



## FFW – DEPESCHE

Dezember 2021

10/2021

### ZAHLEN | DATEN | FAKTEN

#### Auftragseingang im Bauhauptgewerbe, September 2021

**+6,2 %** zum Vormonat (real, kalender- und saisonbereinigt)

**+8,6 %** zum Vorjahresmonat (real, kalenderbereinigt)

**+19,6 %** zum Vorjahresmonat (nominal)

Der reale (preisbereinigte) Auftragseingang im Bauhauptgewerbe war nach Angaben des Statistischen Bundesamtes (Destatis) im September 2021 kalender- und saisonbereinigt **6,2 %** höher als im August 2021. Zu diesem Anstieg haben vor allem Großaufträge beigetragen.

Quelle: Statistisches Bundesamts

### I. AKTUELLES

**Cookie-Banner und mehr: Ab 1. Dezember 2021 gelten neue Regeln im Datenschutz. Das „Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz“ (TTDSG) ändert für die meisten Unternehmer jedoch nichts, sofern die bisherige Rechtslage beachtet wurde.**

Mit dem Gesetz ist allein umgesetzt, was nach der e-Privacy-Richtlinie der EU und seit der entsprechenden Entscheidung des BGH hierzu („Cookie-Einwilligung II“, Urteil vom 28.05.2020 – I ZR 7/16) bereits aufgrund der richtlinienkonformen Auslegung anzuwenden war. Bei einem Cookie-Banner darf nicht voreingestellt sein, zu welcher Cookie-Art eingewilligt wird.

Allein sog. First-Party-Analyse-Cookies dürfen noch als „unbedingt erforderlich“ i.S.v. § 25

Abs. 2 Nr. 2 TTDSG angesehen werden. Man sollte die Gesetzesänderung als Anlass nehmen, die eigenen Website Einstellungen zu überprüfen.

**Der Bundesrechnungshof wirft der Deutschen Bahn Missmanagement und fehlende Planung vor.**

Im Rahmen des letzten Bundesrechnungshof-Berichts stellt dieser auch weiterhin Pflichtverletzungen der Bahn und ihres Eigentümers fest. Bei der stichprobenartigen Prüfung der Investitionen in die Infrastruktur an fünf Baustellen an Brücken und einem Tunnel fanden die Bonner Prüfer insbesondere mangelhafte Entwurfsplanungen. Dies führte zu teuren Nachforderungen der Baufirmen.



## II. ENTSCHEIDUNGEN IM ÜBERBLICK

### **Befreiung für Bauvorhaben in Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt**

Das OVG Hamburg entschied durch Beschluss vom 16.08.2021 - 2 Bs 182/21, dass für Wohnungsbauvorhaben in einem Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt, das nach § 201a BauGB bestimmt ist, der Befreiungstatbestand nach § 31 Abs. 3 BauGB die gegenüber Absatz 2 der Vorschrift sachlich speziellere Regelung darstelle.

Nach § 31 BauGB „Ausnahmen und Befreiungen“ können (1) von den Festsetzungen des Bebauungsplans solche Ausnahmen zugelassen werden, die in dem Bebauungsplan nach Art und Umfang ausdrücklich vorgesehen sind. Weiterhin kann (2) von den Festsetzungen des Bebauungsplans befreit werden, wenn die Grundzüge der Planung nicht berührt werden und Gründe des Wohls der Allgemeinheit, einschließlich der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung und des Bedarfs zur Unterbringung von Flüchtlingen oder Asylbegehrenden, die Befreiung erfordern oder die Abweichung städtebaulich vertretbar ist oder die Durchführung des Bebauungsplans zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und wenn die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist.

Neu hinzugefügt, durch das Gesetzes zur Mobilisierung von Bauland (Baulandmobilisierungsgesetz) vom 14.06.2021 (BGBl. I S. 1802), in Kraft getreten am 23.06.2021, wurde nun der Absatz 3:

Wonach in einem Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt, das nach § 201a bestimmt

ist, mit Zustimmung der Gemeinde im Einzelfall von den Festsetzungen des Bebauungsplans zugunsten des Wohnungsbaus befreit werden kann, wenn die Befreiung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist.

Angesichts der auch in der Gesetzesbegründung hervorgehobenen Funktion des hinzuge tretenden Befreiungstatbestandes nach § 31 Abs. 3 BauGB, die Bindungswirkung der planerischen Konzeption bzw. ihrer Grundzüge bei der Erteilung einer Befreiung gegenüber § 31 Abs. 2 BauGB zu lockern, ist nach dem Willen des Gesetzgebers im Rahmen dieses Merkmals nicht zu betrachten, ob die Grundzüge der Planung berührt werden.

Die für § 31 Abs. 2 BauGB geltende Feststellung, dass angesichts des Gesetzeswortlauts (Tatbestandsseite) nur ein geringer Spielraum für die Ermessensausübung verbleibt, lässt sich auf § 31 Abs. 3 BauGB nicht übertragen. Die im Vergleich zu § 31 Abs. 2 BauGB gelockerten materiellen Anforderungen von § 31 Abs. 3 BauGB auf Tatbestandsseite eröffnen der Bauaufsichtsbehörde einen größeren Ermessensspielraum bei der Inanspruchnahme dieser Ermächtigungsgrundlage und einen weiteren Kreis ermessensrelevanter städtebaulicher Erwägungen. Gleichzeitig folgen damit jedoch auch höhere Anforderungen an die Ausübung dieses pflichtgemäßen Ermessens.



### III. ENTSCHEIDUNG IM DETAIL

**Ein Bauvertrag kann vom Auftraggeber fristlos gekündigt werden, wenn der Auftragnehmer nicht bereitwillig oder nicht in der Lage ist, die Leistung vertragsgemäß auszuführen.**

Dies hatte das OLG Celle mit Urteil vom 26.09.2019 - 5 U 40/19 entschieden (bestätigt durch den BGH der mit Beschluss vom 02.12.2020 - VII ZR 231/19 die Nichtzulassungsbeschwerde zurückwies). Im zugrundeliegenden Fall, wird der Auftragnehmer (AN) durch zwei VOB/B-Verträge beauftragt, Estricharbeiten zu erbringen. Die Wandanschlüsse an aufgehenden Bauteilen sollen durch ein Kautschuk-Bitumenkeil ausgeführt werden. Anstatt eines Bitumen-Keils verbaut der AN zunächst einen Polystyrol-Keil. Als dies ohne Erfolg blieb, versuchte der AN, den Wandanschluss durch eine starre Mörtelfuge auszubilden. An der geschuldeten Ausführung des Kautschuk-Bitumenkeils versucht sich der AN erst, nachdem die Bauleitung ihn auf die vertragswidrigen Ansätze hinweist. Trotz Fristsetzung und Hinweis vermag er es nicht, eine auch nur ansatzweise vertragsgemäße Leistung zu erbringen. Die Arbeiten weisen zahlreiche Mängel auf, in deren Folge die Abdichtung offensichtlich undicht ist und zurückgebaut werden muss. Der Auftraggeber (AG) kündigt beide Verträge aus wichtigem Grund. Der AN verteidigt sich damit, nie mit ausreichender Frist zur Beseitigung der Mängel aufgefordert worden zu sein.

#### 1. ENTSCHEIDUNG

Ohne Erfolg! Eine Kündigung aus wichtigem Grund ist auch ohne eine Aufforderung zur

Nachbesserung berechtigt. Der AN war auch nach mehrfachen Hinweisen entweder nicht willens oder nicht in der Lage, die Leistung vertragsgerecht auszuführen. Das zeigt sich daran, dass zu Beginn gar nicht erst versucht wurde, den vertragsgemäßen Bitumen-Keil einzubauen und auch nach Hinweis andere, untaugliche, Versuche unternommen wurden, die Bauteile abzudichten. Unter diesen Umständen ist der AG berechtigt, die Verträge mit dem AN fristlos zu kündigen. Der AG ist nach dem Versagen des AN hinsichtlich der Leistungen bei dem einen Vertragsteil berechtigt, auch den anderen Vertrag fristlos zu beenden. Auch in diesem Teil war der Bitumen-Keil einzubauen. Es ist nicht ersichtlich, dass und warum der AN hätte in der Lage sein sollen, dies zu leisten, und warum der AG hierauf hätte vertrauen können. Schon zur Schadensminderung war der AG gehalten, die Verträge sofort zu beenden.

#### 2. FAZIT

Die Begründetheit einer Kündigung aus wichtigem Grund ohne vorherige Fristsetzung ist der Ausnahmefall. Da eine Kündigung eines Vertrages (z.B. wegen Pflichtverletzungen des AN) als letztes Mittel anzusehen ist, ist in solchen Fällen regelmäßig eine Frist zu setzen (§ 648a Abs. 3, § 314 Abs. 2 BGB).

Allgemein anerkannt gelten auch beim VOB/B-Vertrag die allgemeinen Grundsätze des BGB zur Kündigung eines Werkvertrags aus wichtigem, vom AN zu vertretenden, Grund. Bei einem VOB/B-Vertrag kommt deshalb eine Kündigung aus wichtigem Grund über die in § 8 VOB/B aufgezählten Gründe hinaus in Betracht. Danach ist eine Kündigung insbesondere dann gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen von § 648a Abs.



1 BGB erfüllt sind. Wenn das OLG das Recht zur fristlosen Kündigung mit einer Schadensminderungspflicht begründet, ist dies als eher gewagt zu bezeichnen. Eine Schadensminderungspflicht steht in keinem Zusammenhang mit den Voraussetzungen einer gerechtfertigten Kündigung.

Zudem lässt die Begründung erforderliche Interessenabwägung offen (vgl. § 314 Abs. 2 Satz 2

BGB). Liegt ein nicht unter § 8 Abs. 2 bis 4 VOB/B fallender wichtiger Grund zur auftraggeberseitigen Kündigung vor, so richten sich beim VOB/B-Vertrag die Rechtsfolgen nach § 8 Abs. 3 VOB/B (BGH, IBR 1996, 401). Der AG muss nur die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen vergüten. Nach der Kündigung ist der AG berechtigt, den noch nicht vollendeten Teil der Leistung zu Lasten des AN durch einen Dritten ausführen zu lassen.

#### Impressum

Herausgeber:

FELLA FRICKE WAGNER PARTNERSCHAFT  
Rechtsanwälte Steuerberater

(Amtsgericht Charlottenburg PR 763 B)  
Genthiner Str. 11  
10785 Berlin

+49 (0)30 / 26 39 53 99 0  
info@ffwkanzlei.de

www.ffwkanzlei.de



RA Robert Schricker, Autor