

Mandanten-Rundbrief

- Januar 2024 -

Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser,

in dieser Ausgabe unseres Mandanten-Rundbriefes empfehlen wir Ihnen insbesondere die Lektüre des Aufsatzes über die unerlaubte Rechtsberatung durch Architekten (Seite 5) sowie im Vergaberecht die Veränderungen der Rechtslage seit Oktober 2023 (Seite 17).

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Helmerich Bornheim
Rechtsanwalt

Vangerowstraße 20
69115 Heidelberg
Tel.: 06221/91290
Fax: 06221/912929

Myliusstraße 14
60323 Frankfurt
Tel.: 069/72737415
Fax: 069/72737491

Lennéstraße 9
10785 Berlin
Tel.: 030/2062780
Fax: 030/20627878

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

Inhalt

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	3
1.	Kein Verbraucherbaupvertrag bei gewerkweiser Vergabe	3
2.	Unerlaubte Rechtsberatung: Architekt darf keine selbst entworfene Skontoklausel zur Verfügung stellen	5
3.	Fristsetzung zur Mängelbeseitigung trotz Mängeln am Vorgewerk wirksam	6
4.	DIN-Normen sind nicht zwingend allgemein anerkannte Regeln der Technik!	8
5.	Voraussichtlicher Baubeginn ist keine verbindliche Vertragsfrist!	11
6.	Beginn der Ausführung der Baumaßnahme	13
II.	Leitsätze zum Privaten Bau- und Architektenrecht	16
1.	Beweislast für Vorhandensein eines Mangels bereits vor Abnahme	16
2.	Kein Abschlag bei Klage auf Sicherheit gem. § 650f BGB	16
3.	Rechtsprechungsänderung des BGH: Selbstständiges Beweisverfahren hemmt die Verjährung für alle Ansprüche	16
4.	Vorsicht bei Belehrung von Verbrauchern Nr. 1: Hinweis auf bestimmtes Formular kann erfolgte Belehrung unwirksam machen	16
5.	Vorsicht bei Belehrung von Verbrauchern Nr. 2: Kein Wertersatz bei unwirksamer Belehrung	17
III.	Vergaberecht	17
1.	Neues aus der Rechtssetzung	17
2.	Turnusgemäße Anpassung der Schwellenwerte für europaweite Vergaben	19
IV.	Leitsätze zum Vergaberecht	20
1.	Keine Zustimmung zu Bindefristverlängerung – trotzdem kein Ausschluss möglich	20
2.	Fehlende Fachlosaufteilung ist kein erkennbarer Vergaberechtsverstoß	20
V.	Arbeitsrecht	20
1.	BAG vom 20.07.2023 – 6 AZR 228/22	20
2.	BAG vom 25.07.2023 – 9 AZR 43/22	21
3.	BAG vom 16.08.2023 – 7 AZR	22
4.	LAG Hamburg vom 06.04.2023 – 8 Sa 51/22	22
5.	BAG vom 09.05.2023 – 1 ABR 14/22	23
6.	BAG vom 29.06.2023 – 2 AZR 326/22	23

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Kein Verbraucherbaupvertrag bei gewerkweiser Vergabe

Schließen ein Verbraucher und ein Unternehmer im Rahmen der Errichtung eines Neubaus einen Vertrag über ein einzelnes Gewerk, handelt es sich nicht um einen Verbraucherbaupvertrag i.S.v. § 650i Abs. 1 BGB.

BGH, Urteil vom 16.03.2023 - VII ZR 94/22

Seit Einführung des Verbraucherbaupvertrages in § 650i BGB am 01.01.2018 war in der Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob bei einer Einzelgewerkvergabe ein Verbraucherbaupvertrag vorliegt. Der BGH sorgt mit seiner Entscheidung vom 16.03.2023 nunmehr für Klarheit und Rechtssicherheit.

Sachverhalt

Die Auftraggeber ließen als private Bauherren einen Neubau errichten. Dabei beauftragten sie einzelne Bauunternehmer mit den erforderlichen Gewerken. Die Auftragnehmerin war mit der Ausführung von Innenputz- und Außenputzarbeiten beauftragt. Auf die Abschlagsrechnungen der Auftragnehmerin leisteten die Auftraggeber lediglich einen Teilbetrag. Weitere Zahlungen leisteten sie nicht und rügten Mängel an der Werkleistung der Auftragnehmerin. Daraufhin forderte die Auftragnehmerin von den Auftraggebern die Stellung einer Sicherheit gemäß § 650f Abs. 1 S. 1 BGB. Nachdem die Auftraggeber der Aufforderung nicht entsprachen, klagte die Auftragnehmerin erfolgreich auf Stellung einer Sicherheit.

Nach Zahlung durch die Beklagten und Einlegung der Berufung durch diese, beantragte die Klägerin die Feststellung der Erledigung. Die auf Feststellung der Erledigung der Hauptsache gerichtete Klage wies das OLG ab. Die Auftragnehmerin legte daraufhin Revision ein. Der BGH gibt der Revision statt und hebt das Urteil des OLG auf.

Entscheidungsgründe

In seiner Entscheidung kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag nicht um einen Verbraucherbaupvertrag i.S.v. § 650i Abs. 1 BGB handelt und die Auftragnehmerin demnach eine Bauhandwerkersicherheit nach § 650f Abs. 1 BGB fordern durfte. Die Ausnahme des § 650f Abs. 6 S. 1 Nr. 2 BGB, wonach bei Vorliegen eines Verbraucherbaupvertrags keine Bauhandwerkersicherheit gefordert werden könne, sei demnach im vorliegenden Fall nicht einschlägig.

Der BGH begründet seine Ansicht mit der gesetzlichen Definition des Verbraucherbaupvertrages in § 650i Abs. 1 BGB. Danach liege ein Verbraucherbaupvertrag vor, wenn ein Unternehmer von einem Verbraucher „zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet“ werde. Dafür genüge die Verpflichtung des Unternehmers zur Erbringung eines einzelnen Gewerks gerade nicht.

Dies ergebe sich insbesondere auch aus dem Vergleich mit dem in § 650a BGB geregelten Bauvertrag. Dort ist ausdrücklich von der Herstellung eines Bauwerks sowie „*eines Teils davon*“ die Rede, wobei eine solche Unterscheidung bei dem Verbraucherbauvertrag nach § 650i Abs. 1 BGB gerade fehlt. Nach Ansicht des BGH habe der Gesetzgeber bei der (gleichzeitigen) Einführung des Bauvertrages in § 650a BGB und des Verbraucherbauvertrages in § 650i Abs. 1 BGB bewusst - und nicht versehentlich oder aus Unachtsamkeit - unterschiedliche Formulierungen gewählt und somit unterschiedliche Regelungen getroffen. Aus diesem Grund ist in § 650i BGB auch nicht ein bloßer Verweis auf den Bauvertrag nach § 650a BGB, sondern eine konkrete Formulierung erfolgt, was nach Ansicht des Gesetzgebers einen Verbraucherbauvertrag darstellt.

Darüber hinaus begründet der BGH seine Auffassung auch mit § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB, wonach „bei einem Bauwerk“ eine spezielle Verjährungsfrist vorgesehen ist, nicht hingegen bei einzelnen Gewerken, und somit eine wesentliche Unterscheidung von der Definition des Verbraucherbauvertrages darstellt.

Der BGH entschied daher, dass § 650i Abs. 1 BGB gerade keine Verträge umfasst, welche nur die Verpflichtung zur Herstellung eines Teils dieses Baus enthalten oder nur im Zusammenhang mit dem Bau eines Gebäudes stehen.

Fazit und Ausblick

Die Entscheidung des BGH schafft Klarheit und Rechtssicherheit sowohl für Auftraggeber als auch Auftragnehmer.

Für die Praxis bedeutet die Entscheidung des BGH, dass die in den §§ 650i ff. BGB normierten verbraucherschützenden Vorschriften in der Regel nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer mit dem Bau des gesamten Gebäudes und nicht nur mit einzelnen Teilleistungen bzw. Gewerken beauftragt.

Daher können Unternehmer auch von Verbrauchern insbesondere eine Bauhandwerkersicherheit nach § 650f BGB fordern, wenn sie im Rahmen der Errichtung eines Gebäudes mit nur einzelnen Gewerken beauftragt sind.

Hierbei ist jedoch folgendes zu beachten

Eine Aufspaltung eines einheitlichen Vertrages über den Bau eines Gebäudes in mehrere Teilverträge zur Umgehung der verbraucherschützenden Vorschriften dürfte indes wegen des in § 650o S. 2 BGB normierten Umgehungsverbots unzulässig sein.

Rechtsanwältin Lena Weitze
Heidelberg

2. Unerlaubte Rechtsberatung: Architekt darf keine selbst entworfene Skontoklausel zur Verfügung stellen

Eine Vereinbarung, durch die sich ein Architekt verpflichtet, eine von ihm selbst entworfene, der Interessenlage des Bestellers entsprechende Skontoklausel zur Verwendung in den Verträgen mit den bauausführenden Unternehmen zur Verfügung zu stellen, ist wegen eines Verstoßes gegen das in § 3 RDG geregelte gesetzliche Verbot nach § 134 BGB nichtig.

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 30.09.2022 - 10 U 12/22 – BGH, Urteil vom 09.11.2023 - VII ZR 190/22

Sachverhalt

Der beklagte Architekt war von der Bauherrin mit der Erbringung der Leistungsphasen 1 bis 8 gemäß § 33 HOAI (2009) beauftragt worden. Der Architekt stellte der Bauherrin vereinbarungsgemäß einen Bauvertragsentwurf mit einer von ihm entworfenen Skontoklausel zur Verfügung. Die Bauherrin verwandte den Entwurf bei der Beauftragung mehrerer bauausführender Unternehmen. Der Bauvertragsentwurf enthielt eine, von einem Rechtsanwalt geprüfte, jedoch **unwirksame Skontoklausel**. Trotz fristgerechter Zahlung konnte die Bauherrin aus diesem Grund kein Skonto geltend machen. Den (Skonto-)Verlust macht die Bauherrin gegen den Architekten als Schadensersatz geltend.

Entscheidung

Die Zurverfügungstellung einer Skontoklausel durch den Architekten **verstößt gegen § 3 des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG)**. Dies führt dazu, dass vertragliche Vereinbarungen, die auf die Erbringung einer unerlaubten Rechtsdienstleistung zielen, nichtig im Sinne von § 134 BGB sind.

Nach § 3 RDG ist die selbstständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem Umfang zulässig, in dem sie durch das Rechtsdienstleistungsgesetz oder durch oder aufgrund anderer Gesetze erlaubt wird. § 5 RDG erlaubt Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit nur dann, „wenn sie als **Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild** gehören“. Ob eine Nebenleistung vorliegt, ist nach dem Inhalt, Umfang und sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit unter Berücksichtigung der Rechtskenntnisse zu beurteilen.

Der BGH orientiert sich bei der Auslegung des Berufs- und Tätigkeitsbildes des Architekten an § 650p BGB, wonach der Architekt die Leistungen zu erbringen hat, die **erforderlich** sind, um die vereinbarten **Planungs- und Überwachungsziele** zu **erreichen**. Dass das Aufgabengebiet des Architekten in vielerlei Hinsicht Berührungen zu Rechtsdienstleistungen hat, übersieht der dabei BGH nicht. Eine **allgemeine Rechtsberatung** wird vom Berufsbild des Architekten jedoch **nicht erfasst**, da es dem Architekten an hinreichenden juristischen Fähigkeiten fehlt. Insoweit sind Rechtssuchende vor unqualifiziertem Rechtsrat zu schützen. An der Unzulässigkeit der Rechtsdienstleistung ändert auch das Zwischenschalten eines Rechtsanwalts nichts.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Leistungsbild „Mitwirkung bei der Auftragserteilung“ gemäß Anlage 11 Leistungsphase 7 h) zu § 33 Satz 3 HOAI (2009). Dass es bei der Regelung um einen Erlaubnistatbestand nach § 5 RDG handeln soll, verneint der BGH.

Praxishinweis

Architekten, die für den Bauherren Vertragsklauseln erstellen, Nachträge prüfen oder die Mängelgewährleistungsrechte geltend machen, gehen ein **hohes Haftungsrisiko** ein. Ein **Versicherungsschutz** für diese Tätigkeiten **dürfte nicht bestehen**; dieser reicht nur so weit wie die Rechtsdienstleistung eine Nebenleistung im Sinne von § 5 RDG darstellt. Der Architekt sollte den Bauherren daher darauf hinweisen, dass ihm Rechtsdienstleistungen nicht erlaubt sind und sich der Bauherr insoweit an einen Rechtsanwalt zu wenden hat.

Rechtsanwältin Lena Weitze
Heidelberg

3. Fristsetzung zur Mängelbeseitigung trotz Mängeln am Vorgewerk wirksam

- a) **Muss im Rahmen der Beseitigung eines Mangels auch das mit einem eigenständigen Mangel behaftete Vorgewerk instandgesetzt werden, ist die Instandsetzung des Vorgewerks Sache des Auftraggebers.**
- b) **Ist eine erforderliche Mitwirkungshandlung des Auftraggebers zur Mängelbeseitigung diesem nicht bekannt, ist eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung ohne Angebot der Mitwirkungshandlung nur unwirksam, wenn der Auftragnehmer den Auftraggeber auf die erforderliche Mitwirkung konkret hinweist.**

OLG Köln, Urteil vom 08.02.2023 – 11 U 252/21

Die Beklagte hatte der Insolvenzschuldnerin den Auftrag zur Errichtung eines öffentlichen Spielplatzes erteilt. Während der Bauarbeiten wurden Mängel am Gewerk der Insolvenzschuldnerin sowie am Vorgewerk eines Drittunternehmens, nämlich der vorhandenen Unterkonstruktion, festgestellt. Die Beklagte setzte der Insolvenzschuldnerin eine Frist zur Mängelbeseitigung. Der Kläger erhob als Insolvenzverwalter der Insolvenzschuldnerin Klage auf Zahlung von Restwerklohn. Die Beklagte machte zunächst ein Zurückbehaltungsrecht aufgrund der Mängel geltend, beseitigte die Mängel während des Rechtsstreits und stellte die Kosten der Ersatzvornahme zur Aufrechnung.

Das LG Köln wies die Klage mit der Begründung ab, der Kläger habe zwar einen fälligen Anspruch auf Werklohn, dieser sei jedoch durch die erklärte Aufrechnung erloschen. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos.

Kernthema der Entscheidung des OLG Köln war die Frage, ob die von der Beklagten gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung wirksam war. Hierbei war zu berücksichtigen, dass Mängel am Vorgewerk, auf welchem die Insolvenzschuldnerin aufzubauen hatte, vorlagen. Die Insol-

venzschuldnerin konnte das von ihr geschuldete Werk nur dann mangelfrei erstellen, wenn auch die am Vorgewerk bestehenden Mängel beseitigt worden wären. Das OLG Köln führte hierzu zutreffend aus, dass der Unternehmer seine Vertragspflicht, ein funktionstaugliches Werk zu errichten, regelmäßig nur dann erfüllen kann, wenn der Besteller ihm ein geeignetes Vorgewerk zur Verfügung stellt. Der Besteller hat demnach aufgrund der ihm obliegenden Mitwirkung dafür Sorge zu tragen, dass ein bestehendes ungeeignetes Vorgewerk so verändert wird, dass der Unternehmer in der Lage ist, sein Werk vertragsgerecht herzustellen.

Die Mängelbeseitigung ist dem Unternehmer erst möglich, wenn die Vorleistung durch den Besteller instandgesetzt wurde. Unterlässt der Besteller dies oder bietet er die Instandsetzung nicht wenigstens an, ist die Aufforderung zur Mängelbeseitigung wirkungslos. Sofern der Besteller sich endgültig entschließt, die Vorleistung nicht instanzzusetzen, wird dem Unternehmer die Nacherfüllung sogar unmöglich. Eine wirkungslose Fristsetzung und somit eine Unwirksamkeit von dieser kommt jedoch nur in Betracht, wenn die erforderliche Mitwirkungshandlung des Bestellers für diesen erkennbar ist oder vom Unternehmer zu Recht verlangt wird.

Für die Beklagte war es bis zum Ablauf der gesetzten Frist zur Nacherfüllung nicht erkennbar, dass eine Mitwirkungshandlung notwendig war. Eine Pflicht zur Prüfung des Mangels bestand nicht, sodass ihr das Erfordernis der Mitwirkungshandlung nicht bekannt war, da dieses erst im Rahmen einer konkreten Prüfung, welche jedoch gerade dem Unternehmer und nicht dem Besteller obliegt, erkennbar wurde.

Nach der Symptomtheorie muss der Besteller nicht die Ursachen des Mangelsymptoms ergründen. Es ist viel mehr Sache des Unternehmers, im Rahmen der Nacherfüllung die Ursache des Mangels festzustellen und zu prüfen und zu entscheiden, wie ein Mangel zu beseitigen ist. Es ist in diesem Zusammenhang auch Sache des Unternehmers, den Besteller auf Fehler in der Planung oder mangelhafte Vorgewerke hinzuweisen und den Besteller zur Mitwirkung aufzufordern, mithin seinen Prüf- und Hinweispflichten nachzukommen.

Daher war die seitens der Beklagten gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung trotz zum Zeitpunkt der Fristsetzung bestehender Mängel am Vorgewerk wirksam.

Fazit

Das Urteil des OLG Köln bestätigt, dass eine wirksame Fristsetzung zur Mängelbeseitigung trotz Mängeln am Vorgewerk möglich sein kann. Die Wirksamkeit der Fristsetzung hängt letztlich davon ab, ob der Besteller Vorleistungen erbracht hat und ob eine notwendige Mitwirkungshandlung für den Besteller erkennbar erforderlich ist oder vom Unternehmer verlangt werden kann. Es ist Sache des Unternehmers im Rahmen der Prüfung der Mängelrüge, den Auftraggeber auf fehlende und/oder mangelhafte Vorleistungen hinzuweisen; eine Erfüllung der Prüf- und Hinweispflichten innerhalb der gesetzten Nacherfüllungsfrist kann zu einer Unwirksamkeit der Fristsetzung führen.

Rechtsanwalt Peter Fath
Heidelberg

4. DIN-Normen sind nicht zwingend allgemein anerkannte Regeln der Technik!

- a) **Ein Werk ist mangelfrei, wenn es im Zeitpunkt der Abnahme (auch) den anerkannten Regeln der Technik entspricht. DIN-Normen kommt generell keine Rechtsnormqualität zu. Es handelt sich um "private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter", die nicht aus sich heraus die allgemein als gültig anerkannten Regeln der Technik wiedergeben. DIN-Normen können auch hinter den anerkannten Regeln der Technik zurückbleiben.**
- b) **DIN-Normen haben die Vermutung in sich, die allgemeinen Regeln der Technik wiederzugeben. Diese Vermutung führt zu einer echten Beweislaständerung mit der Folge, dass derjenige, der eine DIN-Norm "zu Fall bringen" will, beweispflichtig ist. Der Beweis kann durch ein Sachverständigengutachten geführt werden.**
- c) **Der Unternehmer, der nach Vertragsschluss, aber während der Bauausführung erkennen kann, dass sich die anerkannten Regeln der Technik geändert haben und dass seine Leistung bei Abnahme deshalb nicht (mehr) den anerkannten Regeln der Technik entsprechen wird, muss den Besteller auf diesen Umstand hinweisen.**

OLG Dresden, Urteil vom 16.08.2022 – 14 U 1140/21; BGH, Beschluss vom 15.02.2023 – VII ZR 167/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

Das OLG Dresden hat sich mit praxisrelevanten Fragen zu der Definition der allgemein anerkannten Regeln beschäftigt. Es hatte in dem vorgenannten Verfahren über einen Rückzahlungsanspruch des Klägers gegen die Beklagten zu entscheiden. Der Kläger beauftragte die Beklagten mit dem Rückbau und der Neuerrichtung der Dachschalung und der Neuerrichtung der Dachabdichtung eines Trocknungsschuppens. Der Kläger wollte in dem Trocknungsschuppen Gerätschaften und Feuerholz unterstellen, dies war auch den Beklagten bekannt.

Es sollte hierbei lediglich eine Reparatur und keine Neuerrichtung des Daches erfolgen, um den Bestandsschutz des Trocknungsschuppens nicht zu gefährden. Die zunächst im Vertrag mit dem Beklagten zu 1) enthaltenen Leistungen im Zusammenhang mit der Dachabdichtung wurden einvernehmlich auf den Beklagten zu 2) übertragen.

Der Kläger behauptete, dass die von den Beklagten errichtete Dachschalung mangelhaft sei. Er berief sich darauf, dass die Ausführung der Dachschalung mit gespundeten Brettern mit Nut und Feder hätte erfolgen müssen, anstatt, wie vom Beklagten vorgenommen, mittels Glattkantbrettern. Ein Privatgutachten des Klägers bestätigte die Mängelbeschreibung. Der Kläger forderte die Beklagten zur Mängelbeseitigung auf und lehnte zudem die Abnahme des Werkes ab. Schließlich kündigte er den Vertrag. Die Beklagten lehnten eine Mängelhaftung ab und verwiesen darauf, dass die Dachschalung mangelfrei errichtet worden sei.

Der Kläger begehrte in dem Verfahren die Rückzahlung bereits erfolgter Abschlagszahlungen sowie die Zahlung weiterer entstandener Schäden nebst Feststellung der Einstandspflicht für weitere Schäden. Jedoch erfolglos!

Kernthema der Entscheidung war hierbei die Frage, ob die erbrachten Leistungen der Dachschalung mangelhaft waren. Es drehte sich hierbei um die Frage, ob die seitens des Beklagten zu 1) vorgenommene Ausführung mithilfe von Glattkantbrettern den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprach oder ob eine Ausführung mit Nut und Feder hätte erfolgen müssen.

Das OLG Dresden führt hierzu zutreffend aus, dass ein Werk, sofern eine Beschaffenheit nicht vereinbart ist, *„für eine gewöhnliche Verwendung geeignet sein und eine Beschaffenheit aufweisen [muss], die üblich ist und von dem Besteller nach der Art des Werkes erwartet werden kann. (bspw. BGH BauR 2003, 533). Der Unternehmer schuldet ein funktionsgerechtes Werk, **das den anerkannten Regeln der Technik entspricht** (BGH NJW 2006, 3413).“*

Zwischen den Parteien war hierbei streitig, ob die Leistungen nach der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fachregeln für Dachabdichtungen (Flachdachrichtlinie) DIN 18531, welche eine Dachschalung mit Nut und Feder vorgesehen hätte, zu erbringen waren.

Nach ständiger Rechtsprechung hat die Werkleistung im Zeitpunkt der Abnahme ordnungsgemäß und mangelfrei zu sein. **Es gelten daher die zum Zeitpunkt der Abnahme geltenden allgemein anerkannten Regeln der Technik für die Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit und Mangelfreiheit.**

Im vorliegenden Fall ist eine Abnahme nicht erfolgt, es war daher auf den Zeitpunkt der endgültigen Verweigerung der Abnahme abzustellen. Die Flachdachrichtlinie DIN 18531 sah zu diesem Zeitpunkt keine Verwendung von gehobelten und gespundeten Brettern mehr vor, die einzige Ausnahme lag im streitgegenständlichen Fall nicht vor.

Das OLG Dresden stellt in diesem Zusammenhang klar, dass – auch wenn die Flachdachrichtlinie allgemein anerkannte Regeln der Technik darstellt – DIN-Normen generell keine Rechtsnormqualität zukommt. **DIN-Normen stellen vielmehr „private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter“ dar, welche nicht zwingend allgemein anerkannte Regeln der Technik abbilden.**

Der Begriff der allgemein anerkannten Regeln der Technik geht DIN-Normen, also die allgemeinen technischen Vorschriften, hinaus und diesen somit vor. **DIN-Normen können die anerkannten Regeln der Technik widerspiegeln, jedoch auch hinter ihnen zurückbleiben.** Maßgebend für die Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit und Mangelfreiheit einer Leistung ist daher, ob die Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht und nicht, welche DIN-Norm gilt, vgl. BGH Urteil vom 14.05.1998, BGHZ 139, 16ff).

Hierbei gilt jedoch zu beachten, dass grundsätzlich vermutet wird, dass DIN-Normen die allgemein anerkannten Regeln der Technik wiedergeben. Hierdurch ist eine echte Beweislaständerung gegeben: Derjenige, der eine DIN-Norm zu Fall bringen will, ist daher beweis-

pflichtig dahingehend, dass diese nicht die allgemein anerkannten Regeln der Technik wiedergeben. Da dies den Beklagten im streitgegenständlichen Fall gelungen ist, ist die Leistung von diesen ordnungsgemäß und mangelfrei, sodass der Klägerin keinerlei Ansprüche aufgrund eines Mangels geltend machen kann.

Auch das Berufen des Klägers darauf, der Beklagte zu 1) habe auf die nach Vertragsschluss erfolgte Änderung der Flachdachrichtlinie hinweisen müssen, führt nicht zu einer anderen Bewertung. Die Leistung ist wie bereits ausgeführt ordnungsgemäß und mangelfrei erbracht.

Die seitens des Klägers genannte Hinweispflicht des Unternehmers, der nach Vertragsschluss aber während der Bauausführung eine Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik erkennen konnte, gilt nur für den Fall, dass seine Leistungen bei Abnahme aufgrund der Änderungen nicht (mehr) dem Stand der Technik entsprechen wird. Dies gilt insbesondere, wenn aufgrund der Änderungen eine abgeänderte Bauausführung einhergeht und hiermit Zusatzkosten verbunden sind. Ein solcher Fall lag hier jedoch nicht vor.

Die Klage wurde daher zu Recht abgewiesen.

Die Kernthemen der Entscheidung lassen sich hierbei wie folgt zusammenfassen:

Auf welchen Zeitpunkt ist bei der Beurteilung der anwendbaren allgemein anerkannten Regeln der Technik abzustellen? Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Zeitpunkt der Abnahme. Das Werk hat den zum Zeitpunkt der Abnahme geltenden allgemein anerkannten Regeln der Technik zu entsprechen.

Stellen DIN-Normen allgemein anerkannte Regeln der Technik dar? Es besteht eine Vermutung dahingehend, dass DIN-Normen (zumindest soweit sie sicherheitstechnische Festlegungen treffen, vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.02.2023 - 5 U 227/21) allgemein anerkannte Regeln der Technik wiedergeben, jedoch können DIN-Normen hinter allgemein anerkannte Regeln der Technik zurückbleiben, mithin überholt sein. Der Unternehmer kann aufgrund der echten Beweislaständerung den Beweis dahingehend führen, dass die DIN-Normen keine allgemein anerkannten Regeln der Technik darstellen.

Muss der Unternehmer auf nach Vertragsschluss erfolgende Änderungen der allgemein anerkannten Regeln der Technik hinweisen? Sofern die Änderungen für ihn erkennbar waren und die Änderungen dazu führen, dass sein Werk im Zeitpunkt der Abnahme nicht (mehr) den anerkannten Regeln der Technik entsprechen, muss er den Besteller auf diesen Umstand hinweisen.

Rechtsanwalt Peter Fath
Heidelberg

5. Voraussichtlicher Baubeginn ist keine verbindliche Vertragsfrist!

- a) **Die Ausführung der Leistung ist nach den verbindlichen Fristen (Vertragsfristen) zu beginnen, angemessen zu fördern und zu vollenden. Soll der Auftragnehmer "voraussichtlich" an einem bestimmten Termin mit der Ausführung beginnen, fehlt es an der für die Annahme einer verbindlichen Vertragsfrist erforderlichen Eindeutigkeit.**
- b) **Haben die Parteien eines VOB/B-Vertrags keinen verbindlichen Beginnstermin vereinbart, hat der Auftragnehmer innerhalb von 12 Werktagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber mit der Ausführung zu beginnen.**
- c) **Muss der Auftragnehmer ausschließlich Bauleistungen erbringen, kommt es für den Beginn der Ausführung grundsätzlich auf die tatsächliche Arbeitsaufnahme auf der Baustelle an.**
- d) **Verzögert der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung, kann ihm der Auftraggeber eine angemessene Frist zur Aufnahme der Leistung setzen und die Kündigung androhen. Die Frist kann sehr knapp bemessen sein. Für ihre Bemessung ist nicht die gesamte übliche Zeit für die Arbeitsvorbereitung in Ansatz zu bringen.**
- e) **Der Auftragnehmer muss erst mit der Ausführung beginnen, wenn sämtliche Voraussetzungen für die von ihm zu erbringende Leistung vorliegen, insbesondere erforderliche Vorleistungen. Liegt eine Behinderung des Ausführungsbeginns i.S.v. § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B vor, gerät der Auftragnehmer [Anm.: das OLG Hamburg schreibt hier fälschlicherweise „Auftraggeber“] nicht mit dem Beginn der Ausführung in Verzug.**

OLG Hamburg, Urteil vom 23.02.2023 – 4 U 54/22

Gegenstand des vor dem OLG Hamburg geführten Verfahrens war ein Streit der Parteien über die Rückzahlung einer Vorauszahlung. Die Beklagte beauftragte die Klägerin als Nachunternehmerin mit Leistungen im Rahmen eines Bauvorhabens in Hamburg. Die Parteien vereinbarten einen Pauschal festpreis in Höhe von 170.000,00 €. Von diesem Betrag sollten (und wurden) 60.000,00 € als Vorauszahlung für das zu verbauende Material geleistet werden. Dem Vertrag lag die VOB/B zugrunde.

Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag sah einen Ausführungsbeginn „voraussichtlich 01.04.2020“ vor. Mit E-Mail 09.04.2020 rief die Beklagte die Leistungen der Klägerin ab und benannte einen Ausführungsbeginn. Die Klägerin zeigte an, dass ein Arbeitsbeginn nicht möglich sei. Auf nochmalige Aufforderung zur Leistungserbringung durch die Beklagte teilte die Klägerin mit, dass eine notwendige Vor-Leistung nicht von ihr geschuldet ist und legte ein Nachtragsangebot vor. Nach einer nochmaligen Nachfristsetzung durch die Beklagte beauftragte diese einen Nachtragsauftrag betreffend Zulagen. Die Klägerin bestätigte daraufhin den 04.05.2020 als Arbeitsbeginn. Nachdem am 04.05.2020 niemand für die Klägerin erschien, setzte die Beklagte eine Nachfrist auf den 05.05.2020. Nachdem auch an diesem

Termin niemand erschien, setzte die Beklagte wiederum eine Nachfrist bis zum 06.05.2020, 13.00 Uhr, und drohte die Kündigung des Bauvertrages an. Am 06.05.2020 erschien ein Nachunternehmer der Klägerin auf der Baustelle, dessen Einsatz der Beklagten jedoch nicht angezeigt und von dieser nicht genehmigt wurde.

Die Beklagte kündigte daraufhin schriftlich den Bauvertrag aus wichtigem Grund wegen nicht erfolgter Aufnahme der Leistungen. Die Klägerin widersprach der Kündigung am 08.05.2020 und stellte Schlussrechnung mit Datum vom 28.05.2020 über 60.000,00 € für Material.

Das LG Hamburg wies die auf Feststellung gerichtete Klage, dass der Beklagten kein Rückzahlungsanspruch in Höhe von 59.220,00 € gegen die Klägerin zustehe, ab.

Das OLG Hamburg hat die hiergegen eingelegte Berufung der Klägerin zurückgewiesen sowie der nach Schluss der mündlichen Verhandlung in 1. Instanz eingegangene Widerklage der Beklagten auf Zahlung von 60.000,00 € stattgegeben.

Das LG und das OLG sehen einen Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung der geleisteten Vorauszahlung als gegeben. Nach Ansicht des OLG war die Kündigung der Beklagten aus wichtigem Grund vom 07.05.2020 wirksam.

Die Klägerin hatte nicht bereits am 01.04.2020 mit der Ausführung der Arbeiten zu beginnen. Aufgrund der im Vertrag gewählten Formulierung „voraussichtlich 01.04.2020“ fehlt es an der für eine Vertragsfrist erforderlichen Eindeutigkeit. Durch den erfolgten Abruf, war die Leistung jedoch gemäß § 5 Abs. 2 S.2 VOB/B zwölf Werkstage später, d.h. am 24.04.2020, aufzunehmen. Hindernde Umstände wurden nicht schlüssig durch die Klägerin dargelegt. Das OLG sah die Klägerin auch nicht dergestalt in der Leistungserbringung behindert, dass diese keinerlei Arbeiten hätte erbringen können. Die Klägerin hätte in jedem Fall die Duschbereiche bearbeiten können. Auch war keine einvernehmliche Verschiebung des Ausführungsbeginns gegeben. Die Klägerin konnte nicht darlegen, dass sich die Beklagte mit einer solchen Verschiebung einverstanden erklärt hatte.

Die Klägerin befand sich daher jedenfalls aufgrund des Mahnschreibens der Beklagten vom 27.04.2020 in Verzug. Die mit Schreiben vom 05.05.2020 gesetzte Nachfrist war – trotz der kurzen Tagesfrist – angemessen. Zwar gesteht das OLG der Klägerin auch einen Zeitraum für die Arbeitsvorbereitung zu, die Nachfrist ist aber auch ohne Berücksichtigung des Zeitraumes für die Arbeitsvorbereitung angemessen, da die Auftragnehmerin bereits den Zeitraum ab dem ersten Mahnschreiben zur Vornahme der Arbeitsvorbereitung zur Verfügung hatte. Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, da die Klägerin selbst den 04.05.2020 als Ausführungsbeginn bestätigte und daher davon ausgegangen werden konnte, dass die Arbeitsvorbereitungen entsprechend abgeschlossen sind.

Die gesetzte Nachfrist ist auch fruchtlos verstrichen. Eine Arbeitsaufnahme ist zum Zeitpunkt des Fristablaufes nicht erfolgt. Insbesondere ist eine Arbeitsaufnahme und somit ein Arbeitsbeginn nicht dadurch gegeben, dass der Auftragnehmer oder dessen Subunternehmer auf der Baustelle erscheint. Es ist vielmehr erforderlich, dass eine tatsächliche Arbeitsaufnahme erfolgt. Hierbei ist zu berücksichtigen, welche konkreten Tätigkeiten der Auftragnehmer zu

erbringen hat. Im vorliegenden Fall war die Klägerin verpflichtet, die Baustelle mit vier bis zehn Arbeitskräften zu besetzen. Dies ist nicht erfolgt.

Die Kündigung aus wichtigem Grund war aufgrund des nicht erfolgten Arbeitsbeginns wirksam.

Die Entscheidung des OLG Hamburg beschäftigt sich mit Kernthemen der VOB/B:

Wann liegt eine verbindliche Vertragsfrist vor? Eine solche muss für die Parteien eindeutig sein, dies ist jedenfalls nicht bei einem „voraussichtlichen“ oder „ca.“ Termin gegeben. Da in den Verhandlungsprotokollen oftmals ca.-Termine genannt sind, muss zwingend ein Abruf durch den Auftraggeber erfolgen, um einen verbindlichen Arbeitsbeginn zu erhalten.

Wann ist ein Arbeitsbeginn gegeben? Jedenfalls nicht, indem einfach ein Arbeiter auf der Baustelle erscheint. Es kommt vielmehr auf die tatsächliche Arbeitsaufnahme und die Erbringung der nach dem Bauvertrag konkret geschuldeten Tätigkeiten an.

Kann auch eine 1-Tages-Frist für den Beginn der Ausführung angemessen sein? Je nach Einzelfall. In Bezug auf den Beginn der Ausführung muss im Rahmen der Bemessung nicht die gesamte übliche Zeit für die Arbeitsvorbereitung in Ansatz gebracht werden, sodass auch eine 1-Tages-Frist angemessen sein kann. Selbst im Falle der Unangemessenheit der Frist muss berücksichtigt werden, dass eine unangemessen kurze Frist eine angemessene Frist in Lauf setzt, vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 12.08.2009 – VIII ZR 254/08. Es ist leider ein weit verbreiteter Irrglaube, dass unangemessen kurze Fristen dazu führen würden, dass Fristen „obsolet“ und keine Rechtswirkung entfalten würden. Auch auf unangemessen kurze Fristen sollte daher reagiert werden.

Kommt der Auftragnehmer im Falle einer Behinderung nicht in Verzug mit der Ausführung? Nur wenn die Behinderung dazu führt, dass der Auftragnehmer keinerlei Leistungen erbringen kann. Der Auftragnehmer muss hierbei alles ihm billigerweise Zumutbare tun, um den Beginn der Arbeiten zu ermöglichen. Notfalls muss der Auftragnehmer auch andere Arbeiten vorziehen, sofern ihm dies möglich ist.

Rechtsanwalt Peter Fath
Heidelberg

6. Beginn der Ausführung der Baumaßnahme

- a) **Beginn der Ausführung meint die Aufnahme der Tätigkeit des Auftragnehmers auf der Baustelle. Im Regelfall ist dies die Baustelleneinrichtung. In die Zeit vor dem vorgesehenen eigentlichen Ausführungsbeginn fallen eigenständige Planungsleistungen des Auftragnehmers und stellen somit nicht den Ausführungsbeginn dar.**
- b) **Die Übermittlung unvollständiger oder ungenauer Ausführungspläne hindert den Auftragnehmer nicht an der Aufnahme der Bautätigkeit. Hierzu reicht die**

Einrichtung der Baustelle aus, für diese wird keine mangelfreie oder freigegebene Ausführungsplanung benötigt.

OLG Köln, Beschluss vom 31.01.2022 – 19 U 131/21 (rechtskräftig durch Beschluss des BGH vom 06.06.2023 – VII ZR 39/22)

Sachverhalt

Die Parteien streiten über Ansprüche der Auftragnehmerin (Klägerin) aus einem gekündigten VOB/B-Werkvertrag.

Der Vertrag sah vor, dass der Ausführung nur „Unterlagen zugrunde gelegt werden [dürfen], die von der Auftraggeberin als zur Ausführung bestimmt gekennzeichnet sind“. Die mehrfach übermittelten und ganz überwiegend übereinstimmenden Ausführungspläne enthielten allerdings weder eine bestimmte Kennzeichnung noch konkrete Maßangaben.

Aufgrund dessen begann die Auftragnehmerin nicht wie vereinbart mit der Ausführung der Baumaßnahmen zum 14.05.2018. Sie berief sich hierbei darauf, dass detaillierte Angaben zu den Bereichen, in denen bestimmte Maßnahmen ausgeführt werden sollten, fehlen. Außerdem verwies die Auftragnehmerin auf fehlende Bezugspunkte und Koordinaten zu den konkreten Flächen und eine fehlende Analytik für zu entsorgende (Aushub-)Materialien. Die Auftragnehmerin zeigte gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B und unter Bezugnahme auf § 3 Abs. 1 VOB/B Behinderung wegen unvollständiger Ausführungsunterlagen an. Die Auftraggeberin (Beklagte) wies die Behinderungsanzeige zurück und forderte die Auftragnehmerin auf mit der Leistung unverzüglich zu beginnen und angemessen zu fördern.

Nach einer Erörterung vor Ort zur Verdeutlichung der vorgesehenen Bauausführung bestätigte die Auftraggeberin mit Aktenvermerk vom 14.06.2018, verschiedene Änderungen im Vergleich zur Ausführungsplanung und kündigte den Entzug des Auftrags entsprechend § 5 Abs. 4 VOB/B an. Die Auftragnehmerin teilte daraufhin die zeitnahe Vorlage eines Nachtragsangebots mit, da aus ihrer Sicht verschiedene Änderungen im Vergleich zur Ausführungsplanung mit der kalkulierten Leistung nicht übereinstimmten und zu Mehrkosten führen. Daraufhin kündigte die Auftraggeberin am 15.06.2018 – und damit einen Tag vor Ablauf der Ausführungsfrist – den Vertrag unter Hinweis auf § 8 Abs. 3 i.V.m. § 5 Abs. 4 VOB/B, aufgrund des nicht erfolgten Ausführungsbeginns. Die Auftragnehmerin macht daraufhin eine Kündigungsvergütung und eine Vergütung aus einer 1. Abschlagsrechnung geltend.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, die durch das OLG zurückgewiesen wurde.

Begründung

Nach Ansicht des OLG hat die Auftragnehmerin nicht zum vertraglich festgelegten Zeitpunkt mit der Bauausführung begonnen und somit den vereinbarten Beginn der Ausführung verzögert. Entgegen der Ansicht der Auftragnehmerin, war sie auch nicht mit der Aufnahme der Bauarbeiten behindert. Der Vertrag enthält keine ausdrücklichen Regelungen, welche Leistungen den Beginn der Ausführung darstellen. Da sich auch aus den konkreten Umständen

nichts Gegenteiliges ergab, ist daher im Regelfall die Baustelleneinrichtung als Beginn der Ausführung gemeint. Diese bzw. der Beginn mit irgendeiner Tätigkeit auf der Baustelle wäre daher für den Beginn der Ausführung ausreichend gewesen.

Auch war die Klägerin nicht aufgrund nicht freigegebener sowie unvollständiger oder ungenauer Ausführungspläne am Beginn der Bauausführung gehindert.

Die Ausführungspläne sollen sicherstellen, dass die tatsächliche Bauausführung den Vorstellungen und Vorgaben der Auftraggeberin entspricht und nicht davon abweicht. Sie dient also primär dem Schutz der Auftraggeberin vor einer von ihren Vorgaben und Vorstellungen abweichenden Ausführung. Bei vorliegender Ausgangslage, nämlich der mehrfachen Bereitstellung der maßgeblichen Ausführungsplanung konnte und durfte für die Klägerin kein Zweifel mehr bestehen, dass diese Pläne auch von der Beklagten zur Ausführung der Baumaßnahme freigegeben waren.

Die unvollständigen und mangelhaften Ausführungspläne haben auch die Auftragnehmerin nicht in der Leistungserbringung gehindert, da die Auftragnehmerin wenigstens in Teilbereichen mit der Ausführung der Leistungen hätte beginnen können.

Ein etwaiger Klärungsbedarf hätte dann nach Beginn der Arbeiten auf der Baustelle besprochen werden können und müssen. Pläne sind jedenfalls beim Bauen im Bestand nicht schon deshalb fehlerhaft, weil die Umstände vor Ort in Verbindung mit dem Baufortschritt Modifikationen erforderlich machen können.

Wegen der nach alledem ausschließlich von der Auftragnehmerin verursachten Verzögerung des Baubeginns und dem fruchtlosen Ablauf der nach § 5 Abs. 4 VOB/B erforderlichen angemessenen Frist zum Baubeginn, hat die Beklagte die Kündigung aus wichtigem Grund nach § 5 Abs. 4 i.V.m. § 8 Abs. 3 VOB/B auch in formell ordnungsgemäßer Weise ausgesprochen, sodass die Klageforderung unberechtigt war, mithin eine wirksame Kündigung aus wichtigem Grund vorlag.

Praxishinweis

Sobald die Ausführungspläne vorliegen und mehrfach übersandt wurden, muss mit der Baumaßnahme jedenfalls in den unkritischen Bereichen begonnen werden. Das mehrfache Übersenden der Pläne stellt die Freigabe der Ausführungspläne dar.

Sollten die Ausführungspläne unvollständig oder mangelhaft sein, stellen diese nur in Bezug auf die konkrete nicht ausführbare Leistung eine Behinderung dar. Keinesfalls darf aufgrund einzelner Unvollständigkeits- und Mängel die gesamte Ausführung der Leistungen eingestellt werden.

Rechtsassessorin Natalja Gratz
Heidelberg

II. Leitsätze zum Privaten Bau- und Architektenrecht

1. Beweislast für Vorhandensein eines Mangels bereits vor Abnahme

Wird ein Mangel der Werkleistung erst nach der Abnahme entdeckt, steht aber fest, dass er bereits im Zeitpunkt der Abnahme vorgelegen haben muss, trifft den Werkunternehmer die Beweislast für seine Behauptung, der Mangel sei durch eine Handlung des Bestellers zwischen Erstellung und Abnahme verursacht worden (amtlicher Leitsatz).

OLG Stuttgart, Urteil vom 20.12.2022 – 10 U 96/22

2. Kein Abschlag bei Klage auf Sicherheit gem. § 650f BGB

Im Fall einer Kündigung eines Bauvertrags gem. § 650f Abs. 5 BGB reicht grundsätzlich der schlüssige Vortrag des Unternehmers zur Höhe der Vergütung gem. § 650f Abs. 5 Satz 2 BGB aus, um hiernach die Höhe einer geforderten Sicherheit gem. § 650f Abs. 1 BGB zu bemessen. Ein Abzug bei der Höhe der Sicherheit unter Anwendung von § 287 Abs. 2 ZPO kommt nicht in Betracht (Bestätigung von BGH, IBR 2014, 345) (amtlicher Leitsatz).

BGH, Urteil vom 17.08.2023 – VII ZR 228/22

3. Rechtsprechungsänderung des BGH: Selbstständiges Beweisverfahren hemmt die Verjährung für alle Ansprüche

- a) Ein selbstständiges Beweisverfahren ist grundsätzlich mit der sachlichen Erledigung der beantragten Beweissicherung anderweitig beendet i.S.v. § 204 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB (amtlicher Leitsatz).
- b) Entscheidend für die Beurteilung der sachlichen Erledigung ist dabei grundsätzlich das Ende der gesamten Beweisaufnahme. Das gilt unabhängig davon, ob in einem selbstständigen Beweisverfahren die Sicherung des Beweises hinsichtlich nur eines Mangels oder mehrerer – auch voneinander unabhängiger – Mängel stattfindet und auch ohne Rücksicht darauf, ob diese durch einen oder mehrere Sachverständige erfolgt (Aufgabe von BGH, IBR 1993, 142) (amtlicher Leitsatz).

BGH, Urteil vom 22.06.2023 – VII ZR 881/21

4. Vorsicht bei Belehrung von Verbrauchern Nr. 1: Hinweis auf bestimmtes Formular kann erfolgte Belehrung unwirksam machen

Ein Verbraucher ist nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht nach § 650I BGB belehrt, wenn dem Verbraucherbauvertrag zwar eine Musterbelehrung nach Art. 249 § 3 Abs. 2 EG-BGB i.V.m. Anlage 10 beigelegt ist, aber an hervorgehobener Stelle in den Vertragsunterlagen der unzutreffende Eindruck erweckt wird, das Widerrufsrecht müsse durch Verwendung eines bestimmten Formulars ausgeübt werden (amtlicher Leitsatz).

OLG Stuttgart, Urteil vom 23.05.2023 – 10 U 33/23

5. Vorsicht bei Belehrung von Verbrauchern Nr. 2: Kein Wertersatz bei unwirksamer Belehrung

- c) Die Widerrufsfrist für einen Verbraucher kann erst nach 12 Monaten und 14 Tagen enden, wenn die Widerrufsbelehrung fehlt oder unwirksam ist.
- d) Mangels wirksamer Widerrufsbelehrung schuldet ein Verbraucher, der einen Vertrag fristgerecht widerruft, selbst dann keinen Wertersatz für bereits erbrachte Leistungen, wenn die eigentlich geschuldete Rückgewähr unmöglich ist, beispielsweise, weil die verwendeten Materialien wesentliche Bestandteile eines Gebäudes geworden sind. Dies kann etwa bei der Sanierung eines Daches bezüglich der verwendeten Dachziegel der Fall sein.
- e) Ein Verbraucherbauvertrag scheidet bei bloßer Sanierung eines Daches aus, da ein Verbraucherbauvertrag den „Bau eines neuen Gebäudes“ oder „erhebliche Umbauarbeiten“ erfordert.

OLG München, Beschluss vom 19.04.2021 – 28 U 7274/20, BGH, Beschluss vom 10.05.2023 – VII ZR 414/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim
Heidelberg

III. Vergaberecht

1. Neues aus der Rechtssetzung

Ab 25.10.2023: eForms ersetzen Standardformulare

Und: Streichung von § 3 Abs. 7 S. 2 VgV

In Vergabeverfahren der öffentlichen Hand, deren Auftragswerte oberhalb der einschlägigen Schwellenwerte für europaweite Verfahren liegen, werden seit etlichen Jahren Standardformulare verwendet. Diese Standardformulare sind europaweit vereinheitlicht und durch eine Durchführungsverordnung der Europäischen Kommission zwingend vorgegeben. Sie dienen der Veröffentlichung von Bekanntmachungen im „Tenders Electronic Daily“ (TED) des Amtes für Veröffentlichungen der EU.

Diese etablierten Standardformulare werden ab dem 25.10.23 auf EU-Ebene zwingend durch die neuen eForms ersetzt (Durchführungsverordnung (EU) 2019/1780 der EU-Kommission vom 23. September 2019). Sie sollen – so die Kommission – im Mittelpunkt des digitalen Wandels des öffentlichen Auftragswesens stehen und durch die Verwendung eines gemeinsamen Standards einer gemeinsamen Terminologie die Qualität und Analyse von Daten erheblich verbessern.

Mit den eForms werden die aus den durchaus bewährten bisherigen Standardformularen bekannten Wege zumindest in Teilen verlassen. Ihr Aufbau unterscheidet sich von den bisherigen Standardformularen erheblich. Übersichtlicher geworden sind die eForms bedauerli-

cherweise nicht. Auftraggeber und auch Bieter werden sich an neue Ansichten und Oberflächen gewöhnen müssen, um die für sie relevanten Informationen zu Ausschreibung zu finden beziehungsweise, welche Informationen wo einzutragen sind. Bislang aus Standardformularen bekannte Abschnitte, in denen beispielsweise Informationen zu Rechtsbehelfen und der zuständigen Stelle für Rechtsbehelfe zu finden waren, fehlen nunmehr in den eForms. Die entsprechenden Informationen sind in den eForms vielmehr auf Felder an verschiedenen Stellen verteilt. Für Auftraggeber werden sich aus dieser Umstellung zumindest für eine gewisse Zeit gewisse Unsicherheiten ergeben, wie eine europaweite Bekanntmachung mittels eForms so erstellt wird, dass sie den Anforderungen an das vergaberechtliche Transparenzgebot entspricht.

Zwar gilt die Durchführungsverordnung (EU) 2019/1780 unmittelbar auch im nationalen Recht. Deutschland hat aber flankierend eine Verordnung erlassen, mit denen das deutsche Vergaberecht ergänzend angepasst wird (Verordnung zur Anpassung des Vergaberechts an die Einführung neuer elektronischer Standardformulare („eForms“) für EU-Bekanntmachungen und an weitere europarechtliche Anforderungen, (BT-Drs. 20/6118).

Mit dieser wurde unter anderem die Vergabeverordnung (VgV) in mehrfacher Hinsicht geändert; so wurde zentral § 10a VgV neu eingefügt. Diese Regelung führt insbesondere einen „Datenservice öffentlicher Einkauf“ ein, der beispielsweise über einen „eSender Hub“ als Verteilstation für Auftragsbekanntmachungen fungiert, je nachdem, ob Bekanntmachungen europaweite Vergaben betreffen oder nicht.

Der „Datenservice öffentlicher Einkauf“ soll über die bereits bekannten Vergabeplattformen von Drittanbietern angesteuert werden können. Seine Nutzung ist für Auftraggeber zur Veröffentlichung von Bekanntmachungen ab dem 25.10.2023 verpflichtend; eine andere Übermittlung von Bekanntmachungen an TED zur Veröffentlichung ist nicht zulässig. Auch freiwillige europaweite Bekanntmachungen können im Ergebnis ab dem 25.10.2023 bis auf Weiteres wohl nur noch über den „Datenservice öffentlicher Einkauf“ und damit über die etablierten Vergabeplattformen veröffentlicht werden. Ob künftig Ausschreibungen, die nicht über eine Vergabeplattform eingereicht werden sollen, auch über ein „Redaktionssystem“ im „Datenservice Öffentlicher Einkauf“ oder auf einem anderweitigen Weg erfasst und so veröffentlicht werden können, scheint noch offen.

Quasi im Windschatten der Umstellung auf eForms bereinigte die Bundesregierung in derselben Rechtsverordnung eine zwischen Deutschland und der Europäischen Kommission lange schwelende Frage: § 3 Abs. 7 S. 2 VgV wurde ersatzlos gestrichen. Diese Regelung bestimmte, dass der Auftragswert bei Vergaben von Planungsleistungen in mehreren Losen nur dann zusammengerechnet wurde, wenn es sich um Lose über gleichartige Leistungen handelte. Zugleich orientierte sich die vergaberechtliche Rechtsprechung dabei in Teilen den Leistungsbildern der HOAI und verstand nur solche Planungsleistungen als „gleichartig“, die dasselbe Leistungsbild der HOAI zum Gegenstand hatten.

Die Europäische Kommission hatte deshalb diese Norm bereits in mehreren Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland kritisiert, weil sie gegen europäisches Recht verstoße. Hierauf reagierte Deutschland nunmehr mit der Streichung dieser Bestimmung. Bemerkenswert daran ist allerdings, dass die Bundesregierung in der amtlichen Begründung ihrer Ver-

ordnung ausdrücklich klarstellt, dass diese Streichung an der Rechtslage im Ergebnis nichts ändert. Auch die erläuternden Hinweise, die zwischenzeitlich durch Ministerien veröffentlicht wurden, betonen, dass § 3 Abs. S. 2 VgV der Rechtsauffassung der Europäischen Kommission an sich nicht entgegengestanden hätte. Die Streichung dieser Bestimmung soll damit wohl eher „vorsorglich“ erfolgt sein.

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

2. Turnusgemäße Anpassung der Schwellenwerte für europaweite Vergaben

Turnusgemäß nach 2 Jahren unveränderter Beträge hat die Europäische Kommission die Schwellenwerte für europaweite Vergabeverfahren angepasst. Dazu hat die Europäische Kommission die Delegierten Verordnungen (EU) 2023/2495, 2023/2496, 2023/2497 und 2023/2510 der Kommission vom 15. November 2023 erlassen. Diese Verordnungen wurden am 16.11.2023 im Amtsblatt der EU veröffentlicht.

Ab dem 01.01.2024 gilt danach für Bauvergaben nach der Klassischen Richtlinie (2014/24/EU) der neue Schwellenwert von 5.538.000 EUR (bis zum 31.12.2023 5.382.000 EUR). Für Liefer- und Dienstleistungen beträgt der neue Schwellenwert 221.000 EUR (bis zum 31.12.2023 215.000 EUR), mit Ausnahme von Vergaben zentraler Regierungsbehörden (dann 143.000 EUR statt bislang 140.000 EUR).

Für Bauleistungen nach der Sektorenrichtlinie oder der Richtlinie für Vergaben im Bereich der Verteidigung und Sicherheit (2014/25/EU und 2009/81/EG) gilt ab dem 01.01.2024 ebenfalls der Schwellenwert von 5.538.000 EUR (statt 5.382.000 EUR), für Liefer- oder Dienstleistungen der Schwellenwert von 443.000 EUR (bislang 431.000 EUR). Auch Konzessionen (Richtlinie 2014/23/EU) sind ab einem Auftragswert von 5.538.000 EUR europaweit auszusprechen.

Die Schwellenwerte für europaweite Vergaben wurden damit sämtlich – wenn auch geringfügig – angehoben. Ausgenommen hiervon sind Vergaben von sozialen und besonderen Dienstleistungen gemäß Anhang XIV der Klassischen Richtlinie 2014/24/EU. Deren Schwellenwert beträgt wie bislang 750.000 EUR.

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

IV. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Keine Zustimmung zu Bindefristverlängerung – trotzdem kein Ausschluss möglich

Durch die Bitte des Auftraggebers um Verlängerung der Bindefrist über das in den Vergabeunterlagen vorgesehene Datum hinaus werden nicht die Vergabeunterlagen geändert. Ein Ausschluss des Angebots eines Bieters, der dem zunächst nicht nachkommen möchte, ist weder nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 noch nach Nr. 4 VgV möglich (amtlicher Leitsatz).

BayObLG, Beschluss vom 26.04.2023 – Verg 16/22

2. Fehlende Fachlosaufteilung ist kein erkennbarer Vergaberechtsverstoß

Der Antragsteller kann mit der Rüge der fehlenden Fachlosaufteilung nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 oder Nr. 3 GWB nur präkludiert sein, wenn ein durchschnittlich fachkundiger Bieter unter Anwendung der üblichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass es im maßgeblichen Fachbereich einen eigenständigen Anbietermarkt mit spezialisierten Fachunternehmen gibt (amtlicher Leitsatz).

BayObLG, Beschluss vom 06.09.2023 – Verg 5/22

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim
Heidelberg

V. Arbeitsrecht

1. BAG vom 20.07.2023 – 6 AZR 228/22

Leitsätze

GmbH-Geschäftsführer haben während der Dauer ihrer Bestellung keinen Kündigungsschutz, auch wenn sie auf Basis eines Arbeitsvertrages tätig sind. Dann kommt aber in Betracht, dass sie an einem Betriebsübergang nach § 613a BGB teilnehmen.

Sachverhalt

Der Kläger war zunächst Arbeitnehmer der GmbH. Nach einiger Zeit wurde er zum Geschäftsführer bestellt. Einen Geschäftsführer-Anstellungsvertrag schlossen die Parteien nicht, vielmehr galt sein Arbeitsvertrag fort. Die GmbH geriet in die Insolvenz. Der Insolvenzverwalter kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Geschäftsführer sowie ein etwaiges Geschäftsführer-Anstellungsverhältnis. Der Kläger legte daraufhin sein Amt als Geschäftsführer mit sofortiger Wirkung nieder. Der Kläger erhob Klage beim Arbeitsgericht mit der Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht beendet ist. Zudem machte er geltend, dass sein Arbeitsverhältnis durch Betriebsübergang auf ein anderes Unternehmen übergegangen sei.

Entscheidungsgründe

Das BAG verneint einen Kündigungsschutz für den Kläger. Nach § 14 Absatz 1 Nr. 1 KSchG gelte das KSchG nicht für Organe. Daran ändere auch die Niederlegung des Amtes durch den Geschäftsführer nichts. § 14 Absatz 1 Nr. 1 KSchG gelte unabhängig davon, ob das zugrunde liegende Vertragsverhältnis ein Arbeits- oder ein Dienstvertrag sei.

Zum vom Kläger behaupteten Betriebsübergang gemäß § 613a BGB führte das BAG aus, dass dies grundsätzlich möglich ist, da der Kläger zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges Arbeitnehmer gewesen sei. Das LAG habe dies von vornherein rechtsfehlerhaft abgelehnt. Da § 613a BGB im Gegensatz zu § 14 KSchG keinen Ausschlussstatbestand für Organe enthalte, müsse sich das LAG mit der Frage des Betriebsüberganges und eines etwaigen Kündigungsschutzes des Kläger gemäß § 613a Absatz 4 BGB befassen. Die Sache wurde daher an das LAG zurückverwiesen.

2. BAG vom 25.07.2023 – 9 AZR 43/22

Leitsatz

Ein Fremdgeschäftsführer kann nach dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff als Arbeitnehmer anzusehen sein, so dass er nach Beendigung des Vertragsverhältnisses auch einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung haben kann.

Sachverhalt

Die Klägerin war zunächst Arbeitnehmerin der GmbH und sodann der Geschäftsführerin. Aufgrund einer zusätzlichen Vereinbarung setzte die Beklagte (GmbH) die Klägerin bei einem anderen Unternehmen ein. Dort war die Klägerin an strenge Weisungen gebunden mit konkreten Vorgaben zur Arbeitszeit und Arbeitsleistung. Sie hatte Anspruch auf Urlaub von 33 Tagen. Im Jahr 2019 nahm sie hiervon nur 11 Tage und 2020 keinen Urlaubstag. Die Klägerin legte im September 2019 ihr Amt als Geschäftsführerin nieder und kündigte das Dienstverhältnis zum 30.06.2020. Sodann machte sie Urlaubsabgeltung gegen die Beklagte gelten.

Entscheidungsgründe

Das BAG bejaht einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung gemäß §§ 2,7 Absatz 4 BUrlG aufgrund einer richtlinienkonformen Auslegung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs (Art 7 RL 2003/88/EG). Danach sei die Klägerin weisungsgebunden tätig gewesen und habe die typischen Aufgaben einer Angestellten gehabt. Eine Mehrheitsbeteiligung an der GmbH oder eine Sperrminorität als Gesellschafterin habe die Klägerin nicht gehabt.

Hinweis für die Praxis

Nachdem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff können GmbH-Geschäftsführer in Ausnahmefällen Arbeitnehmer sein. Dies trifft besonders für Fremdgeschäftsführer zu, wenn diese (allenfalls) eine Minderheitsbeteiligung an der GmbH ohne Sperrminorität halten, weisungsabhängig sind und Tätigkeiten verrichten, die typischerweise auch Angestellte ausüben. Der

EuGH hat dies bereits 2010 im sog. „Danosa“-Urteil entschieden. Seitdem ist eine Tendenz in der Rechtsprechung zu beobachten, dass die Gerichte bei Fremdgeschäftsführern genauer hinschauen, ob sie nicht doch Arbeitnehmer sind.

3. BAG vom 16.08.2023 – 7 AZR

Bei einem befristeten Arbeitsvertrag ist es für die Wahrung des Schriftformgebotes gemäß § 14 Absatz 4 TzBfG nicht erforderlich, dass neben dem schriftlich fixierten Beendigungsdatum auch das Datum des Beginns des Arbeitsverhältnisses und damit die Vertragslaufzeit schriftlich festgehalten ist, denn die Dauer der Vertragslaufzeit sei nicht vom Schriftformerfordernis erfasst. Das in § 14 Absatz 4 TzBfG enthaltene Schriftformgebot für die Befristungsabrede diene allein dazu, Rechtssicherheit in Bezug auf den Beendigungszeitpunkt zu schaffen. Dem Arbeitnehmer soll klar sein, dass und wann sein Arbeitsverhältnis ende. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Auslegung des Vertrages ergibt, dass es auch bei einem geänderten Beginn des Arbeitsverhältnisses bei dem im Vertrag benannten Beendigungsdatum bleibt.

Hinweis

Um Zweifel, die zu Lasten des Arbeitgebers gehen, auszuschließen, sollte grundsätzlich auch der Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich im Arbeitsvertrag fixiert werden.

4. LAG Hamburg vom 06.04.2023 – 8 Sa 51/22

Ein böswilliges Unterlassen eines anderweitigen Verdienstes nach einer Kündigung des Arbeitnehmers gemäß §§ 615 Satz 2 BGB, 11 Nr. 2 KSchG kommt nur in Betracht, wenn es mindestens eine festgestellte Erwerbsmöglichkeit für den Arbeitnehmer gab. Diese muss dem Arbeitnehmer bekannt gewesen sein. Ein allgemeiner Hinweis auf einen günstigen Arbeitsmarkt genügt nicht.

Der Arbeitnehmer muss aber nicht von sich aus aktiv werden, sondern nur wenn es eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit gibt. Dies kann ein Prozessbeschäftigungsverhältnis beim kündigenden Arbeitgeber oder ein Hinweis auf ein konkretes Stellenangebot bei einem anderen Arbeitgeber sein.

Hinweis

Um den Annahmeverzug des Arbeitgebers und die sich daraus ergebende Lohnfortzahlungspflicht über den Kündigungszeitpunkt hinaus zu beseitigen, wird der Arbeitgeber in der Regel ungern ein Prozessbeschäftigungsverhältnis (also eine Beschäftigung während der Dauer des Kündigungsrechtsstreites) anbieten. Dann aber muss er, um dem Arbeitnehmer das böswillige Unterlassen anderweitiger Verdienstmöglichkeiten, die auf den Annahmeverzugslohn anzurechnen wären, vorzuhalten, diesem konkrete Stellenangebote benennen, auf die sich der Arbeitnehmer aufgrund seiner Qualifikation bewerben könnte. Wenn der Arbeitnehmer dann trotzdem untätig bleibt und im Prozess nichts zu einer Bewerbung vorträgt, kann dies zu Folge haben, dass der Annahmeverzug des Arbeitgebers entfällt.

Das LAG Köln (Urteil vom 27.04.2023 – 8 Sa 793/22) hat in diesem Zusammenhang allerdings entschieden, dass der Arbeitgeber keinen einklagbaren Auskunftsanspruch über die Bewerbungen des Arbeitnehmers und diesbezügliche Einzelheiten (Einladungen, Vorstellungsgespräche etc.) hat. Vielmehr habe der Arbeitnehmer, sofern ihm der Arbeitgeber eine konkrete Stelle benennt, im Rahmen der (abgestuften) Beweislast darzulegen, was er daraufhin konkret unternommen hat.

5. BAG vom 09.05.2023 – 1 ABR 14/22

Der Betriebsrat hat nach § 80 Absatz 1 Satz 2 BetrVG einen Anspruch auf Auskunft über die Namen der schwerbehinderten und ihnen gleichgestellten Arbeitnehmer. Dies folgt aus § 80 Absatz 1 Nr. 4 BetrVG sowie aus § 176 Satz 1 SGB IX, da der Betriebsrat die Aufgabe hat, die Eingliederung schwerbehinderter Menschen zu fördern.

Der Auskunftsanspruch umfasst auch die leitenden Angestellten und besteht unabhängig davon ob die betroffenen Arbeitnehmer ihr Einverständnis erklärt haben.

6. BAG vom 29.06.2023 – 2 AZR 326/22

Bei einem Betriebsübergang nach § 613a BGB gehört zu den Unterrichtungspflichten des Arbeitgebers grundsätzlich auch die Information über die Anwendbarkeit von tarifrechtlichen Normen. Ein außertariflicher Angestellter muss allerdings nicht über einen Tarifvertrag unterrichtet werden, der für ihn keine Anwendung findet.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht
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 unter der Rubrik „News“ abrufbar.

Falls Sie künftig keinen Mandanten-Rundbrief mehr erhalten möchten, teilen Sie uns dies bitte telefonisch oder per E-Mail an heidelberg@bornheim.com mit.

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - München -
im Januar 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

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