
Datum: 27.04.2021
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 198/20
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2021:0427.24U198.20.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 212 O 24/20
Schlagworte: unzulässiges Teilurteil, Bauhandwerkersicherung, Verbraucherbauvertrag
Normen: BGB 650f Abs. 6, 650i, 650k Abs. 2, ZPO § 301

Leitsätze:

1.

Ein Teilurteil darf nicht erlassen werden, wenn es die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen schafft. Eine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen ist gegeben, wenn in einem Teilurteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht oder Rechtsmittelgericht im weiteren Verfahren über andere Ansprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann. Dies gilt auch dann, wenn mit dem Hauptantrag eine Bauhandwerkersicherung im Sinne des § 650f BGB und mit dem Hilfsantrag Zahlung restlichen Werklohns begehrt wird, wenn wegen der Ausnahmeregelung des § 650f Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 BGB im Rahmen des Hilfsantrages über die Verbraucherbauvertragseigenschaft des geschlossenen Werkvertrages zu entscheiden ist und im Rahmen des Hilfsantrages im Hinblick auf die Frage des vertraglich vereinbarten Vertragsolls die Auslegungsregel des § 650k Abs. 2 BGB Anwendung finden kann.

2.

Ein Verbraucherbauvertrag im Sinne des § 650i Abs. 1, 1. Alt. BGB kann auch bei gewerkeweiser Vergabe vorliegen, wenn die Beauftragung zeitgleich oder in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Erstellung eines neuen Gebäudes erfolgt, die Erstellung

eines neuen Gebäudes für den Unternehmer ersichtlich ist und die Gewerke zum Bau des neuen Gebäudes selbst beitragen.

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 03.12.2020 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Münster aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Münster zurückverwiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

- | | |
|---|---|
| | 1 |
| I. | 2 |
| Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Stellung einer Bauhandwerkersicherheit, hilfsweise restlichen Werklohn. Die Beklagte macht im Wege der Widerklage Ansprüche wegen streitiger Mängel geltend. | 3 |
| Die Klägerin betreibt einen Handwerksbetrieb aus dem Bereich Stahl- und Hallenbau. Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit Auftragsbestätigung vom 11.04.2019 (Anl. K1, Bl. 7-13 d.A.), unterzeichnet mit der Unterschrift „T. H“, mit der Errichtung einer Mehrzweck-Industriehalle auf dem Grundstück Mstr. 00 in K. Das Fundament der Industriehalle wurde durch Drittunternehmer errichtet. | 4 |
| Mit Nachtragsangebot vom 06.02.2019 (Anl. K7, Bl. 79-81 d.A.), adressiert an „C Metallverarbeitung Zu Hd. Herrn Tfg H“ und unterzeichnet mit der Unterschrift des Ehemanns der Beklagten, „T. H“, wurde die Klägerin mit der Erbringung weiterer Leistungen beauftragt. | 5 |
| Der Ingenieur für Tragwerksplanung, P (im Folgenden: der Statiker), übermittelte mit Schreiben vom 05.06.2019 (Anlage K 16) dem Streithelfer die statische Berechnung mit den Konstruktionszeichnungen zur Überprüfung. | 6 |
| Die Klägerin erbrachte ihre Leistungen. Das Abnahmeprotokoll vom 25.09.2019 (Anlage K 11, Bl. 86-87 d.A.) wurde vom Ehemann der Beklagten unterschrieben. | 7 |
| Die seitens der Klägerin errichtete Halle ist vermietet an das Unternehmen C GmbH Metallverarbeitung, deren Geschäftsführer der Ehemann der Beklagten ist. | 8 |
| Die Klägerin stellte ihre Schlussrechnung vom 01.10.2019 (Anl. K2, Bl. 14-26 d.A.) über insgesamt 206.311,05 € brutto und errechnete unter Berücksichtigung von Abschlagszahlungen einen ausstehenden Betrag in Höhe von 30.383,79 € brutto und ihre Nachtragsrechnung vom 22.11.2019 über 669,38 € (Anl. K3, Bl. 27 d.A.) über Wind- und Regenwächter. Darüber hinaus stellte sie Rechnungen vom 09.12.2019 (Anlage K9, Bl. 84 d.A.) i.H.v. 1.755,25 € und vom 27.01.2020 (Anlage K 10, Bl. 85 d.A.) in Höhe von weiteren 2.680,48 € (Bl. 4 d.A.). Sämtliche Rechnungen waren an die Privatanschrift der Beklagten adressiert. | 9 |

- Mit an die „C Metallverarbeitung Zu Hd. Herrn Tfg H“ adressiertem Schreiben vom 12.11.2019 (Anl. K5, Bl. 70-71 d.A.) wandte sich die Klägerin an den Ehemann der Beklagten, den sie als „Bauherrn“ bezeichnete und übermittelte ihm Zeichnungen (Anl. K5, Bl. 72-73 d.A.). Mit E-Mail vom 13.11.2019 (Anl. K5, Bl. 74 d.A.), adressiert an die E-Mail-Anschrift „H@C-metallverarbeitung.de“, übermittelte die Klägerin ein weiteres Schreiben. Mit Schreiben vom 06.01.2020 (Anl. K5, Bl. 75 d.A.), wiederum adressiert an die „C Metallverarbeitung Zu Hd. Herrn Tfg H“, wandte sich die Klägerin erneut an den Ehemann der Beklagten. Mit E-Mail vom 07.01.2020 (Anl. K5, Bl. 77 d.A.), wiederum adressiert an die E-Mail-Anschrift „H@C-metallverarbeitung.de“, übermittelte die Klägerin ein weiteres Schreiben. 10
- Die Klägerin mahnte mit anwaltlichem Schreiben vom 04.02.2020 (Anl. K4, Bl. 28. 35 d.A.) die offenen Rechnungsbeträge unter Fristsetzung bis zum 14.02.2020, verlängert bis zum 18.02.2020, an. 11
- Die Klägerin hat die Meinung vertreten, die Beklagte sei nicht Verbraucherin und es obliege der Beklagten, darzulegen und zu beweisen, dass sie Verbraucherin sei. Zur Bejahung der Verbrauchereigenschaft komme es auch nicht auf den subjektiven Willen der Parteien, einen Vertrag als Verbraucher abzuschließen, sondern darauf an, wie sich das Geschäft für einen objektiven Dritten darstelle. Die Auftragsbestätigung vom 11.04.2019 (Anl. K1, Bl. 7-13 d.A.) sei vom Ehemann der Beklagten unterzeichnet, was darauf deute, dass nicht die Beklagte, sondern ihr Ehemann das Werk in Auftrag gegeben habe. Ursprünglich hat die Klägerin gemeint, dass der Ehemann der Beklagten Vertragspartner geworden sei. Sodann hat die Klägerin unstreitig gestellt, dass Vertragspartnerin die Beklagte sei. 12
- Überdies liege auch kein Verbraucherbaupvertrag vor. Ein Verbraucherbaupvertrag liege nur vor, wenn sich die Herstellungspflicht auf „das Gebäude“ beziehe, mithin wenn sämtliche Leistungen aus einer Hand angeboten würden, was also Generalunternehmerverträge und Generalübernehmerverträge betreffe. Sofern mithin mehrere Unternehmer an dem Vorhaben beteiligt seien, griffen nicht die Schutzvorschriften des Verbraucherbaupvertragsrechts. Sie, die Klägerin, sei ausschließlich mit der Kernleistung beauftragt gewesen, also mit der Errichtung der Halle oberhalb des Fundamentes; Erdarbeiten, die Errichtung des Fundamentes, die Herstellung der Prüfstatik und auch das Gewerk der Elektrik gehörten nicht zu ihrem Leistungsumfang, sondern seien durch die Beklagte anderweitig vergeben worden. Zudem habe sich die Beklagte selbst um die Anschaffung zweier Kräne gekümmert und sie, die Klägerin, sei nur noch beauftragt gewesen, die passenden Laufschiene herzustellen und zu installieren. Dies habe zur Folge, dass durch das einseitige Herauslösen von Einzelleistungen aus dem geplanten Gesamtwerk die eigenverantwortliche Werkerstellung im Gesamtumfang verhindert worden sei, was unweigerlich zum Verlust der Schutzvorschriften des Verbraucherbaupvertragsrechts führe. In diesen Fällen stehe der Verbraucher nicht einem – finanziell und wesensmäßig – überlegenen Unternehmer gegenüber. Vielmehr stehe der Verbraucher einer Mehrzahl von kleineren Unternehmen auf Augenhöhe gegenüber, so dass es des Schutzes der Verbraucherbaupvertragsvorschriften nicht bedürfe. Hätte der Gesetzgeber auch eine entsprechende Einbeziehung gewollt, so hätte er diese auch ausdrücklich angeordnet. 13
- Die mit Rechnung vom 22.11.2019 (Anl. K3, Bl. 27 d.A.) abgerechneten Leistungen seien beauftragt worden. Die Rechnung vom 09.12.2019 (Anl. K9, Bl. 84 d.A.) sei deswegen gestellt worden, weil sie im Auftrag der Beklagten die zu errichtende Kranbahn nachträglich habe ändern müssen, weil der Kranlieferant, das Unternehmen J, den Kran nicht entsprechend der vom Streithelfer freigegebene Zeichnungen beschafft habe. Die Rechnung vom 27.01.2020 (Anlage K 10, Bl. 85 d.A.) sei deswegen gestellt worden, weil sie im Rahmen 14

vermeintlicher Nachbesserungsarbeiten vor Ort und Stelle erschienen sei und die Beklagte die Nachbesserung ausdrücklich verweigert und sie unter Androhung von Polizei vom Gelände verwiesen habe.

Sie, die Klägern, habe ihre Leistungen vollständig und mangelfrei erbracht und ausweislich des Abnahmeprotokolls sei eine Abnahme erfolgt. Etwaige gerügte bzw. vorbehaltene Mängel seien sämtlich abgearbeitet oder aber die Beklagte habe Nachbesserungsarbeiten verweigert. 15

Die Klägerin hat beantragt, 16

1. die Beklagte zu verurteilen, ihr zu dem zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrag vom 11.04.2019, bezogen auf das Bauvorhaben Industriehalle, Mstr. 00, 00000 K, eine Sicherheit gemäß § 650f BGB i.V.m. §§ 232 ff. BGB i.H.v. 31.053,17 € zu stellen. 17

2. die Beklagte weiterhin zu verurteilen, ihr vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten zu erstatten i.H.v. 1.336,90 € netto nebst einem Verzugszins i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.02.2020. 18

Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem 1. Klageantrag, 19

die Beklagte zu verurteilen, an sie 35.488,90 € zu zahlen nebst Zinsen i.H.v. 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Teilbetrag i.H.v. 30.383,79 € seit dem 31.10.2019, einem weiteren Teilbetrag i.H.v. 669,38 € seit dem 22.10.2019, einen weiteren Teilbetrag i.H.v. 1.755,25 € seit dem 08.01.2020 sowie einem letzten Teilbetrag i.H.v. 2.680,48 € seit dem 26.02.2020. 20

Die Beklagte hat beantragt, 21

die Klage abzuweisen. 22

Die Beklagte hat behauptet, sie sei Hausfrau und lediglich geringfügig beschäftigt in dem Unternehmen ihres Ehemannes. Soweit ihr Ehemann tätig geworden sei, sei dieser nicht im Namen seines Unternehmens, sondern ausschließlich für sie tätig geworden und er habe in Abstimmung und mit ihrer Vollmacht die entsprechenden Angebote unterzeichnet. Überdies sei es auch nicht ungewöhnlich, den Mieter einzuschalten, wenn es darum gehe, das Interieur einer Gewerbehalle zu beschaffen. Demgemäß sei sie Verbraucherin, so dass die Klägerin von ihr die Stellung einer Bauhandwerkersicherheit nicht verlangen könne. Die Errichtung und anschließende Vermietung der Halle habe allein der privaten Vermögens- und Altersvorsorge gedient. Die Verwaltung dieser Vermögensanlage habe – wenn überhaupt – lediglich einen minimalen bürotechnischen Aufwand bedingt, da ein langfristiger Mietvertrag mit nur einem Mieter vorliege. 23

Die Klägerin habe Kranlaufschienen falsch geliefert und montiert, so dass sie das Unternehmen J im Wege der Ersatzvornahme nach Setzung einer Mängelbeseitigungsfrist beauftragt habe, diese Schienen zu verbreitern, wofür sie 7.977,96 € aufgewendet habe, so dass der Vergütungsanspruch der Klägerin in dieser Höhe erloschen sei. Ungeachtet dessen habe auch die Klägerin zugesagt, diese Kosten zu übernehmen. Trotz mehrfacher Aufforderung sei auch der Schweißnachweis nicht erbracht worden und überdies sei die Verschweißung krumm. Eine Abnahme sei überdies nicht erfolgt. Abnahmevoraussetzung sei, dass die Kranbahnen in der Ausführungsklasse EXC3 (Schweißzeugnis) einzugruppieren seien; diese Voraussetzungen lägen nicht vor. Ein Anspruch auf Zahlung der Rechnung vom 24

09.12.2019 (Anl. K9, Bl. 84 d.A.) bestehe nicht, da die durch die Klägerin beauftragte Statik falsch sei, da ein falsches Maß der Spurbreite der Kranlaufbahnschienen errechnet worden sei. Ein Anspruch auf Zahlung der Rechnung vom 22.11.2019 (Anl. K3, Bl. 27 d.A.) bestehe ebenfalls nicht, da eine entsprechende Bestellung insoweit nicht erfolgt sei.

Das Landgericht hat mit am 03.12.2020 verkündetem Urteil die Klage hinsichtlich der Hauptanträge abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Klägerin kein Anspruch auf Stellung der Bauhandwerkersicherheit zustehe. Die Beklagte sei Verbraucherin. Die Klägerin sei dem Vortrag der Beklagten, sie sei Hausfrau und lediglich geringfügig in dem Unternehmen ihres Ehemannes beschäftigt, nicht erheblich entgegengetreten. Dass der Ehemann der Beklagten den Vertrag unterzeichnet und abgewickelt habe, sei nicht maßgeblich, da es nicht darauf ankomme, wer für die Beklagte aufgetreten sei. Dass die Beklagte das Objekt an das Unternehmen ihres Ehemannes für den Betrieb eines Gewerbebetriebes vermietet habe, führe nur zu der Annahme der Verwaltung eigenen Vermögens durch Immobilienverwaltung, so dass die Verbrauchereigenschaft deswegen nicht entfalle. Anhaltspunkte dafür, dass die Umstände für die Klägerin eindeutig und zweifelsfrei auf einen unternehmerischen Zweck hingedeutet hätten, fehlten. Für die Klägerin sei offensichtlich gewesen, dass die Beklagte als Vertragspartnerin von ihrem handelnden Ehemann und dessen Unternehmen personenverschieden gewesen sei und keinerlei Ähnlichkeit zwischen der Firma und dem Namen der Beklagten bestanden habe. Dass eine E-Mail-Adresse des Unternehmens verwendet worden sei, führe angesichts der genauen Bezeichnung der Beklagten als Vertragspartnerin zu keiner anderen Wertung. Überdies sei die Rechnung an die Privatanschrift der Beklagten erfolgt, so dass der Klägerin die Personenverschiedenheit der Beteiligten bewusst gewesen sei.

25

Es handele sich überdies um einen Verbraucherbaupvertrag; ob bei einer Vergabe von Neubauarbeiten in Einzelgewerken ein Verbraucherbaupvertrag anzunehmen sei, sei zwar umstritten. Der Wortlaut der Vorschrift spreche aber dafür, auch bei der Vergabe von Einzelgewerken von einem Verbrauchervertrag auszugehen. Eine Beschränkung auf Generalunternehmer- oder Generalübernehmerverträge sei nicht erfolgt. Dies entspreche auch dem Willen des Gesetzgebers, der lediglich kleinere Umbaumaßnahmen als ausgenommen angesehen habe. Die Übernahme der Formulierung des § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB a.F. stehe dem nicht entgegen, da diese Vorschrift restriktiv ausgelegt worden sei, während § 650i BGB gerade dem Verbraucherschutz diene, so dass eine restriktive Auslegung diesen konterkarierte. Auch Sinn und Zweck der Vorschrift zeigten, dass Verbraucher bei der Vergabe von Neubauarbeiten an Einzelgewerken vor mindestens genauso komplexe Fragestellungen gestellt würden wie bei dem Abschluss eines Generalunternehmer- oder Generalübernehmervertrages. Gleiches gelte sinngemäß für die wirtschaftliche Tragweite. Gerade der streitgegenständliche Vertrag mit einer 200.000,00 € übersteigenden Rechnungssumme zeige, dass auch bei der Vergabe von Einzelverträgen wirtschaftliche Dimensionen erreicht würden, die einen nicht unerheblichen Teil der Generalübernehmer- und Generalunternehmerverträge bei der Errichtung von Wohnimmobilien überstiegen. Beachtlich sei auch, dass § 650f Abs. 6 Nr. 2 BGB an die Stelle des § 648a Abs. 6 Nr. 2 BGB a.F., der unstreitig auch Einzelgewerke umfasst habe, getreten sei und die Gesetzesänderung gerade dem Ausbau des Verbraucherschutzes gedient habe, so dass eine wesentliche Einschränkung des Anwendungsbereichs gerade nicht beabsichtigt gewesen sei. Mithin könne auch dahinstehen, ob das Verbraucherbaupvertragsrecht bei der Neuerrichtung von Gebäuden auf sämtliche Gewerke oder nur auf Gewerke anzuwenden sei, die zu einer wesentlichen Umgestaltung des Grundstücks führten. Soweit teilweise eine Beschränkung auf Wohngebäude angenommen werde, könne dem angesichts des klaren Wortlauts nicht gefolgt werden. Der geltend

26

gemachte Anspruch auf Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten sei nicht schlüssig dargetan.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie rügt, das Landgericht habe verkannt, dass die Beklagte gerade nicht Verbraucherin sei. Maßgeblich sei darauf abzustellen, wie sich das Geschäft für einen objektiven Dritten darstelle. Die Auftragsbestätigung vom 11.04.2019 sei zwar an die Beklagte adressiert, indes mit „T. H“ unterschrieben worden. Die Anschreiben vom 12.11.2019 (Anl. K5, Bl. 70-71 d.A.) und 06.01.2020 (Anl. K5, S. 75 d.A.) seien direkt an die „C Metallverarbeitung Zu Hd. Herrn Tfg H“ adressiert gewesen und der Ehemann der Beklagten sei auch ausdrücklich als „Bauherr“ bezeichnet worden. Das Nachtragsangebot sei direkt an den Ehemann der Beklagten gerichtet gewesen und die Auftragsbestätigung sei von diesem unterschrieben worden. Die Zeichnungen seien dem Ehemann der Beklagten übermittelt worden; gleiches gelte auch für das Schreiben des Streithelfers. Auch sämtliche Kommunikation habe mit dem Ehemann der Beklagten stattgefunden. Daher scheine es, dass die Beklagte mit dem Gewerk nichts tun gehabt habe, und die Beklagte sei ihr, der Klägerin, ausschließlich namentlich bekannt gewesen. Die dargelegten Hintergründe zeigten rein geschäftliche Verhältnisse.

Unzutreffend habe das Landgericht auch einen Verbrauchervertrag angenommen und verkannt, dass sie, die Klägerin, ausschließlich mit der Kernleistung beauftragt gewesen sei, was die Errichtung der Halle oberhalb des Fundamentes umfasst habe. Sämtliche Erdarbeiten sowie die Errichtung des Fundamentes seien von anderen Werkunternehmern ausgeführt worden; auch die Prüfstatik und das Gewerk der Elektrik sei durch die Beklagte anderweitig vergeben worden. Die Beklagte habe sich überdies selbst um die Anschaffung zweier Kräne gekümmert und das Unternehmen J am 10.07.2019 beauftragt; sie, die Klägerin, habe lediglich die passenden Laufschiene hergestellt und installiert. Demgemäß sei sie, die Klägerin, nicht nur auf eine Kommunikation mit der J angewiesen gewesen; vielmehr habe die Beklagte Einzelleistungen aus dem geplanten Gesamtwerk einseitig herausgelöst und die eigenverantwortliche Werkerstellung im Gesamtvolumen, wie sie für einen Generalunternehmervertrag üblich sei, behindert, was unweigerlich zum Verlust der Schutzvorschriften des Verbrauchervertragsrechts führe, da die Beklagte das Vorhaben durch mehrere Unternehmer in einzelnen Gewerken habe ausführen lassen. Denn in diesem Falle sehe sich der Verbraucher nicht einem finanziell oder auch hinsichtlich des Know-Hows überlegenen Unternehmer gegenüber, sondern einer Mehrzahl von kleineren Unternehmen, mit denen grundsätzlich eine Kommunikation auf Augenhöhe möglich sei. Die Rechnungssumme als solche sei bei dieser Fallgestaltung nicht maßgebend, zumal die Komplexität vorliegend dadurch verursacht worden sei, dass die Beklagte eine unübersichtliche Aufspaltung in Einzelgewerken vorgenommen habe. Überdies sei anzunehmen, dass der Gesetzgeber eine ausdrückliche Erweiterung der Rechte des Verbrauchers vorgenommen hätte, sofern diese Erweiterung beabsichtigt gewesen sei.

Die Klägerin beantragt,

das Teilurteil des Landgerichts Münster vom 03.12.2020 abzuändern und:

1. die Beklagte zu verurteilen, ihr zu dem zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrag vom 11.04.2019, bezogen auf das Bauvorhaben Industriehalle, Mstr. 00, 00000 K, eine Sicherheit gemäß § 650f BGB i.V.m. §§ 232 ff. BGB i.H.v. 31.053,17 € zu stellen.

2. Der Klägerin vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten zu erstatten i.H.v. 1.336,90 € netto nebst einem Verzugszins i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.02.2020.

und	33
die Revision zuzulassen.	34
Die Beklagte beantragt,	35
die Berufung zurückzuweisen.	36
Widerklagend beantragt die Beklagte,	37
die Klägerin zu verurteilen, an sie 22.099,97 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	38
Die Beklagte meint, von dem Restwerklohn der Klägerin in Höhe von 30.838,79 € sei ein Betrag von 7.204,00 €, die sie an die J GmbH & Co. KG gezahlt habe, abzusetzen. Im Übrigen steht ihr ein Anspruch auf Zahlung 44.506,00 € für die Instandsetzung der Anlage zu, so dass ihr der die verbleibende Restwerklohnforderung überschießende Betrag in Höhe von 22.099,97 € zustehe.	39
II.	40
Die zulässige Berufung der Klägerin hat mit der Maßgabe Erfolg, dass das angefochtene Teilurteil gemäß § 301 ZPO unzulässig, daher aufzuheben und die Sache gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ZPO zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Münster zurückzuverweisen ist.	41
1.	42
Das angefochtene Teilurteil ist gemäß § 301 ZPO unzulässig, weil die Entscheidung über das Sicherheitsverlangen der Klägerin (Hauptantrag) nicht unabhängig davon ist, wie das Landgericht Münster durch Schlussurteil über den Rest des noch anhängigen Streitgegenstandes (Hilfsantrag und Widerklage) entscheiden wird. Es besteht die Gefahr, dass es im Teil- und Schlussurteil zu widersprüchlichen Entscheidungen kommt, da die Entscheidung über den dem Teilurteil zugrundeliegenden Teil des Streitgegenstandes präjudizielle Vorfragen umfasst, die auch Gegenstand des beim Landgericht verbliebenen Teils des Rechtsstreits sind.	43
a)	44
Der Verfahrensmangel des Erlasses eines unzulässigen Teilurteils ist in der Berufungsinstanz von Amts wegen zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 11.05.2011 - VIII ZR 42/10 - NJW 2011, 2736) und es bedarf nach § 529 Abs. 2 Satz 2 ZPO keiner entsprechenden Berufungsrüge (vgl. Senat, Urteil vom 03. Dezember 2020 – I-24 U 14/20 – NJW-RR 2021, 268; OLG Nürnberg, Urteil vom 17. September 2020 - 8 U 1311/20 - zitiert nach juris).	45
b)	46
Ein Teilurteil kann nach § 301 ZPO nur ergehen, wenn über den hiervon betroffenen Prozessstoff unabhängig vom Rest des Streitgegenstandes entschieden werden kann; demgemäß darf ein Teilurteil nicht erlassen werden, wenn es die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen schafft (vgl. Senat, Urteil vom 03. Dezember 2020 – I-24 U 14/20 – NJW-RR 2021, 268; OLG Nürnberg, Urteil vom 17. September 2020 - 8 U 1311/20 - zitiert nach juris; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 13. August	47

2020 – 4 U 100/19 – zitiert nach juris; OLG Düsseldorf, Teilurteil vom 17. Juli 2019 – 14 U 107/15 – zitiert nach juris). Dabei ist auch die Möglichkeit einer abweichenden Entscheidung durch ein Rechtsmittelgericht zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 2015 - VI ZR 279/14 - zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 29. März 2011 - VI ZR 117/10 - NJW 2011, 1815; Senat, Urteil vom 03. Dezember 2020 – I-24 U 14/20 – NJW-RR 2021, 268; Senat, Urteil vom 24. Mai 2016 - I-24 U 10/14 - zitiert nach juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 26. September 2018 – 6 U 84/17 – WRP 2019, 117). Eine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen ist namentlich dann gegeben, wenn in einem Teilurteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren über andere Ansprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann (vgl. BGH, Urteil vom 29. März 2011 - VI ZR 117/10 - NJW 2011, 1815; Senat, Urteil vom 03. Dezember 2020 – I-24 U 14/20 – NJW-RR 2021, 268; OLG Nürnberg, Urteil vom 12. November 2015 - 13 U 577/12 - zitiert nach juris).

Dies gilt in gleicher Weise, wenn ein Anspruch auf Leistung einer Sicherheit nach § 650f BGB und auf Werklohn, wie hier, geltend gemacht werden (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 19. Juni 2012 – 14 U 1/12 – NZBau 2013, 48). Auch hier ist ein Teilurteil unzulässig, wenn die Entscheidung über den dem Teilurteil zu Grunde liegenden Teil des Streitgegenstandes präjudizielle Vorfragen erfasst, die Gegenstand des beim LG verbliebenen Teils des Rechtsstreites sind (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 19. Juni 2012 – 14 U 1/12 – NZBau 2013, 48; OLG Düsseldorf, Urteil vom 25. Februar 2011 – I-23 U 150/10 – zitiert nach juris). Vorliegend begehrt die Klägerin mit ihrem Hauptantrag eine Bauhandwerkersicherung und mit ihrem Hilfsantrag Zahlung restlichen Werklohns. Bei der eventuellen Klagehäufung, also der Verbindung des Hauptantrags mit einem echten Hilfsantrag, kann zwar dem Grunde nach über den Hauptantrag durch Teilurteil entschieden werden (vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 09. Dezember 2020 – 4 U 76/20 – zitiert nach juris; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 24. Juni 2020 – 4 U 215/19 – zitiert nach juris). Indes gilt dies nur dann, wenn keine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen besteht.

Vorliegend besteht die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen. Würde das landgerichtliche Urteil bestätigt, wäre beachtlich, dass das Landgericht die Verbrauchereigenschaft der Beklagten und das Vorliegen eines Verbraucherbauvertrages im Sinne des § 650i BGB bejaht hat. Dann aber wäre eine Entscheidung über den Hilfsantrag zu treffen. Da die Parteien nachhaltig über Mängel der Leistung der Klägerin streiten – die Beklagte behauptet, die Klägerin habe Kranlaufschienen falsch geliefert und montiert, die Verschweißung sei krumm, trotz mehrfacher Aufforderung sei der Schweißnachweis nicht erbracht worden und obgleich die Kranbahnen der Ausführungsklasse EXC3 (Schweißzeugnis) zuzuordnen seien, verfüge die Klägerin nicht über die notwendige Zertifizierung und die eingereichte Konformitätserklärung sei eine reine Gefälligkeitserklärung – wäre bei Erfolglosigkeit des Hauptantrages im Rahmen des Hilfsantrages über den Restwerklohnanspruch und die Widerklage zu entscheiden. Im Hinblick auf die Frage des vertraglich vereinbarten Vertragsolls kann die Anwendung der Auslegungsregel des § 650k Abs. 2 BGB, wonach Auslegungszweifel nach § 650k Abs. 2 Satz 2 BGB zu Lasten des Unternehmers gehen, nicht ausgeschlossen werden. Im Rahmen des § 650k Abs. 2 BGB stellt sich aber ebenfalls die Frage, ob die Beklagte Verbraucherin ist und ein Verbraucherbauvertrag vorliegt, die vom Landgericht abweichend vom Senat beantwortet werde könnte. Denn eine etwaige Entscheidung des Senats zur Verbrauchereigenschaft der Beklagten und des Vorliegens eines Verbraucherbauvertrages erwüchse nicht in Rechtskraft und bände das Landgericht nicht. Präjudizielle Rechtsverhältnisse werden nicht rechtskräftig festgestellt, wenn sie lediglich als Vorfragen beurteilt werden (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli

2017 – I ZR 64/16 – NJW 2018, 235), sondern nur wenn sie (wie etwa bei einer Zwischenfeststellungsklage) selbst Streitgegenstand sind (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2003 – I ZR 269/00 – MDR 2003, 1247). Nach § 322 Abs. 1 ZPO ist ein Urteil insoweit der Rechtskraft fähig, als darin über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Identität der Streitgegenstände ist dabei zwar nicht nur dann anzunehmen, wenn im zweiten Prozess der nämliche Streitgegenstand zwischen denselben Parteien nochmals rechtshängig gemacht wird, sondern auch dann, wenn dort das mit dem Rechtsausspruch im ersten Prozess unvereinbare „kontradiktorische Gegenteil“ begehrt wird (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2003 – I ZR 269/00 – MDR 2003, 1247; Vollkommer, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 33. Aufl. 2020, Vorbemerkungen zu § 322 ZPO Rn. 20). Zudem besteht, wenn die im ersten Prozess rechtskräftig entschiedene Rechtsfolge im zweiten Prozess nicht die Hauptfrage, sondern eine Vorfrage darstellt, die Wirkung der Rechtskraft in der Bindung des nunmehr entscheidenden Gerichts an die Vorentscheidung (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2003 – I ZR 269/00 – MDR 2003, 1247). Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Bestimmung des § 322 Abs. 1 ZPO der Rechtskraft eines Urteils bewusst enge Grenzen gesetzt hat dergestalt, dass diese sich auf den unmittelbaren Gegenstand des Urteils, d.h. die Rechtsfolge beschränkt, die den Entscheidungssatz bildet, nicht aber auf einzelne Urteilelemente, tatsächliche Feststellungen und rechtliche Folgerungen erstreckt, auf denen die getroffene Entscheidung aufbaut (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2003 – I ZR 269/00 – MDR 2003, 1247; BGH, Urteil vom 11. November 1994 – V ZR 46/93 – zitiert nach juris). Dementsprechend beschränkt sich die Bindungswirkung auf den Streitgegenstand des früheren Rechtsstreits, wobei dieser Streitgegenstand durch den dortigen prozessualen Anspruch und den ihm zugrundeliegenden Lebenssachverhalt bestimmt wird (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2003 – I ZR 269/00 – MDR 2003, 1247). Eine Bindungswirkung ergäbe sich damit nicht hinsichtlich der Verbrauchereigenschaft der Beklagten und des Vorliegens eines Verbraucherbaupertrages.

Bejahte der Senat die Verbrauchereigenschaft der Beklagten und das Vorliegen eines Verbraucherbaupertrages im Sinne des § 650i BGB könnte nicht ausgeschlossen werden, dass das Landgericht im Rahmen der Entscheidung über den Hilfsantrag und den Widerklageantrag gleichwohl bei abweichender Würdigung zur Anwendung der Auslegungsregel des § 650k Abs. 2 BGB gelangte. Lediglich dann, wenn der Senat die Verbrauchereigenschaft der Beklagten und das Vorliegen eines Verbraucherbaupertrages im Sinne des § 650i BGB verneinte, wäre dem Hauptantrag in Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung mit der Folge stattzugeben, dass die innerprozessuale Bedingung, um den Hilfsantrag einer Entscheidung zuzuführen, nicht einträte, so dass keine Entscheidung über den Hilfsantrag erfolgte. Die - bereits mit Klagezustellung eingetretene - Rechtshängigkeit des Hilfsantrages entfiel rückwirkend und eine etwaig zwischenzeitlich getroffene Entscheidung über den Hilfsantrag würde gegenstandslos (vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 09. Dezember 2020 – 4 U 76/20 – zitiert nach juris; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 24. Juni 2020 – 4 U 215/19 – zitiert nach juris). Soweit der Widerklageantrag betroffen ist, ist beachtlich, dass die Erhebung einer Widerklage im isolierten Sicherungsverfahren nicht möglich ist. Gemäß § 650f Abs. 1 Satz 4 BGB bleiben streitige Gegenansprüche, mit denen der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Vergütung aufrechnen kann, im Sicherungsverfahren unberücksichtigt (vgl. Seewald, in: Motzke/Bauer/Seewald, Prozesse in Bausachen, 3. Auflage 2018, A. Vergütungsklage des Unternehmers Rn. 658; Cramer, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018, § 650f BGB Rn. 83). Die Widerklage wird auf behauptete Mängel der Leistung der Klägerin gestützt; die Beklagte macht widerklagend einen Betrag von 22.099,97 € nebst Zinsen geltend. Sie errechnet auf der Grundlage des Restwerklohns der Klägerin in Höhe von 30.838,79 € einen Abzugsbetrag von 7.204,00 €, die sie an die J GmbH

& Co. KG für die Änderung der Kranbrücken ausweislich deren Rechnung vom 23.09.2019 (Anl. B1, Bl. 98-99 d.A.) gezahlt habe, und macht im Übrigen einen Betrag in Höhe von 44.506,00 € für die Instandsetzung der Anlage geltend und verlangt den überschießenden Betrag von 22.099,97 € (rechnerisch richtig wohl 20.871,21 € (30.838,79 € abzgl. 7.204,00 € abzgl. 44.506,00 €)) im Wege der Widerklage.

Wegen § 650f Abs. 1 Satz 4 BGB scheidet aber im Sicherungsverfahren die auf streitige Gegenansprüche gestützte Widerklage aus (vgl. OLG Köln, Urteil vom 17. Juni 2020 – I-11 U 186/19 – MDR 2020, 1243; Hildebrandt, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 5. Auflage 2019, § 650f BGB Rn. 48). Zwar stünden etwaige Gegenansprüche nach § 33 ZPO in einem Sachzusammenhang mit der erhobenen Klage auf Sicherheit zu der offenen Restvergütung. Jedoch ist deren Zulassung ausgeschlossen, weil es jeweils nur um einen vom Gesetz erlaubten Zusammenhang gehen kann; aus diesem Grund muss das damit verfolgte Verteidigungsmittel auch sachlich zulässig sein, was es gerade wegen der eindeutigen Regelung in § 650f Abs. 1 Satz 4 BGB nicht ist (vgl. OLG Köln, Urteil vom 17. Juni 2020 – I-11 U 186/19 – MDR 2020, 1243). Zudem widerspricht die Widerklage auch dem Charakter des Sicherungsverfahrens, welches ähnlich dem einstweiligen Verfügungsverfahren auf eine möglichst schnelle Abwicklung gerichtet ist (vgl. OLG Köln, Urteil vom 17. Juni 2020 – I-11 U 186/19 – MDR 2020, 1243). Dem einstweiligen Verfügungsverfahren ist jedoch eine Widerklage fremd (vgl. Schultzky, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 33. Aufl. 2020, § 33 ZPO Rn. 23).

Da aber bei Erlass des Teilurteils auch mit einer abweichenden Entscheidung des Senats als Rechtsmittelgericht zu rechnen war, bestand die Gefahr widersprechender Entscheidungen. 52

c) 53

Anerkannt ist zwar, dass ein unzulässiges Teilurteil nicht aufgehoben werden muss, wenn sich die prozessuale Situation so entwickelt hat, dass es nicht mehr zu widersprüchlichen Entscheidungen kommen kann (vgl. BGH, Urteil vom 08. Mai 2014 – VII ZR 199/13 – VersR 2014, 1264; OLG Karlsruhe, Urteil vom 26. September 2018 – 6 U 84/17 – WRP 2019, 117). Indes hat sich die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen durch die eventuelle Klagehäufung und die Erhebung der Widerklage ergeben. Die Sache ist indes hinsichtlich des Hilfsantrages und der Widerklage nicht entscheidungsreif, so dass eine Widersprüchlichkeiten vermeidende Gesamtentscheidung nicht getroffen werden kann. 54

d) 55

Ein Teilurteil ist zwar auch dann zulässig, wenn die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen besteht, aber diese Gefahr weder dadurch geschaffen noch verstärkt wird, das über den Hauptantrag eine Entscheidung im Wege des Teilurteils getroffen wird (vgl. Senat, Urteil vom 03. Dezember 2020 – I-24 U 14/20 – NJW-RR 2021, 268; OLG Karlsruhe, Urteil vom 26. September 2018 – 6 U 84/17 – WRP 2019, 117; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Teilurteil vom 11. Dezember 2006 - 8 U 274/01 - 62 - zitiert nach juris). So liegen die Dinge hier indes nicht. Etwaige Widersprüche der vom Landgericht zu treffenden Entscheidung zur Begründung des Schlussurteils wären jedenfalls im Hinblick auf die mögliche Entscheidung zum Hilfsantrag und zur Widerklage und die in diesem Zusammenhang nicht auszuschließende Anwendung der Auslegungsregel des § 650k Abs. 2 BGB nur durch eine Aufhebung des Teilurteils zu vermeiden. 56

e) 57

58

Auch vor dem Sinn des § 650f BGB kann die Zulässigkeit des Teilurteils trotz der beschriebenen Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen nicht bejaht werden. Zwar will der Gesetzgeber dem Werkunternehmer eine rasche Entscheidung zur Bauhandwerkersicherung ermöglichen. Gleichwohl führt dies nicht zur Annahme, dass der Gesetzgeber deswegen die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen jedenfalls dann in Kauf zu nehmen gewillt ist, wenn mit dem Teilurteil über die Bauhandwerkersicherung zu entscheiden ist.

aa) 59

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll dem Werkunternehmer die Möglichkeit der Erlangung einer effektiven und zügigen Sicherung eröffnet werden. 60

Der Anspruch des Unternehmers auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung ist durch das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Bauhandwerkersicherung) und anderer Gesetze vom 27.04.1993 (BGBl. 1993 I 509), sog. Bauhandwerkersicherungsgesetz, mit Wirkung vom 01.05.1993 als § 648a BGB a.F. in das Werkvertragsrecht des BGB inkorporiert worden. Mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.03.2000 (BGBl. 2000 I 330) wurden § 648a Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB geändert und § 648a Abs. 5 Satz 3 und 4 neu in die Vorschrift eingefügt. Das am 01.01.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG) vom 23.10.2008, BGBl. 2008 I 2022) brachte weitere Änderungen durch die Neufassung. Mit dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts hat die Vorschrift des § 648a BGB a.F. mit Wirkung zum 01.01.2018 ihren Standort gewechselt und ist nunmehr als § 650f BGB systematisch im Kapitel zum Bauvertragsrecht angesiedelt (vgl. Wittler/Zander, NJW 2021, 32 (34)). 61

Der Gesetzgeber erstrebte bereits mit dem Bauhandwerkersicherungsgesetz, dass der Unternehmer Sicherheit für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen verlangen kann und er zu Vorleistungen nur gegen entsprechende Sicherheit für seinen voraussichtlichen Vergütungsanspruch verpflichtet sein soll (vgl. BT-Drs. 12/1836, 8). Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen ausdrücklich klargestellt, dass die Möglichkeiten des Werkunternehmers, fällige Ansprüche zügig gerichtlich geltend zu machen, verbessert werden sollen (vgl. BT-Drs. 14/1246, 1). Mit dem Forderungssicherungsgesetz sollte die Geltendmachung des Anspruchs auf Gewährung einer Bauhandwerkersicherung vereinfacht werden (vgl. BT-Drs. 16/511, 17). Dem Verlangen auf Sicherheitsleistung soll daher zügig entsprochen werden, weil sonst der gesetzliche Anspruch entwertet würde (vgl. BGH, Urteil vom 06. März 2014 – VII ZR 349/12 – NZBau 2014, 343), so dass entsprechende Einwendungen des Bestellers unberücksichtigt zu lassen sind, da eine Beweisaufnahme gerade nicht in Betracht kommt (vgl. BGH, Urteil vom 06. März 2014 – VII ZR 349/12 – NZBau 2014, 343; KG Berlin, Urteil vom 15. Juni 2018 – 21 U 140/17 – zitiert nach juris). Die Folge ist, dass über den Sicherheitsanspruch auf erkannt unsicherer und nicht abschließend geklärt Tatsachengrundlage zu entscheiden ist (vgl. KG Berlin, Urteil vom 26. Juli 2019 – 21 U 3/19 – zitiert nach juris). 62

bb) 63

Gleichwohl führt dies nicht zur Annahme, dass der Gesetzgeber die – hier gegebene - Gefahr sich widersprechender Entscheidungen jedenfalls hinsichtlich der Entscheidung über die Bauhandwerkersicherung zumindest hinnehmen wollte. 64

Der Gesetzgeber hat zwar im Entwurf des Forderungssicherungsgesetzes als misslich empfunden, dass die Rechtsprechung von der Möglichkeit des Erlasses eines Teilurteils nur 65

zurückhaltend Gebrauch mache, was dazu führe, dass dem Werkunternehmer ein möglicher frühzeitiger Vollstreckungstitel vorenthalten werde (vgl. BT-Drs. 16/511, 11), was den gesetzgeberischen Willen, dem Verlangen auf Sicherheitsleistung zügig zu entsprechen, konterkariere. Dementsprechend sah der Entwurf des Forderungssicherungsgesetzes vor, der Entscheidung durch Teilurteil größere Bedeutung zu verschaffen und zu diesem Zweck § 301 Abs. 2 ZPO zu streichen, so dass vom Erlass eines Teilurteils nur noch in zwei, im Gesetzentwurf ausdrücklich genannten Ausnahmefällen habe abgesehen werden können (vgl. BT-Drs. 16/511, 11). Indes ist diese Änderung des § 301 ZPO letztlich gesetzgeberisch gerade nicht umgesetzt worden.

dd) 66

Ungeachtet dessen bedarf es des Erlasses eines Teilurteils über den Hauptantrag trotz der Gefahr widersprechender Entscheidungen schon deswegen nicht, weil der Klägerin zwar nicht wie im Falle der Bauhandwerkersicherungshypothek die Möglichkeit offenstand, nach §§ 650e BGB, 883, 885 ZPO im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung einer Vormerkung zu erwirken, ohne dass ein Verfügungsgrund glaubhaft gemacht werden muss (vgl. Scheuch, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage 2019 Rn. 8). Indes stand ihr die Möglichkeit offen, nur den Hauptantrag ohne Verknüpfung mit dem Hilfsantrag zu stellen. In diesem Falle wäre eine Anwendung der Auslegungsregel des § 650k Abs. 2 BGB im Rahmen eines Hilfsantrages nicht zu befürchten und zudem – wie bereits ausgeführt – die Erhebung der auf streitigen Gegenansprüchen gründenden Widerklage nicht möglich gewesen. Verknüpft die Klägerin indes ihr mit dem Hauptantrag verfolgtes Sicherungsverlangen innerprozessual mit dem mittels Hilfsantrag verfolgten Restwerklohnanspruchsbegehren, so bedingt sie erst hierdurch die Gefahr einer abweichenden Entscheidung zu § 650k Abs. 2 BGB und eröffnet die Möglichkeit, dass die Beklagte jedenfalls im Rahmen des Hilfsantrages ihre auf Mängel der Leistung gestützte Widerklage in zulässiger Weise erheben kann. 67

2. 68

Der Senat weist im Hinblick auf den Einwand der Klägerin, die Beklagte sei nicht Verbraucherin, vorsorglich darauf hin, dass das Landgericht wohl zutreffend angenommen hat, dass die Beklagte Verbraucherin ist. 69

Verbraucher ist gem. § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können (vgl. Merkle, in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.01.2021, § 650i BGB Rn. 21). Auf Bauverträge, die ausschließlich den gewerblichen oder den selbstständigen beruflichen Zwecken des Bauherrn dienen, ist damit die Anwendung der verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 650i ff. BGB von vornherein ausgeschlossen (vgl. Merkle, in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.01.2021, § 650i BGB Rn. 27). 70

Vorliegend ist Gegenstand des Bauvertrages die Errichtung einer Halle, mit der die Beklagte Mieteinnahmen erzielt. Die Verwaltung eigenen Vermögens ist, unabhängig von dessen Höhe, grundsätzlich keine gewerbliche Tätigkeit (vgl. BGH, Urteil vom 03. März 2020 – XI ZR 461/18 – VersR 2020, 916; BGH, Urteil vom 20. Februar 2018 – XI ZR 445/17 – NJW 2018, 1812; BGH, Urteil vom 23. Oktober 2001 – XI ZR 63/01 – NJW 2002, 368). Die Vermögensverwaltung wird erst dann berufs- oder gewerbsmäßig, wenn der Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte einen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordert. Wann dies der Fall ist, ist aufgrund der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen (vgl. BGH, Urteil vom 03. 71

März 2020 – XI ZR 461/18 – VersR 2020, 916). Vorliegend hat das Landgericht zutreffend festgestellt, dass die Klägerin den Vortrag der Beklagten, sie sei Hausfrau und geringfügig im Unternehmen ihres Ehemannes beschäftigt, nicht hinreichend substantiiert bestritten hat.

Da die Vermietung lediglich an die C GmbH Metallverarbeitung erfolgte, ist weder dargetan noch anderweit erkennbar, dass ein erheblicher bürotechnischer Aufwand hiermit verbunden ist, zumal der Geschäftsführer der Mieterin der Ehemann der Beklagten ist und nach unwidersprochen gebliebenem Vortrag der Beklagten ein langfristiger Mietvertrag abgeschlossen wurde. Die Vermietung eines Objekts an eine geringe Anzahl von Personen oder wie hier an eine juristische Person, hält sich aber grundsätzlich im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung (vgl. BGH, Urteil vom 03. März 2020 – XI ZR 461/18 – VersR 2020, 916). Das Landgericht hat damit zutreffend entscheidend auf den Umfang der mit der Immobilienverwaltung verbundenen Tätigkeiten abgestellt und dabei den Umstand des Vorliegens nur eines Mitvertrages und die Langfristigkeit des Mietverhältnisses sowie den geringen Aufwand bei deren Verwaltung berücksichtigt. Seine Würdigung, dass diese Tätigkeiten insgesamt nicht das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs vermitteln, ist nicht zu beanstanden. 72

Soweit die Klägerin auf objektive Umstände verweist, vermengt sie die unstreitig gewerbliche Ausrichtung der Mieterin und die eigene vermietende Tätigkeit der Beklagten. Überdies weist sie zwar zutreffend darauf hin, dass die Auftragsbestätigung vom 11.04.2019 mit „T. H“ unterschrieben worden und die Anschreiben vom 12.11.2019 (Anl. K5, Bl. 70-71 d.A.) und 06.01.2020 (Anl. K5, S. 75 d.A.) an die „C Metallverarbeitung Zu Hd. Herrn Tfg H“ adressiert waren und auch die Zeichnungen dem Ehemann der Beklagten übermittelt wurden. Gleichwohl ist unstreitig, dass nicht der Ehemann der Beklagten oder die C GmbH Metallverarbeitung der Vertragspartner der Klägerin geworden ist, so dass es nicht darauf ankommt, ob diese Verbraucher sind, was sie zweifellos nicht sind, sondern die Beklagte. Zwar hat die Klägerin ursprünglich gemeint, dass der Ehemann der Beklagten Vertragspartner geworden sei; indes hat die Klägerin im Nachgang unstreitig gestellt, dass Vertragspartnerin die Beklagte ist. 73

Dass nach dem objektiven Empfängerhorizont die Klägerin davon ausgehen konnte, dass die Beklagte gewerblich tätig geworden sein könnte, ist nicht erkennbar. Zwar hat die Klägerin behauptet, ihr sei die Beklagte nur namentlich bekannt gewesen. Indes war der Klägerin bekannt, dass die Beklagte und ihr für sie handelnder Ehemann personenverschieden waren und lediglich ihr Ehemann für die C GmbH Metallverarbeitung als Mieterin auftrat. 74

3. 75

Auch die Annahme des Landgerichts, dass ein Verbraucherbauvertrag im Sinne des § 650i BGB vorliegt und damit die Ausnahmeregelung des § 650f Abs. 6 Satz 1 Nr. 2, 1. Alt. BGB greift, ist wohl nicht zu beanstanden. 76

a) 77

Zutreffend hat das Landgericht entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht (vgl. Merkle, in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.01.2021, § 650i BGB Rn. 34) angenommen, dass sich § 650i Abs. 1 BGB nicht auf den Bau von Wohngebäuden beschränkt (vgl. Retzlaff, in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 650i BGB Rn. 3; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Kapitel 5 Rn. 1167; Omlor, NJW 2018, 817(819); Pause, BauR 2017, 430 (431)). § 650i Abs. 1 BGB spricht von Gebäuden (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Kapitel 5 Rn. 1167). Eine Einschränkung auf Wohngebäude 78

ergibt sich weder aus dem Wortlaut, den Gesetzesmaterialien noch aus dem sekundärrechtlichen Vorbild in der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 (ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 64, im Folgenden: RL 2011/83/EU; vgl. Omlor, NJW 2018, 817(819)). Die Gesetzesmaterialien (vgl. BT-Drs. 18/8486, 24 (61)) verweisen lediglich auf § 312b Abs. 3 Nr. 4 BGB, in welchem das Merkmal „Errichtung von Bauwerken“ enthalten war. Der Nutzungszweck kann lediglich Auswirkungen auf die notwendige Verbrauchereigenschaft des Bestellers haben. Allerdings ist es keinesfalls ausgeschlossen, dass ein Verbraucher ein Gebäude errichten lässt, das nicht Wohnzwecken dient. Verfolgt der Besteller einen Anlagezweck mit dem Bau eines Gebäudes, begründet allein dieser Umstand – wie bereits ausgeführt – nicht automatisch seine Unternehmereigenschaft nach § 14 BGB. Umgekehrt führt die geplante Errichtung eines Wohngebäudes aber auch nicht notwendigerweise zur Verbrauchereigenschaft des Bestellers.

Weiter zutreffend hat das Landgericht darauf verwiesen, dass uneinheitlich bewertet wird, ob bei einer gewerkweisen Vergabe ein Verbraucherbaupvertrag anzunehmen ist. 79

Nach einer Ansicht ist ein Verbraucherbaupvertrag nur dann zu bejahen, wenn sich der Unternehmer zum Bau des gesamten Gebäudes in einem Vertrag verpflichtet (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Kapitel 5 Rn. 1167; Retzlaff, in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 650i BGB Rn. 3; Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 650i BGB Rn. 6; Hildebrandt, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B; 5. Auflage 2019; § 650f BGB Rn. 22; Ehrl, DStR 2017, 2395 (2399); Wessel/Schwenker, MDR 2017, 1218 (1219); Omlor, NJW 2018, 817 (818)). Nach der Gegenansicht ist ein Verbraucherbaupvertrag auch dann anzunehmen, wenn der Verbraucher das Bauvorhaben in mehrere Baupträge aufspaltet, die er mit mehreren Unternehmern isoliert abschließt (vgl. Koeble, in: Kniffka/Koeble/Jurjeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, Teil 9 Rn. 121; Merkle, in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.01.2021, § 650i BGB Rn. 37; Segger-Piening in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach jurisPK-BGB, 9. Aufl., Stand: 01.02.2020, § 650i BGB Rn. 20; Vogel, BauR 2020, 388 (394 f.); Motzke, NZBau 2017, 515 (518)). 80

b) 81

Der Wortlaut des § 650i Abs. 1 BGB kann zwar so interpretiert werden, dass er gegen eine Einbeziehung der Einzelvergabe spricht (vgl. Merkle, in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.01.2021, § 650i BGB Rn. 36; Omlor, NJW 2018, 817 (818); Segger-Piening in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach jurisPK-BGB, 9. Aufl., Stand: 01.02.2020, § 650i BGB Rn. 19; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Kapitel 5 Rn. 1166). Nach dem Gesetzeswortlaut muss sich der Unternehmer zum Bau des gesamten Gebäudes in einem Vertrag verpflichten. Hierunter sind in jedem Fall Verträge des Generalübernehmers, des Generalunternehmers und des Fertighausherstellers zu subsumieren, die jeweils das gesamte Gebäude aus einer Hand errichten (vgl. Merkle, in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.01.2021, § 650i BGB Rn. 36). Bei gewerkweiser Vergabe, umfasst ein jeder dieser Verträge für sich gesehen nicht den Bau eines neuen Gebäudes (vgl. Segger-Piening in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach jurisPK-BGB, 9. Aufl., Stand: 01.02.2020, § 650i BGB Rn. 19; Ehrl, DStR 2017, 2395 (2399)). 82

c) 83

84

Die Tatbestandsvoraussetzung „zum Bau eines neuen Gebäudes“ weicht wohl zudem vom Inhalt der Regelung in § 650a Abs. 1 BGB ab.

§ 650a Abs. 1 BGB qualifiziert einen Vertrag als Bauvertrag auch dann, wenn der Unternehmer zur Herstellung eines Teils eines Bauwerks verpflichtet wird. Das Tatbestandsmerkmal „Teil eines Bauwerks“ und damit die Beschreibung zum Bau eines neuen Gebäudes „oder eines Teils davon“ findet sich also gerade nicht in § 650i Abs. 1 BGB. Auch unter die Bereichsausnahme des § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB fallen nur Verträge über den Bau von Gebäuden oder erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden. Die gleichlautende Formulierung in § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB „Verträge über den Bau von Gebäuden“ ist möglicherweise nicht mit der Formulierung „bei einem Bauwerk“ im Sinne des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB gleichzusetzen; von der Privilegierung des § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB könnte nur das „Bauen aus einer Hand“ umfasst sein (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 23. März 2017 – 16 U 153/16 – BauR 2018, 142), da die Vorschrift des § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB wohl eng auszulegen ist (vgl. auch EuGH, Urteil vom 10. März 2005 – C-336/03 – NJW 2005, 3055). Sie beruht ebenso wie § 650i Abs. 1 BGB auf Art. 3 Abs. 3 f der RL 2011/83/EU (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 23. März 2017 – 16 U 153/16 – BauR 2018, 142).

d) 86

Eine Definition dessen, was unter dem „Bau eines neuen Gebäudes“ zu verstehen ist, findet sich im Gesetz nicht. Der Gesetzgeber hat aber ausdrücklich ausgeführt, dass der Anwendungsbereich für die Regelungen zum Verbraucherbauvertrag an die Vorgaben der RL 2011/83/EU anschlieÙe (vgl. BT-Drs. 18/8486, 24 (61)). 87

Gemäß Art. 3 Abs. 3 lit. f RL 2011/83/EU gilt die Richtlinie nicht für Verträge über den Bau von neuen Gebäuden, erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden oder die Vermietung von Wohnraum, da nach dem Erwägungsgrund 26 RL 2011/83/EU die in der Richtlinie enthaltenen Bestimmungen sich nicht für umfangreichere Bauleistungen eigneten. Hieraus folgt, dass die Richtlinie nur für „kleinere“ Bauleistungen eine Regelung trifft (vgl. Motzke, NZBau 2017, 515 (518)). Im Ergebnis führte dies vor Inkrafttreten des Bauvertragsreformgesetzes dazu, dass auf der Grundlage der RL 2011/83/EU Verbraucher bei Verträgen über „kleinere“ Bauleistungen umfassender geschützt waren als bei solchen über „größere“ Bauleistungen (vgl. Busche, ZfPW 2018, 285 (295); Vogel, BauR 2020, 388 (391)). 88

Seit dem Inkrafttreten der Vorschriften zum Verbraucherbauvertrag bestehen nunmehr auch für Verträge über „größere“ Bauleistungen, die in § 650i Abs. 1 BGB in Anlehnung an die Bereichsausnahme in Art. 3 Abs. 3 lit. f RL 2011/83/EU beschrieben werden, weitreichende vorvertragliche Informationspflichten (§ 650j BGB iVm. Art. 249 EGBGB); zudem steht dem Verbraucher grundsätzlich auch ein Widerrufsrecht zu (§ 650l BGB iVm. § 355 BGB). 89

In Umsetzung der RL 2011/83/EU haben die Termini auch in § 312 Abs. 3 Nr. 3 BGB (zuvor § 312b Abs. 3 Nr. 4 BGB in der bis zum 12.06.2014 geltenden Fassung) Verwendung gefunden. Zum Begriff „Bau von neuen Gebäuden“ bietet daher § 312b Abs. 3 Nr. 4 BGB a. F. eine Orientierung (vgl. BT-Drs. 18/8486, 24 (61); Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 650i BGB Rn. 4; Wessel/Schwenker, MDR 2017, 1218 (1218)). Danach fanden die Vorschriften über Fernabsatzverträge keine Anwendung auf Verträge über die „Errichtung von Bauwerken“. Diese Vorschrift wurde von der Rechtsprechung im Sinne des Verbraucherschutzes eng ausgelegt und umfasste nur Verträge über Maßnahmen, die das Grundstück wesentlich umgestalteten und daher den klassischen Immobiliengeschäften gleichgestellt werden konnten (vgl. BT-Drs. 18/8486, 24 (61)); 90

Wendehorst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 312b BGB Rn. 77; Ring, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 2. Auflage 2012, § 312b BGB Rn. 124; Wessel/Schwenker, MDR 2017, 1218 (1218)). Dagegen fanden die Vorschriften des Fernabsatzrechtes Anwendung, wenn der Vertrag lediglich Erneuerungs-, Umbau- und Erweiterungsmaßnahmen an den bestehenden Gebäuden betraf oder wenn es sich um ein Bauwerk untergeordneter Funktion, wie beispielsweise einen Carport oder einen Gartenschuppen handelte (vgl. BT-Drs. 18/8486, 24 (61); Wendehorst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 312b BGB Rn. 77; Schmidt-Räntsch, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Bamberger/Roth, Stand: 01.11.2011, § 312b BGB Rn. 47).

In Erwägungsgrund 26 RL 2011/83/EU wird zum Begriff der erheblichen Umbaumaßnahmen in Art. 3 Abs. 3 lit. f RL 2011/83/EU ausgeführt, dass darunter solche Umbaumaßnahmen fallen, die dem Bau eines neuen Gebäudes vergleichbar sind, beispielsweise Baumaßnahmen, bei denen nur die Fassade eines alten Gebäudes erhalten bleibt. Maßgeblich sind mithin Umfang und Komplexität des Eingriffs sowie das Ausmaß des Eingriffs in die bauliche Substanz des Gebäudes. Verträge zur Errichtung von Anbauten – z. B. einer Garage oder eines Wintergartens – sowie zur Instandsetzung bzw. Renovierung von Gebäuden, ohne dass es sich dabei um erhebliche Umbauarbeiten handelt, sind von der Ausnahme nicht erfasst (vgl. BT-Drs. 18/8486, 24 (61)). 91

Diese Differenzierung greift der Begriff des Verbraucherbauvertrags in § 650i Abs. 1 BGB auf (vgl. Segger-Piening in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach jurisPK-BGB, 9. Aufl., Stand: 01.02.2020, § 650i BGB Rn. 7). Die dortigen Verbraucherbauverträge sind also solche, die nicht unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Insofern soll eine ansonsten bestehende Schutzlücke für größere Verbraucherbauverträge (i.S.d. § 650i BGB) geschlossen werden, weil dies ansonsten „zu einem nicht akzeptablen Ungleichgewicht“ führte (vgl. BT-Drs. 18/8486, 24 (61); Segger-Piening in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach jurisPK-BGB, 9. Aufl., Stand: 01.02.2020, § 650i BGB Rn. 7). Es erfolgt eine Art negative Umsetzung des Anwendungsbereichs der RL 2011/83/EU (vgl. Segger-Piening in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach jurisPK-BGB, 9. Aufl., Stand: 01.02.2020, § 650i BGB Rn. 7). 92

e) 93

Im Regelungszusammenhang der RL 2011/83/EU stellt Art. 3 Abs. 3 lit. f RL 2011/83/EU einen Ausnahmetatbestand dar, so dass es nahe liegt, die Merkmale im Interesse des Verbraucherschutzes eng auszulegen, um möglichst viele Verträge den für Verbraucher günstigen Informationspflichten zu unterstellen (vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 650i BGB Rn. 4). Das Merkmal „Bau eines neuen Gebäudes“ wäre hingegen in einem weiteren Sinne zu verstehen, um dem Regelungsanspruch der Vorschrift, nämlich dem Verbraucherschutz, gerecht zu werden (vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 650i BGB Rn. 4). 94

Wie bereits ausgeführt, verwendet § 650i Abs. 1 BGB einen engeren Begriff als § 650a BGB. Vor dem Hintergrund der Gewährleistung eines umfassenden Verbraucherschutzes könnte die fehlende Erwähnung des Vertrages über die Herstellung eines Bauwerks „oder eines Teils“ davon als unbeabsichtigte gesetzgeberische Lücke zu werten sein (vgl. Motzke, NZBau 2017, 515 (518)). Hierfür könnte streiten, dass Verbraucherbauverträge vom Rechtsschutzinteresse her betrachtet auch dann vorliegen müssten, wenn sich der Vertrag zum Beispiel auf den Dachstuhl, den Putz, den Estrich oder eine Technische Anlage eines Neubaus beschränkt (vgl. Motzke, NZBau 2017, 515 (518)). Ansonsten wären 95

Verbraucherbauträge lediglich Verträge, nach deren Inhalt ein Gebäude schlüsselfertig zu erstellen ist (vgl. Motzke, NZBau 2017, 515 (518)). Hiergegen spricht aber, dass der Gesetzgeber, wie bereits ausgeführt, in § 650i Abs. 1 BGB die in der RL 2011/83/EU nicht erfassten Bauverträge ergänzend regeln wollte, um eine ansonsten bestehende Schutzlücke für größere Verbraucherbauverträge zu schließen (vgl. BT-Drs. 18/8486, 24 (61); Segger-Piening in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach jurisPK-BGB, 9. Aufl., Stand: 01.02.2020, § 650i BGB Rn. 7; Orłowski, ZfBR 2016, 419 (430)).

- f) 96
- Hintergrund der gesetzlichen Regelung ist, dass beim Verbraucherbaupvertrag eine Risikokumulation für Verbraucher in einem Vertrag besteht (vgl. Mansel, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage 2021, § 650i BGB Rn. 5). 97
- Indes könnte ein sachlicher Grund, warum der Bauherr bei gewerkeweise Vergabe weniger schutzwürdig ist, als der Bauherr, der sein Haus aus einer Hand errichten lässt, schwerlich auszumachen sein (vgl. Merkle, in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.01.2021, § 650i BGB Rn. 37; Lenkeit, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018, § 650i BGB Rn. 23), obwohl es erklärtes gesetzgeberisches Ziel war, den Verbraucherschutz bei der Errichtung derartiger Gebäude deutlich zu verbessern (vgl. Lenkeit, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018, § 650i BGB Rn. 23) und bei enger Auslegung sich - im Vergleich zum alten Recht – eine Verschlechterung für Verbraucher bei Einzelvergabe ergäbe (vgl. Vogel, BauR 2020, 388 (395)). 98
- Bei gewerkeweiser Vergabe ist der Bauherr gegenüber den Behörden für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften in der Verantwortung und sein finanzielles Risiko ist bei einer Gesamtbetrachtung wohl ebenfalls schutzwürdig, gerade wenn er im Einzelfall aus finanziellen Gründen gezwungen ist, einzelne Gewerke zeitlich gestaffelt und auch an verschiedene Unternehmer zu vergeben (vgl. Merkle, in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.01.2021, § 650i BGB Rn. 37; Koeble, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, Teil 9 Rn. 121; Pause, BauR 2017, 430 (432)). 99
- Zudem mag die Prüfung der finanziellen Rahmenbedingungen durch ein kreditgebendes Institut bei Einzelvergabe strenger erfolgen als im Rahmen der Finanzierung eines Bauvertrages mit einem Generalunternehmer (vgl. Lenkeit, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018, § 650i BGB Rn. 23). 100
- Auch im Hinblick auf die strukturelle informationelle Unterlegenheit ist der Bauherr bei Einzelvergabe wohl ebenso schutzwürdig wie ein Verbraucher, der die Bauerrichtung einem Generalunternehmer oder Generalübernehmer überlasst (vgl. Lenkeit, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018, § 650i BGB Rn. 23). 101
- Damit aber könnte es wertungswidersprüchlich scheinen, die Einzelvergabe als nicht erfasst anzusehen, wohl aber die Beauftragung eines Generalunternehmers (vgl. Segger-Piening in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach jurisPK-BGB, 9. Aufl., Stand: 01.02.2020, § 650i BGB Rn. 20). 102
- Umgekehrt böte sich bei einschränkender Auslegung dem Werkunternehmer die Möglichkeit, durch Aufspaltung eines an sich einheitlichen Werkvertrages in mehrere Einzelgewerksverträge sämtliche Verbraucherschutzvorschriften, insbesondere das Widerrufsrecht, die Baubeschreibungspflicht und den Anspruch auf die Übergabe von 103

Unterlagen, zu umgehen (vgl. Lenkeit, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018, § 650i BGB Rn. 25). Der Gefahr, dass Werkunternehmer durch Aufspaltung eines an sich einheitlichen Werkvertrages in mehrere Einzelgewerksverträge sämtliche Verbraucherschutzvorschriften umgehen könnten, könnte zwar mit dem Umgehungsverbot des § 650o Satz 2 BGB begegnet werden (vgl. Merkle, in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.01.2021, § 650i BGB Rn. 37; Lenkeit, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018, § 650i BGB Rn. 25). Indes trägt die Beweislast für das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts der Verbraucher (vgl. Merkle, in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.04.2021, § 650o BGB Rn. 24).

Ferner erfolgte auch bei einer Einzelvergabe nach Fertigstellung des Bauwerks eine wesentliche Umgestaltung des Grundstücks (vgl. Segger-Piening in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach jurisPK-BGB, 9. Aufl., Stand: 01.02.2020, § 650i BGB Rn. 20). 104

Soweit das finanzielle Risiko betroffen ist, mag das finanzielle Gesamtrisiko auch bei Einzelvergabe dem Risiko bei einer Errichtung „aus einer Hand“ gleichkommen, auch wenn das Insolvenzrisiko bei Einzelvergabe aufgeteilt sein dürfte (vgl. Segger-Piening in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach jurisPK-BGB, 9. Aufl., Stand: 01.02.2020, § 650i BGB Rn. 20) und der Verbraucher bei Einzelvergabe gegenüber einer Gesamtvergabe in finanzieller Sicht im Vorteil sein könnte, da er unter mehreren Angeboten hinsichtlich jedes einzelnen Gewerks auswählen kann, während der Verbraucher bei Gesamtvergabe auf die Preise der Einzelgewerke keinen oder kaum Einfluss haben kann. 105

g) 106

Auch die Umsetzungsverpflichtung, die aus der RL 2011/83/EU resultiert und insoweit Vorrang genießt, gebietet eine einschränkende Auslegung des § 650i Abs. 1 BGB BGB nicht (vgl. Polkowski, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 4. Auflage 2021, § 650i BGB Rn. 12; Segger-Piening in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach jurisPK-BGB, 9. Aufl., Stand: 01.02.2020, § 650i BGB Rn. 7). Zwar versteht sich § 650i Abs. 1 BGB – wie ausgeführt – als Komplementärnorm zu Art. 3 Abs. 3 lit. f RL 2011/83/EU (vgl. Omlor, NJW 2018, 817 (818), Vogel, BauR 2020, 388 (392)) und die RL 2011/83/EU nach Art. 4 RL 2011/83/EU verfolgt im Grundsatz eine Vollharmonisierung, so dass es Mitgliedstaaten verwehrt sein kann, mildere oder strengere Vorschriften in den von der Richtlinie geregelten Bereichen zu erlassen (vgl. Omlor, NJW 2018, 817 (818), Vogel, BauR 2020, 388 (392); Pause, BauR 2017, 430 (433)). Insofern enthalten Art. 5 Abs. 4, Art. 6 Abs. 8 RL 2011/83/EU ausdrücklich allein die Befugnis für die Mitgliedstaaten, strengere Vorschriften zu den Informationspflichten vorzusehen. 107

Wie aber bereits ausgeführt, spezifiziert der Erwägungsgrund 26 der RL 2011/83/EU den Zweck des Ausschlusses dahingehend, dass die Richtlinie für solche Verträge keine geeigneten Bestimmungen enthält und die Mitgliedstaaten besondere Schutzbestimmungen für derartige Verträge haben (vgl. Segger-Piening in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach jurisPK-BGB, 9. Aufl., Stand: 01.02.2020, § 650i BGB Rn. 21). Diese Schutzbestimmungen können aber – wie gerade der Bauwerksvertrag zeigt – auch die Errichtung in Einzelgewerken betreffen (vgl. Voit, in: BeckOK BGB, Hau/Poseck, Stand: 01.05.2020, § 650i BGB Rn. 4). Wie zudem bereits ausgeführt, stellen sich bei einer Einzelvergabe – mit Ausnahme des Insolvenzrisikos – dieselben sachlichen Probleme wie bei einer Gesamtvergabe (vgl. Segger-Piening in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach jurisPK-BGB, 9. Aufl., Stand: 01.02.2020, § 650i BGB Rn. 21). Beachtlich ist auch, dass nach § 650i Abs. 1 BGB auch 108

Werkverträge über erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude Verbraucherbauverträge sein können. Dann aber wäre sachlich nicht zu rechtfertigen, dass bei einer gewerkweisen Vergabe, wenn damit jeweils eine Umgestaltung des Grundstücks erfolgt, kein Verbraucherbauvertrag anzunehmen wäre. Voraussetzung ist allerdings, dass – wie hier - die Beauftragung zeitgleich oder in engem zeitlichem Zusammenhang erfolgt und die Erstellung eines neuen Gebäudes für den Unternehmer ersichtlich ist; auch müssen die Gewerke zum Bau des neuen Gebäudes selbst beitragen (vgl. Segger-Piening in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach jurisPK-BGB, 9. Aufl., Stand: 01.02.2020, § 650i BGB Rn. 22).

III. 109

Das zurückverweisende Urteil enthält keine Kostenentscheidung; diese ist dem erstinstanzlichen Schlussurteil vorbehalten (vgl. OLG Celle, Urteil vom 08. Juli 2020 – 14 U 25/18 – zitiert nach juris). 110

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10 Satz 1 ZPO. Aufhebende und zurückverweisende Urteile sind für vorläufig vollstreckbar zu erklären (vgl. OLG Celle, Urteil vom 08. Juli 2020 – 14 U 25/18 – zitiert nach juris; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 04. Januar 2018 – 7 U 146/15 – zitiert nach juris; OLG München, Urteil vom 18. September 2002 – 27 U 1011/01 – zitiert nach juris). Obgleich ein Fall des § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO vorliegt, ist mangels vollstreckbaren Leistungsanspruchs eine Anordnung nach § 711 ZPO gegenstandslos (vgl. OLG Braunschweig, Urteil vom 22. Mai 2019 – 11 U 18/19 – zitiert nach juris). 111

Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht vorliegen. Das Urteil hat keine über den Einzelfall hinausgehende, grundsätzliche Bedeutung. Auch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts. Denn eine Entscheidung über die von den Parteien aufgeworfene Frage, ob ein Verbraucherbauvertrag auch bei gewerkweiser Vergabe vorliegt, ist seitens des Senats, der dem Landgericht insoweit lediglich Hinweise zu seiner derzeitigen rechtlichen Bewertung erteilt hat, nicht veranlasst. 112