

Mandanten-Rundbrief

– September 2022 –

Letztmalig in gedruckter Form

Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser,

schon seit den 1990er-Jahren veröffentlichen wir quartalsweise unseren Mandanten-Rundbrief, um Sie regelmäßig und zuverlässig über die wichtigsten Entscheidungen und Entwicklungen insbesondere auf den Gebieten des privaten Bau- und Architektenrechts, des Immobilienwirtschaftsrechts, des Vergaberechts und des Arbeitsrechts zu informieren. Dies werden wir auch weiterhin tun, allerdings zukünftig nur noch in digitaler Form. Wenn Sie unseren Mandanten-Rundbrief bisher ausschließlich postalisch erhalten und künftig per E-Mail erhalten möchten, schreiben Sie bitte eine kurze E-Mail an nicole.alandag@bornheim.com.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Helmerich Bornheim
Rechtsanwalt

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
---	---	---	--	---	--

Inhalt

I.	Immobilienwirtschaftsrecht	3
	Fernwärmeversorger dürfen unwirksame Preisanpassungsklauseln auch in bestehenden Wärmelieferverträgen gemäß § 24 Abs. 4 S. 1 AVBFernwärmeV einseitig anpassen	3
II.	Privates Bau- und Architektenrecht	4
	1. Auch sich fortentwickelnde Verzugsansprüche verjähren einheitlich in drei Jahren	4
	2. Vorunternehmer in Verzug: Haftet der AG?	5
III.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	6
	1. Streitwert eines selbstständigen Beweisverfahrens	6
	2. Ein Privatgutachten kann prozessual nur mit erheblichem Bestreiten angegriffen werden, wofür „pauschale Kritik“ nicht reicht	6
	3. Schlüssige Darlegung des Anspruchs genügt, um Bauhandwerkersicherheit zu verlangen	7
	4. Zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B auch bei mittelbaren bauzeitlichen Auswirkungen	7
	5. Dreijährige Verjährungsfrist für Schäden vor Abnahme	7
IV.	Vergaberecht	7
	Pflicht zum Abruf des Wettbewerbsregisters für öffentliche Auftraggeber	7
V.	Leitsätze zum Vergaberecht	9
	1. Eine „Vergabesperre“ kann durch einstweilige Verfügung unterbunden werden	9
	2. Ein Bieter im Vergabeverfahren muss eindeutig erkennbar sein	9
	3. Vergabeaufhebung kann bei Kostenexplosion gerechtfertigt sein	9
VI.	Leitsätze zum Immobilien- und Mietrecht	9
	1. Keine Aufklärungspflicht über kriminellen Nachbarn beim Grundstücksverkauf	9
	2. Keine Mitminderung wegen Lärmbelästigung durch benachbarte Großbaustelle	10
VII.	Leitsätze zum Arbeitsrecht	10
	1. Verstoß gegen Maskenpflicht als Kündigungsgrund	10
	2. Impfunfähigkeit vorgetäuscht	10
	3. Urlaubsberechnung bei Kurzarbeit	10
	4. Kurzarbeit muss eindeutig geregelt werden	10
	5. Anforderungen an eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach mehr als sechs Wochen	11
	6. Unwirksamer Freiwilligkeitsvorbehalt in AGB zu Jahressonderzahlung	11
	7. Beleidigung kann Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung rechtfertigen	11
	8. Zur Vertragsauflösung durch Beendigungsvereinbarung und zur Kündigung wegen falsch dokumentierter Arbeitszeit	11
	9. (Wieder) Präsenzarbeit statt Telearbeit	12
	10. Raucherpausen und Betriebsrat	12

I. Immobilienwirtschaftsrecht

Fernwärmeversorger dürfen unwirksame Preisanpassungsklauseln auch in bestehenden Wärmelieferverträgen gemäß § 24 Abs. 4 S. 1 AVBFernwärmeV einseitig anpassen

BGH, Urteil vom 26.01.2022 – VIII ZR 175/19

Die Kundin eines Energieversorgungsunternehmens forderte die Rückerstattung überzahlter Entgelte für Fernwärme aus den Jahren 2011 bis 2015. Sie stützt sich auf die Unwirksamkeit nachträglicher Preiserhöhungen durch den Energieversorger. Die von dem Energieversorger abgerechneten Entgelte beruhten auf einer vertraglichen Preisänderungsklausel, die sich u.a. an der Preisentwicklung von extraleichtlichem Heizöl orientierte. Zum 01.04.2014 änderte der Versorger diese Klausel und berechnete das Entgelt unter Verweis auf pauschalierte Indizes nur noch anhand eines Arbeits- und Grundpreises. Die Änderungen machte er öffentlich bekannt und informierte seine Kunden mit entsprechender Mitteilung.

Das Amtsgericht gab der Klage der Kundin für die Zeit bis zur Änderung der Berechnungsgrundlage statt. Für die Zeit ab der Änderung bestehe jedoch kein Rückzahlungsanspruch, da die Klausel nunmehr wirksam sei. Die Berufung des beklagten Energieversorgers vor dem Landgericht und auch die Revision vor dem BGH hatten im Hinblick auf die Rückerstattung der Entgelte für die Jahre 2011 bis 2014 keinen Erfolg. Die ursprüngliche Preisanpassungsklausel des Wärmelieferungsvertrags sei unwirksam, sodass bis zur Anpassung der Klausel der zu Vertragsbeginn wirksam vereinbarte Bezugspreis fortgelte. Die Anpassung der Klausel im Jahr 2014 sei mit Wirkung für die Zukunft jedoch zulässig.

Diese Entscheidung des BGH ist zusammen mit BGH, Urteil vom 06.04.2020 – VIII ZR 295/20 in einer Reihe von Entscheidungen zu sehen, die sich mit der Wirksamkeit von Preisänderungsklauseln in Fernwärmelieferverträgen befassen.

a) Unwirksame Klauseln können angepasst werden

Die von dem Energieversorger im Zeitraum von 2011 bis 2014 verwendete Preisanpassungsklausel war gemäß der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) iVm § 134 BGB nichtig. Sie verstieß gegen das Gebot der Kostenorientierung des § 24 Abs. 4 S. 1 AVBFernwärmeV, da kein ausreichender Bezug zu den tatsächlichen Bezugskosten des Energieversorgers bestand. Der Energieversorger konnte seine Preise daher nicht erhöhen. Er durfte jedoch gem. §§ 4 Abs. 1 und 2 iVm § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV die (unwirksamen) Preisanpassungsklauseln während der Vertragslaufzeit mit Wirkung für die Zukunft anpassen. Aus Sicht der Rechtsprechung ist dies im beiderseitigen Interesse, denn nur mit einer wirksamen Preisanpassungsklausel können Preiserhöhungen und Kostensenkungen gleichermaßen weitergereicht werden.

b) Preisermittlung mit Hilfe von Indizes ist zulässig

Der BGH gibt den Versorgungsunternehmen in seinem Urteil vom 06.04.2020 – VIII ZR 295/20 klare Vorgaben für die Gestaltung wirksamer Preisanpassungsklauseln an die Hand. Der in § 24 Abs. 4 S. 1 AVBFernwärmeV verankerte Grundsatz der Kostenorientierung hat oberste Priorität. Bei der Preisgestaltung müssen die Versorger sowohl ihre Kosten für die Erzeugung und Bereitstellung von Fernwärme (Kostenelement) als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt (Marktelement) angemessen berücksichtigen. Eine Bemessung der Preise an der tatsächlichen Kostenstruktur ist nicht erforderlich, solange ein hinreichender Bezug von Preisgestaltung und Kosten besteht. Dies kann über den Verweis auf pauschalierte Indizes, wie z.B. den Erzeugerpreisindex für gewerbliche Produkte, erreicht werden.

Die Relevanz dieses Themas kann sowohl für Versorger als auch für Kunden nicht hoch genug bewertet werden. Beide Parteien dürften ein großes Interesse daran haben, die Wirk-

samkeit der Preisanpassungsklauseln in ihren Fernwärmelieferverträgen zu überprüfen. Der BGH stärkt insbesondere die Versorger. Diese sind gleichermaßen berechtigt und verpflichtet, unwirksame Preisanpassungsklauseln einseitig zu ändern und durch solche zu ersetzen, die den Anforderungen des § 24 Abs. 4 AVB-FernwärmeV entsprechen. Das sorgt für Sicherheit und ermöglicht den Versorgern, ihre Preisanpassungsklauseln auch in bestehenden Verträgen so anzupassen, dass eine kosten- und marktorientierte Preisbemessung möglich bleibt. Der neu eingeführte § 24 Abs. 4 S. 4 AVBFernwärmeV steht dem nicht im Weg. Den Kunden der Energieversorger ist gerade in der heutigen Zeit zu raten, ihre Verträge auf unwirksame Preisanpassungsklauseln zu überprüfen.

Rechtsanwalt Peter Weufen
Düsseldorf

II. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Auch sich fortentwickelnde Verzugsansprüche verjähren einheitlich in drei Jahren

a) Der Anspruch auf Ersatz des infolge Verzugs eingetretenen Schadens unterliegt der regelmäßigen Verjährung.

b) Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs wegen Verzugs erfasst auch nachträglich eintretende Schadensfolgen, die im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs als möglich voraussehbar waren.

BGH, Urteil vom 19.05.2022 – VII ZR 149/21

Der Auftraggeber (AG) beauftragte den Auftragnehmer (AN) mit der Errichtung eines Einfamilienhauses. Die Parteien vereinbarten die Fertigstellung Ende August 2008. Für die schuldhaftige Überschreitung des Fertigstellungstermins war eine Vertragsstrafe von 45 Euro pro Tag, maximal 5 % des Pauschalpreises, vereinbart. Während der Bauausführung kam es zum Streit über die Mangelfreiheit der Leistung. Der AG zahlte keine Abschläge mehr

und der AN stellte die Leistungen ein. Der AG forderte den AN erfolglos zur Fertigstellung der Leistungen bis zum 05.09.2008 auf. Eine Klage des AN auf Abschlagszahlung wies das Gericht in 2013 aufgrund der vorhandenen Mängel rechtskräftig ab. Der AG trat daraufhin vom Vertrag zurück und ließ das Haus von einem Dritten fertigstellen. Einige Zeit nach dem Einzug erhob der AG Mitte 2017 Klage auf Erstattung des entstandenen Verzugschadens u. a. in Form von Einlagerungskosten für die neue Küche, Mietkosten für die bisherige Wohnung und Nutzungsausfallschaden. Weiter macht der AG klageweise die vereinbarte Vertragsstrafe geltend.

Der BGH hat die Klage in letzter Instanz wegen Verjährung abgewiesen. Das überrascht auf den ersten Blick, weil die Einlagerungskosten für die Küche, die Mietkosten für die bisherige Wohnung und der Nutzungsausfallschaden bis zur Fertigstellung des Einfamilienhauses angefallen sind und der Verzugschaden sich bis dahin fortentwickelt hat. Nach der Entscheidung des BGH gilt hier aber der Grundsatz der Schadenseinheit. Danach beginnt die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs einheitlich für den gesamten Schaden, sobald die erste Vermögenseinbuße eingetreten ist. Voraussetzung ist nur, dass mit den einzelnen Schadensfolgen beim Eintreten des erstens Schadens gerechnet werden kann. Das war bei den geltend gemachten Schadenspositionen der Fall. Es kommt nicht darauf an, wie lange sich der Schaden fortentwickelt bzw. wann die gesamte Schadenshöhe endgültig feststeht.

Der Vertragsstrafenanspruch war ebenfalls verjährt. Die Vertragsstrafe war auf 5 % des Pauschalpreises begrenzt. Das entsprach etwa 200 Kalendertagen, weshalb sie spätestens im Laufe des Jahres 2009 vollständig verwirkt war. Da der Vertragsstrafenanspruch unabhängig vom Erfüllungsanspruch des Auftraggebers verjährt, begann die regelmäßige dreijährige Verjährungsfrist am 01.01.2010 und endete mangels verjährungshemmender Maßnahmen am 31.12.2012.

Die Entscheidung ist für zwei bauvertragliche Konstellationen besonders relevant. Zum einen für Bauverträge mit einer Bauzeit von mehr als drei Jahren und zum anderen für Projekte, bei denen die Bauarbeiten beispielsweise wegen Mangelstreitigkeiten zum Stillstand kommen. In beiden Fällen ist dafür Sorge zu tragen, dass die Verjährung von Verzugs- und Vertragsstrafenansprüchen rechtzeitig gehemmt wird. Wenn der Auftragnehmer keine Verjährungseinredeverzichtserklärung abgibt, kommt die Erhebung einer Feststellungsklage in Betracht.

Rechtsanwalt Dr. Christoph Siegl
Hamburg

2. Vorunternehmer in Verzug: Haftet der AG?

a) Das Unterlassen eines Leistungsabrufs ist keine leistungsändernde Anordnung des Auftraggebers, sondern allenfalls eine vertragswidrige Behinderung der Ausführung. Auch die Mitteilung an den Auftragnehmer, es lägen veränderte (Bau-)Umstände vor, stellt keine vertragsändernde Anordnung dar.

b) Das Recht des Auftraggebers zum Abruf der Vertragsleistung ist eine echte Nebenpflicht, die ihn zur Mitwirkung verpflichtet. Hat er die Verzögerung des Abrufs zu vertreten, kann der Auftragnehmer Schadensersatz geltend machen.

c) Der Vorunternehmer ist kein Erfüllungsgelhilfe des Auftraggebers im Verhältnis zum Nachfolgeunternehmer. Der Auftraggeber muss sich deshalb eine schuldhafteste Leistungsverzögerung des Vorunternehmers nicht zurechnen lassen.

d) Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB umfasst nicht die Mehrkosten wie gestiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer ihm obliegenden Mitwirkungshandlung, aber erst nach dessen Beendigung anfallen,

nämlich bei Ausführung der verschobenen Werkleistung (Anschluss an BGH, Urteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17).

OLG Hamburg, Urteil vom 27.11.2020 – 8 U 7/20; BGH, Beschluss vom 27.10.2021 – VII ZR 11/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Der Auftragnehmer (AN) wurde am 06.03.2015 unter Einbeziehung der VOB/B mit der Ausführung von Parkett- und Bodenbelagsarbeiten zu einem Pauschalpreis beauftragt. Nach dem Vertrag sollten die Leistungen vom Auftraggeber (AG) spätestens bis Ende März (Parkettarbeiten) bzw. Anfang Mai 2015 (Bodenbelagsarbeiten) abgerufen werden. Aufgrund verzögerter Vorgewerke konnte der AN die Arbeiten erst ab Februar 2016 ausführen. Aufgrund gestiegener Materialpreise verlangte er eine um 7,5 % erhöhte Vergütung. Das Landgericht wies die Klage des AN insoweit ab.

Die Berufung des AN hat diesbezüglich ebenfalls keinen Erfolg. Das OLG befindet das erstinstanzliche Urteil im Ergebnis für richtig. Der AN habe gegen den AG unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf einen um 7,5 % erhöhten Pauschalpreis wegen Erhöhung von Lohn- und Materialkosten.

Die bloße Mitteilung des AG, die Umstände hätten sich verändert, sei nicht als vertragsändernde Anordnung im Sinn von § 2 Abs. 5 VOB/B zu werten. Dafür sei zumindest ein Verhalten des AG notwendig, aus dem eine rechtsgeschäftliche Anordnung abzuleiten ist. In jedem Fall müsse stets ein echtes, aktives Einwirken des AG auf den Vertrag feststellbar sein. Das Unterlassen eines Leistungsabrufs stelle keine rechtsgeschäftliche Anordnung des AG dar (BGH, Urteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17, Rn. 40), sondern allenfalls eine vertragswidrige Behinderung der Ausführung (§ 6 VOB/B). Allgemein gelte, dass vertragswidrige Eingriffe nicht durch die Begründung von Vergütungsansprüchen, sondern durch Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche zu sanktionieren seien. Diese Systematik liege auch der VOB/B zugrunde. Ein Schadensersatzanspruch des AN nach § 6 VOB/B wieder-

rum setze voraus, dass der AG die Behinderung zu vertreten, er also vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt habe (§ 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B). Zwar sei der AG verpflichtet, die Vertragsleistung rechtzeitig abzurufen; ein schuldhaftes Verhalten des AG sei jedoch hier nicht erkennbar. Insbesondere sei das Verschulden des Vorunternehmers dem AG nicht zurechenbar, weil dieser nicht sein Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) sei (BGH, Urteil vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98). Zwar habe der AN auch bei einem vom AG nicht zu vertretenden Annahmeverzug Ersatzansprüche nach § 642 BGB. § 642 BGB gewähre jedoch nach der Rechtsprechung des BGH keinen Anspruch auf Mehrkosten, die dem AN (wie hier die Lohn- und Materialmehrkosten) erst nach Wegfall der Behinderung entstehen (BGH, Urteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17, Rn. 18; BGH, Urteil vom 30.01.2020 – VII ZR 33/19, Rn. 42).

Diese Würdigung des OLG steht im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH. Angesichts der bekannten, aus dem vorliegenden Urteil noch einmal deutlich werdenden Schwierigkeiten für den AN, Mehrvergütungsansprüche wegen Bauzeitverzögerungen durchzusetzen, ist dem AN nicht nur zu raten, in solchen Fällen dem AG rechtzeitig Behinderung anzuzeigen. Vielmehr sollte der AN auch eine Kündigung des Bauvertrags wegen Annahmeverzugs des AG nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B bzw. beim BGB-Vertrag nach §§ 642, 643 BGB in Betracht ziehen. Diese Kündigungsmöglichkeit setzt gemäß § 9 Abs. 2 Satz 2 VOB/B bzw. § 643 BGB voraus, dass dem AG zuvor ohne Erfolg eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung gesetzt und die Kündigung angedroht wurde. Beim VOB/B-Vertrag ist die Kündigung – wie jede Kündigung – schriftlich zu erklären (§ 9 Abs. 2 Satz 1 VOB/B; § 650h BGB). Beim BGB-Vertrag ist zu beachten, dass keine Kündigungserklärung mehr erforderlich ist, sondern mit Ablauf der gesetzten angemessenen Frist der Vertrag kraft Gesetzes als aufgehoben gilt; das bedeutet gleichzeitig, dass der AN in diesem Fall nach einmal erfolgter Fristsetzung gemäß § 643 BGB keine Möglichkeit mehr hat, einseitig das Vertragsende zu verhindern.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Heidelberg

III. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Streitwert eines selbstständigen Beweisverfahrens

a) Der Streitwert eines selbstständigen Beweisverfahrens (häufig auch „Beweissicherungsverfahren“ genannt) bemisst sich nach dem Erkenntnishorizont am Verfahrensende, jedoch bezogen auf den Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung.

b) Da es sich beim selbstständigen Beweisverfahren gebührenrechtlich um eine selbstständige Angelegenheit handelt, ändert auch ein erheblich höherer oder niedrigerer Streitwert in einem etwaigen Hauptsacheverfahren nichts am zugrundezulegenden Streitwert des selbstständigen Beweisverfahrens.

OLG München, Beschluss vom 27.01.2021 – 9 W 100/21

2. Ein Privatgutachten kann prozessual nur mit erheblichem Bestreiten angegriffen werden, wofür „pauschale Kritik“ nicht reicht

a) Nach ständiger Rechtsprechung handelt es sich bei einem im Prozess vorgelegten Privatgutachten um sog. „qualifizierten Parteivortrag“ (BGH, NJW 1998, 135; NJW-RR 1994, 256; NJW 1992, 1459), der im Ausnahmefall sogar eine Beweisaufnahme entbehrlich machen kann (OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.03.2015 – 21 U 137/14).

b) § 138 Abs. 2 ZPO kann im Einzelfall erfordern, eigene Untersuchungen zu veranlassen, etwa eigene Messungen vorzunehmen, jedenfalls dann, wenn dies der Partei technisch möglich ist. In solch einem Fall reicht es prozessual nicht aus, zu behaupten, das Privatgutachten sei falsch, weil etwa die zugrundeliegenden Messmethoden zu ungenau seien.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.12.2021 – 2 U 1/21

3. Schlüssige Darlegung des Anspruchs genügt, um Bauhandwerkersicherheit zu verlangen

a) Zur Erreichung des gesetzgeberischen Sicherungsziels gem. § 648a BGB (in der Fassung vom 23.10.2008) ist ein Unterschied in der Bezifferung des eilbedürftigen Sicherheitsanspruchs gem. § 648a BGB a.G. und dem zu besichernden Vergütungsanspruch hinzunehmen (amtlicher Leitsatz).

b) Der Unternehmer kann eine Sicherheitsleistung dann verlangen, wenn er seinen Anspruch schlüssig darlegt. Ob die diesbezüglichen tatsächlichen oder rechtlichen Annahmen des Unternehmers zutreffend sind, ist nicht im Sicherungsverfahren zu klären (vgl. BGH, Urteil vom 20.05.2021 – VII ZR 14/20) (amtlicher Leitsatz).

OLG Celle, Urteil vom 27.04.2022 – 14 U 96/19

4. Zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B auch bei mittelbaren bauzeitlichen Auswirkungen

Eine zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B kann auch aus mittelbaren bauzeitlichen Auswirkungen wie etwa Gerätestillstand von – unmittelbar Änderungen des Bauentwurfs betreffenden – Anordnungen gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B resultieren. Entsprechendes gilt für einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 6 VOB/B i.V.m. § 1 Abs. 4 VOB/B (amtlicher Leitsatz).

BGH, Beschluss vom 23.03.2022 – VII ZR 191/21

5. Dreijährige Verjährungsfrist für Schäden vor Abnahme

a) Jedenfalls für Ansprüche wegen (Begleit-) Schäden, die dem Besteller bereits vor Ab-

nahme entstanden sind und die ihrerseits – wie Verzögerungsschäden – durch die Erfüllung bzw. Nacherfüllung nicht mehr behoben werden können, greift die Regelverjährung; § 634a BGB finden auf einen Anspruch nach allgemeinem Leistungsstörungsrecht auf Schadensersatz neben der Leistung gem. § 280 Abs. 1 BGB keine Anwendung (amtlicher Leitsatz).

b) Liegt der den Schaden auslösende Mangel bei Abnahme bzw. Eintritt eines Abnahmesurrogats nicht mehr vor, weil er noch während der Erfüllungsphase nachgebessert worden ist, bleibt es dabei, dass die regelmäßige Verjährungsfrist greift (amtlicher Leitsatz).

OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.08.2021 – 2 U 2524/20

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim
Heidelberg/Berlin

IV. Vergaberecht

Pflicht zum Abruf des Wettbewerbsregisters für öffentliche Auftraggeber

Seit dem 01.06.2022 sind öffentliche Auftraggeber ab einem Auftragswert von 30.000 Euro gesetzlich verpflichtet, in einem Vergabeverfahren vor dem Zuschlag das Wettbewerbsregister abzufragen.

Mit dem Wettbewerbsregistergesetz (WRegG) hat der Bundesgesetzgeber bereits im Jahr 2017 die Einrichtung und den Betrieb eines bundesweiten Wettbewerbsregisters beschlossen. Dieses neue Register erfüllt bundeseinheitlich die Funktionen des bisherigen Gewerbezentralregisters beziehungsweise der Korruptionsregister der Länder und wird elektronisch beim Bundeskartellamt geführt.

In das Wettbewerbsregister werden gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 WRegG insbesondere rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilungen und Strafbefehle eingetragen, die im vergaberechtlichen Sinn zwingende Ausschlussgründe im Sinne des § 123 Abs. 1 GWB darstellen. Eingetragen

werden auch Verurteilungen wegen Betrugs (§ 263 StGB), Subventionsbetrugs (§ 264 StGB) oder beispielsweise wegen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB), wegen Steuerhinterziehung (§ 370 AO) sowie wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB). Andere strafrechtliche Verurteilungen und Bußgeldentscheidungen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 WRegG, wie beispielsweise nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz und dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz werden nur bei Überschreiten von Bagatellgrenzen (Freiheitsstrafe von mehr als 3 Monaten, Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen, Geldbuße von mehr als 2.500 Euro) in das Wettbewerbsregister eingetragen. Eingetragen werden Verstöße von natürlichen Personen zu Lasten eines Unternehmens dann, wenn die natürliche Person als für die Leitung des betreffenden Unternehmens verantwortliche Person gehandelt hat (§ 2 Abs. 3 WRegG). Über eine vorgesehene Eintragung im Wettbewerbsregister muss die betroffene natürliche oder juristische Person unterrichtet werden, auch um Rechtsschutz gegen die bevorstehende Eintragung suchen zu können.

Seit dem 01.12.2021 müssen meldefähige Verstöße in das Wettbewerbsregister von den Strafverfolgungs- und Bußgeldbehörden eingetragen werden; seit diesem Datum konnten öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB, Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100 Abs. 1 GWB und Konzessionsgeber im Sinne des § 101 GWB das Wettbewerbsregister im Zuge eines Vergabeverfahrens freiwillig abfragen.

Seit dem 01.06.2022 sind nun öffentliche Auftraggeber ab einem Auftragswert von 30.000 Euro vor dem Zuschlag verpflichtet, beim Wettbewerbsregister abzufragen, ob Eintragungen zu dem für den Zuschlag vorgesehenen Bieter gespeichert sind. Für Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber gilt diese Verpflichtung bei Vergabeverfahren nur oberhalb der EU-Schwellenwerte.

Die Pflicht zur Abfrage des Wettbewerbsregisters vor dem Zuschlag ist von Auftraggebern

unbedingt ernst zu nehmen. Das gilt, obwohl die Verletzung der Abfragepflicht nicht unmittelbar durch das WRegG sanktioniert ist (etwa durch einen Bußgeldtatbestand) und die reine Verletzung der Abfragepflicht durch den Auftraggeber mangels Bieterschutz von einem Bieter auch nicht gerügt werden kann. Die Abfrage des Wettbewerbsregisters durch Auftraggeber dient nämlich der Verifizierung, ob Eigenerklärungen des Zuschlagsbieters im laufenden Vergabeverfahren über das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen korrekt sind oder nicht. Über diese Abfrage kann und soll ein Auftraggeber vor dem Zuschlag feststellen, ob der für den Zuschlag vorgesehene Bieter insbesondere zwingende Ausschlussgründe im Sinne des § 123 GWB verwirkt hat und ihm deshalb der Zuschlag nicht erteilt werden darf. Die Abfrage des Wettbewerbsregisters durch den Auftraggeber setzt allerdings eine – einmalige – Registrierung des Auftraggebers voraus. Wegen der diesbezüglichen Verfahrensvorgaben des Bundeskartellamts sollten Auftraggeber sich möglichst frühzeitig registrieren.

Sinnvollerweise empfiehlt sich die Abfrage des Wettbewerbsregisters, bevor denjenigen Bietern, die nicht für den Zuschlag vorgesehen sind, das Informations- und Absageschreiben gemäß § 134 GWB übersandt wird. So lassen sich Rügen und gegebenenfalls Nachprüfungsverfahren vermeiden, falls nämlich der ursprüngliche Zuschlagsbieter entgegen seiner Eigenerklärung zwingend gemäß § 123 GWB auszuschließen ist und seine Konkurrenten davon Kenntnis haben. Insbesondere das Gewerbezentralregister kann und sollte auch während einer Übergangszeit von 3 Jahren ergänzend abgefragt werden.

Rechtsanwalt Martin vom Brocke
Heidelberg

V. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Eine „Vergabesperre“ kann durch einstweilige Verfügung unterbunden werden

a) Die Benachteiligung eines Bieters während eines laufenden Vergabeverfahrens auch im sog. Unterschwellenbereich kann der Bieter durch einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung verhindern, solange der Zuschlag noch nicht erteilt ist. Dies folgt aus dem Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes.

b) Ein solches einstweiliges Verfügungsverfahren ist auch dann zulässig, wenn gegen ein Unternehmen ein genereller Ausschluss von Vergabeverfahren verfügt wird, der in ein dafür eingerichtetes Register eingetragen werden kann.

c) Der Verfügungsanspruch des Unternehmens ergibt sich aus §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen zum Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

LG Saarbrücken, Urteil vom 07.01.2021 – 4 O 408/20

2. Ein Bieter im Vergabeverfahren muss eindeutig erkennbar sein

a) Hat die Vergabestelle im Bieterinformationsschreiben eine zu kurze Wartefrist gem. § 134 Abs. 2 GWB angegeben, hat die Frist nicht zu laufen begonnen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.06.2019 – Verg 54/18) (amtlicher Leitsatz).

b) Für den Rechtsverkehr ist entscheidend, dass die Identität des Bieters als Vertragspartner erkennbar ist. Maßgeblich ist hierbei der objektive Empfängerhorizont aus Sicht eines mit den Umständen des Einzelfalls vertrauten Dritten in der Lage der Vergabestelle (amtlicher Leitsatz).

VK Nordbayern, Beschluss vom 16.02.2022 – RMF-SG21-3194-7-1

3. Vergabeaufhebung kann bei Kostenexplosion gerechtfertigt sein

Eine Aufhebung der Ausschreibung wegen grundlegender Änderung der Vergabeunterlagen nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2019 kann ausnahmsweise auch bei einer massiven Verschiebung der Ausführungszeit des Bauauftrags gerechtfertigt sein, wenn besondere Umstände hinzutreten (amtlicher Leitsatz).

OLG Naumburg, Beschluss vom 17.12.2021 – 7 Verg 3/21

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim
Heidelberg/Berlin

VI. Leitsätze zum Immobilien- und Mietrecht

1. Keine Aufklärungspflicht über kriminellen Nachbarn beim Grundstücksverkauf

a) Schikanöses oder sogar kriminelles Verhalten eines Nachbarn begründet keinen Sachmangel eines Grundstücks. Auch eine vorvertragliche Aufklärungspflicht für den Verkäufer eines Grundstücks besteht nur, wenn Beeinträchtigungen erheblichen Ausmaßes zu erwarten sind (amtlicher Leitsatz).

b) Wer seine Nachbarn durch Nachstellungen und Bedrohungen in adäquat kausaler Weise zum Wegzug veranlasst, ist zum Ersatz derjenigen Schäden verpflichtet, die den Nachbarn durch Maßnahmen zur Wiederherstellung ihres persönlichen Sicherheitsgefühls entstehen (hier: Umzugskosten sowie Notarkosten und Grunderwerbsteuer für den Erwerb eines neuen Wohnhauses). Demgegenüber sind bloße Vermögensfolgeschäden (hier: Wertverlust am verlassenen Eigenheim, Nebenkosten dessen Veräußerung) nicht vom Schutzzweck der verletzten Strafnormen erfasst (amtlicher Leitsatz).

OLG Karlsruhe, Urteil vom 05.11.2021 – 10 U 6/20

2. Keine Mitminderung wegen Lärmbelästigung durch benachbarte Großbaustelle

a) Nach Abschluss des Mietvertrags eintretende erhöhte Lärm- und Schmutzmissionen begründen, auch wenn sie von einer auf einem Nachbargrundstück eines Dritten betriebenen Baustelle herrühren, bei Fehlen anderslautender Beschaffenheitsvereinbarungen grundsätzlich keinen gem. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Mietminderung berechtigenden Mangel der Mietwohnung, wenn auch der Vermieter die Immissionen ohne eigene Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeit nach § 906 BGB hinnehmen muss (amtlicher Leitsatz).

b) Eine anderslautende Beschaffenheitsvereinbarung der Mietvertragsparteien kann nicht mit der Begründung bejaht werden, die Freiheit der Wohnung von Baulärm werde regelmäßig stillschweigend zum Gegenstand einer entsprechenden Abrede der Mietvertragsparteien (amtlicher Leitsatz).

BGH, Urteil vom 24.11.2021 – VIII ZR 258/19

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim
Heidelberg/Berlin

VII. Leitsätze zum Arbeitsrecht

1. Verstoß gegen Maskenpflicht als Kündigungsgrund

Ein Verstoß gegen die betrieblich wirksam angeordnete Pflicht zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung zum Schutz vor einer Infektion mit dem Corona Virus ist grundsätzlich geeignet, eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen. Ob die Kündigung im Einzelfall gerechtfertigt ist, hängt von den jeweiligen Begleitumständen ab, insbesondere dem Grad des Verschuldens, Häufigkeit, Dauer und Folgen des Pflichtenverstößes, einer bestehenden Wiederholungsgefahr etc.

LAG Niedersachsen vom 22.12.2021 – 13 SA 275/21

2. Impfunfähigkeit vorgetäuscht

Wer durch die Vorlage einer nicht auf einer ärztlichen Untersuchung beruhenden Bescheinigung versucht, seinen Arbeitgeber über seine Impfunfähigkeit zu täuschen, verstößt in schwerwiegender Weise gegen seine auf § 20a Abs. 2 S. 1 IFSG beruhende arbeitsvertragliche Nebenpflicht. Etwaige arbeitsrechtliche Maßnahmen im Falle der Vorlage einer inkorrekten Impfunfähigkeitsbescheinigung obliegen nicht dem Gesundheitsamt, sondern allein dem Arbeitgeber.

Arbeitsgericht Lübeck vom 13.04.2022 – 5 Ca 189/22

3. Urlaubsberechnung bei Kurzarbeit

a) Der in der Kurzarbeitsperiode bedingte Ausfall ganzer Arbeitstage führt zu einer Neuverteilung der Arbeitszeit, in Folge deren der Jahresurlaub entsprechend § 3 Abs. 1 Bundesurlaubsgesetz neu zu berechnen ist. Die aufgrund der Kurzarbeit ausgefallenen Arbeitstage sind bei der Berechnung des Urlaubsumfangs nicht den Zeiten mit Arbeitspflicht gleichzustellen.

b) Das in Arbeitstagen ausgedrückte Erholungsbedürfnis steht in einem inneren Zusammenhang mit der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung und verringert sich, wenn Arbeitstage infolge Kurzarbeit ausgefallen sind.

c) Der Arbeitgeber kann Kurzarbeit nicht einseitig durch Ausübung des Direktionsrechts einführen. Es bedarf hierzu vielmehr einer besonderen einzelvertraglichen oder kollektivrechtlichen Grundlage, um die vertragliche Arbeits- und Vergütungspflicht einzuschränken.

BAG vom 30.11.2021 – 9 AZR 225/21

4. Kurzarbeit muss eindeutig geregelt werden

Wird Kurzarbeit durch eine Betriebsvereinbarung eingeführt, muss diese die sich daraus

ergebenden Rechte und Pflichten so deutlich regeln, dass sie für den Arbeitnehmer zuverlässig zu erkennen sind. Dazu sind mindestens die Bestimmungen von Beginn und Dauer der Kurzarbeit, die Regelung der Lage und Verteilung der Arbeitszeit sowie die Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer erforderlich.

BAG vom 30.11.2021 – 9 AZR 234/21

5. Anforderungen an eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach mehr als sechs Wochen

a) Ist der Arbeitnehmer innerhalb der Zeiträume des § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 Entgeltfortzahlungsgesetz länger als sechs Wochen arbeitsunfähig, ist die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht ausreichend, weil sie keine Angaben zum Bestehen einer Fortsetzungserkrankung enthält. Der Arbeitnehmer muss deshalb darlegen, dass keine Fortsetzungserkrankung vorliegt. Hierzu kann er eine ärztliche Bescheinigung vorlegen. Bestreitet der Arbeitgeber das Vorliegen einer neuen Krankheit, obliegt dem Arbeitnehmer die Darlegung der Tatsachen, die den Schluss erlauben, es habe keine Fortsetzungserkrankung vorgelegen.

b) Um dieser abgestuften Darlegungslast gerecht zu werden, muss der Arbeitnehmer grundsätzlich zu allen Krankheiten im Jahreszeitraum substantiiert vortragen. Diese prozessuale Obliegenheit berührt zwar das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Arbeitnehmers, sie ist aber nach der DSGVO und dem BDSG gerechtfertigt.

LAG Hessen vom 14.01.2022 – 10 Sa 898/21

6. Unwirksamer Freiwilligkeitsvorbehalt in AGB zu Jahressonderzahlung

Ein in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarter vertraglicher Freiwilligkeitsvorbehalt in Bezug auf eine Jahressonderzahlung ist nur dann wirksam, wenn der Vorbehalt ausdrücklich darauf hinweist, dass spätere Individualabreden über vertraglich nicht geregelte Gegenstände oder über Sonderzuwendungen

nicht vom Freiwilligkeitsvorbehalt erfasst werden.

LAG Baden-Württemberg vom 10.01.2022 – 9 Sa 66/21

7. Beleidigung kann Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung rechtfertigen

Die Beleidigung eines Arbeitskollegen als „Bastard“ kann eine ordentliche Kündigung auch dann rechtfertigen, wenn der Arbeitnehmer zuvor nicht einschlägig abgemahnt wurde.

LAG Hamm vom 20.01.2022 – 18 Sa 645/21

8. Zur Vertragsauflösung durch Beendigungsvereinbarung und zur Kündigung wegen falsch dokumentierter Arbeitszeit

a) Widerrechtlich ist die Drohung mit einer außerordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber dann, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine solche Kündigung nicht ernsthaft in Erwägung ziehen durfte. Dies ergibt sich regelmäßig bei einer Inadäquanz von Mittel und Zweck. Wenn der Arbeitgeber unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls davon ausgehen muss, dass die angedrohte Kündigung im Fall ihres Ausspruchs einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht standhält, darf er die außerordentliche Kündigung nicht in Aussicht stellen, um damit den Arbeitnehmer zum Abschluss einer Beendigungsvereinbarung zu veranlassen.

b) Der vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, die abgeleistete, vom Arbeitgeber nur schwer zu kontrollierende, Arbeitszeit korrekt zu dokumentieren, ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB darzustellen.

LAG Berlin-Brandenburg vom 25.01.2022 – 7 Sa 1394/21

9. (Wieder) Präsenzarbeit statt Telearbeit

a) Soll ein Arbeitnehmer, der bislang im Rahmen einer Beschäftigung in Telearbeit weit überwiegend an einem vom Arbeitgeber eingerichteten häuslichen Arbeitsplatz tätig war, wieder ausschließlich in der Betriebsstätte eingesetzt werden, liegt darin regelmäßig eine beteiligungspflichtige Versetzung im Sinne von § 99 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz.

b) Der Betriebsrat kann die Zustimmung zu dieser Maßnahme nicht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz erfolgreich auf Verstöße gegen Normen stützen, die lediglich die individualrechtliche Unwirksamkeit des Widerrufs der Telearbeitsvereinbarung bzw. der Versetzung bewirken und die die ausschließliche Beschäftigung in der Betriebsstätte nicht untersagen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen und Versetzungen ist kein Instrument zur umfassenden Vertragsinhaltskontrolle.

BAG vom 20.10.2021 – 7 ABR 34/20

10. Raucherpausen und Betriebsrat

Die Anordnung einer Arbeitgeberin, dass Rauchen nur in den festgelegten Pausen gestattet ist, unterliegt regelmäßig nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz, da die Anordnung die Einhaltung der Arbeitszeit sicherstellen soll und somit nicht das Ordnungsverhalten, sondern das Arbeitsverhalten betrifft.

LAG Mecklenburg-Vorpommern vom
29.03.2022 – 5 TaBV 12/21

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Heidelberg

Wir stehen Ihnen selbstverständlich zur näheren Erläuterung der vorstehenden Entscheidungen zur Verfügung und überlassen Ihnen auch gerne weiterführendes Material (Gesetze, 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 erhalten möchten, teilen Sie uns dies bitte telefonisch oder per E-Mail an heidelberg@bornheim.com mit.

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -
im September 2022**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner mbB Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft mbB von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim
Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Jan-Stephan Henning, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg
Druck: City-Druck Heidelberg, Bergheimer Straße 119, 69115 Heidelberg