

Mandanten-Rundbrief - März 2024 -

Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser,

in dieser Ausgabe unseres Mandanten-Rundbriefes empfehlen wir Ihnen insbesondere die Lektüre des Aufsatzes über das aktuelle BGH-Urteil zu Vertragsstrafen im Bauvertrag vom 15.02.2024 (Seite 3) sowie den Beitrag über das Urteil des OLG Düsseldorf vom 22.12.2023 zur Abrechnung nach den Mindestsätzen der neuen HOAI (Seite 4).

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

Finkenstraße 7
80333 München
Tel.: 089/38859720
Fax: 089/38859728

Inhalt

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	3
1.	Vertragsstrafe für Überschreitung des Fertigstellungstermins im Einheitspreisvertrag – der Bundesgerichtshof schärft seine Rechtsprechung	3
2.	Nach neuer HOAI keine Mindestsatzbindung	4
3.	Verjährungsfrist für den einheitlichen Vergütungsanspruch des Bauträgers	6
4.	Die Notwendigkeit eines Sachverständigengutachtens	7
5.	Insolvenzrechtlich unzulässige Aufrechnungslage beim Bauvertrag	8
6.	Gehobener Schallschutz bei gehobener Bauweise geschuldet	10
7.	Keine Mängelrüge per WhatsApp	11
8.	Der Tiefbauer darf sich auf die Pläne des Ingenieurs verlassen!	12
II.	Leitsätze zum Privaten Bau- und Architektenrecht	14
1.	Zur Abnahmefiktion durch Benutzung	14
2.	Der Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung in der Leistungskette	15
3.	Eine verbindliche Ausführungsfrist scheidet aus bei Anknüpfung an „Baugenehmigung oder Abruf“	16
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	17
1.	Direktvergabe unzulässig bei selbstverschuldeter Dringlichkeit	17
2.	Zur Preisprüfung bei der Vergabe	17
3.	GmbH als öffentlicher Auftraggeber	17
IV.	Arbeitsrecht	18
1.	Arbeitgeber schuldet keinen Dienstwagen mehr – oder doch?	18
2.	Geldentschädigung wegen Verletzung der (datenschutzrechtlichen) Auskunftspflicht	19
3.	Kenntnisnahme von Arbeitszeit und -ort in Freizeit ist keine Arbeitszeit	20

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Vertragsstrafe für Überschreitung des Fertigstellungstermins im Einheitspreisvertrag – der Bundesgerichtshof schärft seine Rechtsprechung

BGH, Urteil vom 15.02.2024 – VII ZR 42/22

Der Bundesgerichtshof hat in den vergangenen Jahren eine ausdifferenzierte Rechtsprechung zu Vertragsstrafenklauseln entwickelt. Verwendet der Auftraggeber in seinem Vertragswerk als Allgemeine Geschäftsbedingung eine Klausel, wonach der Auftragnehmer bei der schuldhaften Überschreitung des vereinbarten Fertigstellungstermins eine Vertragsstrafe schuldet, war diese Klausel schon bislang nur dann wirksam, wenn sie insbesondere der Höhe nach den Auftragnehmer nicht unangemessen benachteiligt. Dazu hatte der Bundesgerichtshof vor einigen Jahren entschieden, dass eine solche Vertragsstrafenklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Auftraggebers 5 % des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers nicht übersteigen dürfe, andernfalls die Vertragsstrafenklausel unwirksam sei, weil sie den Auftragnehmer im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unangemessen benachteilige.

Etabliert haben sich, nicht zuletzt mit Rücksicht auf diese Rechtsprechung, in der Baupraxis nahezu ausnahmslos Klauseln, die die Höhe der gegebenenfalls geschuldeten Vertragsstrafe mit einem %-Satz einer Bezugsgröße festlegen. Denkbare – und häufig verwendete – Bezugsgröße war dabei die Auftragssumme. Aus Gründen der Transparenz wurde in Klauselwerken in der Regel klargestellt, dass damit die Netto-Auftragssumme ohne Umsatzsteuer gemeint sei. Zudem findet sich in vielen Verträgen Definitionen, was unter der Auftragssumme zu verstehen ist. Etwa beim Einheitspreisvertrag wird in der Regel als Auftragssumme derjenige Betrag zu verstehen sein, den der Auftragnehmer mit dem von ihm bepreisten Leistungsverzeichnis unter Berücksichtigung von Nachlässen anbietet. In Abgrenzung hierzu steht etwa die Abrechnungssumme oder auch derjenige Betrag, der dem Auftragnehmer objektiv richtigerweise als Vergütung zusteht – was dem Schlussrechnungsbetrag des Auftragnehmers entsprechen kann, aber nicht entsprechen muss (und häufig auch nicht entspricht, wenn Auftragnehmer und Auftraggeber hinsichtlich der erbrachten Mengen oder Nachtragsleistungen unterschiedliche Auffassungen haben).

Mit seinem Urteil vom 15.02.2024 (VII ZR 42/22) hat der Bundesgerichtshof nun entschieden, dass eine Vertragsstrafenklausel in AGB des Auftraggebers, die eine Vertragsstrafe in Höhe von 5 % des Netto-Auftragswerts festlegt, jedenfalls dann den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt, wenn der so bezeichnete Auftragswert – wie im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall – derjenige Auftragswert ist, der im Auftragschreiben des Auftraggebers genannt wird.

Der Bundesgerichtshof begründet diese Entscheidung damit, dass die von ihm selbst bislang definierte Schwelle von 5 % dann den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt, wenn die Bezugsgröße für die Ermittlung der Vertragsstrafe so gewählt ist, dass die Vertragsstrafe 5 % der objektiv dem Auftragnehmer zustehenden Vergütung übersteigen kann. Das ist beim Einheitspreisvertrag dann der Fall, wenn die Vertragsstrafe von 5 % sich auf die Auftragssumme bezieht, die der Auftragnehmer mit seinem Angebot anbietet, in der Regel als Ge-

samtpreis eines bepreisten Leistungsverzeichnisses mit Einheitspreisen. Denn es ist dem Einheitspreisvertrag stets immanent, dass die vom Auftragnehmer letztendlich tatsächlich verdiente Vergütung niedriger ist als die ursprünglich als Gesamtpreis angebotene Summe. Immerhin kann es bei einem Einheitspreis immer zum Wegfall bzw. zur Minderung von Mengen kommen, so dass der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers im Verhältnis zur ursprünglichen Auftragssumme sinkt, den die Mengenvordersätze des Auftrags-Leistungsverzeichnisses eines Einheitspreisvertrags sind immer nur geschätzt.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt damit einen weiteren Baustein in seiner ausdifferenzierten Rechtsprechung zu Vertragsstrafenklauseln dar. Sie ist konsequent und dürfte eine Vielzahl an bereits geschlossenen Verträgen betreffen, die längst in der Abwicklung sind. Bei der künftigen Vertragsgestaltung werden die Grenzen, die der Bundesgerichtshof beschreibt, beachtet werden müssen, will der Auftraggeber das Instrument der Vertragsstrafe auch beim Einheitspreisvertrag nutzen.

Rechtsanwalt Martin vom Brocke
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Fachanwalt für Vergaberecht
Heidelberg

2. Nach neuer HOAI keine Mindestsatzbindung

- a) **Für seit dem 01.01.2021 geschlossenen Architekten- und Ingenieurverträgen gilt keine Bindung an die Mindest- und Höchstsätze der HOAI.**
- b) **Wenn der Planer sein Honorar im Planervertrag durch Pauschalen festlegt, hat er im Falle einer Kündigung des Planervertrages nach den gleichen Grundsätzen abzurechnen, die auch für vorzeitig beendete Pauschalpreisverträge gelten.**
- c) **Wenn bei Vertragsschluss die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele fehlen, muss der Planer nach Abschluss der Zielfindungsphase die von ihm erarbeitete Planungsgrundlage dem Auftraggeber zur Zustimmung vorlegen.**

OLG Düsseldorf vom 22.12.2023 – Az. 22 U 153/23

Sachverhalt:

Der Kläger hatte dem Auftraggeber unter dem Datum des 19.01.2021 Fachplanungsleistungen für energetische Fach- und Gebäudeplanung angeboten. In dem Angebot waren zahlreiche Leistungen zusammengefasst und nicht näher aufgegliederte Einheitspreise angeboten worden. Das Angebot betrug EUR 16.802,80 brutto. Der Auftraggeber nahm das Angebot am 24.02.2021 an. Der Planervertrag wurde aufgrund von Streitigkeiten zwischen den Parteien vom Auftraggeber gekündigt. Der Kläger rechnete sodann seine Leistungen zunächst am 04.05.2021 mit EUR 15.722,80 ab und erhob Klage beim Landgericht.

Der Auftraggeber machte geltend, dass er den Vertrag gekündigt habe, weil der Kläger mit seinen Leistungen in Verzug geraten sei und die Leistungen für den Auftraggeber wertlos seien. Gegen die Forderungen des Klägers rechnete der Auftraggeber mit Gegenforderun-

gen von EUR 5.400,00 auf. Der Kläger legte sodann im erstinstanzlichen Verfahren nach Schluss der mündlichen Verhandlung eine neue Schlussrechnung am 15.06.2023 vor, die mit einem Betrag von EUR 25.684,66 brutto endete und erweitere daraufhin seine Klageforderung. Zur Begründung für seine erweiterte Klage berief sich der Kläger auf eine Abrechnung nach den Mindestsätzen der HOAI.

Das vorinstanzliche Landgericht hatte den Auftraggeber lediglich zur Zahlung von EUR 3.058,30 nebst Zinsen und Nebenkosten verurteilt und im Übrigen die Klage abgewiesen. Hiergegen ging der Kläger in Berufung.

Entscheidung:

Des OLG hat die Berufung zurückgewiesen. Die Ansicht des Klägers, er könne nach den Mindestsätzen der HOAI abrechnen sei „rechtsirrig“. Es gelte zwischen den Parteien die HOAI in der Fassung 2021 gemäß § 57 Absatz 2 HOAI. Nach § 7 der HOAI 2021 können die Parteien das Honorar frei in Textform (§ 126b BGB) vereinbaren. Eine Bindung an die Mindest- und Höchstsätze der HOAI bestehe daher nach der neuen HOAI 2021 nicht mehr.

Aufgrund der vorliegenden Vertragsgestaltung mit pauschalieren Einzelpositionen sei im Falle der Vertragskündigung wie bei einem vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrag abzurechnen, d.h. die erbrachten Leistungen bei den Einzelpositionen sowie die ersparten Aufwendungen sind im Einzelnen darzulegen. Der Kläger habe jedoch ohne nähere Begründung die erbrachten Leistungen nur mit Prozentsätzen bewertet.

Zudem wies das OLG daraufhin, dass der Kläger die Regelungen gemäß §§ 650p und 650r BGB nicht beachtet habe. Bei seinem Angebot habe er nicht die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele berücksichtigt. Diese Planungsgrundlage habe er aber dem Auftraggeber zur Zustimmung vorlegen müssen. Da der Kläger dies unbeachtet gelassen habe, kann er keine Vergütung für solche Leistungen verlangen, die erst nach Abschluss der Zielfindungsphase zu erbringen waren.

Anmerkung:

Es ist gut, dass das OLG Düsseldorf nochmals klarstellt, dass nach der HOAI 2021 die nachträgliche – oftmals erst im gerichtlichen Verfahren erfolgte - Geltendmachung von Mindestsätzen nach der HOAI, die jetzt im Übrigen Basishonorarsatz heißen, nicht mehr in Betracht kommt, wenn die Parteien etwas anderes vereinbart haben. Die Parteien des Architekten- bzw. Planervertrages können ihr Honorar frei vereinbaren, wenn sie hierbei wenigstens die Textform einhalten. Hierunter fallen keine mündlichen Vereinbarungen, denn § 126b BGB definiert Textform als eine „lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist“ und die „auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden.“

Weiterhin sensibilisiert das OLG Düsseldorf Architekten und Planer dahingehend, dass sie zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung der wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele zu erarbeiten haben, sollten diese noch nicht vereinbart sein (§ 650p Absatz 2 Satz 1 BGB). Diese Planungsgrundlage haben sie dem Auftraggeber zusammen mit einer Kostenschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vorzulegen (§ 650p Absatz 2 Satz 2 BGB). Beachten sie dies nicht und wird der Vertrag gekündigt, haben sie keinen Anspruch auf Vergütung solcher Leistungen, die erst nach der Zielfindungsphase zu erbringen waren, denn dem Auftraggeber hätte ein Sonderkündigungsrecht nach § 650r Absatz 1 BGB zuge-

standen, wenn ihm der Planer vorliegend die Unterlagen nach § 650p Absatz 2 BGB vorgelegt hätte.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Heidelberg/München

3. Verjährungsfrist für den einheitlichen Vergütungsanspruch des Bauträgers

Bei dem Vergütungsanspruch des Bauträgers handelt es sich um einen einheitlichen Anspruch, der einer einheitlichen Verjährung unterliegt. Die speziellere Regelung des § 196 BGB geht der Regelung des § 195 BGB vor.

BGH, Urteil vom 07.12.2023 – VII ZR 231/22 (OLG Karlsruhe)

Seit Langem ist streitig, ob der Vergütungsanspruch des Bauträgers nach drei Jahren gem. § 195 BGB oder nach zehn Jahren gem. § 196 BGB verjährt. Der BGH hat nun mit seiner Entscheidung vom 07.12.2023 für Klarheit gesorgt.

Sachverhalt

Die Klägerin ist Bauträgerin und machte gegenüber den Beklagten, wie vereinbart, nach Abnahme und vollständiger Fertigstellung im Jahr 2014 die letzte Rate des Kaufpreises geltend. Es kam zu einem Verfahren, da die Beklagten die Rate wegen Baumängel zurückwiesen. Die Beklagten verzichteten zunächst auf die Einrede der Verjährung bis 31.12.2018. Nach Kostenvorschusszahlung und im weiteren Verfahren vor dem Landgericht, ab 2019, erhoben die Beklagten die Einrede der Verjährung.

Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Die Klägerin legte Revision ein. Der BGH gibt der Revision statt und hebt das Urteil des OLG auf.

Entscheidungsgründe

Die Bauträgervergütung ist nicht aufteilbar in einen Kaufpreis für Grundstücksanteile einerseits und eine Vergütung für die Bauleistung andererseits. Der Bauträgervertrag ist ein einheitlicher Vertrag, der neben den werkvertraglichen Elementen auch kaufrechtliche Elemente enthält. Hinsichtlich der Errichtung des Bauwerks ist Werkvertragsrecht, hinsichtlich der Übertragung des Eigentums am Grundstück hingegen Kaufrecht anzuwenden. Ein Kaufpreisaufteilung für das Grundstück einerseits und die Vergütung der Bauleistung andererseits kommt nur in Betracht, wenn dies vereinbart wurde. Andernfalls besteht ein einheitlicher Vergütungsanspruch, welcher einheitlich verjährt. Die Verjährung richtet sich dabei nach § 196 BGB, diese speziellere gesetzliche Vorschrift verdrängt damit § 195 BGB, der die Grundnorm des Verjährungsrechts darstellt. Zwar ist Teil der Vergütung die Errichtung eines Gebäudes, was sich nicht unter den Wortlaut des § 196 BGB subsumieren lässt, jedoch rechtfertigen systematische und teleologische Gesichtspunkte die Subsumtion unter § 196 BGB. Der Gesetzgeber hat bei § 196 BGB die Ansprüche auf die Gegenleistung bei der Übertragung von Eigentum an einem Grundstück miteinbezogen, um ungerechtfertigte Er-

gebnisse zu vermeiden, die bestehen würden, wenn die Gegenleistung in der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren verjähren würde und Verträge dadurch nicht beendet werden könnten. So liegt der Fall auch bei der Bauträgervergütung.

Hinzu kommt, dass die Übertragung des Eigentums am Grundstück von wesentlichem Interesse für den Erwerber ist. Der Anspruch des Erwerbers ist auf Übertragung des Grundstücks mit dem zu errichtenden Bauwerk gerichtet. Das Bauwerk wird mit seiner Errichtung wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§ 94 Abs. 1 Satz 1 BGB), das Eigentum am Grundstück erstreckt sich daher auch auf das Bauwerk (§ 946 BGB). Die Verjährungsfrist beginnt mit der Entstehung des Anspruchs, somit zum Zeitpunkt, in dem er erstmalig geltend gemacht werden kann. Dies ist in der Regel der Zeitpunkt der Fälligkeit (§ 271 BGB). Vorliegend wurde der Anspruch nicht vor November 2014 fällig und ist damit nicht verjährt.

Praxishinweis

Eine wichtige Entscheidung für alle Bauträger, denn häufig werden Kaufpreise nach Fertigstellung des Bauwerks und Zahlungsaufforderung nicht bezahlt. Die langwierigen Prozesse, welche oft selbständige Beweisverfahren wegen Mängeln mit sich bringen, machen eine Durchsetzung des Vergütungsanspruchs oft schwierig. Insbesondere, wie auch in diesem Fall, da der Verzicht der Einrede auf die Verjährung oft zeitlich begrenzt wird.

Rechtsanwältin Laura Roth
München

4. Die Notwendigkeit eines Sachverständigengutachtens

Die längere Tätigkeit eines Richters in einem Bausenat kann ihm nicht ohne weiteres das erforderliche bautechnische Fachwissen verschaffen, sodass auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht zwangsläufig aufgrund eigener Sachkunde verzichtet werden kann.

BGH, Beschluss vom 25.10.2023 – VII ZR 17/23

Sachverhalt:

Der Auftraggeber beauftragte den Auftragnehmer mit Erbringung der Architektenleistungen der Leistungsphasen 1 bis 4 der HOAI. Infolge der weiteren Vertragsschließung mit der Generalunternehmerin ist dem Auftragnehmer anschließend die Ausführungsplanung der Leistungsphase 5 mündlich übertragen worden. Eine gesonderte Honorarvereinbarung wurde nicht getroffen, sodass der Auftragnehmer von dem Auftraggeber Architektenhonorar für Planungsleistungen nach den Mindestsätzen der HOAI verlangte. Der Auftraggeber ist der Auffassung, dass die Leistungsphase 5 nicht vollständig erbracht sei.

Das Berufungsgericht hat den Antrag des Auftragnehmers auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Klärung der Frage, ob die Grundleistung der Leistungsphase 5 vollständig erbracht wurde, aufgrund eigener Sachkunde abgelehnt. Die von dem Auftragnehmer für die Leistungsphase 5 erstellten Ausführungspläne seien nicht detailliert genug ausgearbeitet

und vermessen. Aus den Zeichnungen können die Mengen und Massen zur Umsetzung der jeweiligen Bauleistungen nicht ermittelt werden.

Entscheidung:

Mit dieser Begründung verletzt das Berufungsgericht in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch aus Art. 103 Abs. 1 GG auf Gewährung rechtlichen Gehörs. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots stellt einen Verfahrensfehler dar, sodass die Entscheidung auf einer unzureichenden Sachaufklärung gemäß § 286 ZPO beruht.

Die Beurteilung auf Vollständigkeit der erbrachten Grundleistung der Leistungsphase 5 ist dem Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zugänglich. Dies folgt aus den verwendeten fachsprachlichen Begriffen, aus dem Erfordernis der "notwendigen zeichnerischen und textlichen Einzelangaben", aus der vorgeschriebenen Gestaltung der Zeichnungen nach "Art und Größe des Objekts im erforderlichen Umfang und dem Detaillierungsgrad unter Berücksichtigung aller fachspezifischen Anforderungen" sowie aus der Koordinations- und Integrationspflicht, deren Erfüllung Kenntnisse der beteiligten Gewerke voraussetzt.

Der Tatrichter darf daher auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens nur dann verzichten, wenn er entsprechende eigene besondere Sachkunde aufweist. Allein eine längere Tätigkeit in einem Bausenat kann jedoch nicht ohne weiteres zuverlässige Kenntnisse über das erforderliche bautechnische Fachwissen verschaffen.

Das angefochtene Urteil ist daher aufgehoben und an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung zurückverwiesen worden.

Rechtsanwältin Natalja Gratz
Heidelberg

5. Insolvenzrechtlich unzulässige Aufrechnungslage beim Bauvertrag

Wenn eine vom Auftraggeber ausgesprochene Kündigung eines Bauvertrages aus wichtigem Grund dazu führt, dass sich die Forderungen des Insolvenzschuldners auf Werklohn und die Gegenforderung des Auftraggebers auf Schadensersatz für Mehrkosten der Fertigstellung aus einem anderen Vertragsverhältnis aufrechnenbar gegenüberstehen, ist diese Aufrechnungslage gläubigerbenachteiligend.

BGH vom 19.10.2023 – Az. IX ZR 249/22

Sachverhalt:

Ein Metallbauunternehmen wurde von dem Auftraggeber bei zwei Bauvorhaben mit werkvertraglichen Leistungen beauftragt. Nachdem das Unternehmen später Insolvenzantrag stellte, kündigte der Auftraggeber beide Bauverträge außerordentlich fristlos gemäß § 8 Absatz 2 VOB/B. Die von dem Unternehmen erbrachten Arbeiten nahm der Auftraggeber ab. Der In-

solvenzverwalter des Unternehmens forderte nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Auftraggeber die Zahlung des restlichen Werklohnes aus den Bauvorhaben in Höhe von € 182.464,43 und klagte diesen ein. Der Auftraggeber erklärte hingegen Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aus einem anderen, ebenfalls von ihm gemäß § 8 Absatz 2 VOB/B außerordentlich gekündigten Bauvorhaben, in Höhe von € 383.103,55.

Das vorinstanzliche Landgericht und das Oberlandesgericht Frankfurt am Main gaben der Klage des Insolvenzverwalter weitestgehend statt.

Entscheidung:

Der BGH wies die Revision des Auftraggebers zurück. Die von dem Auftraggeber erklärte Aufrechnung ist gemäß §§ 96 Absatz 1 Nr. 3, 130 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 InsO insolvenzrechtlich unzulässig, weil der Auftraggeber die Möglichkeit der Aufrechnung erst durch die von ihm erklärte Sonderkündigung gemäß § 8 Absatz 2 VOB/B erlangt hatte. In diesem Falle ist die erst durch die Kündigung des Auftraggebers geschaffene Aufrechnungslage gläubigerbenachteiligend und daher insolvenzrechtlich anfechtbar (§ 129 Absatz 1 InsO).

Eine zu einem Anfechtungsrecht führende sog. kongruenten Deckung gemäß § 130 Absatz 1 Nr. 2 InsO ist vorliegend darin zu sehen, weil der Auftraggeber die Rechtshandlung der – an sich wirksamen - Kündigung des Auftrages in Kenntnis des Insolvenzantrages vorgenommen hatte. Erst dadurch wurde die Aufrechnungslage hergestellt. Die den Insolvenzgläubiger benachteiligende Handlung der Aufrechnung liegt in der für den Auftraggeber durch die Herstellung der Aufrechnungslage günstigeren Gestaltung der Rechtslage gegenüber den anderen Gläubigern. Denn wenn der Auftraggeber mit der so gestalteten Aufrechnung durchdringen würde, wäre der vom Insolvenzverwalter geltend gemachte Werklohn voll abgeschmolzen und der Auftraggeber wäre nicht wie die anderen Insolvenzgläubiger nur quotal zu befriedigen.

Anmerkung:

Bei einer Kündigung im Insolvenzfall des Auftragnehmers gemäß § 8 Absatz 2 VOB/B sollte man immer zugleich eine Bewertung des insolvenzrechtlichen Anfechtungsrechtes gemäß §§ 129 ff InsO vornehmen. Die Kündigung führt zwar einerseits zu einer schnellen Lösungsmöglichkeit eines in der Regel in solchen Fällen steckenbleibenden Bauvorhabens. Andererseits ist insolvenzrechtlich zu beachten, dass gegen den möglicherweise offenen Werklohn des Insolvenzschuldners nur eingeschränkt die Möglichkeit zur Geltendmachung von Gegenforderungen besteht. Die Werklohnforderungen (Abschlagszahlungen) des Auftragnehmers in der Krise lassen sich jedoch – was im Einzelfall zu prüfen ist - möglicherweise durch Abrechnungen in kurzen Zeitabständen als sog. Bargeschäfte gemäß § 142 InsO befriedigen und sind dann in der Regel wirksam. Damit kann ein Steckenbleiben des Bauvorhabens vermieden werden.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Heidelberg/München

6. Gehobener Schallschutz bei gehobener Bauweise geschuldet

Ein gehobener Schallschutz kann als Mindeststandard nach den technischen Regeln auch dann konkludent vereinbart sein, wenn die Bauherren ein Einfamilienhaus errichten, sie dabei Einzelaufträge für einzelne Gewerke vergeben und es um eine haustechnische Anlage geht.

OLG Schleswig, Urteil vom 25.08.2023 – 1 U 85/21

Sachverhalt:

Die Auftraggeber ließen ein Einfamilienhaus errichten. In einem Einzelauftrag wurde der Auftragnehmer mit dem Einbau einer kontrollierten Wohnraumbelüftungsanlage beauftragt. Die Parteien haben vertraglich keine Beschaffenheit hinsichtlich des einzuhaltenden Schallschutzwertes vereinbart. Nach der Fertigstellung der Lüftungsanlage rügten die Auftraggeber die zu hohe Geräuscentwicklung der Anlage. In einem selbstständigen Beweisverfahren kam der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass gehobene Schallschutzwerte nicht eingehalten wurden. Die Auftraggeber klagen daher auf Zahlung eines Vorschusses für Mangelbeseitigungskosten nach §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB. Der Auftragnehmer ist der Auffassung, dass lediglich der Einbau der beauftragten Lüftungsanlage und keine Berücksichtigung eines erhöhten Schallschutzes geschuldet sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Auftraggeber hat in der Sache überwiegend Erfolg.

Begründung:

Die Auslegung der Vereinbarungen zwischen den Parteien ergibt, dass ein gehobener Schallschutz geschuldet ist. Bei der Auslegung kommt es maßgeblich auf das Vorstellungsbild der Parteien vom Bauwerk an.

Nach Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 07.03.2013, VII ZR 134/12) ist stillschweigend zwischen den Parteien vereinbart, dass mindestens die Regeln der Technik einzuhalten sind. Der Auftraggeber kann daher eine Ausführung erwarten, die einem üblichen Qualitäts- und Komfortstandard entspricht. Haben die Parteien einen üblichen Qualitäts- und Komfortstandard vereinbart, so muss sich das einzuhaltende Schalldämm-Maß an dieser Vereinbarung orientieren. Besondere und höhere Anforderungen können sich aber aus den vertragsbegleitenden Umständen, wie aus erläuternden und präzisierenden Erklärungen der Vertragsparteien, sonstigen vertragsbegleitenden Umständen, den konkreten Verhältnissen des Bauwerks und seines Umfeldes, dem qualitativen Zuschnitt, dem architektonischen Anspruch und der Zweckbestimmung des Gebäudes ergeben.

Im vorliegenden Fall war aus den Plänen ersichtlich, dass es sich um ein Haus in gehobener Bauweise handelte. Hierfür sprach insbesondere der Grundriss des Gebäudes, mit großen Räumen, einem Gästezimmer, einem Hobbyzimmer und die Lage des Gebäudes in einem reinen Wohngebiet. Der Auftragnehmer konnte daher erkennen, dass es sich bei dem geplanten Haus um ein solches in gehobener Bauweise handelt, sodass ein erhöhter Schallschutz geschuldet ist.

Praxistipp:

Bei der Auslegung der Frage, welcher Schallschutz geschuldet ist, kommt es zunächst auf die konkreten vertraglichen Vereinbarungen an. Sind konkrete vertragliche Vereinbarungen nicht gegeben, ist das Vorstellungsbild der Parteien vom Bauwerk entscheidend. Es sind hiernach grundsätzlich die Mindestanforderungen an den Schallschutz nach DIN 4109 einzuhalten. Besondere Qualitätsanforderungen können sich aus erläuternden und präzisierenden Erklärungen der Vertragsparteien, sonstigen vertragsbegleitenden Umständen, den konkreten Verhältnissen des Bauwerks und seines Umfeldes, dem qualitativen Zuschnitt, dem architektonischen Anspruch und der Zweckbestimmung des Gebäudes ergeben. Es darf daher im Rahmen der Ermittlung des geschuldeten Leistungssolls nicht nur auf den Vertrag abgestellt werden, vielmehr müssen auch die Begleitumstände berücksichtigt werden.

Rechtsanwältin Natalja Gratz
Heidelberg

7. Keine Mängelrüge per WhatsApp

Eine Mängelrüge gemäß § 13 Absatz 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B per WhatsApp wahrt nicht die Schriftform.

OLG Frankfurt am Main vom 21.12.2023 – Az. 15 U 211/21

Sachverhalt:

Ein Auftraggeber eines VOB-Bauvertrages rügte einen Mangel gegenüber dem Auftragnehmer per WhatsApp. Der Auftragnehmer beseitigte den Mangel nicht und beruft sich nach Ablauf der Gewährleistungsfrist auf Verjährung.

Entscheidung:

Das OLG Frankfurt am Main gab dem Auftragnehmer recht. Nach § 13 Absatz 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B ist der Auftragnehmer verpflichtet, alle während der Verjährungsfrist auftretende Mängel zu beseitigen, wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Frist schriftlich verlangt.

Die Schriftform ist durch eine WhatsApp-Nachricht nicht gewahrt. Die VOB/B sind gewillkürte Vertragsbedingungen. Deshalb gilt die gesetzliche Schriftform gemäß § 126 BGB zwar nicht, vielmehr reicht gemäß § 127 Absatz 2 BGB eine Übermittlung in Textform. Die Erklärung per WhatsApp erfüllt aber die Voraussetzungen der Textform nicht. Danach sind zwar elektronische Telekommunikationsmittel zulässig, aber sie müssen wie ein Schriftstück verfasst und in einer der Übergabe des Schriftstückes ersetzenden Art an den Erklärungsempfänger übermittelt werden. Der Erklärungsempfänger muss in der Lage sein, das Schriftstück auszudrucken und dauerhaft abzuspeichern und zu archivieren. Außerdem muss sich aus der Erklärung eindeutig ergeben, von wem sie abgegeben worden ist.

Ein Messengerdienst erfüllt diese Voraussetzungen deshalb nicht, weil es an der Möglichkeit einer sicheren und dauerhaften Archivierung und einem dauerhaften Ausdruck fehlt. Außerdem ist der Absender einer WhatsApp-Nachricht nicht ohne weiteres erkennbar.

Anmerkung:

Hätte der Auftraggeber die Mängelrüge per E-Mail erhoben, wären die Voraussetzungen der Textform und damit der Schriftlichkeit gemäß § 13 Absatz 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B gegeben gewesen.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Heidelberg/München

8. Der Tiefbauer darf sich auf die Pläne des Ingenieurs verlassen!

- a) **Ein Tiefbauunternehmer ist grundsätzlich verpflichtet, sich vor der Ausführung seiner Leistung beim zuständigen Versorgungsunternehmen über die Existenz und den Verlauf von Versorgungsrohrleitungen zu erkundigen und - falls dies zu keinem ausreichend belastbaren Ergebnis führt - sich die erforderliche Gewissheit durch andere geeignete Maßnahmen zu verschaffen.**
- b) **Der von dem Betreiber einer Ferngasleitung mit der Anlage einer Baugrube zur Vorbereitung von Leitungsreparaturarbeiten beauftragte Tiefbauunternehmer handelt nicht deshalb fahrlässig, weil es sich bei den Ausschachtungsarbeiten auf Pläne zum unterirdischen Leitungsverlauf verlässt, die der Betreiber durch ein von ihm beauftragtes Ingenieurbüro nach Beginn der Arbeiten hat erstellen lassen, nachdem sich herausgestellt hat, dass der tatsächliche Leitungsverlauf nicht genau bekannt war, wenn auch diese Pläne den Leitungsverlauf unrichtig wiedergeben und die Leitung infolge der nach den unrichtigen Pläne vorgenommenen Schachtarbeiten undicht wird und explodiert.**

OLG Zweibrücken, Urteil vom 28.06.2023 - 7 U 106/21; vorhergehend: LG Frankenthal, 05.05.2021 - 7 O 588/18

Das OLG Zweibrücken hat nach einem tragischen Unfall durch eine in Zusammenhang mit Bauarbeiten entstandene Gasexplosion, in dessen Folge es zu zwei Toten, zwei Schwerverletzten und einem erheblichen Sachschaden kam, zugunsten des Klägers entschieden und ist von einer Alleinhaftung der Betreiberin der Rohrleitungen ausgegangen.

Sachverhalt:

Die Beklagte ist Eigentümerin und Betreiberin einer unterirdisch verlaufenden Ferngasleitung, welche vor Jahren noch als Rohöl-Pipeline errichtet und später in eine Gas-Pipeline umgewandelt wurde. Bei dem Kläger handelt es sich um einen der beiden Schwerverletzten, welcher in der Position eines Baufachwerkers als Mitarbeiter des von der Beklagten mit Schachtungsarbeiten beauftragten Unternehmens. Das mit den Tiefbauarbeiten beauftragte Unternehmen hat sich als Streithelferin beteiligt.

Die genannten Schachtungsarbeiten beinhalteten das Anlegen einer Baugrube bis zu einer Tiefe von 3,5 m. Gemäß der Bestandspläne hat sich die später zur Explosion gekommene Leitung in einer Tiefe von 5,26 bis 5,93 m befunden. Die Pläne der Leitung wurden 2001

aufgrund einer Untersuchung mittels "Molch" erstellt und wichen aufgrund eines nicht übertragenen Tangentenschnittpunkts um 1,5 m von der realen Lage ab. Am 23. Oktober 2014 kollidierten bei Schachtungsarbeiten Spundwände, die mit einem Abstand von 1,5 m zur vermuteten Leitungslage eingebracht wurden, mit der Leitung. Dies führte zu einer sofortigen Gasentzündung und einer Explosion mit erheblichem Schaden.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Frankenthal (05.05. 2021, Az. 7 O 588/18) wurde durch das OLG zurückgewiesen. Unter Berücksichtigung der alleinigen Haftung der Beklagten gemäß §§ 2 Abs. 1, 6 HPfIG hat nach Ansicht des OLG das LG die Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes und Schadensersatzes zu Recht angeordnet.

Entscheidungsgründe:

Das LG hat nach Beurteilung des OLG mit korrekter Argumentation entschieden, dass die Beklagte dem Kläger allein dem Grunde nach gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 HPfIG haftet, ohne dass ein Ausschlussgrund gemäß § 2 Abs. 3 HPfIG greift.

„Wird durch die Wirkungen von Elektrizität, Gasen, Dämpfen oder Flüssigkeiten, die von einer Stromleitungs- oder Rohrleitungsanlage oder einer Anlage zur Abgabe der bezeichneten Energien oder Stoffe ausgehen, ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Inhaber der Anlage verpflichtet, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 HPfIG)“.

Die Streithelferin hat einen kausalen tatsächlichen Verursachungsbeitrag zum Unfallgeschehen am 23.10.2014 geleistet, indem sie die Spundwände bei der Bautätigkeit (Einbringen der Spundwände) installierte. Das OLG betrachtet es hierbei als unerheblich, ob die Streithelferin die Gasleitung direkt beschädigte, was zu Gasaustritt und Explosion führte, oder ob die Bauarbeiten mittelbar dazu führten, dass die Gasleitung aufgrund von Erdverschiebungen und Materialermüdung versagte. Trotz diesem kausalen Verursachungsbeitrag fehlt es jedoch an einem erforderlichen Verschulden der Streithelferin. Vorsätzliches Handeln ist nicht gegeben und die Beklagte behauptete auch kein fahrlässiges Verhalten der Streithelferin, das für eine vertragliche Haftung (§§ 611, 618 BGB) oder eine deliktische Haftung (§§ 823 Abs. 1, 831 Abs. 1 S. 1 BGB) notwendig wäre. Die für die vertragliche Haftung vermutete Fahrlässigkeit (gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) wurde widerlegt.

Tiefbauunternehmen haben grundsätzlich die Pflicht, sich vor Erdarbeiten beim zuständigen Versorgungsunternehmen über die Existenz und den Verlauf von Versorgungsrohrleitungen zu informieren. Dies ist aufgrund der häufig unklaren Lage solcher Leitungen im öffentlichen Straßenraum erforderlich. Die Sorgfaltsanforderungen werden durch die Gefahr von Beschädigungen solch unerkannter Leitungen erhöht, die nicht direkt mit den geplanten Erdarbeiten in Verbindung stehen. In diesem Fall unterscheidet sich die Situation jedoch entscheidend. Die Streithelferin wurde nicht von einem Dritten beauftragt, der möglicherweise nicht mit der genauen Lage von Versorgungsleitungen vertraut ist. Stattdessen war die Beklagte, der Betreiber der Versorgungsleitung, der Auftraggeber. Der Auftrag bezog sich auf das Anlegen einer Baugrube zur Vorbereitung der Freilegung der Leitung. In dieser speziellen Situation konnte die Streithelferin davon ausgehen, dass der Leitungsbetreiber den genauen Verlauf der Leitung kennt oder die nötigen Feststellungen selbst trifft. Daher hatte die Streit-

helferin keinen Anlass, den angegebenen Leitungsverlauf in Frage zu stellen, selbst als sich herausstellte, dass die Verlaufspläne von 1997/2001 ungenau waren.

Fazit und Ausblick:

Die Rechtsprechung stellt regelmäßig hohe Anforderungen an Tiefbauunternehmen bei Arbeiten an gefährlichen Leitungen.

Der Tiefbauunternehmer, der vom Betreiber einer Ferngasleitung beauftragt wurde, eine Baugrube für bevorstehende Leitungsreparaturarbeiten vorzubereiten, handelt jedoch regelmäßig nicht fahrlässig, wenn er sich auf Pläne zum unterirdischen Leitungsverlauf verlässt, sofern diese Pläne vom Betreiber bzw. durch ein von diesem beauftragtes Ingenieurbüro erstellt wurden, selbst nachdem die Arbeiten begonnen haben. Auch wenn sich herausstellt, dass die Pläne den Leitungsverlauf ungenau wiedergeben, liegt nach Ansicht des OLG keine Fahrlässigkeit des Tiefbauunternehmers vor.

Ein Verschulden kann sich jedoch ergeben, wenn der Tiefbauunternehmer explizit mit der Feststellung der unklaren Lage des Verlaufs von Leitungen durch geeignete Maßnahmen beauftragt wurde. Eine solche Beauftragung kann sich neben dem Auftrag selbst auch aus einer Gefährdungsbeurteilung ergeben, die die Prüfung der Leitung auf ausströmendes Gas sowie die Unterweisung der Arbeiter dem Auftragnehmer zuweist.

Den Betreiber der Rohrleitungen trifft eine Betriebsgefahr. Es spielt keine Rolle, ob der Betreiber die Lageermittlung teilweise selbst oder durch ein Ingenieurbüro durchführen lässt, noch ob ihn ein Verschulden an der fehlerhaften Lageermittlung angelastet werden kann. Entscheidend ist, dass es in der Verantwortung des Leitungsbetreibers liegt, den genauen Verlauf zu kennen, zu kennzeichnen und bei Bedarf durch geeignete Maßnahmen rechtzeitig zu ermitteln.

Laura Myllek (Wissenschaftliche Mitarbeiterin)
Heidelberg

II. Leitsätze zum Privaten Bau- und Architektenrecht

1. Zur Abnahmefiktion durch Benutzung

- a) Hat der Auftraggeber das Bauwerk bezogen, liegt darin nach Ablauf einer angemessenen Prüfungsfrist eine konkludente Abnahme, wenn sich aus dem Verhalten des Auftraggebers nichts Gegenteiliges ergibt.
- b) Die Dauer der angemessenen Prüfungs- bzw. Bewertungsfrist orientiert sich an den Umständen des Einzelfalls. Sie darf nicht beliebig verlängert werden, sondern muss auch die Interessen des Auftragnehmers berücksichtigen.
- c) Die Geltendmachung von Mängelansprüchen setzt voraus, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Nicht ausreichend ist die Aufforderung, der Auftragnehmer möge seine Bereitschaft zur Mängelbeseitigung erklären.

- d) Beruht ein Mangel darauf, dass der Auftragnehmer auf eine unzureichende Vorunternehmerleistung aufgebaut hat, setzt eine ordnungsgemäße Fristsetzung zur Mängelbeseitigung voraus, dass der Auftraggeber die Mitwirkungshandlungen vorgenommen oder jedenfalls angeboten hat, die dem Auftragnehmer die Herstellung eines funktionierenden Nachfolgewerks ermöglichen. Das gilt auch, wenn der Auftraggeber die konkrete Mangelursache nicht kennt.

OLG Bamberg, Beschluss vom 13.09.2022 – 3 U 300/21; BGH, Beschluss vom 22.11.2023 – VII ZR 177/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim
Heidelberg/Berlin

2. Der Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung in der Leistungskette

- a) In der werkvertraglichen Leistungskette kann der Hauptunternehmer gegenüber dem Nachunternehmer gem. § 634 Nr. 4 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB den Schaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch entsteht, dass er wegen der mangelhaften Werkleistung des Nachunternehmers seinerseits Mängelansprüchen seines Bestellers ausgesetzt ist. Hat der Hauptunternehmer in diesem Fall einen vom Besteller geltend gemachten Anspruch auf Kostenvorschuss gem. § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB durch Zahlung erfüllt, kann er im Wege des Schadensersatzes gem. § 634 Nr. 4 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB vom Nachunternehmer Zahlung in Höhe des geleisteten Kostenvorschusses verlangen. (amtlicher Leitsatz)
- b) Der Umstand, dass der vom Hauptunternehmer ersetzt verlangte Schaden darin liegt, dass er mit dem Kostenvorschuss noch keine endgültige, sondern eine zweckgebundene Zahlung an seinen Besteller geleistet hat, über deren Verwendung nach Mängelbeseitigung abzurechnen ist, ist allerdings im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen und kann zu einer Begrenzung des Umfangs seines Schadensersatzanspruchs gegen den Nachunternehmer führen. (amtlicher Leitsatz)
- c) Ob und in welcher Weise die Vorteilsausgleichung zu erfolgen hat, richtet sich im Grundsatz danach, ob der Besteller dem Hauptunternehmer bereits eine Abrechnung über die Verwendung des Kostenvorschusses erteilt hat. (amtlicher Leitsatz)
- d) Hat der Besteller dem Hauptunternehmer noch keine Abrechnung erteilt, kann der Nachunternehmer im Wege des Zurückbehaltungsrechts gem. § 273 BGB durchsetzen, dass der Schadensersatz an den Hauptunternehmer in entsprechender Anwendung des § 255 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung der aus der Vorschusszahlung folgenden Ansprüche des Hauptunternehmers gegen den Besteller auf Abrechnung sowie gegebenenfalls Rückzahlung zu leisten ist. (amtlicher Leitsatz)
- e) Hat der Besteller dem Hauptunternehmer dagegen bereits eine inhaltlich zutreffende Abrechnung erteilt und ist der Vorschussbetrag danach vollständig zur Mängelbesei-

tigung verbraucht worden, kommt eine Vorteilsausgleichung im Verhältnis des Hauptunternehmers zum Nachunternehmer nicht (mehr) in Betracht. Besteht nach erteilter Abrechnung ein noch nicht erfüllter Rückzahlungsanspruch des Hauptunternehmers gegen den Besteller, kann der Nachunternehmer im Wege des Zurückbehaltungsrechts gem. § 273 BGB durchsetzen, dass der Schadensersatz an den Hauptunternehmer in entsprechender Anwendung des § 255 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung dieses Anspruchs zu leisten ist. Ist es bereits zu einer vollständigen oder teilweisen Rückzahlung an den Hauptunternehmer gekommen, ist der zurückgezahlte Betrag von Amts wegen auf den vom Nachunternehmer in Geld zu leistenden Schadensersatz anzurechnen und führt zu dessen Verringerung. (amtlicher Leitsatz)

- f) Den Hauptunternehmer trifft in diesem Fall eine sekundäre Darlegungslast für die anspruchsmindernden Vorteile, die sich daraus ergeben, dass er an seinen Besteller einen Kostenvorschuss wegen der mangelhaften Werkleistung seines Nachunternehmers geleistet hat. Ihm obliegt es deshalb insbesondere darzulegen, ob der Besteller bereits eine Abrechnung über die Verwendung des Kostenvorschusses erteilt hat, und gegebenenfalls nähere Angaben zum Inhalt und Ergebnis der Abrechnung zu machen. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urteil vom 09.11.2023 – VII ZR 92/20

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim
Heidelberg/Berlin

3. Eine verbindliche Ausführungsfrist scheidet aus bei Anknüpfung an „Baugenehmigung oder Abruf“

Eine Klausel in einem Bauvertrag, die vorsieht, dass die Ausführungszeit 12 Monate beträgt und vier Wochen nach Erteilung der Baugenehmigung, spätestens vier Wochen nach Abruf der Leistung durch den Bauherrn beginnt, beinhaltet keine den Anforderungen des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB genügende Leistungszeitbestimmung. (amtlicher Leitsatz)

OLG Saarbrücken, Urteil vom 11.10.2023 – 2 U 196/22

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim
Heidelberg/Berlin

III. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Direktvergabe unzulässig bei selbstverschuldeter Dringlichkeit

Auch ein Auftraggeber, der Leistungen der Daseinsvorsorge zu erbringen hat, die nicht unterbrochen werden dürfen, darf keine Direktvergabe der Interimsleistungen nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV an einen Wirtschaftsteilnehmer durchführen, wenn er die Dringlichkeit durch den Versuch, während eines laufenden Nachprüfungsverfahrens vollendete Tatsachen zu schaffen, selbst aktiv herbeigeführt hat. (amtlicher Leitsatz)

VK Südbayern, Beschluss vom 26.06.2023 – 3194.Z3-3_01-23-9

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim
Heidelberg/Berlin

2. Zur Preisprüfung bei der Vergabe

- a) Eine Preisprüfung ist regelmäßig bei einem Preisunterschied von 20 % zum nächsthöheren Angebot durchzuführen, wobei diese 20 % keine starre Grenze darstellen.
- b) Bei der Preisprüfung kann der Auftraggeber auch die Einhaltung sozialrechtlicher Vorschriften überprüfen.

VK Bund, Beschluss vom 14.09.2023 – VK 1-61/23

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim
Heidelberg/Berlin

3. GmbH als öffentlicher Auftraggeber

Ein kommunales Wohnungsbauunternehmen, welches die Rechtsform einer GmbH gewählt hat, die wiederum zu 100 % im Eigentum einer Kommune steht, kann ein öffentlicher Auftraggeber sein. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Satzung eine Gemeinnützigkeitsklausel enthält.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.09.2023 – 15 Verg 5/23

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim
Heidelberg/Berlin

IV. Arbeitsrecht

1. Arbeitgeber schuldet keinen Dienstwagen mehr – oder doch?

- a) **Wenn der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer vereinbart, dass er den Dienstwagen auch privat nutzen darf, ist dies eine zusätzliche Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung. Wird diese Gegenleistung im Rahmen des Formulararbeitsvertrages unter einen Widerrufsvorbehalt gestellt, bedarf dies einer näheren Beschreibung des Widerrufsgrundes.**

- b) **Eine Widerrufsklausel mit dem Inhalt, die Nutzungsmöglichkeit des Dienstwagens bei einer Änderung der arbeitsvertraglich zugewiesenen Aufgaben zu widerrufen, ist insoweit unwirksam.**

ArbG Duisburg vom 16.11.2023 – 1 Ca 1190/23

Sachverhalt:

Der Kläger war Gebietsleiter bei der Beklagten im Außendienst für eine bestimmte Region. Die Betreuung der Kunden erfolgte überwiegend vor Ort beim Kunden. Daher stellte die Beklagte dem Kläger einen Dienstwagen zur Verfügung, den er auch privat nutzen konnte. Der Arbeitsvertrag enthielt eine Klausel, wonach der Arbeitgeber die Dienstwagennutzung „bei einer Änderung der übertragenen Aufgaben“ widerrufen konnte.

Die Beklagte stellte ihr Vertriebskonzept dahingehend um, dass der Kläger Vertriebspartnerbetreuer wurde und die Kunden über Telefon und E-Mails informiert werden sollte, wonach die Betreuung des Kunden vor Ort entfiel. Deshalb entzog die Beklagte dem Kläger den Dienstwagen, der hiergegen klagte.

Entscheidung:

Das Arbeitsgericht gab dem Kläger recht. Der Kläger habe einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf Überlassung des Dienstwagens. Dieser sei Vergütungsbestandteil.

Der Widerruf sei unwirksam. Bei der Widerrufsklausel handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die einer uneingeschränkten Inhaltskontrolle unterliegen. Aus § 308 Nr. 4 BGB folge, dass der Widerrufsvorbehalt den sachlichen Grund für den Widerruf näher beschreiben und dass dieser Grund auch die Interessen des Arbeitnehmers berücksichtigen müsse. Die vorliegende Widerrufsmöglichkeit sei inhaltlich zu weit und daher unwirksam. Die Klausel erfasse auch die Möglichkeiten, in denen der Kläger weiterhin auf seinen Dienstwagen angewiesen sei. Der Widerruf sei daher für den Kläger unzumutbar.

Fazit:

Ein Widerrufsvorbehalt muss konkret erkennen lassen, dass Änderungen der arbeitsvertraglichen Bedingungen dann zum Widerruf des Dienstwagens führen können, wenn der neue Tätigkeitsbereich eine dienstliche Nutzung entbehrlich macht. Wenn jedoch aufgrund des Wortlautes weiterhin die Möglichkeit besteht, dass der Dienstwagen erforderlich sein könnte, ist die Klausel zu weit gefasst.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Heidelberg/München

2. Geldentschädigung wegen Verletzung der (datenschutzrechtlichen) Auskunftspflicht

Eine Geldentschädigung wegen Verletzung der Auskunftspflicht hinsichtlich der personenbezogenen Daten gemäß Art 15, 82 DS-GVO kann einem Arbeitsplatzbewerber zustehen, wenn die Beantwortung nicht unverzüglich (hier 19 Tage) erfolgt.

ArbG Duisburg vom 03.11.2023 – 5 Ca 877/23

Sachverhalt:

Der Kläger bewarb sich bei der Beklagten am 14.03.2017 auf eine ausgeschriebene Stelle als Sachbearbeiter und wurde damals abgelehnt. Mit Schreiben vom 08.05.2023 beehrte der Kläger Auskunft, welche Daten zu seiner Person gespeichert seien. Er setzte eine Frist bis zum 02.06.2023. Die Beklagte antwortete am 05.06.2023, dass keine Daten von dem Kläger gespeichert seien. Daraufhin forderte der Kläger EUR 1.000,00 von der Beklagten, weil diese nicht unverzüglich nach Art 12 Absatz 3 DS-GVO geantwortet habe. Er habe unter Kontrollverlust seiner eigenen Daten gelitten. Die Beklagte wendete ein, dass sie für die Beantwortung 1 Monat gemäß Art 12 Absatz 3 DS-GVO Zeit habe.

Das Arbeitsgericht verurteilte die Beklagte zur Zahlung von EUR 750,00 als angemessenen immateriellen Schadensersatz.

Entscheidung:

Das Arbeitsgericht führte aus, dass die Beklagte nicht unverzüglich den Antrag des Klägers bearbeitet habe. Sie habe auch nicht dargetan, warum sie 19 Kalendertage für die Bearbeitung brauchte. Schon der bloße Verstoß gegen die DS-GVO rechtfertige daher den immateriellen Schadensersatzanspruch des Klägers. Dieser habe einen Kontrollverlust seiner eigenen Daten erlitten.

Fazit:

Die Entscheidung ist vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung (Urteil vom 04.05.2023 – Az. C-300/21) falsch. Denn der bloße Kontrollverlust über die eigenen Daten reicht nach dieser Rechtsprechung nicht. Vielmehr muss der Beklagte in solchen Fällen schuldhaft – also vorsätzlich oder fahrlässig - gehandelt haben (so auch EuGH Urteil vom 05.12.2023 – Az C-807/21). Hierzu macht das Arbeitsgericht keine Feststellungen.

Außerdem räumt Art 12 Absatz 3 DSGVO für die Beantwortung der Auskunft eine Frist von 1 Monat ein („unverzüglich jedenfalls innerhalb eines Monats ...“). Warum bei Einhaltung der Frist dann ein Verstoß gegen die Auskunftspflicht vorliegen soll, erschließt sich ebenfalls nicht.

Außerdem ist hier die Frage zu stellen, warum sich der Kläger erst nach 6 Jahren meldete. Hier liegt der konkrete Verdacht nahe, dass es sich um DS-GVO Hopping handelt und das Verhalten des Klägers daher rechtsmissbräuchlich ist.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Heidelberg/München

3. Kenntnisnahme von Arbeitszeit und -ort in Freizeit ist keine Arbeitszeit

Ist dem Arbeitnehmer aufgrund der betrieblichen Regelungen bekannt, dass der Arbeitgeber die Arbeitsleistung für den darauffolgenden Tag nach Ort und Uhrzeit konkretisieren kann, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, solche Weisungen (z.B. per SMS) auch in seiner Freizeit zur Kenntnis zu nehmen. Diese Kenntnisnahme stellt keine Arbeitszeit dar.

BAG vom 23.08.2023 – 5 AZR 349/22

Sachverhalt:

Der Kläger ist Rettungssanitäter. Die betrieblichen Regelungen zur Dienstplaneinteilung sehen unkonkrete Springerdienste vor, die kurzfristig konkretisiert werden können (für Tag- und Spätdienste bis 20.00 Uhr des Vortages). Ist dies nicht der Fall, beginnt der Dienst um 07.30 Uhr.

Die Beklagte konkretisierte einen solchen Springerdienst für den Kläger (Arbeitsbeginn 06.00 Uhr) am Vortag. Da der Kläger am Vortag frei hatte und telefonisch nicht erreichbar war, sandte die Beklagte eine SMS. Der Kläger trat seine Arbeit am Einsatztag erst um 07.30 Uhr an und wurde daher nicht mehr eingesetzt.

Daraufhin verbuchte die Beklagte Minusstunden für den Kläger und erteilte eine Abmahnung. Der Kläger begehrte die Wiedergutschrift der Minusstunden und die Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte.

Entscheidung:

Das BAG gab der Beklagten recht. Der Kläger habe die betrieblichen Regelungen der Beklagten missachtet und die Arbeitsleistung nicht wie erforderlich um 06.30 Uhr erbracht. Die erfolgte Weisung sei gemäß § 106 Satz 1 GewO wirksam.

Der Kläger habe die Pflicht gehabt, die SMS zur Kenntnis zu nehmen. Dies sei eine vertragliche Nebenpflicht gemäß § 241 Absatz 2 BGB. Zwar müsse der Kläger in seiner Freizeit nicht ununterbrochen erreichbar sein. Aber die Weisung habe er lediglich zur Kenntnis nehmen müssen. Dies sei keine Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne. Seine Freizeitgestaltung sei dadurch nicht beeinträchtigt.

Fazit:

Arbeitnehmer sind oftmals der irrigen Ansicht, dass sie in ihrer Freizeit keinerlei Mitteilungen des Arbeitgebers beachten müssen. Dies ist jedenfalls dann unzutreffend, wenn es hierfür betriebliche Regelungen zur Arbeitszeit bzw. dem Arbeitseinsatz gibt und es sich um – wie hier – geringfügige Beeinträchtigungen handelt, wie die einer bloßen Kenntnisnahme. Diese Pflicht zur Kenntnisnahme begründet insoweit keine Rufbereitschaft des Arbeitnehmers.

Allerdings sollten Arbeitgeber diese Entscheidung auch nicht zum Anlass nehmen, den Arbeitnehmern generell Weisungen während ihrer Freizeit zu erteilen. Denn dies ist weiterhin unzulässig.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Heidelberg/München

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 erhalten möchten, teilen Sie uns dies bitte telefonisch oder per E-Mail an heidelberg@bornheim.com mit.

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - München -
im März 2024**

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