

## Mandanten-Rundbrief - Juni 2024 -

Sehr geehrte Leserin,  
sehr geehrter Leser,

in dieser Ausgabe unseres Mandanten-Rundbriefes empfehlen wir Ihnen insbesondere die Lektüre des Aufsatzes über das BGH-Urteil zur Bemessung der Bauhandwerkersicherung vom 18.01.2024 (Seite 7) sowie die Leitsätze zum „Dauerbrenner“ einer Kündigung aus wichtigem Grund (hier: Arbeitsverweigerung), allerdings in einer besonderen Konstellation: der Auftragnehmer wollte das Risiko nicht eingehen, bei Arbeiten an der Außenanlage wortwörtlich auf Kampfmittel zu stoßen (Seite 12).

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

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

# Inhalt

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	3
1.	Die Einbeziehung der VOB/B in Werklieferungsverträge ist möglich	3
2.	Kein fiktiver Schadensersatz anhand eines Kostenvoranschlages, wenn kein Vermögensschaden entstanden ist	4
3.	Pflichten des Architekten bei der Rechnungsprüfung	5
4.	Bemessung der Bauhandwerkersicherung in Fällen des § 650f Abs. 5 Satz 2 und 3 BGB	7
5.	Eine einvernehmliche Vertragsaufhebung kann die Rechtsfolgen einer freien Kündigung haben	8
6.	Auch der rechtskundige Verbraucher ist zu belehren	10
II.	Leitsätze zum Privaten Bau- und Architektenrecht	11
1.	Änderungsanordnung durch Behinderungsmittelteilung?	11
2.	Die bauvertragliche Kooperationspflicht kann schwerer wiegen als die Sorge vor Kampfmitteln auf der Baustelle!	12
3.	VOB/B nicht mehr „als Ganzes“ vereinbart bei Abwälzung der Baustellenkoordination (hier: Abstimmungspflicht zur Vermeidung von Gefährdungen)	12
4.	Anweisung des Auftraggebers geht Bedenkenanzeige vor	13
5.	Gewährleistungsfrist einer Aufdach-Photovoltaikanlage	13
III.	Arbeitsrecht	14
1.	Diskriminierung wegen Schwerbehinderung - Muss der Arbeitgeber bei Verhinderung des Betroffenen einen Ersatztermin zum Vorstellungsgespräch anbieten?	14
2.	Fristlose Kündigung wegen Äußerungen in einer privaten Chatgruppe	16

## I. Privates Bau- und Architektenrecht

### 1. Die Einbeziehung der VOB/B in Werklieferungsverträge ist möglich

- a) Die pauschale Einbeziehung der VOB/B in Werklieferungsverträge zwischen Unternehmern ist möglich. Das Anwendungsprivileg des § 310 Abs. 1 BGB findet in diesen Fällen keine Anwendung.
- b) Auf die Unwirksamkeit nach § 305c BGB oder einzelner Regelungen der VOB/B nach § 307 BGB in einem Werklieferungsvertrag kann sich der Verwender der VOB/B nicht berufen, sondern allein sein Vertragspartner.

OLG Oldenburg, Urteil vom 05.03.2024 - Az.: 2 U 115/23

#### Sachverhalt:

Dem Fall liegen zwei geschlossene Verträge über Liefer- und Einbauleistungen eines Caféumbaus zwischen zwei Unternehmern zugrunde, wobei derjenige über die Lieferung einen Werklieferungsvertrag und derjenige über die Einbauleistungen einen Bauvertrag darstellt.

Der beauftragte Unternehmer hat für beide Verträge über die Klausel

***"Es gelten unsere AGB sowie die VOB"***

die Geltung seiner AGB und die VOB vorgegeben. Das Landgericht führte aus, dass auf den Werklieferungsvertrag die VOB/B nicht anzuwenden sei.

#### Entscheidung:

Mit dieser Entscheidung stellt das Oberlandesgericht klar, dass es bei der Frage, ob die VOB/B anzuwenden sei, nicht darum geht, ob die VOB/B lediglich auf Bauleistungen "anwendbar" ist, weil es sich bei ihr nicht um Rechtsnormen, sondern um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Vielmehr ist allein entscheidend, ob die VOB/B zwischen den Parteien vereinbart wurde.

Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung, nach der bei einem Bau- und Planungsleistungen enthaltenden Vertrag die einbezogene VOB/B allein auf die Bauleistungen anzuwenden ist (vgl. BGH, NJW 1988, 142), lässt den Rückschluss nicht zu, die Regelungen der VOB/B könnten trotz Einbeziehung im Rahmen eines Vertrages, der kein Bauvertrag ist, keine Geltung finden.

Für eine Auslegung eines aus Bau- und anderen Leistungen kombinierten Vertrages ist kein Raum, wenn die VOB/B eindeutig vereinbart ist, es sich aber ausschließlich um einen Werklieferungsvertrag handelt. Im Übrigen hat der BGH (Urteil vom 25.04.2002 - IX

ZR 254/00) es an anderer Stelle durchaus für möglich gehalten, einzelne Regelungen der VOB/B für den Werklieferungsvertrag zu vereinbaren.

Dementsprechend könnte die Einbeziehung der VOB/B allein an § 305c BGB scheitern, der eine negative Einbeziehungsvoraussetzung enthält. Darauf könnte sich allerdings der beauftragte Unternehmer als Verwender der AGB nicht berufen.

In diesem Zusammenhang ist ferner zu beachten, dass das in § 310 Abs. 1 S. 3 BGB niedergelegte Anwendungsprivileg auch für den Fall, dass die VOB/B in den Vertrag einbezogen ist, keine Anwendung findet, soweit sie in einen anderen Vertragstyp als den Werkvertrag einbezogen wurde. Damit ist die Inhaltskontrolle jeder einzelnen Bestimmung der VOB/B eröffnet.

Praxishinweis:

Die VOB/B kann als Allgemeine Geschäftsbedingung neben Werk- oder Bauverträgen auch in alle anderen Vertragsverhältnisse einbezogen werden. Allerdings stellen sich hierbei AGB-rechtliche Probleme, da die Inhaltskontrolle sich nicht am Leitbild des Werk- oder Bauvertrags orientieren kann.

Rechtsanwältin Natalja Gratz  
Heidelberg

**2. Kein fiktiver Schadensersatz anhand eines Kostenvoranschlages, wenn kein Vermögensschaden entstanden ist**

OLG Celle vom 05.02.2024, Az. 5 U 134/23

Sachverhalt:

Der Eigentümer eines Grundstückes beauftragte den Auftragnehmer im Rahmen eines Werkvertrages mit der Errichtung eines Zaunes an der Grundstücksgrenze zum Nachbarn. Der Zaun war fest mit Beton verankert. Der Zaun wurde jedoch vom Auftragnehmer unstreitig fehlerhaft ausgeführt, da er teilweise auf dem Grundstück des Nachbarn errichtet wurde. Der Nachbar verlangte jedoch keine Beseitigung des Zaunes. Gleichwohl klagte der Grundstückseigentümer gegen den Auftragnehmer auf Schadensersatz in Höhe fiktiver Mängelbeseitigungskosten und zwar anhand eines Kostenvoranschlages.

Das Landgericht gab der Klage statt. Der Auftragnehmer ging in die Berufung.

Entscheidung:

Das Oberlandesgericht Celle stellte in dem Berufungsverfahren klar, dass dem Grundstückseigentümer kein Anspruch auf Schadensersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten zusteht. Zwar sei das vom Auftragnehmer ausgeführte Werk mangelhaft gemäß § 633

Absatz 2 Satz 1 BGB und dem Auftragnehmer stehen somit dem Grunde nach alle Mängelrechte – auch Schadensersatz – zu, es fehle aber für einen Schadensersatz an dem erforderlichen Vermögensschaden. Eine fiktive Abrechnung eines Schadens durch einen Kostenvoranschlag scheidet hier aus, da der Grundstückseigentümer keine Mängelbeseitigung durchführe. Der Grundstücksnachbar verlange auch keine Beseitigung des teilweise auf seinem Grundstück errichteten Zaunes. Daher habe der Grundstückseigentümer nur Anspruch auf Ersatz des Schadens in Form des Minderwertes des zwar mangelhaften, jedoch nicht zu beseitigenden Mangels gemäß §§ 634 Nr. 3, 638 BGB (sog. „kleiner Schadensersatz“). Dieser könne vom Gericht nach § 287 ZPO geschätzt werden.

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

### **3. Pflichten des Architekten bei der Rechnungsprüfung**

- a) **Den mit der Bauüberwachung beauftragten Architekten trifft die Pflicht, Abschlags- und Schlussrechnungen von Bauunternehmern daraufhin zu überprüfen, ob sie fachtechnisch und rechnerisch richtig sind, ob die zugrunde gelegten Leistungen erbracht sind und ob sie den vertraglichen Vereinbarungen entsprechen. Die Beantwortung von komplizierten Rechtsfragen im Hinblick auf die Vergütung, etwa bei § 2 Abs. 3 oder § 2 Abs. 8 VOB/B, gehört nicht zu seinen Pflichten.**
- b) **In der Rechnungsprüfung des Architekten ist kein nachträgliches Anerkenntnis nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 1 VOB/B zu sehen.**

OLG Köln, Urt. v. 16.04.2021 – 19 U 56/20; rechtskräftig durch BGH, Beschl. v. 15.03.2023 – VII ZR 449/21

#### Sachverhalt:

Die Auftraggeberin nahm in vorgenanntem Verfahren das ausführende Unternehmen sowie drei Architekten in Anspruch. Von dem ausführenden Unternehmen verlangte die Auftraggeberin Erstattung von ihrer Ansicht nach zu viel geleisteten Abschlagszahlungen, die im Rahmen eines VOB/B-Bauvertrages über die Errichtung eines Helikopterdachlandeplatzes auf dem Dach erbracht worden sind. Von den Architekten fordert sie diesbezüglich Schadensersatz.

Die Auftraggeberin bestritt seitens des ausführenden Unternehmens berechnete Mengenerhöhungen und vertrat die Ansicht, dass eine Anpassung der Einheitspreise auf Basis der Urkalkulation nach § 2 Abs. 3 VOB/B hätte erfolgen müssen. Insbesondere wäre das ausführende Unternehmen von der Planung abgewichen und hätte eine massenaufwendigere Ausführung vorgenommen, wodurch sich jedoch der Arbeitsaufwand verringert hätte.

Die Architekten waren im Rahmen der Bauüberwachung und somit auch der Rechnungsprüfung tätig. Diese vertreten die Ansicht, dass die Prüfung der Rechnung ordnungsgemäß erfolgt sei, insbesondere seien diese nicht verpflichtet gewesen eine Neuberechnung der Einheitspreise nach § 2 Abs. 3 VOB/B der Prüfung zugrunde zu legen.

Durch Urteil des LG wurde das ausführende Unternehmen zur Rückzahlung verurteilt, die gegen die Architekten gerichtete Klage wurde mangels Anspruchs gegen diese abgewiesen.

Eines der Kernthemen der Entscheidung des OLG Köln war hierbei die Frage, ob die seitens der Architekten erfolgte Rechnungsprüfung fehlerhaft war.

#### Entscheidung:

Das OLG Köln vertritt in diesem Zusammenhang die wohl zutreffende Ansicht, dass die Auftraggeberin im Falle der Behauptung einer fehlerhaften Rechnungsprüfung konkret zu etwaigen Fehlern der Rechnungsprüfung vortragen muss. Der pauschale Verweis auf eine fehlerhafte Prüfung von Rechnungen reicht hierfür nicht aus; auch indiziert eine Überzahlung im Rahmen einer geprüften Schlussrechnung nicht einen Sorgfaltspflichtverstoß im Rahmen der Prüfung von Abschlagsrechnungen. Es muss daher dargelegt werden, was konkret die Architekten hätten beanstanden sollen.

Die Darlegungslast für etwaige Mängel bei der Rechnungsprüfung traf vorliegend die Auftraggeberin. Die Zuweisung der Darlegungslast für etwaige Mängel der Rechnungsprüfung durch den Architekten richtet sich nach den allgemeinen Regeln, so dass grundsätzlich der Architekt bis zur Abnahme die ordnungsgemäße Durchführung der Prüfung und ab der Abnahme der Bauherr deren etwaige Fehler darzulegen hat. Dies bezieht sich jedoch auf Primärleistungsansprüche, also die Klage des Architekten bzw. die Erfüllungs-/ Nacherfüllungsklage des Auftraggebers. Ist ein Übergang ins Abrechnungsverhältnis erfolgt, wie vorliegend da ausschließlich um Schadensersatz gestritten wird, handelt es sich bei der Mangelfrage um eine tatbestandliche Voraussetzung des Gewährleistungs-/Schadensersatzanspruchs des Bestellers, weshalb dieser nach allgemeinen Grundsätzen darlegungs- und beweisbelastet ist.

Dieser Darlegungslast ist die Auftraggeberin im vorliegenden Fall nicht nachgekommen, so-dass auch die diesbezügliche Berufung scheiterte.

Darüber hinaus führt das OLG jedoch auch aus, dass der Architekt im Rahmen der Rechnungsprüfung keine Pflicht zur Abgrenzung einer Mengenabweichung nach § 2 Abs. 3 VOB/B und einer Ausführungsabweichung nach § 2 Abs. 8 VOB/B trifft. Den mit der Bauüberwachung beauftragten Architekten trifft die Pflicht, Abschlagsrechnungen von Bauunternehmern daraufhin zu überprüfen, ob sie fachtechnisch und rechnerisch richtig, ob die zugrunde gelegten Leistungen erbracht sind und ob sie der vertraglichen Vereinbarung entsprechen. Die Frage der vorgenannten Abgrenzung von § 2 Abs. 3 und § 2 Abs. 8 VOB/B stellt jedoch eine Rechtsfrage dar, welche nicht seitens des Architekten zu beantworten ist. Es würde die Anforderungen an das Maß der im Rahmen eines

Architektenvertrages bei der Abschlagsrechnungsprüfung nach § 276 BGB anzuwendenden Sorgfalt erheblich überspannen, wollte man dem Architekten einen Sorgfaltspflichtverstoß vorwerfen, wenn er in einer komplexeren Konstellation wie der vorliegenden eine der vorstehend dargestellten Rechtsfragen unzureichend erfasst und/oder unrichtig beantwortet.

Das Urteil des OLG Köln zeigt, dass das Vorliegen einer Überzahlung im Rahmen einer Schlussrechnungsprüfung nicht eine fehlerhafte Prüfung einer Abschlagsrechnung durch den Architekten indiziert. Insbesondere kann sich eine Überzahlung auch aus Umständen ergeben, welche der Architekt im Rahmen der Rechnungsprüfung nicht zu überprüfen hatte.

Sofern Pflichtverletzungen seitens eines Architekten im Rahmen der Rechnungsprüfung vorliegen, ist die pauschale Behauptung von Fehlern im Rahmen der Rechnungsprüfung – zumindest, wenn nur noch um Schadensersatz gestritten wird – nicht ausreichend. Es bedarf vielmehr einer konkreten Darlegung konkreter Fehler, um einen Schadensersatzanspruch durchsetzen zu können.

Rechtsanwalt Peter Fath  
Heidelberg/München

#### **4. Bemessung der Bauhandwerkersicherung in Fällen des § 650f Abs. 5 Satz 2 und 3 BGB**

BGH, Urteil vom 18.01.2024 - VII ZR 34/23 [OLG Stuttgart, Urteil vom 17.01.2023 - 10 U 91/22; LG Stuttgart, 29.03.2022 - 24 O 245/21]

##### Sachverhalt:

Klägerin und Beklagte schlossen 2021 einen Generalübernehmervertrag für die schlüsselfertige Errichtung eines Bauvorhabens zu einem Pauschalpreis von 9.340.000 € brutto. Die Beklagte zahlte auf die erste Abschlagsrechnung in Höhe von 520.000 € einen Teilbetrag von 270.000 €. Die Klägerin verlangte 2021 unter Fristsetzung eine Bauhandwerkersicherung in Höhe von 9.977.000 €. Nachdem diese nicht gestellt wurde, kündigte die Klägerin 2021 den Generalübernehmervertrag aus wichtigem Grund. Die Beklagte erklärte später ebenfalls die Kündigung mit der Begründung einer rechtsmissbräuchlichen Kündigung nach 650 f BGB durch die Klägerin.

Das LG hat der Klage auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung in Höhe von 489.850 € in Höhe von 216.700 € stattgegeben. Die Berufung hat keinen Erfolg, die Revision hat insoweit Erfolg, als dass die Beklagte zur Leistung einer den Betrag von 134.680,68 € übersteigenden Sicherheit verurteilt wurde.

Gründe:

Die außerordentliche Kündigung ist wegen erfolgloser Fristsetzung zur Leistung der Bauhandwerkersicherung zulässig. Eine auf § 650f Abs.5 S.1 Fall 2 BGB gestützte Kündigung beeinflusst den Anspruch auf Stellung einer Sicherheit nach § 650 f Abs.1 BGB nur der Höhe nach und nicht dem Grunde nach. Das Sicherungsbedürfnis entfällt nicht, die Höhe bestimmt sich nach § 650 f Abs.5 S 2 und 3 BGB. Die Klägerin begehrt die Sicherung einer Vergütung in Höhe von insgesamt 5 % des vereinbarten Pauschalpreises. Für die bereits erbrachten Leistungen verlangt sie dabei nicht die gesamte Vergütung, sondern entsprechend § 650 f Abs.5 Satz 3 BGB nur 5 % hiervon. Hierzu ist die Klägerin auch berechtigt, da der Beklagten keine Nachteile aus der Beschränkung des Sicherungsverlangens erwachsen. Auf den Teil der Vergütung, der für noch nicht erbrachte Leistungen geltend gemacht wird, kann die Klägerin Sicherheit nur in Höhe der geschuldeten Nettovergütung verlangen. Die Bruttovergütung kann nur dann für die Bemessung der Sicherheit maßgeblich sein, wenn der Unternehmer eine Belastung mit Umsatzsteuer schlüssig darlegen kann. Dies hat die Klägerin nicht getan, folglich hat das Interesse der Beklagten, keine Sicherheit zu leisten, die über das Sicherungsbedürfnis der Klägerin hinausgeht, Vorrang.

Hinweis:

Haben die Parteien einen Pauschalpreisvertrag geschlossen, bestimmt sich die Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen nach dem Verhältnis des Werts der erbrachten Teilleistungen zum Wert der vereinbarten Gesamtleistung. Der Unternehmer muss deshalb das Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darlegen. Dieser Darlegung bedarf es nicht, wenn nur eine Sicherheit gemäß § 650f Abs 5 S.2 und 3 BGB in Höhe von 5% des vereinbarten Pauschalpreises begehrt wird.

Rechtsanwältin Laura Roth  
München

**5. Eine einvernehmliche Vertragsaufhebung kann die Rechtsfolgen einer freien Kündigung haben**

**Welche Rechtsfolgen die Vereinbarung einer einverständlichen Vertragsaufhebung hat, ist durch Auslegung zu ermitteln:**

- **Kommt der Auftragnehmer einem Auflösungswunsch des Bestellers etwa nach einer unberechtigten Kündigung nach, so hat die Vertragsaufhebung die Folgen der freien Kündigung.**
- **Liegen die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung für Auftraggeber oder -nehmer vor, so ergeben sich die Folgen aus dieser.**



- **Einigen sich die Parteien ohne Bezugnahme auf ein Kündigungsrecht auf eine Vertragsauflösung, so kann die Auslegung ergeben, dass nur die erbrachten Leistungen zu vergüten sind.**

OLG Stuttgart, Urteil vom 12.12.2023 - 10 U 22/23

Sachverhalt:

Die Parteien haben einen VOB/B-Werkvertrag geschlossen. Im weiteren Verlauf kam es zu diversen Verzögerungen. Auf die Aufforderung der Auftraggeberin zur Wiederaufnahme ihrer noch nicht abgeschlossenen Tätigkeit reagierte der Auftragnehmer mit einer Behinderungsanzeige. Im Anschluss an ein gemeinsames Gespräch forderte die Auftraggeberin den Auftragnehmer zur Abrechnung nach dem derzeitigen Leistungsstand auf. Der Auftragnehmer erstellte eine Schlussrechnung für nicht erbrachte Leistungen nach § 8 Abs. 1 VOB/B unter Abzug der ersparten Aufwendungen.

Entscheidung:

Der Auftragnehmerin steht der geltend gemachte Anspruch nach § 8 Abs. 1 VOB/B zu.

Eine ausdrücklich erklärte einseitige Kündigungserklärung der Auftraggeberin liegt zwar nicht vor; jedoch hat die Auftraggeberin selbst vorgetragen, dass ihre Aufforderung, nach derzeitigem Leistungsstand abzurechnen, als Kündigungserklärung verstanden werden kann.

Abgesehen davon kann auch die Vereinbarung einer einverständlichen Vertragsaufhebung die Folgen des § 8 Abs. 1 VOB/B auslösen. Eine Vereinbarung, die keine Regelung für die Folgen enthält, ist anhand der Umstände des Einzelfalls auszulegen. Die Auslegung ergibt im hiesigen Fall, dass die Parteien sich im Grundsatz darüber geeinigt haben, dass die Auftragnehmerin ihre nicht erbrachten Leistungen gemäß § 8 Abs. 1 VOB/B 2012 (sog. große Kündigungsvergütung) abrechnen kann.

Praxishinweis:

Wenn statt einer Kündigung die Vereinbarung einer einverständlichen Vertragsaufhebung getroffen wird, sollte darin eine Regelung für die konkreten Rechtsfolgen enthalten sein. Fehlt in der Vereinbarung eine solche Regelung, sind die Rechtsfolgen im Wege der Auslegung zu ermitteln. Dies birgt die Gefahr, dass die Vertragsaufhebung wie eine freie Kündigung den Anspruch auf die sog. große Kündigungsvergütung nach § 8 Abs. 1 VOB/B auslöst.

Rechtsanwältin Natalja Gratz  
Heidelberg

## 6. Auch der rechtskundige Verbraucher ist zu belehren

**Von einer Widerrufsbelehrung kann auch dann nicht abgesehen werden, wenn der Verbraucher als Anwalt rechtskundig ist. Eine Differenzierung nach der "Art" des Verbrauchers ist dem Gesetz fremd. Die Voraussetzungen für die Annahme eines Verstoßes gegen Treu und Glauben sind im Verbraucherwiderrufsrecht überaus hoch.**

LG Frankfurt/Main Urteil vom 02.04.2024 - Az.: 2-31 O 78/23

### Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Rückzahlung geleisteter Architektenvergütung aufgrund eines verbraucherschützenden Widerrufs. Die Klägerin (Anwältin) engagierte den Beklagten (Architekt) nach ausführlichem E-Mailverkehr, Zoom-Gesprächen und einem Angebot mit der baulichen Begleitung für die Renovierung und Sanierung eines von ihr erworbenen Anwesens. Die vorvertragliche Kommunikation und der Vertragsschluss (August 2022) erfolgten ausschließlich per E-Mail, Telefon und Videokonferenz. Vor Vertragsschluss nahm der Beklagte das Objekt in Augenschein, die Klägerin war bei diesem Ortstermin nicht anwesend, was der Beklagte ausdrücklich auch für nicht notwendig erklärte. Ein erster gemeinsamer Ortstermin fand im September 2022 statt. Nach Übermittlung der Pläne an die Klägerin entrichtete diese den in Rechnung gestellten Betrag von 5.307,40 € (brutto).

Im Laufe der Zusammenarbeit wurden vom Architekten Änderungswünsche eingearbeitet, Handwerker, Statiker und Energieberater einbezogen, ohne dass diese Leistungen in Rechnung gestellt wurden. Später machte der Beklagte die weitere Zusammenarbeit vom Abschluss einer Honorarvereinbarung nach HOAI abhängig. Die Klägerin rügte die bisherigen Leistungen als mangelhaft und verlangte Nachbesserung, schließlich hat sie den Vertrag im Oktober 2022 widerrufen und forderte die Rückzahlung der 5.307,40 € (brutto). Eine Widerrufsbelehrung erfolgte vor Vertragsschluss nicht. Der Beklagte erklärt eine Belehrung war nicht nötig, da die Klägerin selbst Anwältin sei, der Widerruf sei daher auch rechtsmissbräuchlich.

Das Landgericht Frankfurt/Main folgte der Ansicht der Klägerin und verurteilte den Beklagten zur Rückzahlung der 5.307,40 € (brutto) zzgl. Zinsen.

### Gründe:

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Rückzahlung von 5.307,40 € aus §§ 355 Abs.3 S.1, 357 Abs.1 BGB zu. Der Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB ist eröffnet. Die Klägerin handelte als Verbraucherin, der Vertrag hatte planerische Leistungen zum Gegenstand, sodass er nicht unter den Verbraucherbauvertrag fällt. Der Vertrag ist unter § 312 c Abs.1 BGB zu subsumieren, da ausschließlich Fernkommunikationsmittel zum Vertragsschluss verwendet wurden, persönliche Kontakte nach Vertragsschluss sind unerheblich.

Aufgrund der mangelnden Belehrung über das Widerrufsrecht, erfolgte der Widerruf auch firstgemäß, denn die 14-tägige Widerrufsfrist nach § 355 Abs.2 BGB fand hier keine Anwendung. Die Widerrufsfrist begann wegen der fehlenden Belehrung gem. § 356 Abs. 3 S.1 BGB nämlich nicht zu laufen.

Eine Belehrung war auch nicht aufgrund des Berufs der Klägerin entbehrlich. Das Verbraucherrecht begnügt sich hier mit der Qualifizierung der Klägerin als Verbraucherin, eine weitergehende Differenzierung nach „der Art des Verbrauchers“ ist dem Gesetz fremd. Die Ausübung erweist sich auch nicht als treuwidrig. Die Voraussetzungen für einen Verstoß gegen Treu und Glauben sind im Verbraucherwiderrufsrecht überaus hoch, abgesehen von dem Fall, dass der Verbraucher den Vertrag von vorneherein in Schädigungsabsicht schließt, um den Unternehmer nach Leistungserbringung mittels Widerrufs um seine Vergütung zu prellen, liegt ein solcher Fall kaum vor. Eine Schädigungsabsicht war hier nicht erkennbar. Insbesondere konnte die Klägerin nicht ahnen, dass eine Belehrung nicht erfolgen würden.

Zu einem Bauvertrag hat das KG ausgeführt, dass eine Anwendung von § 242 BGB verlangt, dass der Auftragnehmer darlegen muss, dass er die Widerrufsbelehrung des Verbrauchers nur fahrlässig unterlassen hat, die ausgeführten Leistungen mangelfrei sind und vom Verbraucher genutzt werden sowie dass der beanspruchte Wertersatz sowohl aus Sicht des Verbrauchers wie eines objektiven Dritten nicht unangemessen ist. Diese Aspekte sind auf den Planervertrag zu übertragen. Auch die Erbringung der vereinbarten Leistung macht den Widerruf nicht treuwidrig, was sich bereits aus der Existenz der §§ 356 Abs.4, 357 a Abs.2 BGB ergibt. Die Risiken des Widerrufsrechts kann der Beklagte insofern durch eine Widerrufsbelehrung steuern.

Hinweis:

Die Belehrung über das Widerrufsrecht wird in der Praxis häufig vergessen, mit weitreichenden Folgen für den Unternehmer, da das Widerrufsrecht vor allem dem Schutz des Verbrauchers dient. Unterbleibt die Belehrung bei einem Fernabsatzvertrag, so entfällt auch die Wertersatzpflicht des Verbrauchers im Falle eines Widerrufs.

Rechtsanwältin Laura Roth  
München

## **II. Leitsätze zum Privaten Bau- und Architektenrecht**

### **1. Änderungsanordnung durch Behinderungsmitteilung?**

- a) Teilt der Auftraggeber dem Auftragnehmer auf einer Baubesprechung mit, dass sich der Beginn seiner Arbeiten infolge einer Behinderung durch einen Vorunternehmer verschieben wird, so kann allein darin weder eine Anordnung i.S.v. § 2 Nr. 5 VOB/B (2002) noch ein Angebot zur Änderung der vertraglichen Vereinbarungen zur Bauzeit gesehen werden. (amtlicher Leitsatz)

- b) Behält sich der Auftragnehmer im Rahmen der Vereinbarung eines Nachtrags einen bauzeitbezogenen Mehrkostenanspruch nicht ausdrücklich vor, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass das Nachtragsangebot sämtliche Mehrleistungen umfasst und damit zusätzliche bauzeitbezogene Kosten durch einen späteren Nachtrag nicht mehr nachgeschoben werden können. (amtlicher Leitsatz)

OLG Köln, Urteil vom 21.12.2023 – 7 U 68/22

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim  
Heidelberg

## **2. Die bauvertragliche Kooperationspflicht kann schwerer wiegen als die Sorge vor Kampfmitteln auf der Baustelle!**

- a) Zu den Anforderungen an eine durch den Auftraggeber erklärte Kündigung aus wichtigem Grund, wenn der mit der Gestaltung von Außenanlagen beauftragte Auftragnehmer unter Berufung auf eine ungeklärte Kampfmittelfreiheit der Baustelle die Ausführung der Arbeiten verweigert. (amtlicher Leitsatz)
- b) Wenn ein Auftraggeber seiner Pflicht zur Klärung der Kampfmittelfreiheit des Baugebietes nahezu vollständig nachgekommen ist (hier: mindestens 85 % des zu bearbeitenden Bereichs), verletzt der Auftragnehmer seine bauvertragliche Kooperationspflicht, wenn er seine Leistung vollständig verweigert, obwohl ihm Arbeiten in wesentlichen Teilbereichen gefahrlos möglich wären. (amtlicher Leitsatz)
- c) Für den (hier: öffentlichen) Auftraggeber bestehen hohe Anforderungen hinsichtlich der Durchführung von Erkundungsmaßnahmen, wenn sich beim Baugrund Anhaltspunkte für eine Kampfmittelbelastung ergeben. Verdachtsflächen sind auf Kampfmittelbelastung zu untersuchen, zu bewerten und gegebenenfalls zu räumen. Auf entsprechende Maßnahmen kann verzichtet werden, wenn in dem betroffenen Bereich der Luftkrieg stattgefunden hat und die geschuldeten Arbeiten in einem Bereich bis 0,8 m unterhalb der Geländeoberkante 1945 oder in nach dem Krieg erfolgten Aufschüttungen stattfinden und erschütterungsarm durchgeführt werden sollen. (amtlicher Leitsatz)

OLG Köln, Urteil vom 25.10.2023 – 16 U 130/22

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim  
Heidelberg

## **3. VOB/B nicht mehr „als Ganzes“ vereinbart bei Abwälzung der Baustellenkoordination (hier: Abstimmungspflicht zur Vermeidung von Gefährdungen)**

Sieht eine vom Auftraggeber in einen Bauvertrag neben der VOB/B einbezogene Klausel vor, dass der Auftragnehmer sich mit weiteren Auftragnehmern abzustimmen hat, um

eine gegenseitige Gefährdung und die Gefährdung Dritter zu vermeiden, liegt eine Abweichung von § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B 2012 vor, die zu Lasten des Auftraggebers als Verwender zu einer Inhaltskontrolle der VOB/B nach § 307 BGB führt. (amtlicher Leitsatz)

OLG Stuttgart, Urteil vom 12.12.2023 – 10 U 22/23

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim  
Heidelberg

#### **4. Anweisung des Auftraggebers geht Bedenkenanzeige vor**

Wenn ein Auftragnehmer mehrfach schriftliche Bedenken gegen die Ausführung der Leistung mitgeteilt hat und der Auftraggeber dennoch die ausdrückliche Anweisung erteilt, mit den Arbeiten zu beginnen, dann darf der Auftragnehmer seine Leistung nicht verweigern (und muss anderenfalls mit einer Kündigung durch den Auftraggeber rechnen), weil der Auftraggeber durch seine trotz der Bedenkenanzeige ausdrücklich erteilte Anweisung das Risiko einer mangelhaften Ausführung selbst übernommen hat.

BGH, Urteil vom 01.02.2024 – VII ZR 171/22

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim  
Heidelberg

#### **5. Gewährleistungsfrist einer Aufdach-Photovoltaikanlage**

Auf einen Werkvertrag über die Lieferung und Montage einer fest mit dem Dach verbundenen Photovoltaikanlage findet die fünfjährige Verjährungsfrist für Arbeiten bei Bauwerken Anwendung (unter Verweis auf BGH, IBR 2019, 203).

OLG Schleswig, Urteil vom 01.02.2023 – 12 U 63/20; BGH, Beschluss vom 22.11.2023 – VII ZR 35/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim  
Heidelberg

### III. Arbeitsrecht

#### 1. Diskriminierung wegen Schwerbehinderung - Muss der Arbeitgeber bei Verhinderung des Betroffenen einen Ersatztermin zum Vorstellungsgespräch anbieten?

**Die Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers zur Einladung schwerbehinderter Menschen zu einem Vorstellungsgespräch nach § 165 Satz 3 SGB IX beinhaltet auch das Erfordernis einen Ersatztermin anzubieten, wenn der sich bewerbende schwerbehinderte Mensch seine Verhinderung vor der Durchführung des vorgesehenen Termins unter Angabe eines hinreichend gewichtigen Grundes mitteilt und dem Arbeitgeber die Durchführung eines Ersatztermins zumutbar ist.**

BAG, Urteil vom 23.11.2023 - 8 AZR 164/22

##### Sachverhalt:

Die Parteien streiten über einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts und einer Behinderung.

Die schwerbehinderte klagende Partei wurde zweigeschlechtlich geboren. Sie bewarb sich am 16.09.2019 unter Angabe der Schwerbehinderung auf die Stellenausschreibung „Fallmanager\*innen im Aufenthaltsrecht“ der beklagten Stadt, in der diese mitteilte, „schwerbehinderte Bewerberinnen und Bewerber“ gleicher Eignung und Qualifikation bevorzugt zu behandeln.

Die Beklagte lud die klagende Partei zu einem Vorstellungsgespräch in den eigenen Räumlichkeiten ein. Die klagende Partei teilte auf die Einladung hin mit, sie habe „schon einen anderen Termin in Brandenburg“ und bat um Vereinbarung eines Ersatztermins. Die Beklagte teilte auf die Bitte der klagenden Partei mit, dass kein Ersatztermin eingeräumt werden könne, damit das Besetzungsverfahren nicht weiter verzögert werde.

Die klagende Partei reichte daraufhin Klage auf Zahlung einer Entschädigung ein. Sie vertrat die Auffassung, dass sie wegen ihres Geschlechts und ihrer Behinderung diskriminiert worden sei. Die Verwendung des sog. Gendersterns („Fallmanager\*innen“) indiziere eine Diskriminierung von Menschen, die weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht angehören und stelle keine geschlechtsneutrale Formulierung dar. Zudem habe die Beklagte gegen ihre nach § 165 Satz 3 SGB IX bestehende Pflicht zur Einladung schwerbehinderter Menschen zu einem Vorstellungsgespräch verstoßen, indem sie auf die begründete Absage und Bitte um Mitteilung eines Alternativtermins ablehnend reagiert hat.

Das Arbeitsgericht Gießen hat die Klage abgewiesen. Das Hessische Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung zurückgewiesen.

Entscheidung des BAG:

Das BAG hat die zulässige Revision als unbegründet abgewiesen. Die zulässige Klage ist in der Sache unbegründet.

Das BAG sieht die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG als nicht erfüllt an. Die klagende Partei habe weder hinreichend dargelegt, dass sie eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bzw. wegen ihrer Schwerbehinderung erfahren hat.

Nach Auffassung des BAG impliziert die Verwendung des sog. Gendersterns nicht die Benachteiligung zweigeschlechtlicher Menschen im Auswahlverfahren wegen ihres Geschlechts. Der Genderstern symbolisiere nach allgemeinem Sprachgebrauch vielmehr alle Geschlechter. Typischerweise werde durch dessen Verwendung mitgeteilt, dass sich die Ausschreibung an jede die Anforderungen erfüllende Person richtet und das Geschlecht - gleich welches - bei der Auswahlentscheidung keine Rolle spielen wird.

Auch eine Benachteiligung wegen ihrer (Schwer)Behinderung hat die klagende Partei nach Auffassung des BAG nicht hinreichend dargelegt. Zunächst stellt das Gericht klar, dass ein individueller Anspruch eines schwerbehinderten Menschen auf eine Einladung zu einem Vorstellungsgespräch nicht besteht; der Verstoß gegen die Pflicht zur Einladung gemäß § 165 Satz 3 SGB IX begründe aber regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung (sofern diese dem Arbeitgeber bekannt ist). Ob jedoch ein Ersatztermin angeboten werden muss, hänge nach Ansicht des BAG von den Umständen des Einzelfalls ab. Ob der Arbeitgeber einen Ersatztermin anbieten muss, hänge vom Gewicht des Verhinderungsgrundes und der Organisation des Auswahlverfahrens ab. Die Begründung der Absage der klagenden Partei („anderer Termin in Brandenburg“) habe keinen Hinweis auf die Bedeutung und Verschiebbarkeit des anderen Termins enthalten. Ein anderes Vorgehen sei der Beklagten im Übrigen organisatorisch mit Blick auf die langen internen Bearbeitungszeiten auch nicht möglich gewesen.

Bedeutung für die Praxis:

Das Urteil des BAG trägt für die Praxis nur bedingt zur Rechtssicherheit bei. Das BAG führt zwar aus, dass ein Ersatztermin für ein Vorstellungsgespräch nur angeboten werden muss, wenn ein **hinreichend gewichtiger Grund** für die Verhinderung an der Teilnahme am Vorstellungsgespräch vorliegt. Eine Konkretisierung wann ein solcher „hinreichend gewichtiger Grund“ gegeben ist, enthält das Urteil jedoch nicht.

Fest steht lediglich: Erscheint der Bewerber **ohne Absage** nicht zum Vorstellungsgespräch oder **teilt etwaige Gründe** im Rahmen der Absage **nicht mit**, muss der Arbeitgeber keinen Ersatztermin anbieten. Eine **Erforschungspflicht** bezüglich der Absage **besteht nicht!**

Was das BAG in seinem Urteil indes klarstellt, ist, dass Arbeitgeber im Rahmen der Stellenausschreibung „auf der sicheren Seite“ sind, wenn sie den sog. Genderstern verwenden.

Rechtsanwältin Lena Weitze  
Heidelberg

## 2. Fristlose Kündigung wegen Äußerungen in einer privaten Chatgruppe

**Bei beleidigenden und menschenverachtenden Äußerungen über Betriebsangehörige in einer aus sieben Teilnehmern bestehenden privaten Chatgruppe bedarf es einer besonderen Darlegung, warum der Arbeitnehmer berechtigt erwarten durfte, seine Äußerungen würden von keinem Beteiligten an Dritte weitergegeben.**

BAG, Urteil vom 24.08.2023 - 2 AZR 17/23

### Sachverhalt:

Die Parteien streiten u.a. über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung.

Der Kläger arbeitete seit 1999 bei der Beklagten, die etwa 2.100 Arbeitnehmer beschäftigt, zuletzt als Gruppenleiter Lagerlogistik.

Der Kläger war seit 2014 mit weiteren fünf, zeitweise sechs, aktiven und ehemaligen Arbeitnehmern der Beklagten Mitglied in einer WhatsApp-Chatgruppe. Die Gruppenmitglieder waren langjährig befreundet, zwei von ihnen sogar miteinander verwandt. Neben rein privaten Themen äußerte sich der Kläger - wie auch verschiedene andere Gruppenmitglieder - in beleidigender, fremdenfeindlicher, sexistischer und menschenverachtender Weise über Vorgesetzte und Kollegen und rief teilweise sogar zu Gewalt gegen diese auf.

Nachdem ein Gruppenmitglied einem Kollegen den Chatverlauf gezeigt und dieser eine Kopie davon angefertigt hatte, erlangte die Beklagte Kenntnis von der Existenz der Chatgruppe und deren Inhalten.

Daraufhin kündigte die Beklagte nach Anhörung des Betriebsrats das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger außerordentlich und fristlos, hilfsweise mit Auslaufzeit zum 31.03.2022.

Nach Ansicht der Beklagten habe der Kläger durch die Äußerungen in der Chatgruppe seine arbeitsvertraglichen Pflichten schwerwiegend verletzt. Der Kläger ist der Ansicht, der Inhalt des Chatverlaufs sei nicht verwend- bzw. verwertbar, da es sich um einen reinen privaten Austausch gehandelt habe.

Die Vorinstanzen haben der Kündigungsschutzklage stattgegeben.



Entscheidung:

Die Revision der Beklagten hatte vor dem BAG Erfolg.

Bereits das LAG hatte angenommen, dass die **Äußerungen** des Klägers für sich genommen einen **wichtigen Grund** für eine außerordentliche Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB darstellen können.

Anders als die Vorinstanz hat das BAG allerdings keine berechtigte Vertraulichkeitserwartung des Klägers angenommen. **Eine Vertraulichkeitserwartung ist nur dann berechtigt, wenn die Mitglieder der Chatgruppe den besonderen persönlichkeitsrechtlichen Schutz einer Sphäre vertraulicher Kommunikation in Anspruch nehmen können.** Dies sei im Einzelfall zu prüfen und insbesondere abhängig vom **Inhalt** der ausgetauschten Nachrichten, der **Größe** der Chatgruppe sowie der **Zusammensetzung** ihrer jeweiligen Mitglieder.

Sofern die Nachrichten beleidigende und menschenverachtende Äußerungen über Betriebsangehörige enthalten, bedürfe es einer **besonderen Darlegung** durch den Kläger, warum er berechtigt erwarten konnte, dass jedes Mitglied der Chatgruppe die Inhalte der Nachrichten vertraulich behandeln werde.

Aus diesen Gründen hat das BAG die Sache an das LAG zurückverwiesen und diesem aufgegeben, weitere Feststellungen dahingehend zu treffen, ob und inwieweit der Kläger davon ausgehen konnte, dass die Inhalte der Chatgruppe nicht nach außen getragen würden. Die berechtigte Vertraulichkeitserwartung ist vom Kläger darzulegen.

Praktische Bedeutung:

Die instanzgerichtliche Rechtsprechung bewertete bislang nicht einheitlich, ob beleidigende, fremdenfeindliche, sexistische und menschenverachtende Äußerungen in privaten, geschlossenen Chatgruppen eine Kündigung rechtfertigen können.

Das BAG ging in vorangegangenen Entscheidungen jedenfalls in Bezug auf private Gespräche im Kollegenkreis hinsichtlich ehrverletzender Äußerungen über Mitarbeiter und Vorgesetzte von einer berechtigten Vertraulichkeitserwartung aus (vgl. z.B. BAG, Urteil vom 10.12.2009 - 2 AZR 534/08).

Für die private Kommunikation in Chatgruppen gilt nach der Rechtsprechung des BAG nun etwas anderes. Das Gericht verneint die berechtigte Vertraulichkeitserwartung grundsätzlich. Damit hat das BAG die Hürden für eine außerordentliche Kündigung in derartigen Fällen deutlich gesenkt. Um mit einer Kündigungsschutzklage dennoch Aussicht auf Erfolg zu haben, bedarf es einer besonderen Darlegung des Arbeitnehmers, weshalb er den Chat für einen vertraulichen Gesprächskreis hielt und auch halten durfte. Allein die langjährige Freundschaft und teilweise Verwandtschaft der Chatgruppenmitglieder genügt nach Ansicht des BAG nicht für die Annahme einer berechtigten Vertraulichkeitserwartung.

Handlungsempfehlungen:

Die Entscheidung bedeutet für Arbeitgeber auch, dass diese grundsätzlich verpflichtet sind, Vorwürfen über derartige Äußerungen ihrer Arbeitnehmer nachzugehen. Der bloße Umstand, dass die Äußerungen in privaten Chatgruppen erfolgt sind, steht dieser Verpflichtung nicht entgegen.

Der Arbeitgeber hat daraufhin die zulässigen arbeitsrechtlichen Sanktionen zu prüfen. Diese richten sich insbesondere nach der Intensität der konkreten Äußerungen des Arbeitnehmers. Im Einzelfall könnten auch lediglich mildere Mittel wie bspw. eine Abmahnung in Betracht kommen. Eine Kündigung ist (weiterhin) stets das „letzte Mittel“ (sog. *ultima ratio*).

Rechtsanwältin Lena Weitze  
Heidelberg

**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](http://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](mailto:heidelberg@bornheim.com) mit.**

**- Heidelberg - Frankfurt - München -  
im Juni 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