



Editorial

Wann kommt endlich die neue VOB/B ...

... fragt man sich anlässlich der neuen Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs zur AGB-Widrigkeit der Kündigungsregelung in § 4 Abs. 7 VOB/B. Denn diese benachteiligt den Auftragnehmer nach Auffassung des BGH unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB und ist daher unwirksam, wenn die VOB/B nicht im Ganzen unverändert vereinbart worden ist, was nur selten der Fall ist. Wir haben diese wichtige Entscheidung für Sie besprochen und werfen dabei auch einen Blick auf die sonstigen Unzulänglichkeiten der derzeit noch geltenden VOB/B.

Auch in Bezug auf die Einstufung eines Verbraucherbauvertrages hat der BGH Anfang 2023 ein Machtwort gesprochen. Danach liegt kein Verbraucherbauvertrag vor, wenn der Verbraucher einen Unternehmer im Rahmen eines Neubaus lediglich mit einzelnen Gewerken, nicht jedoch mit der Gesamtbauleistung beauftragt. Wir kommentieren auch diese Entscheidung sowie ein weiteres BGH-Urteil zur Abrechnung von Stundenlohnarbeiten, welches die für die Bauwirtschaft von praktischer Bedeutung ist.

Aus dem Vergaberecht berichten wir über eine Entscheidung der VK Lüneburg zu Preisgleitklauseln wegen des Ukraine-Krieges, die wegen der anhaltenden Unwägbarkeiten auch im Frühjahr 2023 von öffentlichen Auftraggebern in die Bauaufträge zu integrieren sind. Werden solche Klauseln während der Angebotsphase vom Auftraggeber nachgeschoben, dann ist dies zulässig, wie die Vergabekammer Berlin einen Beschluss vom 26.01.2023 festgestellt hat.

Auch weitere Beiträge zur Sozialversicherungspflicht scheinselbstständiger Bauarbeiter, zur steuerlichen Privilegierung von Photovoltaikanlagen und zum Ausschluss des Selbstvornahmerechts in AGB empfehlen wir Ihrer Aufmerksamkeit. Abschließend weisen wir auf Vorträge unserer Berufsträger sowie auf Seminarveranstaltungen unserer Kanzlei zum Baurecht im zweiten Quartal 2023 hin, bei denen sich eine Teilnahme lohnt.

Dr. Ulrich Dieckert
Rechtsanwalt



Die wichtigsten Entscheidungen aus letzter Zeit

Kündigung wegen Mängeln vor Abnahme: Nur wenn Fortsetzung des Vertrages bis zur Fertigstellung für den Auftraggeber nicht zumutbar!

**Die Kündigungsregelung in § 4 Nr. 7 Satz 3 i. V. m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen i. S. v. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher unwirksam.
(BGH, Urteil vom 19.01.2023 – VII ZR 34/20)**

19.01.2023 — Die Parteien des Rechtsstreites waren durch einen Nachunternehmervertrag verbunden. Der Auftraggeber war Hauptunternehmer für den Bau einer Bahntrasse, der Auftragnehmer sollte als Nachunternehmer auf angrenzenden Flächen Straßen- und Tiefbauarbeiten ausführen. Das Auftragsvolumen des NU betrug rund 3 Millionen € netto.

Nach über einem Jahr Bauzeit, der Bautenstand selbst wird im Urteil nicht mitgeteilt, rügte der Auftraggeber Mängel im Bereich der Straßenborde. Gemäß LV sollten die Rückenstützen aus Beton B 25 hergestellt werden. Es war streitig, ob sich das auf den Beton im angelieferten oder im verbauten Zustand nach vollständiger Auswertung beziehen sollte. In einigen Fällen war es wohl auch so, dass unabhängig von dieser Frage die geforderte Endfestigkeit nicht erreicht wurde. Die erforderlichen Mangelbeseitigungsarbeiten hatten ein Volumen von rund 6.000 € und hätten bei laufendem Baubetrieb in 2 – 3 Arbeitstagen erledigt werden können. Trotz mehrfacher Fristsetzung kam der NU dem Mangelbeseitigungsverlangen nicht nach, woraufhin der AG den gesamten Vertrag kündigte. Nach Fertigstellung des Projektes machte der AG Mehrkosten der Ersatzvornahme i. H. v. 4,15 Millionen € geltend.

Das Landgericht Halle war der Ansicht, bei der Kündigung habe es sich um eine freie Kündigung gehandelt und Mehrkosten der Fertigstellung könnten vom AG nicht geltend gemacht werden. Das OLG Naumburg vertrat dagegen den Standpunkt, die Kündigung sei gemäß § 4 Abs. 7 i. V. m. § 8 Abs. 3 VOB/B berechtigt gewesen, sodass dem Grunde nach ein Anspruch des AG auf Ersatz der Mehrkosten bestehen würde.

Der Bundesgerichtshof hob das Urteil des OLG Naumburg auf und verwies die Sache zurück.

Die Entscheidung des Gerichts

Die Vorschrift des § 4 Abs. 7 VOB/B gibt dem Auftraggeber das Recht, schon vor dem vereinbarten Fertigstellungstermin bzw. vor Abnahme die Beseitigung von Mängeln zu verlangen. Das ist in einem BGB-Vertrag nicht ohne Weiteres möglich. Kommt der Auftragnehmer dem nicht nach, kann der Auftraggeber nach entsprechender Kündigungsandrohung den Vertrag gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B kündigen. Das Problem besteht darin, dass nach dem Wortlaut der VOB/B eine Kündigung des gesamten Vertrages selbst bei relativ geringfügigen Mängeln erfolgen kann, wenn der Auftragnehmer diese nicht fristgerecht beseitigt.

Der BGH geht davon aus, dass die Einbeziehung der VOB/B in den NU-Vertrag auf Verlangen des AG erfolgt ist, sodass der AG als „Verwender“ der VOB/B anzusehen ist. Das führt dazu, dass eine sogenannte Inhaltskontrolle stattfindet, wenn die VOB/B nicht völlig unverändert vereinbart wurde (was fast nie der Fall ist). Inhaltskontrolle bedeutet dabei, dass jede Vorschrift daraufhin geprüft wird, ob sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen vereinbar ist oder die Vertragsgegenseite unangemessen benachteiligt (§ 307 BGB).

Anders als noch das Oberlandesgericht entscheidet der Bundesgerichtshof, dass § 4 Abs. 7 VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam ist. Dabei weist der BGH darauf hin, dass selbst kleinere Abweichungen dazu führen, dass die VOB/B nicht mehr „als Ganzes“ vereinbart ist.

Die unangemessene Benachteiligung sieht der Bundesgerichtshof darin, dass § 4 Abs. 7 VOB/B von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung zur Kündigung aus wichtigem Grund abweicht. Hiernach können beide Vertragsparteien den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung nicht zugemutet werden kann. Zwar wurde der Vertrag bereits vor Inkrafttreten des neuen BGB-Bauvertragsrechts in 2018 abgeschlossen. Der BGH verweist jedoch darauf, dass das, was seit 2018 in § 648a BGB zur Kündigung aus wichtigem Grund geregelt ist, auch vorher schon als „Richterrecht“ gegolten hat.

Bei jeder Kündigung aus wichtigem Grund muss also eine umfassende Abwägung der beiderseitigen Interessen stattfinden. Der BGH erkennt, dass in § 4 Abs. 7 VOB/B eine solche Abwägung gerade nicht vorgesehen ist, sodass selbst unwesentliche Mängel, die den Auftraggeber nach § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht einmal zur Verweigerung der Abnahme berechtigen würden, zur Kündigung aus wichtigem Grund führen können.

Die Möglichkeit, dass selbst bei Bagatellmängeln der gesamte Vertrag gekündigt werden könnte, benachteilige den Auftragnehmer unangemessen. Wörtlich schreibt der BGH: „Die Fristsetzung und die Auftragsentziehungsandrohung sind lediglich als einzuhaltende Förmlichkeiten formuliert, sodass der Auftraggeber den Vertrag auch dann aus wichtigem Grund kündigen kann, wenn der Fristsetzung kein anerkanntes eigenes Interesse an der fristgerechten Beseitigung der vertragswidrigen oder mangelhaften Leistung zugrunde liegt oder die Auftragsentziehung ange droht wird, ohne dass ein berechtigtes Interesse an der vorzeitigen Vertragsbeendigung besteht.“

Der BGH stellt anschließend fest, dass Landgericht und Oberlandesgericht keine ausreichenden Feststellungen dazu getroffen hatten, ob dem Auftraggeber im konkreten Fall die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar gewesen ist. Aus diesem Grund hebt der BGH das Urteil auf und verweist den Rechtsstreit an das Oberlandesgericht zurück, damit die noch fehlenden Feststellungen nachgeholt werden können.

Dabei stellt der BGH folgende Maßstäbe für die Prüfung auf: „Eine vertragswidrige oder mangelhafte Werkleistung in der Ausführungsphase kann im Hinblick auf die zu berücksichtigende Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers nur dann ein wichtiger Grund sein, wenn weitere Umstände hinzutreten, die die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung für den Auftraggeber begründen. Solche können sich im Einzelfall aus Umständen ergeben, die einen Bezug zu der potenziell mangelhaften oder vertragswidrigen Leistung aufweisen, sofern diese in der Gesamtabwägung so schwer wiegen, dass sie zu einer tiefgehenden Störung der für die Fortsetzung des Vertrags notwendigen Vertrauensbeziehung geführt haben. Ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers, die Fertigstellung durch den Auftragnehmer nicht mehr abwarten zu müssen, kann etwa aus der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels folgen.“

Vermutlich wird der Auftraggeber den Rechtsstreit am Ende verlieren, denn es ist schwer vorstellbar, dass wegen eines Streites um die Betonfestigkeit bei ein paar Metern Bordsteinkanten die Fortsetzung eines Vertrages mit einem Volumen von 3 Million € nicht zumutbar gewesen sein soll.

Praxishinweis

In der baurechtlichen Literatur und in der Rechtsprechung wurde schon seit Jahren darüber diskutiert, ob die Kündigungsregelungen in der VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingungen wirksam sind. Wir haben in unserem Buch „VOB für Bauleiter“ hieran ebenfalls Zweifel angemeldet. Trotzdem gab es mehrere Gerichte, die § 4 Abs. 7 VOB/B mit unzutreffenden Begründungen für wirksam hielten.

Der Bundesgerichtshof stellt in der Entscheidung aber auch klar, dass eine Vertragskündigung wegen Nichtbeseitigung von Mängeln unabhängig von der Unwirksamkeit von § 4 Abs. 7 VOB/B wirksam sein kann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Kündigung aus wichtigem Grund (§ 648a BGB) vorliegen. Die Kündigung ist demzufolge nicht „automatisch unwirksam“, sondern nur dann, wenn die notwendige Interessenabwägung ergibt, dass dem Auftraggeber die Fortsetzung des Vertrages zumutbar gewesen wäre, etwa weil es sich um relativ geringfügige Mängel gehandelt hat.

Nach unserer Auffassung hat die Entscheidung des BGH weitreichende Bedeutung, und zwar über den konkreten Fall hinaus.

Ein ähnliches Problem wie in dem vorliegenden Fall stellt sich nämlich auch bei der Kündigung gemäß § 5 Abs. 4 i. V. m. § 8 Abs. 3 VOB/B (Verzug des Auftragnehmers mit der Fertigstellung). Kann ein Auftraggeber beispielsweise den Vertrag kündigen, weil sich der Auftragnehmer seit einer Woche im Verzug befindet, selbst wenn der Auftragnehmer schon 90 % seiner Leistungen erbracht hat und vielleicht noch zwei Wochen brauchen würde, um fertig zu werden? Nach dem Wortlaut der VOB wäre dies möglich. Tatsächlich würde eine Interessenabwägung aber vermutlich dazu führen, dass dem Auftraggeber zugemutet werden kann, den Vertrag zu Ende durchzuführen. Das muss insbesondere dann gelten, wenn mit einer Kündigung des Auftragnehmers auch keine frühere Fertigstellung der geschuldeten Leistungen möglich ist.

Als Ratschlag für die Praxis kann an dieser Stelle formuliert werden, dass grundsätzlich bei jeder Vertragskündigung aus wichtigem Grund, egal ob wegen Mängeln oder wegen Verzuges oder aus anderen Gründen, die in § 648a BGB vorgesehene Interessenabwägung erfolgen muss. Nur dann, wenn der Auftraggeber sich sicher ist, dass diese Abwägung zu seinen Gunsten ausfällt und die Fortsetzung des Vertrages bis zur Fertigstellung unzumutbar ist, sollte gekündigt werden.

Außerdem behandelt der BGH in dem Urteil die Frage, ob auch dann eine Abweichung von der VOB/B vorliegt, wenn in der VOB die Möglichkeit abweichender Vereinbarungen schon vorgesehen ist. Konkret ging es in dem Urteil um die Bezahlung von Abschlagsrechnungen.

Im Nachunternehmervertrag war vorgesehen, dass von allen Abschlagszahlungen 10 % einbehalten werden und der NU diesen Einbehalt für die Vertragserfüllung durch eine Bürgschaft ablösen kann. Der BGH führt dazu aus, dass eine solche Regelung, der zufolge der Auftraggeber Abschlagszahlungen bis zu 90 % der nachgewiesenen Leistungen zu leisten hat, von § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B abweicht, da hiernach Abschlagszahlungen in Höhe von 100 % des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen zu gewähren sind. Also auch wenn § 17 VOB/B die Möglichkeit der Vereinbarung von Sicherheiten grundsätzlich vorsieht, liegt genau darin eine Abweichung von der VOB/B. Das wiederum bedeutet, dass auch bei allen Bauverträgen nach dem Vergabehandbuch des Bundes (VHB Bund), welche diese Formulierung vorsehen, die VOB/B nicht unverändert vereinbart ist und sowohl das hier besprochene Urteil einschlägig ist als auch die Rechtsprechung zur Unwirksamkeit der „Schlusszahlungsfalle“ in § 16 Abs. 5 VOB/B.

Die gleichen Überlegungen wird man auf die Vereinbarung einer Gewährleistungsfrist von fünf Jahren nach VOB übertragen können (das war in dem entschiedenen Fall auch diskutiert worden; der BGH hat die Frage offengelassen, weil es hierauf nicht mehr ankam).

Dies führt zu der Schlussfolgerung, dass die völlig unveränderte Vereinbarung der VOB/B ein unsinniges Konzept ist. Welcher Auftraggeber will ernsthaft komplett auf Sicherheiten verzichten und es bei vier Jahren Gewährleistungsfrist belassen? Das wiederum führt zu der weiteren Schlussfolgerung, dass der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA) endlich die VOB/B überarbeiten muss, sodass insgesamt eine AGB-Konformität hergestellt wird.

Zu guter Letzt ist zu überlegen, ob Auftraggeber ihre Vertragsbedingungen für die Nachunternehmervergabe ändern sollten. Zwingend notwendig ist das nicht, denn der BGH sagt ja ausdrücklich, dass bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen unabhängig von dem, was im Vertrag steht, eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich ist. Gleichwohl könnte es sinnvoll sein, solche wichtigen Gründe für eine Kündigung wegen Nichtbeseitigung von Mängeln im Bauvertrag zu regeln. In unseren Vertragsbedingungen ist eine solche Regelung schon seit 2019 enthalten.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

Kein Verbraucherbaupvertrag bei Einzelgewerkvergabe!

Beauftragt ein Verbraucher einen Unternehmer im Rahmen eines Neubaus nur mit einem einzelnen Gewerk, begründet dies keinen Verbraucherbaupvertrag im Sinne des § 650i BGB. (BGH, Urteil vom 16.03.2023 – VII ZR 94/22)

16.03.2023 — Ein Verbraucher beauftragt ein Bauunternehmen im Rahmen eines Neubaus nur mit der Erbringung von Innen- und Außenputzarbeiten. Das Bauunternehmen erbringt seine Leistungen und rechnet diese ab. Der Verbraucher bezahlt das Bauunternehmen nicht vollständig. Dieses fordert den Verbraucher unter Fristsetzung zur Zahlung des noch offenen Werklohns und zur Stellung einer Sicherheit nach § 650f BGB auf. Der Verbraucher reagiert nicht. Daraufhin klagt das Bauunternehmen die Sicherheit ein und gewinnt vor dem Landgericht. Der Verbraucher geht in Berufung und gleicht die Werklohnforderung des Bauunternehmens in der Berufungsinstanz vollständig aus. Das Bauunternehmen erklärt den Rechtsstreit für erledigt. Der Verbraucher schließt sich dieser Erledigung nicht an. Dadurch wird die Klage umgestellt. Das Oberlandesgericht (OLG) musste entscheiden, ob in der Hauptsache Erledigung eingetreten ist. Das ist der Fall, wenn die Klage von Anfang an begründet und erfolgreich war. Das OLG verneint dies mit der Begründung, dass aufgrund des bestehenden Verbraucherbaupvertrages nach § 650i BGB der Ausschlussgrund des § 650f Abs. 6 S. 1 Nr. 2, 1. Fall BGB greife und das Bauunternehmen gar nicht berechtigt war, die Sicherheit von einem Verbraucher bei einem Verbraucherbaupvertrag zu verlangen. Gegen diese Entscheidung wendet sich das Bauunternehmen mit der Revision vor dem Bundesgerichtshof (BGH) – mit Erfolg!

Die Entscheidung des Gerichts

Der BGH hebt das Berufungsurteil auf und stellt fest, dass die ursprüngliche Klage (gerichtet auf das Stellen einer Sicherheit nach § 650f BGB) erfolgreich war. Der BGH verneint bereits das Vorliegen eines Verbraucherbaupvertrages (§ 650i BGB) und hält deshalb den Ausschlussstatbestand § 650f Abs. 6 S. 1 Nr. 2, 1. Fall BGB für nicht anwendbar.

Der Wortlaut des § 650i BGB sei bereits so eindeutig, da dieser eben nur den „Bau eines neuen Gebäudes“ oder „erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude“ erfasst. Die Norm müsse daher schon nicht unter Rückgriff auf § 650a BGB (Bauvertrag auch bei „Herstellung eines Teils davon“) oder § 634a BGB („bei einem Bauwerk“) ausgelegt werden. Diese scharfe Trennung sei nach Auffassung des BGH vom Gesetzgeber auch gewollt gewesen. Schließlich spreche auch das Gebot der Rechtsklarheit für dieses Ergebnis, da für den Bauunternehmer sonst unklar sei, wann genau die nicht ganz unerheblichen Aufklärungs- und Belehrungspflichten (§ 650j BGB) bestehen. Der BGH erkennt auch keine planwidrige Regelungslücke, sodass auch eine Analogie hinsichtlich des Ausschlusstatbestandes nicht in Betracht kommt.

Der BGH verneinte damit ausdrücklich die besondere Betonung eines über die Belehrungspflichten hinausgehenden Verbraucherschutzes und stellt sich insofern gegen diverse zuvor ergangene Entscheidungen der Vorinstanzen (OLG Zweibrücken, Urt. v. 29.03.2022, Az. 5 U 52/21; OLG Hamm, Urteil vom 24.04.2021 – 24 U 198/20). Diese bejahten in einer ähnlichen Konstellation das Vorliegen eines Verbraucherbauvertrages und begründeten dies vor allem mit der Gewährung des im Europarecht allgegenwärtigen Verbraucherschutzes.

Nach Auffassung des BGH ist der Verbraucher aber bereits durch die gesetzlichen Belehrungspflichten ausreichend geschützt. Ein zusätzlich erforderlicher Verbraucherschutz habe der Gesetzgeber nicht in die Norm mit aufgenommen und sei daher auch nicht hineinzulesen.

Praxishinweis

Gegenstand des Rechtsstreits war eine in der Baupraxis alltägliche Situation. Auch wenn die prozessuale Einkleidung zunächst etwas ungewöhnlich erscheint, schafft die Entscheidung des Gerichts Rechtsklarheit und ist dogmatisch sauber. Die seit Einführung der Norm zum 01.01.2018 bestehenden Unsicherheiten zur Definition eines Verbraucherbauvertrages dürften damit der Vergangenheit angehören.

Das Vorliegen eines Verbraucherbauvertrages löst umfassende Aufklärungs- und Belehrungspflichten aus und untersagt dem Bauunternehmer die Möglichkeit, eine Sicherheit für seine Werklohnforderung vom Verbraucher zu verlangen.

Diese könnte der Bauunternehmer aber leicht umgehen, indem er u. U. im Verhältnis zum Verbraucher einzelne Gewerke einfach nicht anbietet. Es bleibt also abzuwarten, wie die Baupraxis und auch die Rechtsprechung mit dieser Grundsatzentscheidung, denn das ist sie auf jeden Fall, umgehen werden.

Dominic Filser
Rechtsanwalt

Welche Anforderungen bestehen an die Abrechnung von Stundenlohnarbeiten?

Der Unternehmer muss zur schlüssigen Begründung eines nach Zeitaufwand zu bemessenden Vergütungsanspruchs im Ausgangspunkt nur darlegen und gegebenenfalls beweisen, wie viele Stunden für die Erbringung der Vertragsleistungen mit welchen Stundensätzen angefallen sind.

Die schlüssige Abrechnung eines Stundenlohnvertrags setzt grundsätzlich keine Differenzierung in der Art voraus, dass die abgerechneten Arbeitsstunden einzelnen Tätigkeiten zugeordnet und/oder nach zeitlichen Abschnitten aufgeschlüsselt werden. Sie muss vom

**Unternehmer nur in den Fällen vorgenommen werden, in denen die Vertragsparteien eine dementsprechend detaillierte Abrechnung vertraglich vereinbart haben.
(BGH, Beschluss vom 01.02.2023 – VII ZR 882/21)**

01.02.2023 — Ein Maler erhält vom Auftraggeber während der Ausführung seiner Arbeiten eine Vielzahl von kleineren Zusatzaufträgen, die er im Stundenlohn abrechnen soll. Die VOB/B ist nicht vereinbart.

Am Ende summieren sich diese Stundenlohnarbeiten auf einen Betrag i. H. v. 28.000 €. Vermutlich ist der Auftraggeber etwas erschrocken darüber und erhebt Einwendungen.

Sowohl das Landgericht als auch das Oberlandesgericht weisen die Klageforderung mit der Begründung ab, der AN habe die von ihm geleisteten Arbeiten nicht nachvollziehbar und substantiiert dargelegt. Es sei erforderlich, genau darzulegen, wer welche Arbeiten und wann ausgeführt habe. Der AN habe nur pauschale Aufstellungen der behaupteten ausgeführten Leistungen vorgelegt. Er nenne auch nicht den Namen der jeweiligen Person, die die Arbeiten konkret ausgeführt habe. Dies reiche nicht als Vortrag, geschweige denn als Nachweis für die Ausführung der Arbeiten aus. Der AN ruft den BGH an.

Die Entscheidung des Gerichts

Der BGH hebt das Berufungsurteil auf und stellt fest, dass der Unternehmer zur schlüssigen Begründung eines nach Zeitaufwand zu bemessenden Vergütungsanspruchs im Ausgangspunkt nur darlegen und gegebenenfalls beweisen muss, wie viele Stunden für die Erbringung der Vertragsleistungen mit welchen Stundensätzen angefallen sind. Die schlüssige Abrechnung eines Stundenlohnvertrags setze grundsätzlich keine Differenzierung in der Art voraus, dass die abgerechneten Arbeitsstunden einzelnen Tätigkeiten zugeordnet und/oder nach zeitlichen Abschnitten aufgeschlüsselt werden. Solch eine Zuordnung möge sinnvoll sein. Zur nachprüfbaren Darlegung des vergütungspflichtigen Zeitaufwands erforderlich sei sie nicht, weil seine Bemessung und damit die im Vergütungsprozess erstrebte Rechtsfolge nicht davon abhängt, wann der Unternehmer welche Tätigkeit ausgeführt hat. Sie muss deshalb vom Unternehmer nur in den Fällen vorgenommen werden, in denen die Vertragsparteien eine dementsprechend detaillierte Abrechnung rechtsgeschäftlich vereinbart haben (BGH, Urteil vom 17. April 2009 – VII ZR 164/07 Rdnr. 33 f., BGHZ 180, 235). Auf dieser Grundlage sei es Sache des Bestellers, eine Begrenzung der Stundenlohnvergütung dadurch zu bewirken, dass er Tatsachen vorträgt, aus denen sich z. B. eine Unwirtschaftlichkeit des Zeitaufwandes ergibt (BGH, Urteil vom 17. April 2009 – VII ZR 164/07 Rdnr. 36, BGHZ 180, 235).

Unter Anwendung dieses Maßstabs war der Vortrag des Malers zur Anspruchshöhe schlüssig. Er hatte dargelegt, dass er für insgesamt 15 Häuser Malerarbeiten ausgeführt hat, und zwar bei den Häusern Nr. 1 – 6 und Nr. 15 sowohl für den Innen- als auch für den Außenbereich, bei den Häusern 7 – 14 lediglich für den Außenbereich und wie viele Stunden auf welche Gewerke angefallen waren. Soweit in Frage stehe, ob es sich bei den abgerechneten Stunden teilweise um Nachbesserungsarbeiten handelte, obliege es dem Auftraggeber, diese Umstände darzulegen.

Praxishinweis

Gegenstand des Rechtsstreits war eine in der Baupraxis häufige Situation. Zunächst werden im Rahmen von Abschlagsrechnungen Stundenlohnarbeiten bezahlt, aber später bei der Endabrechnung macht der Auftraggeber Einwendungen geltend. Der Ratschlag für Auftraggeber an dieser Stelle lautet, schon im Bauvertrag konkrete Vorgaben an die Dokumentation der einzelnen Stundenlohnarbeiten zu machen oder jedenfalls während der Bauzeit, wenn der Auftraggeber meint,

es lägen Unstimmigkeiten vor, zu diesem Zeitpunkt die Beauftragung weiterer Arbeiten im Stundenlohn davon abhängig zu machen, dass die Arbeiten detailliert erfasst und der Zeitaufwand detailliert dokumentiert wird.

Außerdem steht es dem Auftraggeber frei, während der Durchführung der Stundenlohnarbeiten selbst Kontrollen durchzuführen, ob tatsächlich alle Arbeitsstunden angefallen sind, ob gegebenenfalls im Stundenlohn Mängel beseitigt wurden, die der Auftragnehmer kostenfrei beseitigen müsste oder ähnliches. Im Nachhinein sind solche Einwendungen wenig erfolgversprechend, wobei aber auch festzustellen ist, dass Landgericht und Oberlandesgericht die Klage abgewiesen hatten und der Maler tatsächlich bis zum Bundesgerichtshof gehen musste, um Recht zu erhalten. Diesen langen Weg hätte der Maler sicherlich nicht gehen müssen, wenn er seine Arbeiten detaillierter dokumentiert hätte.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

Preisgleitklauseln wegen des Ukraine-Krieges auch im Frühjahr 2023

1. Der Auftraggeber bürdet Bietern ein ungewöhnliches Wagnis auf, wenn er von diesen feste Preise für die im Erlass des BMWSB vom 25.03.2022 zum Russland-Ukraine-Krieg genannten Stoffgruppen einfordert, obwohl zu Beginn des Krieges rund 30 % der hiesigen Bitumenversorgung in Abhängigkeit von den Erdölimporten aus Russland erfolgten.

2. Eine Vergabekammer darf die Erlasse des BMWSB und der Länder zwar nicht als unmittelbar anzuwendendes Vergaberecht normativ anwenden, weil es sich um Binnenrecht der Behörden handelt. Sie kann die Erlasse aber als unmittelbar zu würdigende Erkenntnisquelle des Sachverhaltes anwenden.

(VK Lüneburg, Beschluss vom 01.02.2023, VGK-27/2022)

01.02.2023 — Das Land Niedersachsen schrieb Ende 2022 einen Bauauftrag über Dachabdichtungsarbeiten und Dachbegrünung im Offenen Verfahren aus. Die Laufzeit des Vertrages sollte am 20.01.2023 beginnen und am 26.07.2024 enden. Die Ausführungszeit für die Herstellung der ausgeschriebenen Bauteile wurde mit einem Zeitraum von Februar bis August 2023 angegeben. Die Inbetriebnahme sollte im Juli 2024 erfolgen. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Ein Bieter rügte unter Hinweis auf den noch laufenden Ukraine-Krieg das Fehlen einer Preisgleitklausel. Der Auftraggeber half der Rüge mit der Begründung nicht ab, dass die Preise der maßgeblichen Stoffe in den letzten Monaten stabil geblieben seien. Es sei somit nicht von einer Preissteigerung auszugehen, tendenziell würden weiter fallende Preise erwartet. Der Bieter stellte daraufhin Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer Lüneburg.

Die Entscheidung der Vergabekammer

Die Vergabekammer gab dem Antrag statt und setzte das Vergabeverfahren auf den Zeitpunkt vor Versand der Vergabeunterlagen zurück. Sie stellte fest, dass die Bieter im streitigen Vergabeverfahren in ihren Rechten aus § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A verletzt worden sind. Nach dieser Vorschrift darf dem Auftragnehmer kein unzumutbares Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkungen auf die Preise er nicht im Voraus schätzen kann. Nach Auffassung der Vergabekammer sind alle drei Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift erfüllt. So habe der Auftraggeber den Bietern erstens ein unzumutbares Wagnis auferlegt, indem er Festpreise für alle Positionen des Leistungsverzeichnisses einfordert, obwohl durch den Krieg zwischen Russland und der Ukraine und die verhängten Sanktionen erhebliche

Veränderungen in der Bitumenversorgung bestehen. Vorliegend betrage der geschätzte Wert der Bitumenprodukte mindestens 12 % des Auftragswertes. Es handelt sich daher klar um eine kalkulationsrelevante Größe. Zum zweiten sei offensichtlich, dass sich die Umstände, die das Wagnis ausmachen, dem Einflussbereich der Bieter entziehen. Das Wagnis ist durch den Krieg zwischen Russland und der Ukraine entstanden, kein Verfahrensbeteiligter hat hierauf Einfluss. Drittens sei festzustellen, dass das Wagnis dem Bieter eine fachgerechte Kostenschätzung und Preiskalkulation einschließlich eines angemessenen Wagnisvorbehalts unmöglich macht. Zwar sei die Preisentwicklung der letzten Monate stabil geblieben. Die lineare Prognose aus den Ereignissen der Vergangenheit auf die Ereignisse der Zukunft sei bei dem Krieg zwischen Russland und der Ukraine aber unmöglich, weil der unberechenbare Verlauf des Krieges einschließlich der ebenfalls unberechenbaren wirtschaftlichen Folgen jederzeit zu nicht vorhersehbaren spontanen Erweiterungen führen kann. Es ist jederzeit möglich, dass nach dem Wegfall von 30 % der bisherigen Bitumenversorgung der Markt weitere Veränderungen erleidet, die zu großen Preisausschlägen führen können.

Die Vergabekammer stellt des Weiteren fest, dass dem Auftraggeber mit der Anwendung der Stoffpreisgleitklausel ein schon länger eingeführtes, einfaches und effizientes Verfahren zur Verfügung stünde, welches sowohl das Risiko von Preissteigerungen zugunsten des Auftragnehmers als auch das Risiko von Preissenkungen zugunsten des Auftraggebers in fairer und transparenter Weise verteilt. Darüber hinaus sei durch den Erlass des BMWSB ein neues Formular 225A VW eingeführt worden, welches die Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel vereinfacht. Zwar hätten die vom BMWSB sowie dem Land Niedersachsen eingeführten Erlasse keine unmittelbare normative Wirkung. Vielmehr handelt es sich um verwaltungsinternes Binnenrecht, das von nachgeordneten Behörden verpflichtend anzuwenden ist, für außerhalb der Behördenhierarchie stehenden Institutionen wie die Vergabekammer jedoch nicht zu einer Anwendungspflicht führen. Die Vergabekammer darf diese Verwaltungsvorschriften allerdings als wichtige Erkenntnisquellen nutzen, um daraus eine praxisnah aktuelle Einschätzung der Situation zu gewinnen.

Praxishinweis

Die Entscheidung der VK Lüneburg liegt auf einer Linie mit der Entscheidung der VK Westfalen vom 12.07.2022 (VK 3-24/22). Diese hat entschieden, dass der Ukraine-Krieg als Ereignis anzusehen ist, welches den Bietern ohne Preisgleitklausel eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation jedenfalls im April 2022 unmöglich machte. Dem folgte die VK Lüneburg im vorliegenden Fall, weil der Krieg immer noch nicht vorbei ist, und auch das BMWSB in einem Schreiben aus Dezember 2022 die Wirkung seiner Erlasse bis Mitte 2023 verlängert hat. Interessanterweise sah die VK Lüneburg in der Nichtanwendung einer Stoffpreisgleitklausel auch einen Eingriff in den Wettbewerb, weil dies Bieter bevorteile, die in der Lage sind, sich mit einer erheblichen Materialbevorratung von kurzfristigen Preisschwankungen unabhängig zu machen. Alles in allem ist die Entscheidung der VK Lüneburg zu begrüßen, weil das Vergaberecht den öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, sich wettbewerbsrechtlich fair zu verhalten. In Anbetracht des noch laufenden Ukraine-Krieges und seiner möglichen unkalkulierbaren Folgen ist daher weiterhin die Vereinbarung von Stoffpreisgleitklauseln erforderlich.

Dr. Ulrich Dieckert
Rechtsanwalt

Wer sein Angebot nicht aktualisiert, riskiert den Ausschluss!

- 1. Auftraggeber sind bei Wahrung der Verfahrensgrundsätze aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB grundsätzlich berechtigt, die Vergabeunterlagen nachträglich zu ändern.**
 - 2. Dies umfasst auch die nachträgliche Vorgabe, dass bestimmte Unterlagen (hier: Formblatt Stoffpreisgleitklausel) im Falle des Fehlens bei Angebotsabgabe nicht nachgefordert werden, und das Angebot in diesem Fall auszuschließen ist.**
 - 3. Eine solche nachträgliche Vorgabe ist für den durchschnittlichen Bieter in Bezug auf ihre tatsächlichen wie rechtlichen Auswirkungen erkennbar, sodass eine mögliche Vergaberechtswidrigkeit innerhalb der Fristen des § 164 Abs. 3 Nr. 1 GWB zu rügen ist.**
- (VK Berlin, Beschluss vom 26.01.2023 – B2-35/22)**
(Leitsätze (nicht amtlich))

26.01.2023 — In einem europaweiten Vergabeverfahren über die Ausführung von Landschaftsbauarbeiten lud die Vergabestelle während der laufenden Angebotsfrist am 17. Oktober 2022 ein sogenanntes Änderungspaket hoch, mit dem die Vergabeunterlagen um weitere, von den Bietern vorzulegende Unterlagen, ergänzt wurden. Dies beinhaltete auch ein von den Bietern auszufüllendes Formblatt über eine Stoffpreisgleitklausel. Die Vergabestelle stellte sowohl im Änderungspaket als auch aufgrund einer Bieteranfrage klar, dass diese Unterlage für den Fall ihres Fehlens bei Angebotsabgabe nicht nachgefordert werde.

Die spätere Antragstellerin lud ihr Angebot fristgerecht am 4. November 2022 über die Vergabeplattform hoch. Wie sich später herausstellte, hatte sie dieses Angebot bereits am 26.09.2022 erstellt und seitdem nicht mehr geändert. Wie sich ebenfalls herausstellte, waren ihr die Vorgaben des Änderungspaketes bekannt, da sie dieses ausweislich des elektronischen Protokolls der Vergabeplattform am 19.10.2022 heruntergeladen hatte.

Da diesem Angebot das vom Bieter auszufüllende Formblatt Stoffpreisgleitklausel nicht beigelegt war, wurde das Angebot von der Vergabestelle ausgeschlossen. Der Bieter rügte den Ausschluss mit der Begründung, die Vorlage des Formblattes sei nicht aus der ursprünglichen Ausschreibung erkennbar gewesen, und hätte deshalb nicht nachträglich gefordert werden dürfen. Jedenfalls hätte einem Bieter, der die erst im Laufe des Vergabeverfahrens geforderte Einreichung der Formblätter „erkennbar übersehen“ habe, die Möglichkeit eingeräumt werden müssen, diese nachzureichen. Die Vergabestelle half dieser Rüge nicht ab, sodass der Bieter Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer Berlin einreichte.

Aus den Gründen

Die Vergabekammer wies den Antrag in vollem Umfang zurück, und zwar in Form eines Beschlusses ohne vorherige mündliche Verhandlung. Sie stellte eingangs fest, dass sie den Nachprüfungsantrag gemäß § 163 Abs. 2 Satz 3 GWB schon nicht übermittelt hätte, wenn die Antragstellerin im Antrag erwähnt hätte, dass mit dem Änderungspaket auch die Aufforderung zur Angebotsabgabe in Hinblick auf die Nachforderung von Unterlagen angepasst worden war.

Txt. Die Vergabekammer stellt in ihrem Beschluss klar, dass Auftraggeber bei Wahrung der Verfahrensgrundsätze aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB (Transparenz Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit) grundsätzlich berechtigt sind, die Vergabeunterlagen nachträglich zu ändern. Der im vorliegenden Verfahren erfolgte Nachforderungsausschluss sei von § 16 A EU Abs. 2 VOB/A gedeckt. Hiernach ist es öffentlichen Auftraggebern – a maiore ad minus – nicht nur erlaubt, gar keinen Gebrauch von der Nachforderungsmöglichkeit zu machen, sondern auch, die Nachforderung auf bestimmte Unterlagen zu beschränken. Sofern die Antragstellerin meine, dass ein Nachforderungsausschluss nicht nachträglich über eine Änderung der Vergabeunterlagen im Vergabever-

fahren festgelegt werden kann, sei dem nicht zu folgen. Eine solche Beschränkung sei weder der Norm selbst zu entnehmen, noch aus allgemeinen Verfahrensgrundsätzen abzuleiten. Eine Nachforderung der fehlenden Unterlage bei der Antragstellerin war mithin ausgeschlossen und deren Angebot demnach wegen Unvollständigkeit zwingend auszuschließen.

Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag bereits nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB unzulässig und deswegen schon aus formalen Gründen zurückzuweisen. Danach sind aus den Vergabeunterlagen hervorgehende angebliche Verstöße gegenüber dem Auftraggeber innerhalb einer Frist von 10 Kalendertagen nach Kenntnisnahme zu rügen, andernfalls ist der Antrag unzulässig. Die mit dem Änderungspaket nachträglich aufgestellte Vorgabe, bei Angebotsabgabe auch das ausgefüllte Formblatt über die Stoffpreisgleitklausel vorzulegen, sei den Bietern genauso transparent übermittelt worden, wie der Hinweis, dass bei Nichtvorlage das Angebot auszuschließen ist. Diese Konsequenzen hätte ein durchschnittlicher Bieter sowohl in tatsächlicher als auch rechtlicher Hinsicht erkennen können. Die Vorgaben der Vergabestelle waren eindeutig. Ein abweichendes Verständnis wurde von der Antragstellerin auch nicht geltend gemacht. Für einen sorgfältig handelnden Bieter sei es ferner ohne besonderen Rechtsrat durch bloßes Lesen der einschlägigen Normen (§ 16 EU Nr. 3 VOB/A und § 16 a EU Abs. 2 VOB/A) zu erfassen, dass ein Angebot, bei dem diese Unterlage fehlt, zwingend auszuschließen ist.

Es sei unstreitig, dass die Antragstellerin das Änderungspaket heruntergeladen habe und daher davon Kenntnis nehmen konnte. Soweit die Antragstellerin behauptet, die mit dem Änderungspaket erfolgten Änderungen schlicht übersehen zu haben, räumt sie letztlich ein, die erforderliche Sorgfalt außeracht gelassen zu haben. Dies stellt die Erkennbarkeit der die (mögliche) Vergaberechtswidrigkeit begründenden Tatsachen nicht infrage.

Praxishinweis

Natürlich ist es für Bieter ärgerlich, wenn im Laufe der Angebotsfrist Änderungen an den Vergabeunterlagen erfolgen. Dies enthebt sie jedoch nicht von der Obliegenheit, die von der Vergabestelle auf der Plattform eingestellten Unterlagen sowie die Antworten auf Bieterfragen sorgfältig zu prüfen. Darauf wird im Übrigen auch in allen Bewerbungsbedingungen bei Verfahren über Vergabeplattformen hingewiesen. Wer als Bieter der Meinung ist, die nachträglichen Vorgaben würden zu weit gehen, mag dies innerhalb der Fristen des § 164 Abs. 3 Nr. 1 GWB rechtzeitig rügen. Tut er dies nicht und gibt ein Angebot ab, welches die neuen Vorgaben nicht berücksichtigt, ist er selber schuld! In einem solchen Fall lässt sich sein Versäumnis nicht mehr nachträglich heilen, wenn der Auftraggeber die nachträgliche Einreichung von Unterlagen ausdrücklich ausgeschlossen hat.

Dr. Ulrich Dieckert
Rechtsanwalt

Wann sind DIN-Normen keine allgemein anerkannten Regeln der Technik?

Anerkannte Regeln der Technik können in DIN-Normen niedergelegt sein, wobei aber DIN-Normen insbesondere nicht als Rechtsnormen zu qualifizieren sind, sondern lediglich als private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter.

Die DIN 18015-2 (Elektrische Anlagen in Wohngebäuden – Teil 2: Art und Umfang der Mindestausstattung) ist ihrem Regelungsgehalt nach nicht geeignet, die Vermutungswirkung, allgemein anerkannte Regel der Technik zu sein, für sich in Anspruch zu nehmen.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.02.2023 – 5 U 227/21)

09.02.2023 — Ein Generalunternehmer beauftragt ein TGA-Planungsbüro mit den Planungsleistungen der LP 1 – 7. Dabei handelt es sich um einen Neubau von vier Mehrfamilienhäusern mit 141 Mietwohnungen und Kindertagesstätte. 40 % der Wohnungen stellen öffentlich geförderten Wohnungsbau dar, auch die übrigen Wohnungen sind "mietpreisgedämpft". Der GU ist zusammen mit einer Immobiliengesellschaft auch gleichzeitig Bauherr des Projektes.

Der Planer reichte eine Entwurfsplanung beim Generalunternehmer ein, die nach einigen Änderungen auch freigegeben wurde. Im Erläuterungsbericht erklärte der TGA-Planer: *"Die Ausstattungsqualität Elektro erfolgt nach DIN 18015-2."* Nach Erstellung der Ausführungsplanung und Beginn mit den Installationsarbeiten fand der Bauherr einen Kaufinteressenten für die Wohnanlage. Dieser prüfte die Planung und monierte, dass die Mindestanforderungen der DIN 18015-2 an die Elektroausstattung der Wohnungen nicht gewahrt seien. Der Planer wurde aufgefordert, die Ausführungsplanung zu überarbeiten und den Mindeststandard, vermutlich Ausstattungsklasse, herzustellen. In dem Rechtsstreit geht es schließlich um die Kosten der Umplanung sowie Kosten von nachträglichen Umbauarbeiten an der Elektroinstallation.

Der Planer verteidigt sich mit dem Argument, dass die Unterschreitung der Mindestvorgaben der DIN 18015-2 im Bereich des geförderten bzw. mietpreisgedämpften Wohnungsbaus üblicher Baustandard sei und dass die gesamte Planung mehrere Monate lang intensiv diskutiert worden sei und der GU demzufolge bewusst auf das in der DIN 18015-2 vorgesehene Ausstattungsniveau verzichtet habe.

Die Norm DIN 18015-2 legt Mindestanforderungen für die Anzahl der Stromkreise abhängig von der Wohnfläche, die zu installierenden Steckdosen und Anschlüsse beispielsweise für Beleuchtung oder Lüfter sowie die Zahl der Anschlüsse für Verbraucher mit eigenem Stromkreis fest. Alle Anforderungen sollen gleichermaßen für die Planung von Neuanlagen als auch für die Umplanung von bestehenden Elektroinstallationen gelten. Außerdem sollen für jede Wohnung eine Leitung mit drei Außenleitern mit einer zulässigen Strombelastbarkeit von mindestens 63 A zum ersten Stromkreisverteiler vorgesehen werden. In der Norm wird eine Platzreserve von 20 % in den Verteilerkästen empfohlen, die Verlegung von Datenleitungen soll Leerrohren erfolgen usw.

Nachdem der TGA-Planer vor dem Landgericht zunächst verloren hatte, wies das OLG Düsseldorf die Klage des GU auf Erstattung der Mehrkosten ab.

Die Entscheidung des Gerichts

Das Gericht stellt zunächst fest, dass der Planervertrag selbst keine Vorgaben hinsichtlich der Planung der Elektroinstallationen enthält. Unbestritten hatte der GU aber dem Planer vor Vertragsabschluss eine Baubeschreibung als Grundlage für dessen Angebot und Planung überlassen. Die dortigen Vorgaben für die Bauausführung blieben in ihrem Umfang deutlich hinter den Mindestanforderungen der DIN 18015-2 zurück.

Dass der Planer in einem nach Vertragsabschluss erstellten Erläuterungsbericht gesagt habe, dass die Vorgaben der DIN 18015 eingehalten werden, habe an dem ursprünglichen Vertragsinhalt nichts geändert.

Allerdings habe der Planer die allgemein anerkannten Regeln der Technik einzuhalten gehabt. Wie aus dem Leitsatz ersichtlich, ist das Gericht aber der Ansicht, dass die Inhalte der DIN 18015, jedenfalls was die in Teil 2 definierten Mindestanforderungen angeht, vermutlich keine allgemein anerkannten Regeln der Technik darstellen. Im Urteil heißt es dazu:

„Der Senat hegt bereits grundsätzliche Bedenken, ob die DIN 18015-2 ihrem Regelungsgehalt nach überhaupt geeignet ist, die Vermutungswirkung, allgemein anerkannte Regel der Technik zu sein, für sich in Anspruch zu nehmen. Eine Rechtfertigung für eine allgemeine Vermutungswirkung, wonach DIN-Normen allgemein anerkannte Regeln der Technik seien, vermag der Senat den Ausführungen bei den zitierten Stellen jedenfalls insoweit nicht zu entnehmen, als der Inhalt der Normen reine Ausstattungsfragen ohne Bezug zum Sicherheits- oder Qualitätsniveau betrifft.“

Das OLG Düsseldorf differenziert demnach zwischen „technischen Regelungen“, bei denen es um die Sicherheit und Qualität der Leistungen geht und sonstigen Regelungen, die ausschließlich einen gewissen „Komfortstandard“ behandeln.

Unabhängig sei es juristisch kaum zu rechtfertigen, auch solchen DIN-Normen, die ihrer Bestimmung nach ausdrücklich erst der Etablierung bestimmter Regeln der Technik dienen sollen, eine Vermutungswirkung zuzusprechen, wonach sie bereits Regeln der Technik darstellen würden. Im Ergebnis verneint das Gericht jedenfalls einen Planungsmangel.

Praxishinweis

Der Bundesgerichtshof hat mehrfach erklärt, dass bei dem Inhalt von DIN-Normen, die in einem geregelten Verfahren unter Einbeziehung aller Fachkreise zustande kommen würden, eine Vermutung dafür bestehe, dass es sich um allgemein anerkannte Regeln der Technik handeln würde. Bei dem hier besprochenen Urteil des OLG Düsseldorf handelt es sich hier um eine der ganz wenigen obergerichtlichen Entscheidungen, bei denen diese vom Bundesgerichtshof postulierte „Vermutungswirkung“ angezweifelt wird.

Das OLG Düsseldorf hingegen arbeitet heraus, dass schon nach der eigenen Zielstellung der DIN manche Regelwerke dazu dienen sollen, überhaupt erst Regeln der Technik zu etablieren, sei es erstmals für einen bestimmten Bereich oder sei es als Weiterentwicklung bestehender Regelwerke. Außerdem müsse zwischen Regeln der Technik und Regeln des Komforts unterschieden werden.

Wir halten dies absolut für zutreffend. Allerdings sollten Planer keinesfalls davon ausgehen, dass jedes Gericht über solche Dinge vertieft nachdenkt. Für die meisten Richter sind DIN-Normen, obgleich sie keine gesetzlichen Vorschriften sind, faktisch gleichbedeutend damit. Weder die Entstehungsgeschichte der einzelnen Normen noch deren Sinn werden hinterfragt.

Wir beobachten immer wieder, dass TGA-Planer in ihren Erläuterungsberichten Textbausteine verwenden, nach denen angeblich in ihrer Planung die Anforderungen der DIN 18015 oder der DIN_EN 16798 erfüllt werden. Das sollte man als Planer definitiv unterlassen und stattdessen konkret projektbezogen darstellen, welche Ausstattungsklassen, Luftgüteklassen usw. man in der Planung vorgesehen hat und an welchen Stellen gegebenenfalls in Normen höhere Komfort-Anforderungen oder Empfehlungen für die „thermische Behaglichkeit“ angesprochen werden.

Als Bauherr sollte man sich darüber im Klaren sein, dass man zwar im Planervertrag alle technischen Regelwerke aufzählen kann, dann aber vermutlich eine Planung bekommt, die teurer zu bauen ist, als das unter teilweiser Abweichung von überzogenen Empfehlungen in DIN-Normen möglich wäre. Braucht ein 40 m²-Appartement tatsächlich einen Stromanschluss mit 63 A? Wenn nicht gerade ein elektrischer Durchlauferhitzer vorgesehen ist, vermutlich nicht.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

Aktuelles

Gesetzesänderung zu Photovoltaik-Anlagen: Die wichtigsten Grundlagen im Überblick!

Der Gesetzgeber hat mit dem Jahressteuergesetz 2022 steuerliche Anreize für die Anschaffung und den Betrieb von Photovoltaikanlagen (PV) geschaffen. Nach der Neuregelung des § 3 Nr. 72 EStG sind die Einkünfte aus dem Betrieb bestimmter Photovoltaikanlagen rückwirkend seit dem 01.01.2022 steuerfrei. Umsatzsteuerlich unterliegen die Lieferung, die Einfuhr, der innergemeinschaftliche Erwerb und die Installation begünstigter PV einem Nullsteuersatz, sodass der Erwerber bei der Anschaffung nicht mehr mit der Umsatzsteuer belastet ist. Dadurch entfällt die Gewinnermittlung begünstigter PV, nicht jedoch die Registrierung als Unternehmer, sofern der Betreiber einer Anlage Strom ins öffentliche Netz einspeist und dafür Entgelt vom Versorger erhält.

Welche Anlagen unterliegen der Ertragssteuerbefreiung?

Dazu gehören:

- PV in der Nähe von Einfamilienhäusern oder nicht zu Wohnzwecken dienenden Gebäuden mit einer maximalen Leistung von bis zu 30 kW (peak)
- PV auf sonstigen Gebäuden mit einer Leistung von bis zu 15 kW (peak) je Wohn- oder Gewerbeeinheit

Dabei dürfen die gesamten Anlagen pro Betreiber 100 kW (peak) nicht überschreiten. Wie zu verfahren ist, wenn Anlagen über 100 kW (peak) Leistung in Betrieb genommen wurde, ist nicht abschließend geklärt. Jedoch ist dem Wortlaut nach tendenziell die 100 kW als Freigrenze auszulegen, sodass ab 100,1 kW von keiner Steuerbefreiung mehr auszugehen ist und die gesamten Einnahmen der Besteuerung unterliegen würden.

Einspeisung führt immer zur Unternehmereigenschaft

Auch wenn die Anlage zum Nullsteuersatz erworben wurde, führt die Einspeisung des Stroms in das öffentliche Netz zu Leistungen gegen Entgelt zum Regelsteuersatz. Der Anlagenbetreiber muss sich folglich auch weiterhin umsatzsteuerlich registrieren. Keine Unternehmereigenschaft liegt nur bei einem 100 % Eigenverbrauch bzw. keiner Einspeisung vor. Es gibt allerdings keinen Grund mehr, bei der Neuanschaffung nicht die Kleinunternehmerregelung in Anspruch zu nehmen, sofern die Voraussetzungen dafür vorliegen, da bei der Anschaffung kein Vorsteuerabzug mehr geltend gemacht werden kann. Bei Altanlagen, die der Regelbesteuerung unterliegen, sollte außerdem geprüft werden, ob ein Wechsel zur Kleinunternehmerregelung möglich und sinnvoll ist. Dabei ist auch zu bedenken, dass 5 bzw. 10 Jahre nach Erwerb eine anteilige Rückführung der gezogenen Vorsteuer die Folge wäre.

Entnahme der Anlage aus dem Unternehmensvermögen

Bei der Veräußerung oder Entnahme einer steuerbefreiten Photovoltaikanlage ist aktuell von einer Steuerbefreiung auszugehen. Denn die Entnahme ist gemäß § 3 Abs. 1b UStG einer Lieferung gleichgestellt, sodass § 12 Abs. 3 Nr. 1 UStG auch auf die Entnahme anzuwenden ist. Entnimmt man die Anlage in das Privatvermögen, entfällt die Besteuerung einer Wertabgabe gemäß § 3 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 UStG für den privat verbrauchten Strom. Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) sieht die Voraussetzungen einer Entnahme als gegeben an, wenn zukünftig voraussichtlich mehr als 90 % des erzeugten Stroms für nichtunternehmerische Zwecke (privat) verwen-

det werden. Aus Vereinfachungsgründen sieht das BMF diese Voraussetzung allerdings als erfüllt an, wenn ein Teil des mit der PV erzeugten Stroms z. B. in einer Batterie gespeichert wird. Diese Regelung hat erhebliche steuerrechtliche Konsequenzen. Betreiber einer PV im Unternehmensvermögen mit Batteriespeicher sollten daher prüfen, ob nicht von der Entnahmemöglichkeit Gebrauch gemacht werden sollte, um ab 2023 für den privat verbrauchten Strom keine Wertabgabe und somit Umsatzsteuer entrichten zu müssen. Die Besteuerung der Einspeisung bleibt aber, wie oben schon besprochen, leider davon unberührt, sofern man von der Kleinunternehmerregelung keinen Gebrauch machen kann. Die Anschaffung eines Speichers für Altanlagen könnte durch die Entnahmemöglichkeit ggf. aber nun attraktiv sein.

Steuerliche Behandlung des Stroms der PV im Unternehmen

Der im Unternehmen eingespeiste Strom der Anlage steht im Zusammenhang mit nicht steuerfreien Einkünften, sodass die im Zusammenhang stehenden Aufwendungen als Betriebsausgaben abzugsfähig sind. Dagegen gilt für den eingespeisten Strom die neue Steuerbefreiung, was ein Abzugsverbot der Kosten nach § 3c Abs. 1 EstG nach sich zieht. Wird also Strom sowohl vom Unternehmen selbst verbraucht als auch eingespeist, ist nach aktueller Rechtslage eine Aufteilung der Kosten vorzunehmen.

Kein Investitionsabzugsbetrag (IAB) ab 01.01.2022 für steuerbefreite PV

Für die geplante Anschaffung einer PV-Anlage innerhalb eines bereits bestehenden Unternehmens kann noch für das Jahr 2021 steuerwirksam ein IAB gebildet werden. Für die Auflösung bereits bestehender Investitionsabzugsbeträge für PV gibt es noch keine Rechtsprechung oder Äußerungen des BMF. Eine gewinnerhöhende Auflösung des IAB im Jahr der Anschaffung der PV ist am wahrscheinlichsten.

Welche Anlagen und Leistungen unterliegen dem Nullsteuersatz gem. § 12 Abs. 3 UStG?

Dazu gehören die Lieferung von Solarmodulen an den Betreiber einer PV, einschließlich der für den Betrieb wesentlichen Komponenten und Speicher, die dazu dienen, den mit Solarmodulen erzeugten Strom zu speichern. Die Anlage muss auf oder in der Nähe von Wohnungen, Privatwohnungen oder für dem Gemeinwohl dienende Zwecke genutzte Gebäude installiert sein und darf nicht mehr als 30 kW (peak) laut Marktstammdatenregister betragen. Dabei muss das Solarmodul stationär angeschlossen sein (keine mobile Solarzelle). Dies wird regelmäßig bei einer Leistung von mehr als 300 Watt unterstellt. Bei unter 300 Watt Leistung muss die stationäre Nutzung nachgewiesen werden, um in den Genuss des Nullsteuersatzes zu kommen. Als wesentliche Komponenten und Nebenleistungen einer PV gelten alle Gegenstände, deren Verwendungszweck speziell im Betrieb oder der Installation einer PV liegt oder die zur Erfüllung technischer Normen notwendig sind, insbesondere Wechselrichter, Dachhalterungen, Energiemanagement-Systeme, Solarkabel, Einspeisezähler, Generatoranschlusskasten, Einspeisesteckdosen, Funk-Rundsteuerungsempfänger sowie Backup-Boxen und weitere der Notstromversorgung dienende Einrichtungen, Speicher und Batterien, wenn sie für die Speicherung des Solarstroms genutzt werden.

Da die Thematik brandaktuell ist und viele Rechtsfragen noch offen sind, wird sich die Rechtslage im Verlaufe der nächsten Zeit möglicherweise noch ändern. Wir halten Sie auf dem Laufenden. Bei Fragen zur steuerrechtlichen Beurteilung von Einzelfällen stehen wir Ihnen gerne beratend zur Seite.

Felix Kern

Scheinselbstständige Bauarbeiter können für das Bauunternehmen teuer werden

Das hessische Landessozialgericht hat in einem Urteil vom 08.03.2023 entschieden, dass eine Bau-firma wegen der Beschäftigung von drei scheinselbstständigen Bauarbeitern eine Nachzahlung in Höhe von rund € 100.000 (einschließlich rund € 20.000 Säumniszuschläge) an Sozialversiche-rungsbeiträgen zu leisten habe (LSG Hessen, Urteil vom 26.01.2023, L 8 BA 51/20). Die drei Bauar-beiter ungarischer Herkunft hatten eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet und mit dem Bauunternehmen einen „Bauvertrag“ über die Ausführung von Trockenbauarbeiten geschlossen. Nach dem Vertrag sollten Säulen mit Brandschutzplatten verkleidet werden, wonach pro verklei-deter Säule ein Festbetrag von € 10,00 bzw. € 11,00 vereinbart war. Die Prüfung des Sachverhaltes durch das Hauptzollamt und der Deutschen Rentenversicherung ergab jedoch, dass sich die drei Bauarbeiter keineswegs als selbständige Unternehmer betätigten, sondern bei Ausübung ihrer Tätigkeit in den Betrieb der Bau-firma eingegliedert waren. Der Inhaber des Unternehmens hatte die drei Bauarbeiter regelmäßig in seinem Bus zu den Baustellen gefahren. Auch stellte er diesen das nötige Material und Werkzeug. Die kaum deutsch sprechenden Bauarbeiter hätten folglich lediglich ihre persönliche Arbeitskraft zur Verfügung gestellt. Ein Unternehmerrisiko hätten sie nicht getragen. Bei den vereinbarten Festpreisen hätten sie ein selbstständiges Unternehmen gar nicht führen können.

Nach Auffassung des Landessozialgerichtes diene der geschlossene Nachunternehmervertrag lediglich der Verschleierung der tatsächlichen Verhältnisse und der Umgehung der gesetzlichen Sozialabgabepflicht. Bei den Bauarbeitern habe es sich um sogenannte Scheinselbstständige gehandelt. Der Inhaber der Bau-firma habe von der Sozialversicherungspflicht der Bauarbeiter ausgehen müssen und deshalb auch SV-Abgaben zahlen müssen.

Dieser Fall macht deutlich, dass es immer noch Bauunternehmen gibt, welche bei der Beschäfti-gung von meist ausländischen Bauarbeitern die Sozialversicherungsbeiträge sparen wollen. Kommt es zu einer Betriebsprüfung, drohen erhebliche Nachzahlungen. Von einer solchen Praxis kann daher nur dringend abgeraten werden.

Dr. Ulrich Dieckert
Rechtsanwalt

AGB Klausel zum Ausschluss des Selbstvornahmerechts zulässig?

Die Verlockung, Gewährleistungsrechte in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zu be-schränken oder auszuschließen, ist für Unternehmen oftmals groß, allerdings in der Regel unzu-lässig. Was jedoch überlegt werden könnte, ist in den AGB von Bauverträgen zumindest das Selbstvornahmerecht des Vertragspartners auszuschließen.

Die Selbstvornahme ist im Rahmen der Gewährleistung dann möglich, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Mithin wird die Selbstvornahme als ein wichtiger Teil des Schadensersatzrechts im Rahmen des Werkrechts gesehen und eröffnet dem Besteller die Möglichkeit, bei fruchtlosem Verstreichen einer dem Unternehmer unter Ankündigung der Selbstvornahme gesetzten Frist die Mängelbeseitigung sodann auch tatsächlich selbst vorzunehmen und hierfür anschließend ent-weder Kostenersatz oder auch gemäß § 637 Abs. 3 BGB einen Vorschuss auf die Mangelbeseiti-gungskosten zu verlangen.

Dabei ist zu beachten, dass eine Abrechnung auf Basis fiktiver Mangelbeseitigungskosten seit dem Urteil des BGH vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17 nicht mehr zulässig ist. Denn der Auftraggeber ist nach dieser Entscheidung erst dann in seinem Vermögen gemindert, wenn er tatsächlich den Schaden auf eigene Kosten beseitigt hat. Der Mangel an sich ist nur ein sogenanntes „Leistungsdefizit“, aber gerade noch kein Schaden. Dazu berichteten wir bereits im Bauchrecht Newsletter aus dem April 2018.

Auf der Grundlage dieser Entscheidung wird nun bezüglich des Ausschlusses des Selbstvornahmerechts in AGB teilweise vertreten, dass dieser Ausschluss unzulässig sei und die entsprechende Klausel folglich unwirksam, da es dem Auftraggeber nicht zuzumuten sei, dass sein Leistungsinteresse dadurch gefährdet wird, indem er den Mangel unzumutbar lange hinnehmen muss und Gefahr läuft, über die hierfür entstandenen Kosten auch noch einen Rechtsstreit zu führen. Richtig ist zwar, dass jeder Ausschluss von Rechten des Bestellers, die ihn entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, nach § 307 I, II Nr. 1 BGB eine unwirksame Klausel darstellt. Dies ist unserer Meinung nach in Bezug auf den Ausschluss des Selbstvornahmerechts aber nicht anzunehmen; denn solange dem Auftraggeber die anderen Gewährleistungsrechte, wie der Schadenersatz statt der Leistung, die Minderung oder der Rücktritt weiterhin zustehen, so wird er auch nicht unangemessen benachteiligt. Sein Leistungsinteresse bleibt daher geschützt.

Dieses Ergebnis lässt sich auch aus der vorzitierten Entscheidung des BGH zur Unzulässigkeit fiktiver Mangelbeseitigungskosten ableiten. Das Selbstvornahmerecht ermöglichte bis zu dieser Entscheidung ebenfalls die Möglichkeit, fiktive Mangelbeseitigungskosten als Kostenvorschuss im Rahmen des Selbstvornahmerechts geltend zu machen. Dies ist aber nun auch in Bezug auf das Selbstvornahmerecht nicht mehr möglich. Vielmehr können ebenfalls nur noch die Kosten bei Durchführung der Mangelbeseitigung ersetzt verlangt werden, da der BGH entschieden hat, dass dem Auftraggeber erst bei Beseitigung des Mangels ein Schaden in Höhe der Mangelbeseitigungskosten entsteht. Den Ersatz dieses Schadens erlangt der Auftraggeber allerdings nicht nur durch ein etwaiges Selbstvornahmerecht, sondern auch durch andere Gewährleistungsansprüche, wie bspw. die Minderung, die im Ergebnis ebenfalls zu einer Kompensation des durch eine etwaige Beseitigung des Mangels entstandenen Schadens führen kann. Dieses Vorgehen erfüllt praktisch gesehen den gleichen Zweck, denn dem Auftraggeber wird durch den Ausschluss auch hier kein Recht verwehrt.

Die Entscheidung des BGH lässt den Schluss zu, dass gerade nicht durch jeden gegebenen Nachteil für den Auftraggeber auch per se eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 BGB vorliegt. Damit kann ein in den AGB ausgeschlossener Anspruch zum Kosten- bzw. Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme durchaus genauso gut als zulässig interpretiert werden. Auch wenn die Selbstvornahme die Möglichkeit des Vorschusses vorsieht, die dann ebenfalls bei Ausschluss wegfallen würde, so kann der Besteller alle die mit Durchführung der Mängelbeseitigung angefallenen Kosten als Schaden im Nachhinein ersetzt verlangen. Das Argument von Stimmen in der Literatur, dass dem Auftraggeber dadurch ein Nachteil entstehen könnte, weil er auch im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung keinen Vorschuss mehr geltend machen könnte und bis zum Ersatz des Schadens in Vorleistung gehen müsste, hat sich durch den Beschluss des BGH vom 08.10.2020 – VII ARZ 1/20 aus unserer Sicht erübrigt. Denn der BGH kommt zu folgender Annahme:

„Es ist indes nicht erkennbar, aus welchen Gründen §§ 280, 281 BGB allgemein – für alle Vertragstypen – eine Bemessung des Vermögensschadens nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten erfordern sollten, wenn der Gläubiger sein Leistungsinteresse nicht in der Weise wahrt, dass er den Erfolg selbst herbeiführt. In diesem Fall bleibt es dabei, dass dem Besteller anstelle eines mangelfreien

*Werks ein mangelhaftes Werk zur Verfügung steht. Daher ist dieses Ergebnis – jedenfalls im Werkvertragsrecht – auch der richtige Bezugspunkt für die Bemessung des Vermögensschadens. Der Gläubiger kann dann nach allgemeinen schadensersatzrechtlichen Grundsätzen verlangen, wirtschaftlich so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Schuldner den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte (BGH JZ 2010, 20 = BeckRS 2009, 6498 Rdnr. 20). Danach ist die aufgrund der nicht ordnungsgemäßen (Nach-)Erfüllung gegebene tatsächliche Vermögenslage mit der hypothetischen Vermögenslage bei ordnungsgemäßer (Nach-)Erfüllung zu vergleichen. **Dabei belasten mangels Selbstvornahme nicht anfallende, fiktive Mängelbeseitigungskosten, die im Rahmen des Vermögensvergleichs aufzustellende Vermögensbilanz des Bestellers aus Sicht des VII. Zivilsenats nicht.***

Aus dieser Argumentation lässt sich schlussfolgern, dass dem Auftraggeber erst dann ein echter Vermögensschaden entstanden ist, wenn er den Mangel tatsächlich hat beseitigen lassen. Die durch die Mangelbeseitigung entstandenen Kosten kann er aber trotz eines AGB-rechtlichen Ausschlusses des Selbstvornahmerechts durch den Schadensersatz statt der Leistung sowieso nur im Nachhinein ersetzt verlangen, sodass er nicht schlechter gestellt ist, als ohne einen Ausschluss des Selbstvornahmerechts. Zudem hat der BGH in diesem Urteil darauf hingewiesen, dass das Gesetz den Kostenvorschuss explizit für den Fall der Selbstvornahme vorgesehen hat, was den Schluss zulässt, dass über andere Gewährleistungsinstitute kein Kostenvorschuss verlangt werden kann und auch nicht gewollt ist. Mithin lässt sich annehmen, dass durch den Ausschluss des Selbstvornahmerechts in AGB der Grundgedanke des deutschen Schadensersatzrechts umgesetzt wird, nämlich dass ein Ersatz eines Schadens immer erst dann erfolgt, wenn eine tatsächliche Vermögensverschlechterung eingetreten ist, bedeutet im Werkrecht mit dem BGH erst mit Beseitigung des Mangels.

Im Übrigen stellt es auch keinen unzulässigen Komplettausschluss nach § 309 Nr. 8 b aa) dar. Damit ist eine Klausel zum Ausschluss des Selbstvornahmerechts in den AGB nicht automatisch als unzulässig anzusehen, zumal dem Auftraggeber sämtliche weitere Gewährleistungsrechte noch zustehen und insoweit auch kein Verstoß gegen das Klauselverbot i. S. d. § 309 Nr. 8 b bb) vorliegt, das den Ausschluss der Minderung und des Rücktritts zumindest gegenüber Verbrauchern grundsätzlich verbietet, soweit keine Bauleitung vorliegt. Für diesen Fall lässt das Klauselverbot einen Ausschluss des Rücktrittsrechts zu.

Inwieweit sich die hiesige Ansicht durchsetzt, wird sich zeigen, da der BGH zum Ausschluss des Selbstvornahmerechts noch nicht ausdrücklich entschieden hat. Es bleibt abzuwarten, zu welchem Ergebnis er kommen würde, sollte ihm der Fall zur Entscheidung in Zukunft vorliegen.

Abschließend lässt sich aber sagen, dass durchaus gute unternehmerische Gründe für einen Ausschluss des Selbstvornahmerechts sprechen und es zumindest einen Versuch wert sein könnte, es künftig in den AGB auszuschließen, um den Auftraggeber vor einer Selbstvornahme abzuhalten. Lässt der AG die Mängel gleichwohl im Wege der Selbstvornahme beseitigen, dann müsste im Streitfall ein Gericht entscheiden, ob der Ausschluss wirksam war oder nicht.

Chantal Hasselbach
Rechtsanwältin