



Editorial

Das Jahr 2022 ist zwar noch nicht zu Ende, doch es hat bleibende politische und wirtschaftliche Spuren hinterlassen.

Dies betrifft insbesondere die Bauwirtschaft, welche sich seit Ausbruch des Krieges in der Ukraine massiven Preissteigerungen gegenüber sieht, welche indirekt auch zu Auftragsrückgängen geführt haben. Als Baujuristen hatten wir daher in diesem Jahr alle Hände voll zu tun, sodass wir erst jetzt unseren Herbst-Newsletter mit einem Überblick über aktuelle Entscheidungen vorlegen können.

Aus dem Bereich des Baurechts berichten wir über den Umgang mit bauzeitbedingten Mehrkosten, über Anzeigepflichten beim Kraneinsatz sowie über Mangelbeseitigungskosten, die Gegenstand eines Vergleiches gewesen sind. Zum Bauvergaberecht referieren wir eine Entscheidung der Vergabekammer Südbayern über unzulässig lange Bindefristen sowie über eine Entscheidung der VK Westfalen, die sich mit den Preissteigerungen wegen des Ukraine-Krieges befasst. Von allgemeinem Interesse dürfte die jüngste Entscheidung des Bundesgerichtshofs sein, mit der geklärt wird, wann Willenserklärungen, die per E-Mail verschickt werden, beim Empfänger wirksam zugehen. Aus dem Steuerrecht referieren wir eine Entscheidung des Bundesfinanzhofes, der eine Umsatzsteuerpflicht auf kündigungsbedingt nicht mehr erbrachte Leistungen ablehnt. Schließlich berichten wir über die Abmahnwelle wegen angeblicher Datenschutzverstöße durch die Verwendung von Google Fonts und geben hierzu praktische Ratschläge.

Besonders hinweisen dürfen wir auf unser Seminarprogramm in den nächsten Monaten. Nutzen Sie die auftragsschwache Winterzeit, um Ihre rechtlichen Kenntnisse zu aktualisieren.

Dr. Ulrich Dieckert
Rechtsanwalt



Die wichtigsten Entscheidungen aus letzter Zeit

Nachtragsangebot umfasst auch bauzeitbedingte Mehrkosten, wenn kein Vorbehalt gemacht wird!

Ein Auftragnehmer, der dem Auftraggeber ein Nachtragsangebot unterbreitet, macht damit ein abschließendes Angebot, das auch bauzeitbedingt entstandenen Mehrbedarf umfasst.

(OLG Frankfurt, Urteil vom 19.12.2019 – 5 U 171/18)

19.12.2019 — Ein Auftragnehmer wird mit Rohbauarbeiten beauftragt. Während der Bauzeit kommt es zu einer Reihe von Leistungsänderungen, für die der Auftragnehmer Nachträge stellt. Die Vertragsparteien schließen mehrere Nachtragsvereinbarungen. Der Auftraggeber hat in dem Formular der Nachtragsvereinbarung jeweils angekreuzt, dass sich die Bauzeit nicht verlängert.

Mit der Schlussrechnung will der Auftragnehmer die um 8 Monate verlängerte Vorhaltung der Baustelleneinrichtung abrechnen und beruft sich auf das Leistungsverzeichnis. Dort gibt es eine Hauptposition „Baustelleneinrichtung vorhalten“ und daran anschließend die Position 1.4.1 mit der Überschrift „Unvorhergesehene Baustelleneinrichtung“ mit dem Text „Baustelleneinrichtung AN zusätzlich vorhalten“.

Die Entscheidung des Gerichts

Das OLG Frankfurt hat die Klage insoweit abgewiesen. Die Entscheidung wurde nun veröffentlicht, nachdem der Bundesgerichtshof die Nichtzulassungsbeschwerde des AN zurückgewiesen hat.

Auch wenn im Leistungsverzeichnis eine Position für die verlängerte Vorhaltung der Baustelleneinrichtung enthalten sei, müsse ein Auftragnehmer in seinen Nachtragsangeboten deutlich machen, dass er sich die Geltendmachung zusätzlicher Baustellengemeinkosten vorbehalte. Andernfalls könne der Auftraggeber davon ausgehen, dass das Nachtragsangebot alle Kosten der Leistungsänderung enthält und abschließend sei.

Praxishinweis

Die Entscheidung des Gerichtes entspricht ständiger Rechtsprechung, zeigt aber auch auf, dass vielen Auftragnehmern diese Rechtsprechung, die man mit dem Satz „Kein Nachtrag zum Nachtrag“ zusammenfassen kann, scheinbar nicht bekannt ist.

Dem Ganzen liegt ein Zielkonflikt sowohl auf Seiten der Auftragnehmer als auch der Auftraggeber zugrunde. Der Auftragnehmer möchte einerseits eine Vergütung für die Leistungsänderung möglichst zeitnah vereinbaren. Andererseits sind Folgekosten, etwa durch Bauzeitverlängerung oder auch unerwartete Erschwernisse bei der Ausführung der geänderten Leistung oft noch nicht absehbar. Der Auftragnehmer würde an dieser Stelle gerne einen Vorbehalt machen, der Auftraggeber hingegen möchte abschließende Kostensicherheit. Häufig machen Auftraggeber deshalb den Abschluss von Nachtragsverhandlungen davon abhängig, dass der Auftragnehmer zusagt, dass sich die Bauzeit nicht verlängern wird und sämtliche etwaigen Kosten der Leistungsänderung abgegolten sein sollen. Der Auftragnehmer hat dann nur die Wahl, zu unterschreiben oder eben keine Nachtragsvereinbarung zu bekommen. Dies wiederum kann aber auch für den Auftraggeber nachteilig sein, wenn der Auftragnehmer nach der Ausführung der geänderten Leistung deutlich höhere Kosten geltend macht.

Ein Kompromiss könnte darin bestehen, dass mit der Nachtragsvereinbarung alle zu diesem Zeitpunkt absehbaren Mehr- und Minderkosten der Leistungsänderung abgegolten sind. Dazu würden dann auch absehbare Kosten von Bauzeitverlängerungen gehören, wohingegen zu diesem Zeitpunkt nicht erkennbare Mehrkosten auch nicht abgegolten wären.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

Anzeigepflichten beim Kraneinsatz

Das Benutzen des Nachbargrundstücks durch Überschwenken des Baukrans – mit oder ohne Lasten – muss der Bauherr dem Nachbarn zwei Wochen vor der Benutzung anzeigen, sonst kann er sich nicht auf das sogenannte Hammerschlags- und Leiterrecht berufen. (OLG Stuttgart, Urteil vom 01.08.2022 – 4 U 74/22)

01.08.2022 — Ein Bauherr errichtet auf seinem Grundstück zwei Doppelhäuser und vier Garagen. Hierfür stellte die Baufirma einen Turmdrehkran auf und überschwenkte mit dem Kranausleger mehrfach mit und ohne Lasten das Grundstück des Nachbarn, ohne dies zuvor angekündigt zu haben. Der Nachbar forderte den Bauherrn auf, das Überschwenken zu unterlassen, was dieser nicht befolgte. Nachdem es zu einem Schaden an einer Oberleitung kam, die das Haus des Nachbarn mit Strom versorgt hatte, beantragte der Nachbar den Erlass einer einstweiligen Verfügung, dass der Bauherr das Überschwenken zu unterlassen habe.

Die Entscheidung des Gerichts

Das Landgericht Darmstadt hatte dem Bauherrn zunächst nur das Überschwenken mit Lasten untersagt, und den darüberhinausgehenden Antrag abgewiesen. Zur Begründung verwies das Landgericht Darmstadt darauf, dass zwar gemäß § 1004 BGB ein Unterlassungsanspruch bestehe, der Anspruch aber insoweit ausgeschlossen sei, als der Nachbar zur Duldung des Überschwenkens verpflichtet sei (§ 1004 Abs.2 BGB). Das sei für ein Überschwenken ohne Last der Fall.

Das OLG Stuttgart gab dem Antrag hingegen vollständig statt. Zur Begründung verwies es darauf, dass das Landgericht übersehen habe, dass der Bauherr das in § 7d NRG BW (Hammerschlags- und Leiterrecht) vorgesehene Verfahren für eine Inanspruchnahme des Grundstücks des Nachbarn nicht eingehalten habe. Deshalb sei dem Bauherrn das Überschwenken derzeit schon wegen verbotener Eigenmacht gemäß §§ 858, 862 BGB im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, ohne dass es darauf ankäme, ob den Nachbarn materiell-rechtlich eine entsprechende Duldungspflicht – etwa aus § 905 S. 2 BGB – treffen könnte.

Praxishinweis

Bei jeder Baumaßnahme, für die ein Kran aufgestellt werden soll, ist rechtzeitig die Zustimmung des Nachbarn für das Überschwenken einzuholen. Grundsätzlich ist in der Rechtsprechung geklärt, dass ein Nachbar verpflichtet ist, das Überschwenken, zumindest ohne Lasten, zu dulden. Das ergibt sich zunächst aus den Nachbargesetzen der einzelnen Bundesländer und zusätzlich aus § 905 Abs. 2 BGB, wonach ein Eigentümer Einwirkungen nicht verbieten kann, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, dass er an der Unterlassung kein Interesse hat. Allerdings kann diese Duldungspflicht – wie alle anderen Rechtsansprüche auch – nicht eigenmächtig durchgesetzt werden. Wenn der Nachbar erklärt, dass er mit dem Überschwenken nicht einverstanden ist, muss der Nachbar verklagt werden und das Einverständnis gerichtlich ersetzt werden. Um hierfür ausreichend Zeit haben, muss der Nachbar mehrere Monate vor Beginn der vorgese-

nenen Baumaßnahme gefragt werden. In den Nachbargesetzen der Bundesländer ist für die An- kündigung von Maßnahmen wie etwa dem Aufstellen eines Gerüstes oder eines Bauzaunes auf dem Nachbargrundstück oder eben dem Überschwenken mit Kranausleger eine Ankündigungs- frist von zwei Wochen vorgesehen. So lange darf man aber nicht zuwarten, denn wenn der Nach- bar widerspricht, ist die Zeit für eine gerichtliche Klärung nicht mehr ausreichend. Zu beachten ist auch, dass der Bauherr eine Begründung braucht, warum das Aufstellen eines Kranes und das Überschwenken für die Baumaßnahme technisch erforderlich ist.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass zwar der Bauherr für das Einholen der Genehmi- gung verantwortlich ist, aber die Baufirma den Bauherrn hierauf ausdrücklich hinweisen sollte. Kommt es zu einem Baustillstand, entstehen die Stillstandskosten zunächst einmal bei der Bau- firma. Hat sie den Bauherrn nicht auf die Problematik hingewiesen, könnte dies zu einem Mitver- schulden führen.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

Vorsicht bei Vergleichen über Mangelbeseitigungskosten

Schließen die Bauvertragsparteien einen Vergleich dahingehend, dass die in einem Sachver- ständigengutachten festgestellten Mängel fachgerecht beseitigt werden, inklusive der da- für erforderlichen Nebenarbeiten, führen selbst erhebliche Kostensteigerungen nicht zur einer Störung der Geschäftsgrundlage für den Vergleich, wenn die prognostizierten Kosten nicht Grundlage des Vergleichs geworden sind.

(OLG München, Beschluss vom 13.12.2021 – 28 U 1128/21 Bau)

13.12.2021 — Ein Auftraggeber und ein Auftragnehmer schließen einen Vergleich mit dem Inhalt, dass sich der Auftragnehmer verpflichtet, die Kosten für die Beseitigung der in zwei Gutachten aufgelisteten Mängel zu übernehmen. Nach der vergleichsweisen Regelung in Ziffer 2 Sätzen 7, 10 und 11 oblag dem Sachverständigen als Schiedsgutachter die Beurteilung und letzte Entschei- dung über die durchzuführenden Mängelbeseitigungsarbeiten und die zu beauftragenden Fir- men, sofern sich die Parteien hierüber nicht einigten.

Auf der Basis des Vergleiches leistete der Auftragnehmer einen Kostenvorschuss zur Mangelbe- seitigung in Höhe der voraussichtlichen Kosten (im Urteil nicht mitgeteilt). Der Schiedsgutachter hatte einige Monate später mitgeteilt, dass zur Fortführung der Sanierung der Dachgeschoss- wohnungen auf der Grundlage des Vergleichs ein weiterer Vorschuss in Höhe von 225.000,00 Euro erforderlich sei.

Der Auftraggeber klagt diesen Betrag ein. Der Auftragnehmer hält den Gutachter für befangen, bringt aber vor Gericht keine durchschlagenden fachlichen Argumente vor, warum der weitere Kostenvorschuss nicht erforderlich sei. Sein Hauptargument besteht darin, dass durch den weite- ren Kostenvorschuss die ursprünglich veranschlagten Kosten um ein Mehrfaches überschritten würden.

Entscheidung des Gerichts

Das Gericht erklärt, an keiner Stelle des Vergleichs sei davon die Rede, dass die Kostenschätzun- gen in den beiden Gutachten die Grenze dessen markieren sollten, was der Auftragnehmer auf- grund des Vergleichs zu zahlen hat. Im Gegenteil sei bereits in Ziffer 7 des Vergleichs eine mögli-

che Nachschusspflicht angelegt. Eine etwaige Nachschusspflicht des Auftragnehmers wurde im Vergleich nicht der Höhe nach gedeckelt.

Die möglicherweise bei Vergleichsabschluss bestehende einseitige Erwartung des Auftragnehmers, dass sich die Kostenschätzung in den beiden Gutachten nach Durchführung der Sanierung als zutreffend erweisen würde, mag der Grund dafür gewesen sein, dass der Auftragnehmer den Vergleich abgeschlossen hat. Dies sei jedoch nicht Geschäftsgrundlage des Vergleichs geworden. Daran ändere auch nichts, dass die beiden Gutachten als Anlage zum Vergleich genommen wurden. Die Kostenzusammenstellungen in den beiden Gutachten sollten nur "einer ersten Orientierung" dienen.

Praxishinweis

Schiedsgutachtervereinbarungen sind extrem gefährlich. Die meisten Gutachter fragen nicht nach dem Sinn und Zweck von Regelungen in DIN-Normen und anderen Vorschriften, sondern verlangen, dass alles buchstabengetreu umgesetzt wird. Das führt häufig zu (unnötig) hohen Kosten.

Wenn der Auftragnehmer schon die Mangelbeseitigung aus der Hand gibt und dem Auftraggeber überlässt, muss exakt festgelegt werden, welche Maßnahmen durchgeführt werden sollen. Für den Auftragnehmer wäre es wesentlich sinnvoller gewesen, keinen Vorschuss zu zahlen, sondern einen Betrag zur endgültigen Abgeltung sämtlicher im Gutachten aufgeführter Mängel, auch wenn dieser Betrag vielleicht 30 % höher gewesen wäre als die Kostenschätzung des Gutachters.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

Die Bestimmung einer angemessenen Bindefrist liegt im Ermessen der Vergabestelle

Sie ist jedoch so kurz wie möglich zu bemessen und darf nicht länger sein, als für eine zügige Prüfung und Wertung der Angebote durch den Auftraggeber benötigt wird. Bindefristen, welche die Regelfrist von 60 Kalendertagen gemäß § 10a EU Absatz Abs. 8 Satz 3 VOB/A übersteigen, sind nur ausnahmsweise zulässig.

(VK Südbayern (Beschluss vom 05.08.2022, 3194.Z3-3_01-22-29))

05.08.2022 — Eine Stadt hatte bei der europaweiten Ausschreibung von Holzbauarbeiten eine Bindefrist von 138 Kalendertagen festgelegt. Die Stadt begründete dies gegenüber den Bietern, dass der interne Beschlusssturnus der Kommune eine schnellere Vergabeentscheidung nicht zulasse. Auf die daraufhin eingereichte Rüge eines Bieters ergänzte die Stadt, wegen des Volumens von mehr als einer Million Euro müsse nach den städtischen Hochbaurichtlinien noch eine gesonderte Überprüfung stattfinden. Sodann würden für die Erstellung der Beschlussvorlage wenigstens zehn Wochen benötigt, dann kämen noch einmal drei Wochen für die Stadtratsbefassung hinzu.

Entscheidung der Vergabekammer

Die vom Bieter daraufhin angerufene Vergabekammer gab dem Nachprüfungsantrag statt. Die Begründung der Stadt für die Überschreitung der Regelfrist von 60 Tagen gemäß § 10a Abs. 8 VOB/A sei nicht überzeugend. Denn offensichtlich läge hier keine einmalige Ausnahme vor, sondern die verlängerten Entscheidungsvorgänge in der Kommune seien offensichtlich die Regel.

Das kollidiert mit dem vergaberechtlichen Gebot, dass die Vergabestellen den Interessen der Bieter an einer möglichst kurzen Beschränkung ihrer Dispositionsfreiheit Rechnung zu tragen haben. Wenn eine Überschreitung von mehr als dem doppelten der Regelfrist den üblichen Entscheidungsvorgängen der Vergabestelle entspräche, dann müssten diese Entscheidungsvorgänge gestrafft werden. Denn es sei den Bietern nicht zuzumuten, sich bei Vergaben der Stadt regelmäßig über die Gebühr (und über die vergaberechtliche Regelfrist) hinaus an ihre Angebote zu binden.

Hinweis für die Praxis

Nach richtiger Auffassung der Vergabekammer ist nicht hinzunehmen, dass eine Vergabestelle die Bindefristen an ihren internen – langwierigen – Verwaltungsvorgängen ausrichtet, und nicht an der bundesrechtlich vorgegebenen Bindefrist aus § 10a EU Abs. 8 VOB/A. Das Vergaberecht hat in diesen Fällen den Vorrang und ist von den Vergabestellen einzuhalten, wenn nicht ganz besondere Gründe vorliegen, die eine Abweichung rechtfertigen (z. B. Unterbesetzung der Entscheidungsgremien wegen unvorhersehbarer Ereignisse). Hinzu kommt, dass in den jetzigen Zeiten, die von erheblichen Preissteigerungen geprägt sind, Vergabeverfahren nicht über die Gebühr verlängert werden sollten. In jedem Fall ist es nach wie vor geboten, Bauvorhaben nur mit ausreichenden Preisgleitklauseln auszuschreiben.

Dr. Ulrich Dieckert
Rechtsanwalt

Unzumutbares Kalkulationswagnis wegen Preissteigerungen aufgrund des Ukraine-Krieges

VK Westfalen, Beschluss am 12.07.2022 (VK 3-24/22)

12.07.2022 — Eine Vergabestelle hatte im Januar 2022 Rohbauarbeiten ausgeschrieben. Dem lag eine Kostenschätzung aus November 2021 zugrunde. Nach Submission hielt die Vergabestelle in einem Vergabevermerk fest, dass eine zum 21.03.2022 erfolgte neuerliche Kostenschätzung um mehr als 50 % höher ausgefallen sei als die Kostenschätzung vom November 2021. Daraufhin forderte die Vergabestelle die Bieter zur Abgabe einer Erklärung auf, dass die abgegebenen Angebote weiterhin auskömmlich seien. Da ein Bieter diese Erklärung nicht abgab, schloss die Vergabestelle sein Angebot wegen eines unangemessen niedrigen Preises aus. Hiergegen wehrte sich der Bieter mit einem Nachprüfungsantrag und verwies in diesem unter anderem auf den Erlass des Bundesbauministeriums vom 25.03.2022, wonach aufgrund des Ukraine-Krieges bei öffentlichen Vergaben Preisgleitungen zu vereinbaren seien.

Die Entscheidung der Vergabekammer

Die Vergabekammer gab den Anträgen des Bieters statt und verpflichtete die Vergabestelle, das Vergabeverfahren auf das Stadium vor Angebotsabgabe zurückzusetzen und die beteiligten Bieter erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern. Denn mit der ursprünglichen Ausschreibung habe die Vergabestelle den Bietern ein ungewöhnliches Wagnis im Sinne von § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2019 auferlegt. Unzumutbar sei eine kaufmännische Kalkulation dann, wenn Preis und Kalkulationsrisiken über das Maß, das Bietern typischerweise obliegt, hinausgehen. Unbeachtlich sei dabei, ob das Wagnis weder vom Auftraggeber noch vom Auftragnehmer beherrschbar ist. Vorliegend hätten die Bieter aufgrund der Preissteigerungen zu Beginn des Ukraine-Krieges nicht mehr kaufmännisch vernünftig kalkulieren können. Es sei daher nicht zumutbar, ihnen eine Erklärung in Bezug auf die Auskömmlichkeit ihrer Angebote abzuverlangen. Schon gar nicht dürfe

man diese Angebote als „unangemessen niedrig“ ausschließen. Da keine Preisgleitung vereinbart worden sei, müsse das Verfahren zurückversetzt werden.

Hinweis für die Praxis

Diese Entscheidung steht im Einklang mit der Entscheidung der Vergabekammer Thüringen vom 03.06.2022. Auch diese Vergabekammer hatte festgestellt, dass der Ukraine-Krieg und seine weltweiten Sanktionsfolgen sowie die dadurch ausgelöste und noch anhaltende dynamische Entwicklung der Preise den Bietern ein ungewöhnliches Wagnis im Sinne von § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aufbürde. Die Bieter hätten Anspruch auf die Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel gehabt. Es läge daher ein Vergaberechtsverstoß vor, wenn die Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel durch den Auftraggeber abgelehnt wird, auch wenn die Angebotsfrist bereits abgelaufen ist und das Submissionsergebnis den Bietern bekannt gemacht wurde.

Ob die Schreiben des Bundesbauministers von 25.03.2022 und 22.06.2022 eine bindende vergaberechtliche Wirkung für Vergabestellen entfalten, die nicht der Weisungsbefugnis des Bundes unterliegen, kann dahinstehen. Denn die Pflicht zur Vereinbarung von Stoffpreisgleitklauseln ergibt sich direkt aus dem Vergaberecht. So schreibt § 9d VOB/A vor, dass eine angemessene Änderung der Vergütung in den Vertragsunterlagen vorgesehen werden muss, wenn wesentliche Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen zu erwarten sind, deren Eintritt und Ausmaß ungewiss ist. Des Weiteren findet sich in § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A die Vorgabe, dass dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis auf Umstände und Ereignisse aufgebürdet werden darf, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er im Voraus nicht schätzen kann. Das Bundesbauministerium ist richtigerweise davon ausgegangen, dass eine solche Situation vorliegend aufgrund des Ukraine-Krieges gegeben ist. Dem hat sich nunmehr auch die Rechtsprechung der Vergabekammern angeschlossen. Bietern ist zu raten, von den Vergabestellen die Vorgabe von Preisgleitklauseln zu verlangen und im Weigerungsfall vergaberechtliche Rügen unter Berufung auf die o. a. Entscheidungen auszusprechen.

Dr. Ulrich Dieckert
Rechtsanwalt

Aktuelles

Zugang von Willenserklärungen, die per E-Mail verschickt werden

Wir hatten im letzten Newsletter über die Wirksamkeit von Willenserklärungen, die per E-Mail verschickt werden, den gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung dargelegt. Nun hat der Bundesgerichtshof mit einer Entscheidung vom 06.10.2022 ein Machtwort gesprochen. Danach gilt eine Willenserklärung im unternehmerischen Geschäftsverkehr als wirksam zugegangen, wenn sie per E-Mail innerhalb der üblichen Geschäftszeiten auf dem Mailserver des Empfängers abrufbereit zur Verfügung gestellt wird. Dass die E-Mail tatsächlich abgerufen und zur Kenntnis genommen wird, ist für den Zugang nicht erforderlich (vergleiche BGH, Urteil vom 06.10.2022, VII ZR 895/21).

In dem vom BGH zu entscheidenden Fall hatte ein Rechtsanwalt für seinen Mandanten per E-Mail ein Vergleichsangebot unterbreitet. Diese E-Mail ging um 09:19 Uhr auf dem Empfangsserver des Auftraggebers ein. Gegen 10:00 Uhr am gleichen Tag teilte der Rechtsanwalt per E-Mail mit, dass die Restforderungen seines Mandanten noch zu überprüfen seien, und insofern das Vergleichsangebot aus der vorangegangenen E-Mail unberücksichtigt bleiben müsse.

Der Auftraggeber überwies ein paar Tage später den sich aus der ersten E-Mail des Anwaltes ergebenden Restbetrag. Die klageweise geltend gemachten Mehrforderungen des Auftragnehmers wies der Bundesgerichtshof in letzter Instanz ab. Der Auftraggeber habe das Vergleichsangebot aus der ersten E-Mail innerhalb angemessener Zeit durch Zahlung des vorgeschlagenen Betrages angenommen. Dieses Angebot sei auch durch die nachfolgende Mail nicht wirksam widerrufen worden. Denn ein Widerruf sei nur möglich, wenn dieser vor der ersten Willenserklärung oder zumindest zeitgleich beim Empfänger eintreffe. Bei einer E-Mail sei dies nicht möglich, und zwar unabhängig davon, wann diese zur Kenntnis genommen werde. Denn der Zugang der per Mail übermittelten Willenserklärung gelte dann als bewirkt, wenn die E-Mail innerhalb der üblichen Geschäftszeiten auf dem Mailserver des Empfängers abrufbereit zur Verfügung gestellt wird.

Mit dieser Entscheidung hat der BGH gleich zwei wichtige Klarstellungen getroffen. Zum einen, dass Willenserklärungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr durchaus wirksam per E-Mail zugestellt werden können. Zum anderen, dass sie ihre Wirkung unmittelbar dann entfalten, wenn sie beim Empfänger angekommen sind. Ein Widerruf ist dann nicht mehr möglich. Insofern ist beim Versand wichtiger Willenserklärungen per E-Mail Vorsicht geboten. Man sollte sich seiner Sache schon sicher sein, wenn man derart erhebliche Erklärungen per E-Mail abgibt.

Dr. Ulrich Dieckert
Rechtsanwalt

Keine Umsatzsteuer auf kündigungsbedingt nicht erbrachte Leistungen

**Die nach Kündigung eines Architektenvertrags zu zahlende Vergütung ist nur insoweit Entgelt gemäß § 10 Abs. 1 UStG, als sie auf schon erbrachte Leistungsteile entfällt.
(BFH, Urteil v. 26.08.2021, AZ V R 13/19)**

Sachverhalt

Ein Architekt wurde vom Auftraggeber mit Planungsleistungen zur Erstellung einer Freianlage beauftragt. Nachdem der Architekt einen Teil der Leistungen ausgeführt hatte, wurde er vom Auftraggeber frei gekündigt. Die Parteien vereinbarten daraufhin eine Schlussvergütung bestehend aus einem Anteil für die bereits erbrachten Leistungen sowie einem Anteil für die nicht erbrachten Leistungen (sog. Ausfallhonorar). Nur für die Vergütung der erbrachten Leistungen berechnete der Architekt hierbei die Umsatzsteuer. Das Finanzamt ging im Anschluss an eine Umsatzsteuer-sonderprüfung allerdings davon aus, dass auch das Ausfallhonorar für die nicht erbrachten Leistungen der Umsatzsteuer unterfällt, weil es sich hierbei um Gegenleistungen für den Verzicht des Architekten auf Erfüllung des Architektenvertrages handele. Daraus entzündete sich ein Rechtsstreit zwischen dem Architekten und dem Finanzamt, der letztlich vom Bundesfinanzgerichtshof entschieden wurde.

Die Entscheidung des Gerichts

Der BFH gab dem Architekten Recht.

Die gemäß § 649 S. 2 BGB (bzw. § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B) nach freier Kündigung eines Architektenvertrags zu zahlende Vergütung unterfällt nur insoweit dem Entgeltbegriff des Umsatzsteuergesetzes, als sie auf schon erbrachte Leistung entfällt. Voraussetzung für eine solche steuerbare Leistung im Sinne eines Entgelts ist, dass ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der er-

brachten Leistung und dem empfangenen Gegenwert besteht. Entgelt ist demnach alles, was der Leistungsempfänger aufwendet, um die Leistung zu erhalten. Bei einer Kündigung ist dies die bis dahin erbrachte Leistung.

Demgegenüber stellen Schadenersatzzahlungen oder andere Entschädigungen wie das Ausfallhonorar kein umsatzsteuerbares Entgelt dar, da kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Zahlung und einer Leistung des Steuerpflichtigen besteht. Der Zahlende hat mit dieser Leistung lediglich einen aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Regelung eingetretenen Schaden auszugleichen.

Der BFH begründet seine Entscheidung also damit, dass für das Ausfallhonorar keine konkrete Gegenleistung vorliegt, sondern es sich hier nur um einen Ersatz für entgangene Einnahmen handelt.

Praxishinweise

Das Urteil des BFH hat nicht nur für Architektenverträge, sondern auch für andere Werkverträge (wie bspw. Bauverträge) Geltung.

Mit seiner Entscheidung bestätigt der BFH eine bereits ältere eigene Rechtsprechung (BFH, Urteil vom 27.08.1970, AZ V R 159/66, BStBl II 1971, 6) und folgt gleichzeitig der Rechtsprechung des BGH (BGH, Urteil vom 22.11.2007, AZ VII ZR 83/05, BGHZ 174, 267) und der des EuGH (EuGH, Urteil vom 18.07.2007 – C-277/05).

Zu beachten ist ferner, dass das Ausfallhonorar dann der Umsatzsteuer unterfällt, wenn die Aufteilung der Zahlung in erbrachte und nicht erbrachte Leistungen nur zum Schein erfolgte, um bspw. die Entstehung einer Umsatzsteuer zu verhindern oder zu mindern, da der Auftraggeber nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist (wie es bei den meisten öffentlichen Auftraggebern der Fall ist). Gemeint ist also der Fall, in denen Auftraggeber und Auftragnehmer Vergütungsbestandteile für erbrachte Leistungen in die Vergütung für nicht erbrachte Leistungen verschieben, um lediglich die Umsatzsteuer zu reduzieren.

Philipp Dehn
Rechtsanwalt

Abmahnwelle wegen angeblicher Datenschutzverstöße durch Verwendung von Google Fonts. Worum geht es dabei?

Wieder einmal geht eine Abmahnwelle durch das Land; Adressaten sind Websitebetreiber, die angeblich gegen das Datenschutzrecht verstoßen und deswegen anwaltlich auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Es wird den Webseitenbetreibern vorgeworfen, personenbezogenen Daten von Websitebesuchern (hier IP-Daten) nicht ausreichend zu schützen, weil diese durch die dynamische Einbindung der Software Google Fonts an Google und die Server in den USA übermittelt würden. Die Menge der verschickten Abmahnungen lässt die Vermutung zu, dass das Augenmerk der Abmahner in erster Linie darauf gerichtet ist, schnelles Geld zu machen und weniger darauf, für datenschutzkonforme Webseiten zu sorgen.

Was ist an diesen Vorwürfen dran? Google bietet Webseitenbetreibern mit seinem Programm Google Fonts die Möglichkeit, verschiedene Schriftarten (engl.: fonts) auf der Website zu nutzen,

ohne diese vorher auf den eigenen Server herunterladen zu müssen. Dazu lädt die Webseite bei jedem Besuch die notwendigen Schriftarten von den Google Servern in den USA herunter. Gleichzeitig lesen die Google Server die Daten der Webseitenbesucher aus und übermitteln diese an die Server von Google in den USA.

Dies steht jedoch im Gegensatz zum europäischen Datenschutz. Denn es dürfen keine personenbezogenen Daten in die USA übermittelt werden, da die amerikanischen Datenschutzvorschriften nicht im Einklang mit der europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) stehen. Die an die amerikanischen Server übermittelten Daten sind entgegen den Vorgaben der DS-GVO nicht vor Zugriffen von Dritten geschützt. Der Webseitenbesucher hat keinen Einfluss auf die Verwendung seiner Daten. Daher urteilte das Landgericht München I, Urt. v. 20.1.2022 – 3 O 17493/20) Anfang dieses Jahres, dass diese dynamische Einbindung von Google Fonts einen Verstoß gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt.

Dieses Urteil wird der Auslöser für die derzeitige Abmahnwelle gewesen sein.

Doch was ist zu tun, wenn man eine solche Abmahnung erhält? Wir raten Ihnen, die geforderte Zahlung zunächst nicht zu tätigen und auch keine Unterlassungserklärung zu unterschreiben. Denn viele der gegenwärtig im Umlauf befindlichen Abmahnungen werden ins Blaue hinein erhoben, ohne dass in einem Rechtsstreit bewiesen werden kann, dass der behauptete Websitebesuch wirklich stattgefunden hat und dass die Abmahnenden tatsächlich in ihren Rechten verletzt worden sind. Außerdem wird man aufgrund der systematischen Vorgehensweise eine rechtsmissbräuchliche Wahrnehmung dieses Rechtsmittels einwenden können.

Allerdings sollten Sie ihre Webseite unbedingt auf dynamische Google Fonts-Einbindungen untersuchen (lassen). Wenn solche Einbindungen vorliegen, so empfehlen wir deren umgehende Löschung oder Deaktivierung. Das Urteil des LG München I erachtet Google Fonts-Einbindungen, die keine Verbindung zu den amerikanischen Servern herstellen, für unbedenklich. Hierzu müssen Sie die gewünschte Schriftart herunterladen und über Ihren eigenen Server wieder hochladen und dann diese Google-Datei lokal auf der Webseite einbinden.

An dieser Stelle möchten wir Sie darauf hinweisen, dass nicht nur Google Fonts Daten an amerikanische Server übermittelt. Auch andere Google Services, wie Google Maps oder diverse Plugins für zum Beispiel Youtube, stellen Verbindungen zu ausländischen Servern her und übermitteln Daten. Es gilt also, die eigene Webseite auch auf solche dynamischen Inhalte zu überprüfen und diese ebenfalls zu deaktivieren. Der sicherste Weg wäre hier ein kompletter Verzicht auf solche Plugins. Sollte dies jedoch nicht möglich sein, müssen Sie sich die Zustimmung der Webseitenbesucher einholen und in Ihrer Datenschutzerklärung darauf hinweisen.

Für die Erstellung solcher Datenschutzerklärungen und das weitere Vorgehen gegen Abmahnungen stehen wir Ihnen gern beratend zur Seite.