

## Mandanten-Rundbrief

- Dezember 2019 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Keine vorkalkulatorische Preisanpassung bei Mengenmehrungen	2
2.	Verkehrssicherungspflicht auf der Baustelle – Haftungsrisiken auch für den Bauherrn – „sekundäre Verkehrssicherungspflicht“	3
3.	Einparkprobleme in der Tiefgarage – Mangel des Stellplatzes	4
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	4
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	9
IV.	Leitsätze zum Prozess- und öffentlichen Baurecht	13
V.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	14

Vangerowstraße 20 69115 Heidelberg Tel.: 06221/91290 Fax: 06221/912929	Myliusstraße 14 60323 Frankfurt Tel.: 069/72737415 Fax: 069/72737491	Lennéstraße 9 10785 Berlin Tel.: 030/2062780 Fax: 030/20627878	Königsallee 63/65 40215 Düsseldorf Tel.: 0211/4369870 Fax: 0211/4369879	Esplanade 39 20354 Hamburg Tel.: 040/22630380 Fax: 040/226303818	Finkenstraße 7 80333 München Tel.: 089/38859720 Fax: 089/38859728
---	---	---	--	---	--

Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim

## I. Privates Bau- und Architektenrecht

### 1. Keine vorkalkulatorische Preisanpassung bei Mengenerhöhungen

a) § 2 III Nr. 2 VOB/B regelt nur, dass bei der Parteivereinbarung über den neuen Preis Mehr- oder Minderkosten zu berücksichtigen sind. Die Vorschrift regelt hingegen nicht, wie die Vergütungsanpassung vorzunehmen ist.

b) Die Parteien können sich sowohl *bei Vertragsschluss* als auch *nachträglich* über einzelne Elemente der neuen Preisbildung verständigen.

c) Fehlt es an einer Einigung, so enthält der Vertrag eine Lücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist.

d) Die im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung vorzunehmende Abwägung ergibt, dass für die Bemessung des neuen Einheitspreises die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind.

BGH, Urteil vom 08.08.2019 - VII ZR 34/18

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung von Restwerklohn aus einer Position eines Einheitspreisvertrags aufgrund einer Mengenerhöhung in Anspruch. Dem liegt eine Beauftragung von Abbrucharbeiten unter Einbeziehung der VOB/B zugrunde. Im Angebot der Klägerin ist unter der streitigen Position für die vorgegebene Menge von 1t Schutt ein Einheitspreis von 462 €/t angeboten worden. Diesem Einheitspreis liegen kalkulierte Eigen- sowie Fremdkosten nebst GU-Zuschlag zugrunde. Tatsächlich sind jedoch 83,92t Schutt zu entsorgen. Die Klägerin legt die Schlussrechnung und bringt hierbei den Einheitspreis von 462 €/t in Ansatz. Der Beklagte akzeptiert dies nicht und ermittelt die entstandenen Kosten mit 92 €/t und ist bereit, darauf den GU-Zuschlag zu zahlen, was einen Einheitspreis von 109,88 €/t ergibt. Die Klägerin klagt die Differenz zu den 462 €/t ein.

Vor dem Landgericht wurde der Klägerin ein Einheitspreis von 149,88 €/t zugesprochen und

die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung hin wurde dieser Betrag noch um 52 Cent/t angehoben. Die Revision, mit der die Klägerin eine darüberhinausgehende Verurteilung des Beklagten anstrebte, blieb ohne Erfolg.

Während § 2 III Nr. 2 VOB/B seinem Wortlaut nach lediglich regelt, dass bei gewissen Mengenerhöhungen auf Verlangen einer Partei ein neuer Preis zu vereinbaren ist, lässt die Vorschrift die Frage offen, nach welchem Maßstab der neue Einheitspreis zu bilden ist. Insofern gibt die Klausel lediglich vor, dass der neue Preis „unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten“ zu vereinbaren ist. Nach der herrschenden Meinung in der Lehre und der obergerichtlichen Rechtsprechung kommt es dabei auf die ursprüngliche Kalkulation des Auftragnehmers an. Die Einzelbestandteile der Kalkulation sind lediglich unter Berücksichtigung konkreter Mehr- und Minderkosten fortzuschreiben (sog. vorkalkulatorische Preisfortschreibung), wodurch das Vertragspreisniveau bei der Bildung des neuen Einheitspreises beibehalten werden soll. Demnach komme es auf einen Vergleich der kalkulierten Kosten, *nicht jedoch auf die tatsächlichen Kosten* an.

Dem erteilt der BGH nun eine Absage und hebt zunächst hervor, dass eine mangelnde Einigung i.S.d. § 2 III Nr. 2 VOB/B eine Vertragslücke darstelle, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen sei. Danach sei entscheidend, was die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten. Es entspreche der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen, wenn durch die unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistungen keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahre. Dabei gehe es darum, auf Seiten des Auftragnehmers eine nicht auskömmliche Vergütung zu vermeiden und auf Seiten des Auftraggebers eine übermäßige Belastung zu verhindern.

Vor diesem Hintergrund komme es für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen auf die *tatsächlich erforderlichen Kosten* der über 10% hinausgehenden Leis-

tungsbestandteile *zuzüglich angemessener Zuschläge* an. Dieser Maßstab bewirke für den in § 2 III Nr. 2 VOB/B nicht geregelten Fall, dass die dort vorgesehene Einigung der Parteien als Reaktion auf die eingetretene Mengenerhöhung weder bezogen auf einen konkreten Preis noch auf einen Maßstab zur Preisbildung zustande kommt, einen bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen der Vertragsparteien.

Praxishinweis:

Diese Rechtsprechung des BGH überzeugt im vorliegenden (Einzel-)Fall, wo die tatsächlichen Kosten der Nachunternehmer bekannt und diese darüber hinaus auch unstrittig waren. Es wäre offensichtlich unbillig, wenn der Beklagte seinen ursprünglich – auf die Menge von *1t* – kalkulierten Einheitspreis weiterhin von der Klägerin verlangen könnte, während seine tatsächlichen Kosten infolge der Mehrmengen weitaus geringer ausgefallen sind. Damit käme es zu der vom BGH nicht gewollten übermäßigen Belastung des Auftraggebers, was sicherlich das vorweggenommene Ergebnis der Entscheidung war. Ob sich damit aber auch schwierigere und vor allem in der Sache streitigere Sachverhalte einer sachgerechten Lösung zuführen lassen, kann bezweifelt werden.

In jedem Fall dürfte es sich daher anbieten, dass sich die Parteien bereits bei Vertragsschluss über einzelne Elemente der neuen Preisbildung bei unvorhersehbaren Mehrmengen verständigen.

Rechtsanwalt Lukas Weiser  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## **2. Verkehrssicherungspflicht auf der Baustelle – Haftungsrisiken auch für den Bauherrn – „sekundäre Verkehrssicherungspflicht“**

**a) Auf einer Baustelle ist in erster Linie der einzelne Bauunternehmer verkehrssicherungspflichtig. Die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften, die die im konkreten Fall zu beachtenden Sorgfaltspflichten durch Bestimmungen über Sicherheitsmaßnahmen konkretisieren, wenden sich nur an ihn.**

**b) Einen mit der örtlichen Bauaufsicht, Bauleitung oder Bauüberwachung beauftragten Architekten trifft - ebenso wie den ihn beauftragenden Bauherrn - lediglich eine sog. "sekundäre Verkehrssicherungspflicht", wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Unternehmer in dieser Hinsicht nicht genügend sachkundig oder zuverlässig ist, wenn er Gefahrenquellen erkannt hat oder wenn er diese bei gewissenhafter Beobachtung der ihm obliegenden Sorgfalt hätte erkennen können.**

BGH, Beschluss vom 18.12.2018 – VI ZR 34/17

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Arbeitnehmer eines Bauunternehmers erlitt einen Arbeitsunfall auf der Baustelle. Bei der Durchführung von Innenausbauarbeiten war er durch eine fachwidrig errichtete Holzabdeckung über einem Treppenauge eingebrochen und in die Tiefe gestürzt. Er nahm sowohl den Bauherrn wie auch den bauleitenden Architekten auf Schadensersatz, Schmerzensgeld und die Feststellung der Ersatzpflicht für künftige Schäden in Anspruch. Das Landgericht gibt der Klage dem Grunde nach gegen Bauherrn wie gegen den Architekten statt. Die dagegen gerichtete Berufung bleibt beim OLG ohne Erfolg. Der Bauherr legte Revision zum BGH ein.

Mit dem o. g. Beschluss hob der BGH das OLG-Urteil gegen den Bauherrn auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an das OLG zurück, weil (bisher) nicht festgestellt werden konnte, dass der AG von der mangelhaften Abdeckkonstruktion wusste oder sie ihm erkennbar war. Der BGH stellte in dem Urteil wichtige Grundsätze zur Verkehrssicherungspflicht des Bauherrn klar: Auf einer Baustelle ist in erster Linie der Bauunternehmer verkehrssicherungspflichtig – zumal sich die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften nur an ihn wenden und die Versicherten vor den typischen Gefährdungen des jeweiligen Gewerbes schützen sollen.

Der Bauherr wird von seiner Verantwortung für die verkehrssichere Errichtung eines Bauwerks grundsätzlich weitgehend befreit wird, dass er mit der Planung und Bauleitung einen bewährten Architekten beauftragt und sich

dann mangels gegenteiliger Anhaltspunkte darauf verlassen darf, dass dieser dafür Sorge trägt, dass die Gewerke auf der Baustelle durch die hiermit beauftragten Fachunternehmen durchgeführt werden. Einen mit der örtlichen Bauaufsicht, Bauleitung oder Bauüberwachung beauftragten Architekten trifft - ebenso wie den ihn beauftragenden Bauherrn - lediglich eine „sekundäre Verkehrssicherungspflicht“, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Bauunternehmer diesbezüglich nicht genügend sachkundig oder zuverlässig ist, wenn er Gefahrenquellen erkannt hat oder wenn er diese bei gewissenhafter Beobachtung der ihm obliegenden Sorgfalt hätte erkennen können. Erst und nun dann ist er verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer zu verhindern. Der Arbeitnehmer trägt dabei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Bauherr die drohende Gefahr kannte oder erkennen konnte. Dies war durch das OLG als Vorinstanz noch nicht genügend aufgeklärt worden – daher die Zurückverweisung.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

### **3. Einparkprobleme in der Tiefgarage – Mangel des Stellplatzes**

**Die vereinbarte Beschaffenheit kann sich aus den Gesamtumständen der verkauften Wohnung ergeben.**

OLG Braunschweig, Urteil vom 20.06.2019 – 8 U 62/18 (PM)

Dass ein enger Tiefgaragenstellplatz einen Mangel darstellen kann, hat nun der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Braunschweig mit Urteil vom 20.06.2019 entschieden (Az. 8 U 62/18).

In dem Rechtsstreit hatte der Kläger von einem Bauträger eine Eigentumswohnung mit einem Tiefgaragenstellplatz erworben, der allein rund 20.000 EUR gekostet hatte. Der Stellplatz maß an der engsten Stelle nur 2,50 m und war damit nach Ansicht des Klägers zu schmal zum mühelosen Einparken. Der Kläger verlangte daher vom Bauträger zwei Drittel des Kaufpreises für den Stellplatz zurück.

Der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Braunschweig gab dem Kläger Recht und bejahte einen Mangel des Tiefgaragenstellplatzes. Vorliegend fehle die für den Stellplatz vereinbarte Beschaffenheit. Angesichts der Gesamtumstände der verkauften Wohnung, wie z. B. Preis und Lage, gehöre hier dazu, dass ein Durchschnittsfahrer den Abstellplatz zumindest mit einem gehobenen Mittelklassefahrzeug in zumutbarer Weise nutzen könne.

Der schon vom Landgericht beauftragte gerichtliche Sachverständige habe anhand von Parkversuchen und Berechnungen festgestellt, dass auf dem Stellplatz weder vorwärts noch rückwärts eingeparkt werden könne, wenn der Fahrer vorwärts auf den Parkplatz zufahre. Nur wenn ein Fahrer entweder 58 m vom Eingang der Tiefgarage bis zu seinem Stellplatz rückwärtsfahre oder aber in der 6 m breiten Fahrgasse wende, sei ein Parken auf dem Stellplatz möglich. Beides sei ihm, so der 8. Zivilsenat, aber nicht zumutbar.

Ob der Stellplatz gemäß den Regelungen der Niedersächsischen Garagen- und Stellplatzverordnung vom 04.09.1989 errichtet worden sei, sei für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht wesentlich. Es komme allein darauf an, ob der Garagenstellplatz seine Funktion erfülle. Dies sei vorliegend nicht der Fall.

Der Senat hielt eine Wertminderung von zwei Drittel des Kaufpreises für angemessen, denn der Stellplatz könne für die weit überwiegende Zahl von Personenkraftwagen nur eingeschränkt genutzt werden.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

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

### **1. Auch mangelfreie Unterfangungsarbeiten können Rissbildungen im Altbaubestand hervorrufen**

Zutreffend hat das Landgericht eine Beweiserleichterung für die Beklagte durch den Anscheinsbeweis verneint. Er erlaubt bei typischen Geschehensabläufen den Nachweis eines ursächlichen Zusammenhangs aufgrund

von Erfahrungssätzen. Die Tatsachen, aus denen nach einem solchen Erfahrungssatz auf eine typischerweise eintretende Folge oder Ursache geschlossen werden kann, müssen unstreitig oder bewiesen sein. Ein solcher Erfahrungssatz existiert hier aber nicht. Zwar sind im engen zeitlichen Zusammenhang mit Unterfangarbeiten Risse im Nachbarhaus bemerkt worden. Indes deutet dies nicht auf mangelhafte Unterfangungsarbeiten hin, denn – wie bereits oben erläutert – sind Unterfangungsarbeiten zwangsläufig mit Verformungserscheinungen verbunden. (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.04.2019 – 5 U 185/17

## **2. Haftung des Auftragnehmers bei fehlendem Bedenkenhinweis**

a) Der Auftragnehmer haftet für Mängel der Leistung gemäß § 13 Nr. 3 VOB/B auch dann, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung/Planung des Auftraggebers zurückzuführen ist. Von seiner Haftung kann er sich befreien, wenn er die ihm nach § 4 Nr. 3 VOB/B obliegende Mitteilung gemacht hat. Die fehlende Bedenkenanmeldung führt allerdings nicht zu einer alleinigen Haftung des Auftragnehmers, vielmehr gilt der Grundsatz der Berücksichtigung eines Mitverschuldens auch im Fall einer unterlassenen Bedenkenanmeldung. Insoweit hat auch beim Nacherfüllungsanspruch eine Abwägung zwischen der Fehlplanung des Auftraggebers und dem unterlassenen Bedenkenhinweis zu erfolgen ( § 254 BGB analog). (amtlicher Leitsatz)

b) Für die Frage, welche Maßnahmen der Besteller zur Mängelbeseitigung für erforderlich halten durfte, kommt es auf eine verständige Würdigung eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Bauherrn im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung an, wobei es sich insgesamt um vertretbare Maßnahmen der Schadens- oder Mängelbeseitigung handeln muss. Der Auftragnehmer trägt das Risiko, dass im Rahmen der durch den Auftraggeber veranlassten Mängelbeseitigung auch

Maßnahmen getroffen werden, die sich in nachträglicher Bewertung als nicht erforderlich erweisen. Gedanklich ist strikt zu trennen zwischen den hier in Rede stehenden Mängelbeseitigungsarbeiten und dem weiteren Streit über den Erfolg der Mängelbeseitigung. (amtlicher Leitsatz)

c) Der Auftragnehmer wird von seiner Einstandspflicht für eine fehlerhafte Ausführung einer Schottertragschicht, die zu Setzungen geführt hat, nicht deshalb befreit, weil eine (den Beteiligten nicht bekannte) weitere Ursache im tieferen Untergrund die aufgetretenen Setzungserscheinungen begünstigt haben kann. Eine solche weitere Ursache führt jedenfalls hier auch nicht deshalb zu einer Mithaftung des Auftraggebers, weil es sich bei einem nicht erkennbaren Baugrundrisiko um seinen Risikobereich und damit seine Verantwortung handeln könnte. (amtlicher Leitsatz)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.03.2019 – I-21 U 118/16

## **3. Unschlüssigkeit einer nicht auf Basis der Kostenberechnung erhobenen Honorarklage**

Der Kläger hat seinen Anspruch auf Architektenhonorar [...] nicht schlüssig dargetan. Der Kläger hat [...] seiner Honorarberechnung die Kostenschätzung zugrunde gelegt, was nur ausnahmsweise zulässig ist, soweit die LP 3 ohne diese Kostenberechnung beauftragt war oder eine Kündigung erfolgte, bevor eine Kostenberechnung für den Architekten möglich war. [...] Erfolgt die Honorarberechnung wie hier auf falscher Grundlage, ist die Berechnung nicht nachvollziehbar. (Zitat aus der Entscheidung)

LG Düsseldorf, Urteil vom 25.01.2019 – 16 O 274/17

## **4. Einvernehmlicher Verzicht auf förmliche Abnahme**

a) Die Parteien können [...] im Einzelfall auf eine vereinbarte förmliche Abnahme ein-



vernehmlich verzichten. (Zitat aus der Entscheidung)

- b) Ein solcher Verzicht kann insbesondere darin liegen, dass der Auftragnehmer die Schlussrechnung stellt und der Auftraggeber die fertige Bauleistung in Benutzung nimmt, ohne dass eine der Parteien dabei deutlich macht, dass sie noch auf die vereinbarte förmliche Abnahme zurückkommen will, wobei unerheblich ist, ob sich die Parteien der Tatsache bewusst waren, dass eine förmliche Abnahme eigentlich vorgesehen war oder ob sie das nur vergessen haben. (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2018 – 22 U 93/18

#### **5. Kein Anspruch auf Abschlagszahlung bei Schlussrechnungsreife**

- a) Eine Abschlagsforderung kann nicht mehr verlangt werden, wenn die Bauleistung abgenommen oder ein Abrechnungsverhältnis entstanden ist und die Frist abgelaufen ist, binnen derer der Auftragnehmer gemäß § 14 Nr. 3 VOB/B die Schlussrechnung einzureichen hat. (amtlicher Leitsatz)
- b) Soweit sich aus der Schlussrechnung ein unstreitiges positives Guthaben ergibt, ist dieses als endgültige Teil-Schlusszahlung (und nicht als Abschlagszahlung im Sinne des § 16 Abs. 1 VOB/B) zu begleichen. (amtlicher Leitsatz)
- c) Als Gläubiger des Abschlagszahlungsanspruchs hat der Auftragnehmer dessen Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen. Dazu gehört als ungeschriebenes negatives Tatbestandsmerkmal die fehlende Schlussrechnungsreife. (amtlicher Leitsatz)
- d) Der Auftraggeber muss im Prozess im Rahmen einer sekundären Darlegungslast zur Schlussrechnungsreife vortragen, um dem Auftragnehmer den Vortrag und den Beweis zu ermöglichen, dass mangels Schlussrechnungsreife weiterhin ein An-

spruch auf Abschlagszahlung besteht. (amtlicher Leitsatz)

- e) Abschlags- und Vorauszahlungsforderungen können selbstständig geltend gemacht werden und sind deshalb bis zum Eintritt der Schlussrechnungsreife zu verzinsen, wenn die Voraussetzungen des Verzugs vorliegen. Dieser Zinsanspruch bleibt auch nach Eintritt der Schlussrechnungsreife durchsetzbar. (amtlicher Leitsatz)
- f) Ein umfassender Einwendungsausschluss in AGB, der die Berufung auf die später eingetretene Schlussrechnungsreife und damit den Wegfall der Abzahlungs- bzw. Vorauszahlungsforderung verbieten würde, ist nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des Schuldners auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr unwirksam. (amtlicher Leitsatz)

OLG Stuttgart, Vorbehaltsurteil vom 12.12.2019 – 10 U 152/18

#### **6. Besondere Leistungen als Teil des ursprünglich geschuldeten Leistungssolls**

- a) Auch „Besondere Leistungen“ können vom ursprünglich geschuldeten Leistungssoll umfasst sein.
- b) Ergibt sich aus der Leistungsbeschreibung unter Berücksichtigung aller dem Vertrag zugrunde liegenden Umstände klar und eindeutig, dass ein bestimmtes Leistungsdetail Gegenstand der Preisvereinbarung ist, so bedarf es seiner weiteren Erwähnung im Vertrag grundsätzlich nicht (BGH, Urteil vom 22.12.2011, Az. VII ZR 67/11 -, BGHZ 192, 172-181, Rn. 20). (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Bereits die Ausschreibung einer Deckenschalung unter ausdrücklicher Angabe der Höhe von mehr als 3,5 m ergibt das Leistungssoll von Traggerüsten der „Bemesungsgrenze“ B. Dies ergibt sich unabhängig davon, ob die Traggerüste als ein Teil der Schalung oder davon unabhängi-

ges Hilfsmittel für die Herstellung der Schalung einzustufen sind.

KG Berlin, Urteil vom 05.04.2019 – 21 U 72/16  
(noch nicht rechtskräftig)

## **7. Abnahme durch Einreichung des Baugenehmigungsantrags**

Ist der Architekt mit der Planung bis zur Leistungsphase 4 HOAI (Genehmigungsplanung) beauftragt, so liegt in der Einreichung der Planungsunterlagen durch den Auftraggeber im Rahmen des Baugenehmigungsantrages die Abnahme der Architektenleistung. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Auftraggeber die Schlussrechnung des Architekten vorbehaltlos begleicht. Darauf, dass das Bauamt auf der Grundlage der dauerhaft genehmigungsfähigen Planungsunterlagen auch tatsächlich eine Baugenehmigung erteilt, hat der Architekt keinen Einfluss. Ohne abweichende Vereinbarung fällt dieses Risiko in die Sphäre des Auftraggebers, der gegebenenfalls seinen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung öffentlich-rechtlich durchsetzen muss. (amtlicher Leitsatz)

OLG Köln, Beschluss vom 21.02.2019 – 16 U 140/18

## **8. Erheblichkeitsschwelle beim Rücktritt vom Bauträgervertrag**

Der Gläubiger kann, auch wenn der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, nicht vom Vertrag zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist, § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB. Selbst wenn, wie die Beklagte vorträgt, zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärungen die Kläger Zahlungen in Höhe von 1.049.816,20 Euro geleistet hatten und die Differenz zur geschuldeten Bauträgervergütung mithin 110.183,80 Euro, also 9,0 % betrug, liegt hierin kein so erheblicher Zahlungsverzug, der einen Rücktritt rechtfertigen würde. Schon nach dem alleinigen Vortrag der Beklagten beläuft sich der von ihr noch beanspruchte Kaufpreisanteil lediglich auf 9,0 % des Gesamtkaufpreises – ohne Berücksichtigung der formunwirksam vereinbarten Sonderwünsche. Er unterschreitet deshalb bereits die in Rechtsprechung und

Literatur vielfach angenommene Erheblichkeitsschwelle von 10 % (vgl. nur OLG Bamberg, Beschluss vom 18.09.2008 – 8 W 60/08). (Zitat aus der Entscheidung)

OLG München, Urteil vom 14.08.2018 – 9 U 3345/17 Bau

## **9. Stillschweigende Abnahme durch schlüssiges Verhalten**

Eine stillschweigende Abnahme durch schlüssiges Verhalten kann bei Vorliegen einer Abnahmesituation durch den Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung erfolgen, wenn dem Auftraggeber einer Heizungsanlage im Winter sieben Wochen zur Prüfung der Funktionsfähigkeit zur Verfügung standen.

OLG München, Urteil vom 08.05.2019 – 20 U 124/19

## **10. Widerlegbare Vermutung der Vollständigkeit der Vertragsurkunde**

- a) Gerade wenn die Parteien einen schriftlichen Vertrag schließen wollen, kommt ein Vertrag im Zweifel überhaupt erst zustande, wenn die Vertragsurkunde erstellt ist (§ 154 Abs. 2 BGB). (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Die Besprechungsergebnisse aus der Verhandlungszeit können nur dann Bestand haben, wenn dies zum zuletzt niedergelegten Vertragsinhalt passt. Die Vertragsurkunde hat die (widerlegbare) Vermutung der Vollständigkeit für sich. (Zitat aus der Entscheidung)

OLG München, Urteil vom 07.06.2016 – 9 U 1677/15 Bau

## **11. Nicht genehmigter Einsatz von Nachunternehmern**

- a) Der nicht genehmigte Einsatz von Nachunternehmern rechtfertigt eine Auftragsentziehung gemäß §§ 8 Abs. 3; 4 Abs. 8 VOB/B grundsätzlich nur, wenn der Unternehmer die Arbeiten selbst ausführen

kann (§ 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 3 VOB/B) und eine Nachfrist zur Aufnahme der Leistung im eigenen Betrieb fruchtlos abgelaufen ist (§ 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 4 VOB/B). (Zitat aus der Entscheidung)

- b) Der Beklagten war von Vertragsbeginn an bekannt, dass die Klägerin die beauftragten Leistungen „Abbruch/Rückbau“ nicht selbst erbringen kann, sondern ihrerseits eine Nachunternehmerin einsetzen wird. Damit hat sie bestätigt, dass sie mit einer Erbringung der Leistung durch Nachunternehmer grundsätzlich einverstanden war. (Zitat aus der Entscheidung)

KG, Urteil vom 18.10.2016 – 7 U 90/15

## **12. Zahlungen an Bauunternehmer als Bargeschäfte gemäß § 142 InsO**

- a) Unter dem Gesichtspunkt des Bargeschäfts werden gemäß § 142 InsO Leistungen privilegiert, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in das Schuldnervermögen gelangt ist. [...] Allerdings setzt das in der Vorschrift enthaltene Tatbestandsmerkmal „unmittelbar“ voraus, dass Leistung und Gegenleistung in einem engen zeitlichen Zusammenhang ausgetauscht werden. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Bei länger währenden Vertragsbeziehungen ist für die Annahme eines Bargeschäfts zu verlangen, dass die jeweiligen Leistungen und Gegenleistungen zeitlich oder gegenständlich teilbar sind und zeitnah – entweder in Teilen oder abschnittsweise – ausgetauscht werden. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) So können Zahlungen, mit denen ein Bauunternehmer nach Baufortschritt entlohnt wird, Bargeschäfte sein, falls der Abstand zwischen den einzelnen Raten nicht zu groß wird (BGH, Urteil vom 13.04.2006 – IX ZR 158/05, NJW 2006, 2701-2705, Rn. 32-34 nach juris). (Zitat aus der Entscheidung)

KG, Urteil vom 07.12.2018 – 14 U 132/17

## **13. Mangel des Architektenwerkes**

- a) Nach § 633 Abs. 2 S. 2 BGB a.F. steht es einem Sachmangel gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt. Der Architekt hat die Entscheidung des Bauherrn umzusetzen und darf hiervon nicht eigenmächtig abweichen (vgl. BGH, Urteil vom 08.01.1998 – VII ZR 141/97). (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Zwar ist es Aufgabe des Architekten, die Bauwünsche seines Auftraggebers zu ermitteln und die Möglichkeiten für die Realisierung aufzuzeigen (BGH, Urteil vom 08.01.1998 – VII ZR 141/97). Es kann aber dahinstehen, ob der Beklagte verpflichtet war, der Klägerin die Variante 4 vorzuschlagen. Denn zur Überzeugung des Senats war die Variante 4 baurechtlich nicht genehmigungsfähig mit der Folge, dass sich ein etwaiges Unterlassen des Beklagten nicht schadensbegründend ausgewirkt hat. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Ein Fachplaner bzw. Architekt hat grundsätzlich nur eine im Zeitpunkt seiner Leistungserbringung geltende DIN zu beachten (OLG München, Beschluss vom 12.01.2015 – 9 U 3395/14). (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Jena, Urteil vom 30.06.2016 – 1 U 964/08

## **14. Abzug neu für alt bei 12 Jahre beeinträchtigungsfreier Nutzung eines Flachdachs**

Nach 12 Jahren Nutzungsdauer ohne Beeinträchtigung kann der Abzug neu für alt für ein Flachdach unter Zugrundelegung einer Lebensdauer von 25 Jahren im Wege einer linearen Berechnung geschätzt werden.

OLG München, Beschluss vom 11.03.2019 – 28 U 95/19 Bau

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim



### III. Leitsätze zum Vergaberecht

#### 1. Rechtliche und tatsächliche Identität und Verschmelzung

Ein im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags in der Vorauswahl berücksichtigter Bewerber kann ein Angebot abgeben, auch wenn er sich aufgrund einer Verschmelzungsvereinbarung, die zwischen der Vorauswahlphase und der Angebotsphase geschlossen und nach dieser Abgabephase umgesetzt wird, verpflichtet, einen anderen in der Vorauswahl berücksichtigten Bewerber aufzunehmen. Art. 28 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG ist dahin auszulegen, dass dies in Anbetracht des Erfordernisses der rechtlichen und tatsächlichen Identität zwischen den in der Vorauswahl berücksichtigten Wirtschaftsteilnehmern und den Wirtschaftsteilnehmern, die Angebote abgeben, nicht entgegsteht.

EuGH, Urteil vom 11.07.2019 – C-697/17

#### 2. Nach § 70 Abs. 1 GO LSA a. F. muss das Zuschlagsschreiben einer Gemeinde für den wirksamen Abschluss des Bauvertrags im Vergabeverfahren mit dem Dienstsiegel versehen werden

- a) Nach § 70 Abs. 1 GO LSA a.F. sind Willenserklärungen, durch die die Gemeinde verpflichtet werden soll, nur rechtsverbindlich, wenn sie handschriftlich vom Bürgermeister unterzeichnet und mit dem Dienstsiegel versehen sind. Fehlt das Dienstsiegel auf dem Zuschlagsschreiben, so ist der Bauvertrag im Vergabeverfahren nicht wirksam geschlossen worden. Zwar bedarf die Zuschlagserteilung nach § 18 VOB/A 2012 keiner besonderen Form; die Vorschriften der Gemeindeordnung regeln aber die Vertretungsmacht des Bürgermeisters und sind keine Bestimmung über die einzuhaltende Form. (amtlicher Leitsatz)

- b) Die in § 70 Abs. 4 GO LSA a.F. normierte Ausnahme vom Erfordernis des Absatzes 1, eine Erklärung im Geschäft der laufenden Verwaltung, ist nicht gegeben bei einem Bauauftrag, der integraler Bestandteil einer umfangreichen und aufwändigen Sanierung einer Kindertagesstätte ist. (amtlicher Leitsatz)

OLG Naumburg, Beschluss vom 26.11.2018 – 2 U 38/18

#### 3. Keine Änderung der Vergabeunterlagen durch Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des Auftragnehmers

- a) Bedingt sich der öffentliche Auftraggeber in den Vergabeunterlagen (hier: § 1 Abs. 1.3 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen für Bauleistungen [ZVBBau] Stand 10.06.2015) aus, dass etwaige Vorverträge, in den Vergabeunterlagen nicht als Vertragsbestandteile aufgeführte Unterlagen, Protokolle oder Klauselwerke oder sonstige Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss, insbesondere Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des Auftragnehmers nicht Vertragsbestandteil werden, und stellt ein Bieter mit seinem Angebot abweichende Zahlungsbedingungen, können diese infolge der Abwehrklausel des Auftraggebers im Falle der Auftragserteilung keine rechtliche Wirkung entfalten. Ein Ausschluss des Angebots wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen ist deshalb nicht erforderlich und nicht zulässig. (amtlicher Leitsatz)
- b) Auch ohne Geltung von § 1 Abs. 1.3 ZVBBau kann ein Angebot, dem der Bieter eigene Unterlagen wie namentlich Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen beigefügt hat, ohne Verstoß gegen § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A in der Wertung verbleiben, wenn nach bloßer Streichung des Hinzugefügten ein dem maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen vollständig entsprechendes Angebot vorliegt. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urteil vom 18.06.2019 – X ZR 86/17

#### **4. Änderung der Zuschlagskriterien**

- a) Ändert sich die Rechtsform eines Architekturbüros nach erfolgreicher Teilnahme (Preisträger) an einem Realisierungswettbewerb, aber vor Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gem. § 14 Abs. 4 Nr. 8 VgV, ist für die Teilnahme des Büros in neuer Rechtsform am Verhandlungsverfahren allein maßgeblich, ob es den preisgekrönten Entwurf urheberrechtlich uneingeschränkt umsetzen darf und die ursprünglichen Eignungsanforderungen erfüllt. (amtlicher Leitsatz)
- b) Es bedürfte eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV, um zu entscheiden, ob eine Änderung der Zuschlagskriterien im Verhandlungsverfahren nach § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV unter Berücksichtigung des Erwägungsgrunds 45 der Richtlinie 2014/24/EU nur im Rahmen von Verhandlungen zwischen einem Bieter und dem öffentlichen Auftraggeber unzulässig sind oder ob ein allgemeines Änderungsverbot besteht. (amtlicher Leitsatz)
- c) Aufgrund von § 17 Abs. 12 Satz 2 VgV ist ein Verhandlungsverfahren gem. § 14 Abs. 4 Nr. 8 VgV allein mit dem Wettbewerbsgewinner allenfalls dann noch zulässig, wenn der Auftrag nach den Bedingungen des Wettbewerbs zwingend an den Wettbewerbsgewinner vergeben werden muss. Ist dies nicht der Fall, ist das Verhandlungsverfahren mit allen Preisträgern zu führen. (amtlicher Leitsatz)
- d) In einem Planungswettbewerb nach VgV und (unmodifiziert vereinbarter) RPW 2013 ist der erste Preisträger gem. § 8 Abs. 2 RPW 2013 regelmäßig, aber nicht zwangsläufig mit den (weiteren) Planungsleistungen zu beauftragen. (amtlicher Leitsatz)
- e) Der Umstand, dass der Auftraggebers gem. § 8 Abs. 2 RPW 2013 regelmäßig den ersten Preisträger zu beauftragen hat, ist bei der Gewichtung der Auswahlkriterien in geeigneter Weise zu berücksichtigen. (OLG Frankfurt, Beschluss vom

11.04.2017 - 11 Verg 4/17). (amtlicher Leitsatz)

VK Südbayern, Beschluss vom 03.07.2019 – Z3-3-3194-1-09-03/19

#### **5. Geeignete Unternehmen**

- a) Öffentliche Aufträge werden an geeignete Unternehmen vergeben (§ 122 Abs. 1 GWB, § 6 EU Abs. 1 VOB/A), wobei ein Unternehmen geeignet ist, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien (Eignungskriterien) erfüllt (§ 122 Abs. 2 S. 1 GWB, § 6 EU Abs. 2 S. 1 VOB/A). (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Kann auf dieser Grundlage unter Beachtung der Vorgaben für die Eignungsprüfung nicht festgestellt werden, dass ein Unternehmen die Eignungskriterien erfüllt, ist es zwingend von Vergabeverfahren auszuschließen [...]. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Unklare Vorgaben der Vergabestelle im Hinblick auf das Gebot transparenter Verfahrensgestaltung aus § 97 Abs. 1 S. 1 GWB dürfen nicht zu Lasten der Bieter gehen (m. H. a. OLG Brandenburg, Beschluss vom 07.08.2012 – Verg W 5/12 -, juris Rn. 110). (Zitat aus der Entscheidung)
- d) In vergaberechtskonformer Auslegung der Vorgaben in dem genannten Formblatt dürfen auch mehr als drei Nachweise vorgelegt werden, um die berufliche und technische Leistungsfähigkeit im gesamten Leistungsspektrum der ausgeschriebenen Leistungen belegen zu können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.09.2012 – VII-Verg 108/11 -, juris Rn. 31). (Zitat aus der Entscheidung)

KG, Beschluss vom 04.06.2019 – Verg 8/18

## **6. Stichpunktartiger Vergabevermerk**

- a) Ob die tatsächlich durchgeführte Wertung vergaberechtskonform erfolgte, muss sich gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 VgV aus dem Vergabevermerk ergeben. Die Auftraggeber müssen das Vergabeverfahren von Anfang an dokumentieren und insbesondere textlich die Gründe für die Auswahlentscheidung und den Zuschlag im Vergabevermerk darlegen. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Ein Verstoß gegen § 8 Abs. 2 VgV liegt nicht darin, dass die Antragsgegnerin die Gründe für die Bewertung der Konzepte der Antragstellerin nur stichpunktartig in ihre Bewertungsvordrucke aufgenommen hat. Die Antragsgegnerin konnte die Gründe für die Konzeptbewertungen auch noch nachträglich dokumentieren und zeitgleich im Nachprüfungsverfahren darlegen. Eine solche nachträgliche Dokumentation bzw. nachgeholte schriftliche Begründung der Wertungsentscheidung ist grundsätzlich und auch hier zulässig. Der BGH hat in seinem Beschluss vom 08.02.2011, X ZB 4/10, ausgeführt, dass der öffentliche Auftraggeber im Nachprüfungsverfahren nicht kategorisch mit allen Aspekten und Argumenten präkludiert ist, die nicht zeitnah im Vergabevermerk niedergelegt worden sind. Entscheidend ist hingegen, dass keine manipulativen Gesichtspunkte feststellbar sind, so auch das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.05.2018, Verg 13/18. (Zitat aus der Entscheidung)

VK Westfalen, Beschluss vom 14.02.2019 – VK 1-44/18 (noch nicht bestandskräftig)

## **7. Referenzen von Konzerngesellschaften unterfallen den Vorschriften über die Eignungsleihe**

- a) Die Referenzen eines anderen Unternehmens können dem Bieterunternehmen zugerechnet werden, wenn das Referenzunternehmen von dem Bieterunternehmen, sei es im Wege der Verschmelzung oder Fusion, übernommen worden ist und die für den Referenzauftrag maß-

geblichen Erfahrungen und Ressourcen übergegangen sind. (Zitat aus der Entscheidung)

- b) Soweit sich Bieter zum Nachweis ihrer beruflichen und technischen Leistungsfähigkeit auf Referenzen von Konzerngesellschaften berufen, unterfällt diese Möglichkeit den Vorschriften über die Eignungsleihe (Senatsbeschlüsse vom 30.06.2010, VII-Verg 13/10 – juris, Rn. 34 und vom 28.06.2006, VII-Verg 18/06 – juris, Rn. 24; anders noch OLG München, Beschluss vom 29.11.2007, Verg 13/10 – juris, Rn. 52, nunmehr jedoch wie hier OLG München, Beschluss vom 15.03.2012, Verg 2/12). Auch beherrschte oder abhängige Konzerngesellschaften sind, solange sie rechtlich selbstständig sind, „andere Unternehmen“ im Sinne von § 6d Abs. 1 S. 1 VOB/A EU. Selbst bei engster Verflechtung innerhalb eines Konzerns muss die für die Eignungsleihe wesentliche Voraussetzung der Verfügbarkeit der Kapazitäten des anderen Unternehmens vom Bieter nachgewiesen werden (Senatsbeschluss vom 30.06.2010, VII-Verg 13/10; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 02.04.2013, 1 Verg 1/13; [...]). (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.04.2019 – Verg 36/18

## **8. Anforderungen an Nebenangebote**

- a) Im Rahmen der Prüfung der Angebote erfolgt die Prüfung eingegangener Nebenangebote auf Gleichwertigkeit zur ausgeschriebenen Leistung. Nebenangebote müssen, um gewertet werden zu können, zur ausgeschriebenen Leistung gleichwertig sein, hierzu OLG Naumburg, Beschluss vom 08.02.2005, Az. 1 Verg 20/04: „Nebenangebote dürfen zwar per Definition von den Festlegungen der Verdingungsunterlagen abweichen, müssen aber einem Hauptangebot qualitativ und quantitativ gleichwertig sein. Sie dürfen daher nicht von verbindlichen Festlegungen des Leistungsverzeichnisses, die für Haupt- und Nebenangebote gleichermaßen

ßen gelten, abweichen.“ (Zitat aus der Entscheidung)

- b) Voraussetzung der Prüfung ist jedoch, dass ein Nebenangebot inhaltlich klar beschrieben ist. Für Nebenangebote gelten dabei die gleichen Anforderungen, wie sie im umgekehrten Verhältnis für einen Auftraggeber bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung gelten. (Zitat aus der Entscheidung).
- c) Der Auftraggeber muss aus dem Nebenangebot klar und eindeutig erkennen können, welche Leistungen Inhalt des Nebenangebotes sind. (Zitat aus der Entscheidung)

VK Thüringen, Beschluss vom 15.04.2019 – 250-4002-11116/2019-N-002-HBN

#### **9. Nötige Form der Versendung der Mitteilung nach § 134 GWB**

- a) Die Mitteilung nach § 134 GWB ist vom Auftraggeber in Textform an den Bieter zu versenden. Die Stillhaltefrist des § 134 Abs. 2 Satz 1 und 2 GWB wird durch die Absendung der Information nach § 134 Abs. 1 GWB ausgelöst. (amtlicher Leitsatz)
- b) Die Mitteilung nach § 134 GWB kann nicht dadurch erfolgen, dass die Informationen nach § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB lediglich in einem internen Bieterbereich auf einer Vergabepattform eingestellt wird, wo der Bieter ihn abrufen kann. Dies gilt auch dann, wenn er eine Hinweismail, die keine der notwendigen Informationen nach § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB enthält, zugeschickt bekommt. (amtlicher Leitsatz)

VK Südbayern, Beschl. v. 29.03.2019 – Z3-3-3194-1—07-03/19

#### **10. Anforderungen an die Dokumentation**

- a) Einem öffentlichen Auftraggeber steht bei der Wertung der Angebote zwar ein Spielraum zu, der nur eingeschränkt insbesondere daraufhin überprüfbar ist, dass der

wertungsrelevante Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt und gewürdigt wurde, keine sachfremden Erwägungen angestellt wurden und der vorher festgelegte Bewertungsmaßstab eingehalten wurde (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.03.2013, VII-Verg 53/12). (Zitat aus der Entscheidung)

- b) Um die Transparenz der Wertungsentcheidung sowie die Gleichbehandlung der Bieter und damit die Nachprüfbarkeit des Wertungsprozesses, ob die o.g. Grenzen des Wertungsspielraums eingehalten wurden, zu gewährleisten, kommt der ordnungsgemäßen Dokumentation der Wertung durch den öffentlichen Auftraggeber nunmehr jedoch umso größeres Gewicht zu. Diese muss hinsichtlich der für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so umfänglich und detailliert sein, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften eines Angebots mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind. (Zitat aus der Entscheidung)

VK Bund, Beschluss vom 12.04.2019 – VK 1-11/19

#### **11. Beschränkung der Befugnis zur Vergabe eines Unterauftrags**

Die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG in der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2015/2170 der Kommission vom 24.11.2015 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, die den Teil des Auftrags, den der Bieter als Unterauftrag an Dritte vergeben darf, auf 30 % beschränkt. (amtlicher Leitsatz)

EuGH (Fünfte Kammer), Urt. v. 26.09.2019 – C-63/18 – Vitali SpA/Autostrade per l'Italia SpA

## **12. Konzessionsverlängerung ohne Ausschreibung**

Die Italienische Republik hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 2 und 58 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge in der durch die Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 geänderten Fassung verstoßen, dass sie die Konzession für den Abschnitt der Autobahn A 12 (Livorno–Civitavecchia) zwischen Livorno und Cecina (Italien) ohne Veröffentlichung einer Ausschreibung vom 31.10.2028 bis zum 31.12.2046 verlängert hat. (amtlicher Leitsatz)

EuGH (Fünfte Kammer), Urt. v. 18.09.2019 – C-526/17 – Kommission/Italienische Republik

## **13. Vorgabe der Anwendung des Preisrechts der HOAI**

- a) Das streitgegenständliche Vergabeverfahren leidet an dem hier von Amts wegen aufzugreifenden Mangel, dass für das Zuschlagskriterium des Preises und die hierfür erforderliche Honorarkalkulation durch die Bieter zumindest teilweise das verbindliche Preisrecht der HOAI anzuwenden und von der AG vorgegeben war, § 127 Abs. 2 GWB, § 76 Abs. 1 Satz 2 VgV. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Es steht auch nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten, sich die Entscheidung des EuGH als nicht relevant zu qualifizieren. (Zitat aus der Entscheidung)

BKartA, Beschl. v. 30.08.2019 – VK 2-60/19

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

## **IV. Leitsätze zum Prozess- und öffentlichen Baurecht**

### **1. Mündliche Erläuterung des Sachverständigengutachtens**

Für die Frage, ob die Ladung eines Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung des von

ihm erstatteten Gutachtens geboten ist, kommt es nicht darauf an, ob das Gericht noch Erläuterungsbedarf sieht oder ob ein solcher von einer Partei nachvollziehbar dargetan worden ist (st. Rspr., vgl. nur Senatsbeschluss vom 10.07.2018 - VI ZR 580/15). (amtlicher Leitsatz).

BGH, Beschluss vom 07.05.2019 – VI ZR 257/17

### **2. Negative Feststellungsklage zur Frage der erfolgten Abnahme**

Die Frage, ob eine Abnahmeerklärung nicht erfolgt ist und deshalb die Abnahmewirkungen nicht eingetreten sind, kann gemäß § 256 Abs. 1 ZPO Gegenstand einer negativen Feststellungsklage sein. Gleiches gilt für die Frage, ob die Abnahmewirkungen gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. nicht eingetreten sind, weil keine Verpflichtung zur Abnahme besteht (Fortführung von BGH, Urteil vom 27.02.1996 X ZR 3/94, BGHZ 132, 96 = BauR 1996, 386). (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urteil vom 09.05.2019 – VII ZR 154/18

### **3. Nutzungsuntersagung wegen Wegfall des zweiten Rettungsweges**

Eine Nutzungsuntersagung wegen des nachträglichen Wegfalls des zweiten Rettungsweges kann auch ausgesprochen werden, wenn erst 14 Jahre nach der Erteilung einer Baugenehmigung, die diesen Sachverhalt betraf, deren fehlende Umsetzung bemerkt wurde, da dies angesichts der damit verbundenen erheblichen Gefahren nicht den Verzicht auf eine zügige und effektive Gefahrenbeseitigung rechtfertigt.

OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 16.05.2019 – 2 S 18.19

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim



## **V. Entscheidungen zum Arbeitsrecht**

### **1. Sachgrundlose Befristung – Vorbeschäftigung**

Wird ein Arbeitnehmer 22 Jahre nach der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses erneut bei demselben Arbeitgeber eingestellt, gelangt das in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG bestimmte Verbot der sachgrundlosen Befristung nach einer Vorbeschäftigung in verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift regelmäßig nicht zur Anwendung.

Die Klägerin war in der Zeit vom 22.10.1991 bis zum 30.11.1992 bei der Beklagten als Hilfsbearbeiterin für Kindergeld beschäftigt. Mit Wirkung zum 15.10.2014 stellte die Beklagte die Klägerin als Telefonserviceberaterin im Servicecenter erneut ein. Das zunächst bis zum 30.06.2015 sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis wurde später bis zum 30.06.2016 verlängert. Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Feststellung, dass ihr Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Befristung am 30.06.2016 geendet hat. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben.

Die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten hatte Erfolg. Die Befristung des Arbeitsvertrags ist ohne Sachgrund wirksam. Nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes zwar nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 06.06.2018 (- 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 -) können und müssen die Fachgerichte jedoch durch verfassungskonforme Auslegung den Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einschränken, soweit das Verbot der sachgrundlosen Befristung unzumutbar ist, weil eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Das Verbot der sachgrundlosen Befristung kann danach ua. dann unzumutbar sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lang

zurückliegt. Um einen solchen Fall handelt es sich vorliegend, da die Vorbeschäftigung bei der erneuten Einstellung 22 Jahre zurücklag. Besondere Umstände, die dennoch die Anwendung des in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG bestimmten Verbots gebieten könnten, liegen nicht vor.

Bundesarbeitsgericht vom 21.08.2019 - 7 AZR 452/17 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

### **2. Altersteilzeit im Blockmodell – Urlaub für die Freistellungsphase**

Nach Beendigung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses im Blockmodell besteht kein Anspruch auf Abgeltung von Urlaub für die sog. Freistellungsphase.

Der Kläger war bei der Beklagten im Rahmen eines Vollzeitverhältnisses beschäftigt. Ab dem 01.12.2014 setzten die Parteien das Arbeitsverhältnis als Altersteilzeitarbeitsverhältnis mit der Hälfte der bisherigen Arbeitszeit fort. Nach dem vereinbarten Blockmodell war der Kläger bis zum 31.03.2016 im bisherigen Umfang zur Arbeitsleistung verpflichtet und anschließend bis zum 31.07.2017 von der Arbeitsleistung freigestellt. Während der Dauer des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses erhielt er sein auf der Grundlage der reduzierten Arbeitszeit berechnetes Gehalt zuzüglich der Aufstockungsbeträge. Dem Kläger stand nach dem Arbeitsvertrag jährlich an 30 Arbeitstagen Urlaub zu. Im Jahr 2016 gewährte ihm die Beklagte an acht Arbeitstagen Erholungsurlaub. Der Kläger hat den Standpunkt eingenommen, für die Freistellungsphase der Altersteilzeit habe er Anspruch auf insgesamt 52 Arbeitstage Urlaub gehabt, den die Beklagte abzugelten habe.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg.

Nach § 3 Abs. 1 BUrlG beläuft sich der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei einer gleichmäßigen Verteilung der Arbeit auf sechs

Tage in der Woche auf 24 Werktage. Ist die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers auf weniger oder mehr als sechs Arbeitstage in der Kalenderwoche verteilt, muss die Anzahl der Urlaubstage unter Berücksichtigung des für das Urlaubsjahr maßgeblichen Arbeitsrhythmus berechnet werden, um für alle Arbeitnehmer eine gleichwertige Urlaubsdauer zu gewährleisten (24 Werktage x Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht geteilt durch 312 Werktage, vgl. BAG 19. März 2019 - 9 AZR 406/17 -). Einem Arbeitnehmer, der sich in der Freistellungsphase eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses befindet und im gesamten Kalenderjahr von der Arbeitspflicht entbunden ist, steht mangels Arbeitspflicht kein gesetzlicher Anspruch auf Erholungsurlaub zu. Die Freistellungsphase ist mit „null“ Arbeitstagen in Ansatz zu bringen. Vollzieht sich der Wechsel von der Arbeits- in die Freistellungsphase im Verlauf des Kalenderjahres, muss der Urlaubsanspruch nach Zeitabschnitten entsprechend der Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht berechnet werden.

Bei einem Altersteilzeitarbeitsverhältnis im Blockmodell sind Arbeitnehmer in der Freistellungsphase weder aufgrund gesetzlicher Bestimmungen noch nach Maßgabe des Unionsrechts Arbeitnehmern gleichzustellen, die in diesem Zeitraum tatsächlich gearbeitet haben. Diese Grundsätze gelten auch für den vertraglichen Mehrurlaub, wenn die Arbeitsvertragsparteien für die Berechnung des Urlaubsanspruchs während der Altersteilzeit keine von § 3 Abs. 1 BUrlG abweichende Vereinbarung getroffen haben.

Bundesarbeitsgericht vom 24.09.2019 - 9 AZR 481/18 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

### **3. Heimarbeit - Verdienstsicherung und Urlaubsabgeltung**

Ein Heimarbeiter kann nach Maßgabe des Heimarbeitsgesetzes (HAG) eine Sicherung seines Entgelts für die Dauer der Kündigungsfrist sowie Urlaubsabgeltung nach dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) verlangen.

Der Kläger erbrachte für die Beklagte regelmäßig Leistungen als selbstständiger Bauingenieur/Programmierer in Heimarbeit. Nachdem die Beklagte beschlossen hatte, ihr Unternehmen aufzulösen und zu liquidieren, wies sie dem Kläger seit Dezember 2013 keine Projekte mehr zu. Das Heimarbeitsverhältnis endete durch Kündigung der Beklagten mit Ablauf des 30.04.2016. Für diesen Zeitraum hat der Kläger von der Beklagten verlangt, ihm Vergütung iHv. 171.970,00 Euro brutto zu zahlen sowie 72 Werktage Urlaub iHv. 15.584,94 Euro brutto abzugelten.

Die Vorinstanzen haben der Klage teilweise stattgegeben. Soweit die Klage abgewiesen wurde, verlangt der Kläger mit der Revision die Zahlung weiterer 130.460,00 Euro brutto wegen Nichtausgabe von Heimarbeit sowie Urlaubsabgeltung für das Jahr 2014 iHv. 4.091,71 Euro brutto sowie iHv. 5.194,83 Euro brutto für das Jahr 2015. Die Revision vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts hatte nur hinsichtlich der begehrten Urlaubsabgeltung Erfolg.

Neben dem Entgelt, das die Beklagte für die Dauer der fiktiven Kündigungsfrist, während der sie keine Heimarbeit ausgab, schuldete, kann der Kläger keine weitere Vergütung verlangen. Ein Anspruch unter den Gesichtspunkten des Annahmeverzugs oder Schadensersatzes besteht nicht. Es fehlt an einer besonderen Absprache der Parteien, dem Kläger Projekte in einem bestimmten Umfang zuzuweisen. Heimarbeiter haben grundsätzlich keinen Anspruch auf Ausgabe einer bestimmten Arbeitsmenge. Da sie aber regelmäßig auf Aufträge angewiesen sind, sehen die Bestimmungen des Heimarbeitsgesetzes zum Kündigungsschutz eine Entgeltsicherung vor. Kündigt der Auftraggeber das Heimarbeitsverhältnis, kann der Heimarbeiter gemäß § 29 Abs. 7 HAG für die Dauer der Kündigungsfrist Fortzahlung des Entgelts beanspruchen, das er im Durchschnitt der letzten 24 Wochen vor der Kündigung durch Heimarbeit erzielt hat. § 29 Abs. 8 HAG sichert das Entgelt, wenn der Auftraggeber nicht kündigt, jedoch die Arbeitsmenge, die er mindestens ein Jahr regelmäßig an einen Heimarbeiter ausgegeben hat, um mindestens ein Viertel verringert. Die Entgeltsicherung nach § 29 Abs. 7 und Abs. 8 HAG

steht dem Heimarbeiter jedoch nur alternativ zu.

Die Höhe der bei Beendigung des Heimarbeitsverhältnisses geschuldeten Urlaubsabgeltung ist nach § 12 Nr. 1 BUrlG auf der Grundlage des Entgelts des Heimarbeiters in der Zeit vom 01.05. des vergangenen bis zum 30.04. des laufenden Jahres zu ermitteln. Für den Urlaub aus dem Jahr 2014 ist deshalb im Streitfall auf das Entgelt abzustellen, das der Kläger in der Zeit vom 01.05.2013 bis zum

30.04.2014 erzielt hat. Die hierfür erforderlichen Tatsachen wird das Landesarbeitsgericht nach der insoweit erfolgten Zurückverweisung der Sache aufzuklären haben. Für das Jahr 2015 steht dem Kläger Urlaubsabgeltung iHv. 1.103,12 Euro brutto zu.

Bundesarbeitsgericht vom 20.08.2019 - 9 AZR 41/19 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Wir stehen Ihnen selbstverständlich zur näheren Erläuterung der vorstehenden Entscheidungen zur Verfügung und überlassen Ihnen auch gerne weiterführendes Material (Gesetzes-  
texte, 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 oder diesen lieber als PDF per E-Mail erhalten möchten, teilen Sie uns dies bitte telefonisch oder per E-Mail an [heidelberg@bornheim.com](mailto:heidelberg@bornheim.com) mit.**

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -  
im Dezember 2019**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft von  
Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim

Verantwortliche Redakteurin: Rechtsanwältin Viviana Tambini, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg

Druck: City-Druck Heidelberg, Bergheimer Straße 119, 69115 Heidelberg