



## Editorial

### Die Sonderregelungen wegen des Ukrainekrieges ...

... hat das Bundesbauministerium mit Erlass vom 22. Juni bis vorläufig Ende 2022 verlängert. Damit trägt das BMWBSB der Tatsache Rechnung, dass die Bauwirtschaft weiter unter Lieferengpässen und Preissteigerungen als Folge des Krieges (und der anhaltenden Coronakrise) leidet. In unserem ersten Beitrag berichten wir über diesen Erlass und seine wesentlichen Inhalte.

Sodann kommentieren wir einige wichtige Entscheidungen, die in jüngster Zeit veröffentlicht worden sind. So lassen sich Mehrkostenansprüche nach einer jüngsten Entscheidung des BGH auf § 2 Nr. 5 VOB/B stützen, wenn die Behinderung durch angeordnete Leistungsänderungen verursacht wurde. In Anlehnung an eine Entscheidung des OLG Brandenburg empfehlen wir, Nachtragsangebote rechtzeitig vor Ausführung zu stellen. Wir berichten des Weiteren über eine wichtige Entscheidung des OLG München, wonach dann kein Verbraucherbaupvertrag vorliegt, wenn nicht der Bau eines gesamten Hauses, sondern nur Einzelgewerke vergeben werden. Schließlich kommentieren wir eine Entscheidung des OLG Düsseldorf, wonach es zum Nachweis der Eignung nicht immer reichen kann, auf eine hinterlegte Präqualifizierung zu verweisen.

Unter der Rubrik „Beiträge“ befassen wir uns zum einen mit der Problematik, wie sich der Zugang von Willenserklärungen, die per E-Mail verschickt werden, im Prozess beweisen lässt. In einem zweiten Beitrag legen wir dar, wie bei VOB-Nachträgen Einstweiliger Rechtsschutz nach § 650d BGB geltend gemacht werden kann.

Schließlich stellen wir Ihnen unseren neuen Rechtsanwaltskollegen Dominic Filser vor, der uns bereits seit einigen Monaten erfolgreich im baurechtlichen Dezernat unterstützt.

Wir danken für Ihr Interesse und dürfen abschließend auf unsere Seminare verweisen, die wir im zweiten Halbjahr 2022 für Sie veranstalten werden.

Dr. Ulrich Dieckert  
Rechtsanwalt



# Aktuelles

## Neuer Erlass des BMWSB zu Lieferengpässen und Preissteigerungen als Folge des Ukrainekrieges

Das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB) hat die Geltung des am 25.03.2022 verkündeten Erlass zu Lieferengpässen und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukrainekrieges mit Schreiben vom 20.06.2022 bis zum Ende des Jahres 2022 verlängert und in diesem Zusammenhang folgende Klarstellungen verlautbart:

### 1. Geltung der Erlasse

Das BMWSB stellt klar, dass seine Erlasse nur für das Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung sowie die Länderbauverwaltungen verbindlich sind, soweit diese in Organleihe Bauaufgaben des Bundes wahrnehmen. Für die Länderbauverwaltungen besteht keine Verbindlichkeit, es sei denn, die Länder übernehmen die Regelungen des Bundes für ihren Zuständigkeitsbereich. Gleiches gilt für Kommunen, soweit die Länder diesen nicht die Anwendung des Erlasses empfehlen. Des Weiteren soll mit dem Erlass die VOB/A nicht geändert werden, vielmehr handelt es sich bei dessen Ausführungen um eine Auslegung des geltenden Vergaberechtes, die nur für die Adressaten des Erlasses Bindungswirkung hat.

Aus hiesiger Sicht bleibt trotz dieser einschränkenden Klarstellungen festzuhalten, dass die Erlasse des BMWSB in Bezug auf die Auswirkungen des Ukrainekrieges richtige Feststellungen zur Sach- und Rechtslage enthalten, die unabhängig davon, wer Adressat der Erlasse ist, rechtlich belastbar sind. Dies betrifft insbesondere die Feststellung aus dem Erlass vom 25.03.2022, dass es sich bei dem Krieg in der Ukraine um ein Ereignis höherer Gewalt handelt und dass dessen Auswirkungen zu einer Störung der Geschäftsgrundlage bei bereits bestehenden Vertragsverhältnis führen können.

### 2. Stoffpreisgleitklauseln bei neuen Vergabeverfahren

Im Schreiben vom 22.06.2022 wird klargestellt, dass Stoffpreisklauseln auch in Bezug auf solche Stoffe vereinbart werden sollen, die im Erlass vom 25.03.2020 nicht ausdrücklich benannt waren, die jedoch nachweislich ungewöhnlichen Preisveränderungen ausgesetzt sind. Des Weiteren sollen Stoffpreisklauseln bereits dann vereinbart werden, wenn der Stoffkostenanteil des betroffenen Stoffes 0,5 % der geschätzten Auftragssumme beträgt und wenn die geschätzten Kosten für diesen Stoff einen Betrag von € 5.000,00 überschreiten. Soweit Verbundbaustoffe verarbeitet oder in den Textbausteinen des Standardleistungsbuchs in einer Position mehrere der benannten Stoffe zusammengefasst werden und der Aufwand zur Ermittlung der einzelnen Stoffanteile unverhältnismäßig ist, kann auf den Stoff mit dem höchsten Stoffanteil innerhalb des Verbundbaustoffs oder der Ordnungsziffer abgestellt werden.

Mit dem Schreiben vom 22.06.2022 wird ein neues Formblatt Nummer 2 zu 5a eingeführt, mit dem auf die Angabe des Basiswertes 1 verzichtet wird. Als Grundlage für die Preisfortschreibung soll auf die im bezuschlagten Angebot angegebenen Stoffpreise zurückgegriffen werden. Diese Stoffpreise werden dann mit den Indexwerten zum Zeitpunkt des Einbaus/Lieferung verglichen, um die auszugleichende Differenz zu ermitteln. Leider hält das BMWSB hier weiter an Indexwerten fest, anstatt auf die tatsächlichen Einkaufspreise der Auftragnehmer abzustellen.

### 3. Umgang mit bestehenden Verträgen

Als bestehende Verträge sollen alle Verträge gelten, die bis zu 14 Kalendertage nach dem Kriegsausbruch (d. h. vor dem 11. März 2022) abgeschlossen wurden. Was die von Auftragnehmern begehrte Verlängerung von Vertragslaufzeiten angeht, sollen an den Nachweis der momentanen Nichtverfügbarkeit von Materialien keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Sofern

der Mangel nicht verwaltungsseitig bekannt ist, kann der Nachweis beispielsweise durch Vorlage von Absageschreiben von drei Baustofflieferanten geführt werden.

Was die von Auftragnehmern begehrte Preisanpassung nach § 313 BGB angeht, so ist dies von der Bauverwaltung weiterhin im Einzelfall zu entscheiden. Wenn die Bauverwaltung eine Preisanpassung gewähren will, sollen dabei keine zusätzlichen Abzüge (z. B. in Form eines Selbstbehaltes) erfolgen. Das Schreiben vom 22.06.2022 enthält hierzu ein hilfreiches Praxisbeispiel, das wie folgt zitiert wird:

Im konkreten Einzelfall erscheint nach Auffassung der Bauverwaltung eine Stoffkostensteigerung von über 15 % als dem Unternehmen nicht zumutbar; mangels anderer Anhaltspunkte soll die Kostensteigerung zwischen Auftraggeber und Unternehmen geteilt werden. Der im Februar 2022 kalkulierte Stoffpreis des Unternehmens ist 100 Euro, der tatsächliche Preis 200 Euro. Aufgrund der vereinbarten Menge übersteigen die Mehrkosten damit die nicht zumutbare Erhöhung deutlich. Der den Angebotspreis übersteigende Differenzbetrag von 100 Euro wird geteilt, der Auftragnehmer erhält also für das Material  $100 + 50 = 150$  Euro/Einheit für die nach dem 24. Februar 2022 (Kriegsbeginn) ausgeführten Leistungen. Ein weiterer Abzug in Form eines Selbstbehaltes erfolgt nicht, durch die hälftige Beteiligung des AN an der Preissteigerung ist bereits ein Selbstbehalt verwirklicht.

#### **4. Einbeziehung von Stoffpreisgleitklauseln in vor Kriegsausbruch geschlossene Verträge**

Soweit eine Stoffpreisgleitklausel in einen schon bestehenden Vertrag einbezogen wird, ist dies nach dem Erlass vom 25.03.2022 nur zulässig, wenn noch nicht 50 Prozent der vereinbarten Leistungen erbracht wurden. Des Weiteren sollen nur solche Preissteigerungen einer Gleitung unterliegen, die nach Kriegsausbruch am 24. Februar 2022 eingetreten sind.

#### **5. Geltung für Rahmenvereinbarungen**

Schließlich wird im Schreiben vom 22.06.2022 klargestellt, dass eine mögliche Unzumutbarkeit i. S. d. § 313 BGB für den Unternehmer durch die nachträgliche Vereinbarung von Stoffpreisgleitklauseln in Bezug auf die noch ausstehenden Einzelaufträge beseitigt werden kann.

Alles in allem hat das BMWSB mit dem Erlass von 25.03.2022 und den Klarstellungen/Ergänzungen aus dem Schreiben vom 22.06.2022 in angemessener Weise auf die Auswirkungen aus dem Ukrainekrieg reagiert. Umso unverständlicher und bedauerlicher ist es, dass nur wenige Bundesländer/Kommunalverwaltungen diesem Beispiel gefolgt sind, und analoge Regelungen erlassen haben. Aus hiesiger Sicht kommt es aber auf die zutreffenden rechtlichen Wertungen an, auf die man sich als Auftragnehmer/Bieter gegenüber den Vergabestellen und Auftragnehmern beziehen kann.

Dr. Ulrich Dieckert  
Rechtsanwalt

## **Die wichtigsten Entscheidungen der letzten Zeit**

### **Behinderungen durch Leistungsänderungen (Nachträge): welche Anspruchsgrundlage?**

Eine zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B kann auch aus mittelbaren bauzeitlichen Auswirkungen, wie etwa Gerätestillstand, von – unmittelbar Änderungen des Bauentwurfs betreffenden – Anordnungen gem. § 1 Abs. 3 VOB/B resultieren. Entsprechendes gilt für einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 6 VOB/B i. V. m. § 1 Abs. 4 VOB/B.\*)

(BGH, Beschluss vom 23.03.2022 – VII ZR 191/21)

23.03.2022 — Im Rahmen von Abriss- und Schadstoffsanierungsarbeiten ist vorgesehen, dass parallel zu Abrissarbeiten in einem Gebäudeteil eine Schadstoffsanierung eines anderen Gebäudeteils stattfindet. Im Anschluss an die Schadstoffsanierung soll dieser Gebäudeteil ebenfalls abgerissen werden. Bei der Schadstoffsanierung kommt es zu erheblichen zusätzlichen Leistungen, die die Arbeiten verzögern, so dass die Abbrucharbeiten zeitweise zum Stillstand kommen. Der Auftragnehmer hält in dieser Zeit Geräte auf der Baustelle vor, die er nicht produktiv einsetzen kann. Hierfür macht er keine Entschädigung gemäß § 642 BGB geltend, sondern stützt seine Ansprüche auf § 2 Abs. 6 VOB/B.

### **Die Entscheidung des Gerichts**

Der BGH führt aus, dass in der Rechtsprechung und Literatur hinreichend geklärt sei, dass bei Vorliegen einer Änderungsanordnung nach § 1 Abs. 3 oder 4 VOB/B der Anspruch auf Zahlung einer zusätzlichen Vergütung aus § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B neben den unmittelbaren Nachtragskosten auch solche (mittelbaren) Mehrkosten erfasse, die dem Auftragnehmer durch bauzeitliche Auswirkungen der Änderungsanordnung – wie z. B. hier ein Gerätestillstand – entstehen.

### **Praxishinweis**

Zwei Dinge sind an diese Entscheidung für die Praxis wichtig. Zum einen ist es so, dass die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruches wegen Baubehinderung nach § 642 BGB auf kalkulatorischer Grundlage erfolgt. Das kann im Einzelfall vorteilhafter sein als die tatsächlich erforderlichen Kosten, die nach § 2 Abs. 5 oder 2 Abs. 6 VOB/B geltend gemacht werden können, aber eben auch nicht. Wenn der Auftragnehmer seine Leistungen vor Ort nicht direkt anbietet, ist zudem eine Behinderungsanzeige erforderlich, z.B. wenn der Bagger noch gar nicht auf der Baustelle ist, aber auf dem Hof des Bauunternehmers ungenutzt herumsteht. Wird in solchen Fällen keine Behinderungsanzeige geschrieben, gibt es auch keinen Entschädigungsanspruch.

Diese Probleme bestehen nicht, wenn der Anspruch darauf gestützt wird, dass die Behinderung direkte Folge einer Anordnung von Leistungsänderungen war.

Der zweite wichtige Punkt ist, dass über die Nachtragsvergütung auch „Spätfolgen“ einer Leistungsänderung geltend gemacht werden können. Das kann etwa eine Bauzeitverlängerung aufgrund der Tatsache sein, dass sich durch die Erbringung der Nachtragsleistungen die Bauzeit in den Winter verschiebt, wodurch Monate später weitere Folgekosten entstehen, an die bei der Aufstellung des Nachtrages möglicherweise gar noch gar nicht gedacht worden ist. Gleiches gilt für Preissteigerungen, die den Auftragnehmer treffen, weil sich die Bauzeit aufgrund der Erbringung von Nachtragsleistungen erheblich verlängert hat. Solche finanziellen Spätfolgen können über § 642 BGB überhaupt nicht geltend gemacht werden.

Allerdings muss der Auftragnehmer berücksichtigen, dass wenn eine Nachtragsvereinbarung abgeschlossen wird, und man sich auf eine bestimmte Nachtragsvergütung geeinigt hat, spätere Nachforderungen ausgeschlossen sind, wenn der Auftragnehmer sich diese nicht ausdrücklich vorbehalten hat (OLG München, Urteil vom 26.06.2012 – 9 U 3604/11 Bau).

An dieser Stelle gibt es einen klaren Zielkonflikt. Der Auftragnehmer möchte gerne zeitnah eine Vergütung für die Nachtragsleistungen vereinbaren. Der Auftraggeber ist häufig hierzu nur bereit, wenn damit auch alle Ansprüche abgegolten sind. Der AN hat also den Vorteil einer schnellen Vergütungsabrede, erkauft sich diesen Vorteil aber damit, dass er (häufig) auf Ansprüche wegen zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht bekannter finanzieller Folgekosten der Bauzeitverlängerung verzichten muss. Der Auftraggeber wiederum muss entscheiden, ob er bei einer schnellen Vergütungsvereinbarung (geföhlt oder tatsächlich) etwas mehr bezahlt als vielleicht nötig, aber damit die Sicherheit erhält, dass der Auftragnehmer die oben angesprochenen „finanziellen Spätfolgen“, falls sie denn eintreten, nicht mehr geltend machen kann.

Hendrik Bach  
Rechtsanwalt

## Nachtragsangebote rechtzeitig vor Ausführung stellen!

1. Lässt der Auftraggeber in Kenntnis eines Nachtragsangebots eine Position zu dem ihm angebotenen Einheitspreis widerspruchlos ausführen, kommt konkludent eine vertragliche Vereinbarung auch über die Höhe des Einheitspreises zustande.

2. Aus der zwischen den Parteien eines VOB/B-Vertrags bestehenden Kooperationspflicht folgt die Pflicht des Auftraggebers zu einem alsbaldigen Widerspruch, wenn er die einem Nachtragsangebot zugrunde liegenden Preise nicht gegen sich gelten lassen will.

(OLG Brandenburg, Urteil vom 12.05.2022 – 12 U 141/21)

12.05.2022 — Ein Auftragnehmer führt Straßenbauarbeiten zur Sanierung einer Ortsdurchfahrt aus. Die Parteien streiten über die Berechtigung der vom Auftragnehmer geltend gemachten Forderungen für insgesamt sechs Nachträge, wobei der Anspruch dem Grunde nach zwischen den Parteien unstreitig ist. Streit besteht jedoch über die vom Auftragnehmer in seinen Nachtragsangeboten zugrunde gelegten Einheitspreise bezüglich einzelner Positionen und in diesem Zusammenhang darüber, ob der Auftraggeber dadurch, dass er die Leistungen in Kenntnis der Nachtragsangebote hat durchführen lassen, an diese Einheitspreise gebunden ist.

Der Auftragnehmer hatte unstrittig vor Ausführung der Leistungen die jeweiligen Nachtragsangebote an die Bauleitung des Auftraggebers übermittelt. Der Auftraggeber argumentiert, dass eine Übermittlung an die Bauüberwachung nicht relevant sei, da die Bauüberwachung für Entscheidungen über Nachträge nicht zuständig gewesen sei. Es komme ausschließlich auf die Kenntnis seiner zuständigen Vertragsabteilung an. Diese hätte die Nachtragsangebote nicht vor Ausführung gekannt. Außerdem sei dem Auftragnehmer bekannt gewesen, dass die Nachtragsbearbeitung beim Auftraggeber durchaus mehrere Wochen dauern könne, sodass man einen sofortigen Widerspruch nicht habe erwarten dürfen.

### Die Entscheidung des Gerichts

Bei fünf der sechs Nachträge sagt das Gericht, das nicht entschieden werden muss, ob eine stillschweigende Preisvereinbarung vorliegen würde, weil der Auftragnehmer in der Sache dargelegt hätte, dass die geforderte Nachtragsvergütung der Höhe nach berechtigt sei. Lediglich bei einem Nachtrag hat das Gericht hieran Zweifel, und dort kommt es dann auf die Frage an, ob eine Preisvereinbarung vorliegt.

Das Gericht entscheidet in Bezug auf diesen Nachtrag, dass der Auftragnehmer berechtigt ist, auf der Grundlage des von ihm angesetzten Einheitspreises von 10,32 Euro/t abzurechnen. Unabhängig davon, ob in der Hinnahme der Ausführung in Kenntnis des in dem Nachtragsangebot angebotenen Preises eine konkludente Preisvereinbarung zu sehen ist, sei der Auftraggeber in diesem Fall jedenfalls nach Treu und Glauben zu einem Widerspruch verpflichtet gewesen. Denn der Auftragnehmer hatte unwidersprochen vorgetragen, dass die Leistung erst Ende Oktober 2016 ausgeführt werden konnte, während das Nachtragsangebot dem Auftraggeber bereits Anfang September 2016 vorlag. Bei einer Zeitspanne von nahezu zwei Monaten sei es dem Auftraggeber auch unter Berücksichtigung der von ihm angeführten strukturellen und personellen Probleme möglich und zumutbar gewesen, auf das Nachtragsangebot zu reagieren, wenn er mit dem angebotenen Preis nicht einverstanden war. Dass ihm dies innerhalb von zwei Monaten nicht möglich war, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, so dass jedenfalls unter diesen Umständen der Auftragnehmer darauf vertrauen durfte, dass der Preis vom Auftraggeber akzeptiert werde. Mangels jeglicher Reaktion muss sich der Auftraggeber daher an dem vom Auftragnehmer berechneten Preis von 10,32 Euro/t festhalten lassen.

## Praxishinweis

Die Entscheidung macht deutlich, wie wichtig es sein kann, Nachtragsangebote rechtzeitig vor Ausführung der Leistungen zu stellen. Wird das Nachtragsangebot erst nach Ausführung der Leistungen erstellt, wie dies nicht selten der Fall ist, kann ein Schweigen des Auftraggebers keinesfalls als Zustimmung gewertet werden. Gleiches gilt, wenn das Nachtragsangebot erst kurz vor Ausführung der Leistungen übergeben wird.

Aus Sicht des Auftragnehmers ist es daher wichtig, bereits nach Auftragserteilung, spätestens aber mit Beginn der konkreten Arbeitsvorbereitung für das Projekt zu prüfen, ob und gegebenenfalls welche zusätzlichen oder geänderten Leistungen erforderlich werden könnten, und hierfür rechtzeitig ein Nachtragsangebot zu unterbreiten.

Unabhängig hiervon ist es so, dass es auch in der Vergangenheit schon ähnliche Entscheidungen gegeben hat, die aber immer Einzelfallentscheidungen waren. Es gibt keinen generellen Rechtsgrundsatz, dass Schweigen auf ein Nachtragsangebot als Zustimmung zu werten wäre. Wenn aber besondere Umstände hinzukommen, kann das durchaus einmal der Fall sein.

Hendrik Bach  
Rechtsanwalt

## Kein Verbraucherbaupertrag bei Einzelgewerk

1. Vergibt ein privater Auftraggeber Baumeisterarbeiten als Einzelgewerk, liegt kein Verbraucherbaupertrag vor (Anschluss an KG, IBR 2022, 128; entgegen OLG Hamm, IBR 2022, 347).
2. Baut ein Verbraucher drei Reihenhäuser, ist er auf Anforderung verpflichtet, dem Bauunternehmer eine Bauhandwerkersicherheit zu stellen.
3. Eine befristete Bankbürgschaft ist keine taugliche Bauhandwerkersicherheit.

OLG München, Urteil vom 09.06.2022 – 20 U 8299/21 Bau

### Sachverhalt

Ein Rohbauunternehmer war mit der Erstellung des Rohbaus für den Neubau von drei Reihenhäusern beauftragt. Nachdem der Auftraggeber als Bauhandwerkersicherheit nur eine befristete Bürgschaft übersandt hatte, kündigte der Auftragnehmer den Baupertrag. Hintergrund hierfür war vermutlich, dass es auch andere Meinungsverschiedenheiten gab.

Der Auftraggeber war der Ansicht, er sei ein Verbraucher, und habe keine Bauhandwerkersicherheit stellen müssen. Außerdem habe er ein Widerrufsrecht gehabt.

### Die Entscheidung des Gerichts

Die Kündigung der Klägerin wegen Nichtstellung einer Bauhandwerkersicherheit war berechtigt und hat das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung beendet, da die Voraussetzungen des § 650f Abs. 5 S. 1 BGB vorlagen und kein Ausnahmefall nach § 650f Abs. 6 S. 1 Nr. 1 BGB gegeben war.

Der Senat bleibt bei seiner Auffassung, dass infolge der Vergabe allein der Baumeisterarbeiten als Einzelgewerk kein Verbrauchervertrag i.S.v. § 650i BGB vorliegt.

Ob der Begriff des "Bau eines neuen Gebäudes" eng oder weit auszulegen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt.

Nach dem Gesetzestext liegt ein Verbraucherbaupertrag nur dann vor, wenn "ein neues Gebäude" in Auftrag gegeben wird, oder eine einem Neubau vergleichbare Sanierung. Auch die Vertreter einer weiten Auslegung räumen ein, dass Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm für eine enge Auslegung sprächen, die eine Vergabe in Einzelgewerken nicht in den Begriff des "Bau eines neuen Gebäudes" einbeziehen würde; sie verweisen jedoch auf den Sinn und Zweck der §§ 650i

ff. BGB, durch welche der Verbraucher, der ein "größeres" Bauvorhaben durchführen möchte, geschützt werden solle, und darauf, dass es nicht nachvollziehbar sei, warum dieser Schutz nur bei dem Bau eines Hauses "aus einer Hand", nicht aber bei einer Vergabe in Einzelgewerken erforderlich sei (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 27.4.2021, 24 U 198/20). Das OLG München vermochte dieser Ansicht nicht zu folgen, da durch sie zunächst die "Lücke" nach nationalem Recht definiert würde, abhängig von dem Regelungsumfang, den der nationale Gesetzgeber getroffen hat (hier: §§ 650a ff. BGB), und sich hieraus der Anwendungsbereich der EU-Richtlinie im Übrigen ergäbe. Dies widerspreche dem Vorrangverhältnis, welches die EU-Richtlinie gegenüber dem nationalen Recht hat. Eine als ungerecht empfundene Lücke könne nicht im Wege einer weiten Auslegung geschlossen werden, wenn zum einen das Regelungswerk gerade gegen eine ungewollte gesetzgeberische Lücke spricht und zum anderen eine europarechtliche Richtlinie einer weiten Auslegung entgegensteht.

### **Hinweis für die Praxis**

Für bestimmte Bauverträge mit Verbrauchern wurden mit der Baurechtsreform 2018 Sonderregelungen eingeführt, die aus einer EU-Richtlinie resultieren. So ist der Auftragnehmer etwa verpflichtet, dem Auftraggeber (Verbraucher) vor Vertragsabschluss eine sehr detaillierte Baubeschreibung mit konkreten Angaben zur Art und Qualität der Ausführung sowie zur Bauzeit zu machen. Zudem steht dem Verbraucher ein spezielles Widerrufsrecht zu. Wird der Verbraucher hierüber nicht schriftlich belehrt, kann er auch noch Monate später den Vertrag kündigen.

Allerdings ist nicht jeder mit einem Verbraucher geschlossene Vertrag automatisch ein Verbraucherbauvertrag. Die vorgenannten erhöhten Anforderungen gelten nur dann, wenn der Verbraucher beim Auftragnehmer ein neues Gebäude (oder eine dem Neubau vergleichbare Sanierung) bestellt.

Leider haben in den letzten Jahren einige Gerichte aus Gerechtigkeitserwägungen heraus entschieden, dass auch Verträge über einzelne Gewerke als "Verbraucherbauvertrag" angesehen werden könnten. Noch hat der BGH hierzu nichts entschieden. Mit Blick auf die überzeugende Argumentation des OLG München ist zu hoffen, dass der BGH dieser Auffassung eine Abfuhr erteilen wird. "Gerechtigkeit" kann nämlich kein Grund sein, sich über geltendes Recht hinwegzusetzen. Tatsächliche oder vermeintliche Gerechtigkeitslücken muss der Gesetzgeber schließen!

Zu beachten ist allerdings, dass auch für Bauverträge über Einzelgewerke ein Widerrufsrecht bestehen kann, wenn der Vertrag ein "Fernabsatzvertrag" ist (Vertragsabschluss online oder telefonisch) oder der Vertrag außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers geschlossen wurde, ohne dass der Termin vom Verbraucher selbst veranlasst wurde.

Hendrik Bach  
Rechtsanwalt

### **Präqualifiziert heißt noch lange nicht geeignet!**

Auch bei einem präqualifizierten Bieter muss der öffentliche Auftraggeber prüfen, ob die im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Nachweise die im konkreten Verfahren geforderten Eignungsangaben und Nachweise abdecken. Das gilt insbesondere für Referenzen, da die im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Nachweise nicht immer mit den verlangten Referenzen vergleichbar sind.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.06.2022 (Verg 19/22)

08.06.2022 — In einem Vergabeverfahren über die Erneuerung von Fahrzeugrückhaltesystemen wurde die Vorlage geeigneter Referenzen über die Ausführung von Bauleistungen in den letzten fünf Kalenderjahren, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, gefordert. Ziffer 1 des Formblatts „Eigenerklärung Eignung“ enthielt den Hinweis: „Angaben sind immer vorzuneh-

men, soweit das Unternehmen nicht PQ-qualifiziert ist“. Ein Bieter machte in Bezug auf die geforderten Referenzen in seinem Angebot keine gesonderten Angaben, sondern verwies auf die Angaben im Präqualifikationsverzeichnis, in dem das Unternehmen gelistet ist. Nach Prüfung der Angebote teilte die Vergabestelle dem Bieter mit, dass sein Angebot nicht zuschlagsfähig sei, da keine drei vergleichbaren Referenzen vorlägen. Von den im PQ-Verzeichnis hinterlegten Referenzen seien nur zwei einigermaßen vergleichbar. Eine weitere Referenz betreffe zwar die Erneuerung der Schutzeinrichtung einer Anschlussstelle, umfasse hinsichtlich des Leistungsumfanges aber weniger als 10 % der zu vergebenden Leistung. Der Bieter sei deshalb nicht hinreichend geeignet. Es sei beabsichtigt, einem anderen Bieter, dessen Preis geringfügig höher war, den Zuschlag zu erteilen. Hiergegen richtete sich zunächst die Rüge und sodann der Nachprüfungsantrag des nicht berücksichtigten Bieters. Darin behauptet er, hinreichend geeignet zu sein. Denn er sei präqualifiziert und für diesen Fall seien gesonderten Angaben über Referenzen nicht gefordert gewesen.

### **Die Entscheidung des Gerichts**

Das OLG Düsseldorf bestätigt die Entscheidung der Vergabestelle. Das Angebot des antragstellenden Bieters sei zurecht nicht berücksichtigt worden, weil von den drei geforderten Referenzen eine inhaltlich nicht den Anforderungen entspricht. Nach Auffassung des Gerichtes hat der Bieter die Reichweite des Eignungsnachweises durch Eintragung in das Präqualifikationsverzeichnis verkannt. Denn die Teilnahme am Präqualifikationssystem soll den Bieter lediglich von der Beibringung von Eignungsnachweisen entlasten. Diese Erleichterung ändere aber nichts daran, dass die Erfüllung der Eignungskriterien grundsätzlich vom Bieter nachzuweisen ist. Auch bei einem präqualifizierten Bieter hat der öffentliche Auftraggeber daher zu prüfen, ob die im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Nachweise die im konkreten Verfahren geforderten Eignungsangaben und Nachweise abdecken. Fordert der öffentliche Auftraggeber – wie vorliegend – die Angabe dreier mit der zu vergebenden Leistung vergleichbarer Referenzen, kann nur ein solcher Bieter die verlangten Angaben allein mit Verweis auf seine Eintragung im Präqualifikationsverzeichnis leisten, für den dort drei Nachweise über mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbaren Leistungen hinterlegt sind. Der Hinweis in den Vergabeunterlagen, dass Angaben immer nur dann vorzunehmen sind, soweit das Unternehmen nicht PQ-qualifiziert ist, ändert hieran nichts. Denn allen teilnehmenden Bietern muss klar sein, dass die Eignung nur dann nachgewiesen ist, wenn die entweder direkt beigebrachten Nachweise oder solche, die im Verzeichnis hinterlegt sind, den Anforderungen der konkreten Ausschreibung entsprechen. Das war vorliegend nicht der Fall, so dass das Angebot nicht berücksichtigt werden konnte.

### **Praxishinweis**

Bieter sollten aus dieser Entscheidung die Lehre ziehen, dass mit den von ihnen vorgenommenen Eintragungen in das Präqualifikationsverzeichnis noch lange nicht die Eignung im jeweiligen Vergabeverfahren nachgewiesen ist. Vielmehr sollte jedes Mal geprüft werden, ob die Eintragungen im Verzeichnis den Anforderungen aus der konkreten Ausschreibung entsprechen. Sollte dies nicht der Fall sein, sind weitere Angaben über die Eignung gesondert zu machen, um die Chancen im Vergabeverfahren zu wahren.

Dr. Ulrich Dieckert  
Rechtsanwalt



# Beiträge

## Der Zugang von Willenserklärungen, die per E-Mail verschickt werden

Grundsätzlich ist die Abgabe von Willenserklärungen und der Abschluss von Verträgen formfrei möglich. Lediglich besondere Verträge, wie beispielsweise Grundstückskaufverträge oder Erbverträge, unterliegen strengen Formerfordernissen. Daher können Willenserklärungen auch mit einfacher E-Mail wirksam abgegeben bzw. formfreie Verträge durch den Austausch von E-Mails abgeschlossen werden. Problematisch ist im gerichtlichen Prozess die Frage der Beweisbarkeit des Vertrages. Wer sich in einem gerichtlichen Verfahren auf Ansprüche aus einem Vertrag beruft, ist beweispflichtig, dass der Vertrag überhaupt geschlossen und dessen Bedingungen eingehalten wurden.

Diese Beweispflicht wurde in den folgenden Fällen den Klägern vor Gericht zum Verhängnis:

### **Entscheidung LAG Köln vom 11.01.2022 (4 Sa 315/21)**

In einer arbeitsrechtlichen Angelegenheit vor dem LAG Köln (Urteil vom 11.01.2022 – 4 Sa 315/21) ging es um einen angehenden Piloten, der für die Ausbildungskosten von einem Flugkonzern ein zinsloses Darlehen erhalten hat. Es wurde vereinbart, dass der Konzern auf die Rückzahlung verzichtet, sofern nicht innerhalb von fünf Jahren nach Beendigung der Ausbildung ein Arbeitsverhältnis angeboten werden kann. Nach Beendigung der Pilotenausbildung und einen Tag vor Fristablauf wird sowohl per E-Mail, als auch postalisch ein Angebot unterbreitet. Die E-Mail geht noch am selben Tag ein. Das per Post versandte Angebot geht erst einen Tag nach Fristablauf ein. Zwar nimmt der Pilot das Angebot an, weigert sich allerdings etwas später mit Verweis auf das zu spät erfolgte Angebot, das Darlehen zurückzuzahlen.

Nach der Auffassung des Berufungsgerichts reicht es für einen Beweis nicht aus, dass hier der Konzern die Absendung der E-Mail und das Fehlen einer Rücksendung als unzustellbar nachweist. Denn es sei technisch möglich, dass eine Nachricht zwar verschickt wird, aber nicht auf dem Server des Providers ankommt und dort nicht abgerufen werden kann. Da der Versender die Art und Weise der Übermittlung wählt, trage dieser auch das Risiko, dass die Nachricht nicht ankommt. Da der Konzern keine Lesebestätigung vorgelegt hat, konnte er die Rechtzeitigkeit seines Beschäftigungsangebots nicht beweisen.

### **Entscheidung OLG Hamm vom 09.03.2022 (NJW 2022, 1822)**

Für Absender von E-Mails noch bedenklicher ist eine aktuelle Entscheidung des OLG Hamm vom 09.03.2022. Dort war die streitgegenständliche Willenserklärung (eine Abmahnung) im Anhang einer E-Mail als PDF-Schreiben abgegeben worden. Das Gericht verneinte den rechtzeitigen Zugang dieser Abmahnung. Denn ein solches Schreiben, das lediglich als Dateianhang zu einer E-Mail versandt werde, gehe dem Empfänger nur und erst dann zu, wenn der E-Mail-Empfänger den Dateianhang auch tatsächlich geöffnet habe. Im Hinblick darauf, dass wegen des Virenrisikos allgemein davor gewarnt werde, Anhänge von E-Mails unbekannter Absender zu öffnen, könne aber vom Empfänger in einem solchen Fall nicht verlangt werden, den Anhang zu öffnen.

Daher ist es beim E-Mail Versand eine Lesebestätigung anzufordern.

## **Welche Möglichkeiten hat der Versender noch, den Zugang der von ihm abgegebenen Willenserklärungen zu beweisen?**

### **1. Übersendung per E-Mail**

Wer Willenserklärungen per E-Mail verschickt, sollte vom Empfänger zumindest eine Lesebestätigung anfordern. Noch besser ist es, wenn man vor Gericht eine lückenlose E-Mail-Korrespondenz vorlegen kann, bei der auf die gesendeten Mails wechselseitig Bezug genommen wird.

Wer Mails mit Anhängen versendet, welche die eigentliche Willenserklärung beinhalten, sollte sicherstellen, dass diese vom Empfänger auch geöffnet werden. Nach einer starken Meinung in der juristischen Literatur (der sich wohl auch das OLG Hamm angeschlossen hat, s.o.) sind Dateianhänge generell nur dann ein zulässiges Mittel zur Übersendung einer Willenserklärung, wenn diese Art des Austausches zuvor zwischen Absender und Empfänger (zumindest konkludent) vereinbart wurde und wenn es sich um allgemein zugängliche Dateiformate handelt. Aber auch hier muss der Absender im Streitfall eine solche Vereinbarung beweisen.

## **2. Überbringung durch Boten**

Das sicherste Mittel der Übermittlung stellt immer noch die persönliche Übergabe eines Schriftstücks dar. Wichtig dabei ist, dass die Übergabe durch den Empfänger quittiert wird. Achten Sie zudem darauf, das Schreiben im Beisein eines Zeugen einzupacken. Es kann nämlich sein, dass der Empfänger behauptet, nur ein leeres Blatt erhalten zu haben.

Der Bote kann den Brief bei Abwesenheit des Empfängers auch in dessen Briefkasten werden. Dann ist es aber wichtig, dass der Bote sich Ort, Datum und vor allem Uhrzeit des Einwurfs notiert. Denn ein wirksamer Zugang ist nur dann gegeben, wenn der Empfänger nach den normalen Umständen vom Inhalt des Schreibens Kenntnis erlangen kann. Wenn eine wichtige Frist um 23:59 Uhr abläuft und der Bote erst um 22:00 Uhr das Schreiben einwirft, dann ist der Brief nicht um 22:00 Uhr zugegangen, sondern zu einem Zeitpunkt, an dem der Empfänger nach normalen Umständen Kenntnis davon erlangen kann. Dies wäre beispielsweise bei einem Privathaushalt der nächste Morgen.

## **3. Versendung per Einschreiben**

Auch durch das Einschreiben kann ein beweissicherer Zugang erfolgen. Nachteilig ist allerdings, dass der Empfänger die Annahme verweigern kann. Deshalb ist hier das Einwurfeinschreiben vorzuziehen.

Der Bundesgerichtshof hat klargestellt, dass ein Einwurfeinschreiben einen Tag nach Einwurf des Einschreibens als zugegangen gilt. Das gilt natürlich nur, wenn das Schreiben in dessen Briefkasten und nicht im Briefkasten des Nachbarn gelandet ist. Achten Sie daher auf die richtige Adressierung und prüfen den Zustellnachweis des Zustelldienstes auf die richtige Adresse.

Dr. Ulrich Dieckert

Rechtsanwalt

## **Streitige VOB-Nachträge im Eilrechtsschutz nach Schlussrechnung durchsetzen**

Unter Verweis auf zwei beachtenswerte Urteile des Kammergerichts (KG Ur. v. 02.03.2021 – 21 U 1098/20 und KG Ur. v. 02.11.2021 – 27 U 120/21) besteht zu Gunsten von Auftragnehmern nunmehr die Möglichkeit, streitige Abschlagsforderungen für Nachtragsleistungen im Wege des Eilrechtsschutzes nach § 650d BGB geltend zu machen. Dies gilt auch bei Schlussrechnungsreife und selbst dann, wenn die Schlussrechnung bereits gelegt wurde.

Dieses im Zusammenhang mit dem Bauvertragsrecht 2018 in das BGB eingeführte Verfahren bietet für den AN nicht zuletzt eine interessante Möglichkeit, den AG wieder an Tisch zu bekommen und so die Chance auf einen zeitnahen Vergleich zu eröffnen, ohne eine langwierige Werklohnklage erheben zu müssen. Selbst wenn es nicht zu einem Vergleich kommt, kann sich der AN in einem solchen Eilverfahren zumindest einen Liquiditätszufluss erstreiten, der ihm bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens verbleibt. Dies ist jedenfalls dann von Vorteil, wenn der AN Nachträge ausführen muss, die für ihn zu Beginn der Bauausführung nicht erkennbar waren, und er dabei in die Vorleistung geht. Hier hat der AN ein erhebliches Interesse daran, seine Liquidität aufrecht zu erhalten.

## Die Entscheidung des Gerichts

Im ersten Verfahren (KG Urt. v. 02.03.2021 – 21 U 1098/20) ging es um die Durchsetzung von Nachtragsansprüchen des AN aus einem VOB-Werkvertrag. Nachdem der AN Bedenken hinsichtlich des vorgeschriebenen Grundanstrichs angemeldet hatte, ordnete der AG die Aufbringung eines zusätzlichen tragfähigen Haftgrundes an. In der Folge wurde diese Leistung durch den AN auch ausgeführt. Wegen dieser und anderer Nachträge machte der AN sodann in einer Abschlagsrechnung 80 % der hierfür errechneten Mehrvergütung geltend. Alle anderen Arbeiten wurden ausgeführt, abgenommen und schlussabgerechnet. Weil der AG die Nachträge nicht bezahlen wollte, beschritt der AN den Weg des Eilrechtsschutzes nach § 650d BGB, um seine Forderungen durchzusetzen. Teilweise mit Erfolg!

Das KG stellt zunächst klar, dass die Regelungen zum Anordnungsrecht des AG und der einstweiligen Verfügung in den §§ 650b bis 650d BGB als Gesetzesrecht auch für VOB-Bauverträge gelten.

Die für den Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderliche Dringlichkeit umfasst nach Ansicht des KG auch einstweilige Zahlungen an ein Bauunternehmen, wobei die Dringlichkeit auch dann bestehe, wenn der AN seine Leistungen bereits abgeschlossen hat und die Schlussrechnung gelegt wurde. Dies ist auch folgerichtig, weil der AN auch zu diesem Zeitpunkt noch mit dem Vorleistungsrisiko belastet ist und ein Bedürfnis auf zumindest vorübergehende Liquidität hat.

Zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag kann der AN gemäß § 650c Abs. 2 BGB auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Hierzu macht das KG jedoch eine wichtige Einschränkung: Zugunsten des Unternehmens wird lediglich vermutet, dass die in einer Urkalkulation enthaltenen Rechnungsansätze auch den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen. Demgegenüber gilt die Richtigkeitsvermutung nicht für den Rechenweg der Mehrvergütung als solchen, also dem, was der AN letztlich als Endergebnis der Preisfortschreibung unter Verwendung der Urkalkulation ermittelt hat.

Für den Fall, dass sich die Parteien nicht über die Höhe einigen, kann der AN nach § 650c Abs. 3 BGB bei der Berechnung von Abschlagszahlungen 80 % der in seinem Angebot genannten Mehrvergütung ansetzen. Wichtig ist, dass diese Regelung keine gesetzliche Vermutung aufstellt, dass 80 % der vom AN wegen einer Leistungsänderung beanspruchten Mehrvergütung in einem gerichtlichen Verfahren als zutreffend ermittelt gilt. Denn genau dies wird in einem gerichtlichen Verfahren erst geprüft, da die Höhe der Vergütung des AN nicht per se ohne Berücksichtigung der Interessen des AG festgesetzt werden kann. Vielmehr bildet die 80 %-Regelung nur ein vorläufiges einseitiges Preisbestimmungsrecht für den AN im Falle geänderter Leistungen.

Trotz der zuvor benannten gesetzlichen Erleichterungen durch die Vermutungswirkungen bleibt es dabei, dass der AN immer Umfang und Mangelfreiheit der Leistung nachweisen muss.

Im zweiten Verfahren (KG Urt. v. 02.11.2021 – 27 U 120/21) hatte ein AN Abbrucharbeiten übernommen, bei denen es zu Zusatzleistungen kam. Nachdem der AG zwei streitige Nachträge nicht zahlte, begehrte der AN die Auszahlung im Wege des Eilrechtsschutzes. Auch hier obsiegt der AN teilweise. Das KG bestätigt hierbei insbesondere, dass der AN grundsätzlich berechtigt ist, 80% der angebotenen Nachtragsvergütung über § 650c Abs. 3 BGB im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens geltend zu machen.

## Praxishinweis

Gerichtliche Baurechtsstreitigkeiten sind mitunter enorm zeitaufwändig und damit auch kostenintensiv für alle Beteiligten. Besonders betroffen ist aber oftmals der AN, der für seine Arbeiten in Vorleistung gegangen ist und seinem Werklohn seitdem hinterherläuft. Dies hat Gesetzgeber bei der Novelle des Bauvertragsrechts 2018 u. a. dazu bewogen, ein beschleunigtes Verfahren nach § 650d BGB einzuführen.

Dieses einstweilige Verfügungsverfahren bietet neben den bereits genannten Erleichterungen auch den Vorteil, dass keine umfangreiche Beweisaufnahme erforderlich ist, sondern die Entscheidung auf Grundlage von Glaubhaftmachungen erfolgt. Kehrseite des Eilrechtsschutzes ist es aber, dass ein so erstrittener Vergütungsanspruch im später stattfindenden Hauptsacheverfahren gekippt werden kann, da hier u.a. ein strengeres Beweismaß gilt.

Die Besonderheit dieses Eilrechtsschutzes wirkt sich sowohl für den AG als auch für den AN aus. Der AN muss seinen Werklohnanspruch glaubhaft machen, der AG seinerseits das Vorliegen von Mängeln. Eine Beweisaufnahme mit Sachverständigen, geladenen Zeugen usw. findet in diesen einstweiligen Verfügungsverfahren dabei in Bezug auf den Vortrag beider Seiten nicht statt. Mittel der Glaubhaftmachung sind vor allem eidesstattliche Erklärungen und mitgebrachte Zeugen. Insofern gehen diese Verfahren natürlich deutlich schneller.

Die angesprochene gesetzliche Regelung des § 650d BGB schien lange Zeit weitgehend wirkungslos. Dies änderte sich durch die Entscheidungen des Kammergerichts schlagartig. Sie decken eine große Bandbreite von Gestaltungen ab. Bei den Mandanten unserer Sozietät gibt es seither zunehmend Beratungsbedarf, wie man mit diesem Mittel bei der Durchsetzung (bzw. Abwehr) von Nachtragsforderungen umgehen kann.

Philipp Dehn  
Rechtsanwalt

## **Vorstellung Rechtsanwalt Dominic Filser**



Unser Team wird seit März 2022 durch Herrn Rechtsanwalt Dominic Filser verstärkt.

Nach seinem Studium der Rechtswissenschaften mit Schwerpunkt im Medienwirtschaftsrecht an der Universität Potsdam und anschließendem Referendariat beim Kammergericht Berlin ist er seit Juni 2020 als Rechtsanwalt zugelassen.

Herr Filser war zunächst als selbständiger Rechtsanwalt und freier Mitarbeiter in einer mittelständischen Kanzlei tätig. Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit bildete die gerichtliche Durchsetzung u. a. von Werklohnansprüchen. Im Rahmen seiner freien Mitarbeit betreute Herr Filser dabei u. a. größere Baufirmen.

Im Jahr 2022 entschloss sich Herr Filser, seine gewonnenen Erkenntnisse und Erfahrungen nunmehr im Team mit anderen Anwälten zur Geltung zu bringen. Wir freuen uns, dass sich Herr Filser dabei gegen die bekannten Großkanzleien und stattdessen für die auf das Baurecht spezialisierte Kanzlei DIECKERT Recht und Steuern entschieden hat.

In unserer Kanzlei unterstützt uns Rechtsanwalt Filser bei der prozessualen Durchsetzung bzw. der Abwehr baurechtlicher Ansprüche und nimmt an der außergerichtlichen Beratung bei laufenden Bauprojekten teil. Herr Filser beteiligt sich darüber hinaus an den Veröffentlichungen unserer Kanzlei und unterstützt uns bei der inhaltlichen Vorbereitung unserer Schulungen.

Herr Rechtsanwalt Filser absolviert seit März 2022 den Fachanwaltslehrgang „Bau- und Architektenrecht“.

Wir heißen Herrn Filser bei uns herzlich willkommen.