausbildung zur Verwaltungsfachangestellten mit einer gegenüber Vollzeitauszubildenden von 39 Stunden auf 30 Stunden verkürzten wöchentlichen Ausbildungszeit. Auf das Ausbildungsverhältnis findet aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit der Tarifvertrag für Auszubildende des öffentlichen Dienstes vom 13. September 2005 in der für den Bereich der Vereinigung der Kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung (TVAöD) Anwendung. Die Beklagte zahlte an die Klägerin entsprechend der verkürzten wöchentlichen Ausbildungszeit in den Monaten November 2017 bis einschließlich Februar 2019 eine im Vergleich zu Auszubildenden in Vollzeit gekürzte monatliche Ausbildungsvergütung, die im ersten Ausbildungsjahr 706,35 Euro brutto betrug. Für drei Monate je Ausbildungsjahr, in denen die Klägerin - ebenso wie Auszubildende in Vollzeit - blockweise im Umfang von wöchentlich 28 Unterrichtsstunden am Berufsschulunterricht teilnahm und von der betrieblichen Ausbildung freigestellt war, zahlte die Beklagte die Ausbildungsvergütung entsprechend ihrer Teilzeit fort. Mit der Klage begehrt die Klägerin die Differenz zur Vergütung eines Auszubildenden in Vollzeit. Sie hat die Auffassung vertreten, der TVAöD sehe bei Verringerung der wöchentlichen Ausbildungszeit keine Kürzung der Ausbildungsvergütung vor. Die an sie gezahlte

Vergütung sei zudem unangemessen niedrig. Durch die Kürzung der Ausbildungsvergütung werde sie gegenüber Vollzeitauszubildenden benachteiligt, die während des Blockunterrichts in der Berufsschule bei gleicher Unterrichtszeit die volle Ausbildungsvergütung erhielten. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Beklagte zur Zahlung der von der Klägerin verlangten Differenzvergütung verurteilt. Die Revision der Beklagten hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Zahlungsansprüche nicht zu.

Teilzeitauszubildenden ist nach den Regelungen des TVAöD eine Ausbildungsvergütung nur in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil ihrer Ausbildungszeit an der eines vergleichbaren Auszubildenden in Vollzeit entspricht. Nach § 8 Abs. 1 iVm. § 7 Abs. 1 Satz 1 des Besonderen Teils des TVAöD (TVAöD - BT) ist die Höhe der Ausbildungsvergütung in Abhängigkeit von der Anzahl der wöchentlichen Ausbildungsstunden zu bestimmen. An Auszubildende, deren Berufsausbildung in Teilzeit durchgeführt wird, ist danach eine Ausbildungsvergütung zu zahlen, die dem Anteil ihrer Ausbildungszeit an der eines vergleichbaren Auszubildenden in Vollzeit entspricht. Dies steht im Einklang mit § 17 Abs. 1 Satz 1 BBiG aF. Bei der Ermittlung der Höhe der Ausbildungsvergütung bleiben Zeiten des Berufsschulunterrichts außer Betracht. Sind Auszubildende von der betrieblichen Ausbildung freigestellt, um ihnen die Teilnahme am Berufsschulunterricht zu ermöglichen, besteht nach § 8 Abs. 4 TVAöD - BT - entsprechend der Regelung in §§ 15, 19 Abs. 1 Nr. 1 BBiG aF - allein ein Anspruch auf Fortzahlung der Ausbildungsvergütung.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 1. Dezember 2020 – 9 AZR 104/20 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwältin Bettina Keidel

4. Arbeitnehmereigenschaft von „Crowdworkern“

Die tatsächliche Durchführung von Kleinstaufträgen („Mikrojobs“) durch Nutzer einer Online-Plattform („Crowdworker“) auf der Grundlage einer mit deren Betreiber („Crowdsourcer“) getroffenen Rahmenvereinbarung kann ergeben, dass die rechtliche Beziehung als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist.

Die Beklagte kontrolliert im Auftrag ihrer Kunden die Präsentation von Markenprodukten im Einzelhandel und an Tankstellen. Die Kontrolltätigkeiten selbst lässt sie durch Crowdworker ausführen. Deren Aufgabe besteht insbesondere darin, Fotos von der Warenpräsentation anzufertigen und Fragen zur Werbung von Produkten zu beantworten. Auf der Grundlage einer „Basis-Vereinbarung“ und allgemeiner Geschäftsbedingungen bietet die Beklagte die „Mikrojobs“ über eine Online-Plattform an. Über einen persönlich eingerichteten Account kann jeder Nutzer der Online-Plattform auf bestimmte Verkaufsstellen bezogene Aufträge annehmen, ohne dazu vertraglich verpflichtet zu sein. Übernimmt der Crowdworker einen Auftrag, muss er diesen regelmäßig binnen zwei Stunden nach detaillierten Vorgaben des Crowdsourcers erledigen. Für erledigte Aufträge werden ihm auf seinem Nutzerkonto Erfahrungspunkte gutgeschrieben. Das System erhöht mit der Anzahl erledigter Aufträge das Level und gestattet die gleichzeitige Annahme mehrerer Aufträge.

Der Kläger führte für die Beklagte zuletzt in einem Zeitraum von elf Monaten 2978 Aufträge aus, bevor sie im Februar 2018 mitteilte, ihm zur Vermeidung künftiger Unstimmigkeiten keine weiteren Aufträge mehr anzubieten. Mit seiner Klage hat er zunächst beantragt festzustellen, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht. Im Verlauf des Rechtsstreits kündigte die Beklagte am 24. Juni 2019 ein etwaig bestehendes Arbeitsverhältnis vorsorglich. Daraufhin hat der Kläger seine Klage, mit der er außerdem u. a. Vergütungsansprüche verfolgt, um einen Kündigungsschutzantrag erweitert. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Sie haben das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses der Parteien verneint.

Die Revision des Klägers hatte teilweise Erfolg. Der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat erkannt, dass der Kläger im Zeitpunkt der vorsorglichen Kündigung vom 24. Juni 2019 in einem Arbeitsverhältnis bei der Beklagten stand.

Die Arbeitnehmereigenschaft hängt nach § 611a BGB davon ab, dass der Beschäftigte weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit leistet. Zeigt die tatsächliche Durchführung eines Vertragsverhältnisses, dass es sich hierbei um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an. Die dazu vom Gesetz verlangte Gesamtwürdigung aller Umstände kann ergeben, dass Crowdworker als Arbeitnehmer anzusehen sind. Für ein Arbeitsverhältnis spricht es, wenn der Auftraggeber die Zusammenarbeit über die von ihm betriebene Online-Plattform so steuert, dass der Auftragnehmer infolge dessen seine Tätigkeit nach Ort, Zeit und Inhalt nicht frei gestalten kann. So liegt der entschiedene Fall. Der Kläger leistete in arbeitnehmertypischer Weise weisungsgebundene und fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit. Zwar war er vertraglich nicht zur Annahme von Angeboten der Beklagten verpflichtet. Die Organisationsstruktur der von der Beklagten betriebenen Online-Plattform war aber darauf ausgerichtet, dass über einen Account angemeldete und eingearbeitete Nutzer kontinuierlich Bündel einfacher, Schritt für Schritt vertraglich vorgegebener Kleinstaufträge annehmen, um diese persönlich zu erledigen. Erst ein mit der Anzahl durchgeführter Aufträge erhöhtes Level im Bewertungssystem ermöglicht es den Nutzern der Online-Plattform, gleichzeitig mehrere Aufträge anzunehmen, um diese auf einer Route zu erledigen und damit faktisch einen höheren Stundenlohn zu erzielen. Durch dieses Anreizsystem wurde der Kläger dazu veranlasst, in dem Bezirk seines gewöhnlichen Aufenthaltsorts kontinuierlich Kontrolltätigkeiten zu erledigen.

Der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat die Revision des Klägers gleichwohl überwiegend zurückgewiesen, da die vorsorglich erklärte Kündigung das Arbeitsverhältnis der Parteien wirksam beendet hat. Hinsichtlich der

vom Kläger geltend gemachten Vergütungsansprüche wurde der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Der Kläger kann nicht ohne weiteres Vergütungszahlung nach Maßgabe seiner bisher als vermeintlich freier Mitarbeiter bezogenen Honorare verlangen. Stellt sich ein vermeintlich freies Dienstverhältnis im Nachhinein als Arbeitsverhältnis dar, kann in der Regel nicht davon ausgegangen werden, die für den freien Mitarbeiter ver-

einbarte Vergütung sei der Höhe nach auch für eine Beschäftigung als Arbeitnehmer verabredet. Geschuldet ist die übliche Vergütung iSv. § 612 Abs. 2 BGB, deren Höhe das Landesarbeitsgericht aufzuklären hat.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 01.12.2020 – 9 AZR 102/20 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwältin Bettina Keidel

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.).

Unsere Mandanten-Rundbriefe sind auch auf unserer Website www.bornheim.com unter der Rubrik „News“ abrufbar.

Falls Sie künftig keinen Mandanten-Rundbrief mehr oder diesen lieber als PDF per E-Mail erhalten möchten, teilen Sie uns dies bitte telefonisch oder per E-Mail an heidelberg@bornheim.com mit.

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -
im März 2021**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner mbB Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft mbB von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim

Verantwortliche Redakteurin: Rechtsanwältin Viviana Tambini, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg

Druck: City-Druck Heidelberg, Bergheimer Straße 119, 69115 Heidelberg