

NEUES ZUM BAURECHT 4/2008

September 2008

Informationen von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

I. Neues zur Gesetzgebung

1. Forderungssicherungsgesetz soll am 01.01.2009 in Kraft treten

Der Deutsche Bundestag hat am 26.06.2008 den Entwurf des so genannten Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG) einstimmig angenommen. Zwar sind zunächst nur die materiellrechtlichen Änderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch und im Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen im Rahmen des Forderungssicherungsgesetzes verabschiedet worden. Dennoch stellen die neuen Regelungen eine erhebliche Verbesserung zur Durchsetzung von Zahlungsansprüchen am Bau dar. Es wird erwartet, dass das FoSiG am 19.09.2008 durch den Bundesrat verabschiedet wird und am 01.01.2009 in Kraft tritt.

Eine ausführliche Vorstellung dieses Gesetzes, die Fassung der Beschlussempfehlung und Seminarhinweise zu den Neuregelungen können Sie unserer Website www.leinemann-partner.de unter der Rubrik „News“ und „Seminare“ entnehmen.

2. Novellierung des Vergaberechts

Die Bundesregierung hat am 13.08.2008 einen neuen Entwurf betreffend Änderungen des Vergabenachprüfungsverfahrens vorgelegt. Offensichtlich soll es künftig den Bietern um öffentliche Aufträge schwer wie möglich gemacht werden, sich gegen eine fehlerhafte Vergabe zu wenden. So soll künftig 15 Tage nach jeder Rüge, der der Auftraggeber nicht abhilft, die Vergabekammer anzurufen sein, sonst ist die Rüge verwirkt. Während des laufenden Nachprüfungsverfahrens soll der Zuschlag auch aus rein wirtschaftlichen Erwägungen gestattet werden können. Zudem sollen sich die ohnehin schon hohen Gebühren der Vergabekammern nochmals verdoppeln und eine Kostenerstattung bei Antragsrücknahme soll nur der Auftraggeber erhalten. Damit stellt sich die Bundesregierung leider auf die Seite derer, die die Bieter gegenüber fehlerhaften Verfahren möglichst rechtsschutzlos sehen wollen. *Die Bundestags-Drucksache Nr. 16/10117 vom 13.08.2008, ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 2040801*

Der Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) plant Neuregelungen der VOB/A und zur VOL/A. Zur VOL/A liegt bereits ein erster Entwurf vor. Ein neuer Textvorschlag zur VOB/A wird nicht vor Jahresende erwartet.

Der Entwurf für eine neue VOL/A ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 2040802

II. Neue Entscheidungen der Gerichte zum Bau- und Vergaberecht

1. Kammergericht: Funktionale Leistungsbeschreibung heißt immer auch Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik

Das Kammergericht hatte in einem bereits am 11.12.2007 (Az.: 21 U 86/06) entschiedenen Fall die Frage zu klären, ob und wann bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik erforderlich ist. Diese Entscheidung ist jetzt durch Rücknahme der Nichtzulassungsbeschwerde rechtskräftig geworden.

In einem Wohnkomplex sollten die Fenster saniert werden. In der Leistungsbeschreibung für das Glaser- und Malergewerk hieß es: *"Die im Rahmen der Finanzierbarkeit und der behördlichen Auflagen geplanten Instandsetzungsmaßnahmen haben zum Ziel, Reparaturen auf lange Sicht zu vermeiden und - sachgemäße Pflege und Unterhaltung vorausgesetzt -*

einen dauerhaften schadensfreien Zustand zu erreichen". Ferner hieß es, dass die Auftragnehmerin (AN) eine "tischler- und malermäßige Überarbeitung der Fenster" vornehmen sollte. Weitere Angaben wurden nicht gemacht. Nach Durchführung der Leistungen wurden Mängel festgestellt. Die Arbeiten entsprachen nach dem eingeholten Gutachten nicht den gewöhnlichen Anforderungen und den allgemein anerkannten Regeln der Technik. Die AN meint, dass nach den vertraglichen Vereinbarungen keine den anerkannten Regeln der Technik entsprechende Sanierung geschuldet sei. Der AG verlangt EUR 2,5 Mio. Vorschuss für die Mängelbeseitigung. Das Kammergericht gibt ihm Recht. Maßstab für die geschuldeten Leistungen ist die Beschaffenheit, die für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch erforderlich ist. Die in der Leistungsbeschreibung nicht abschließend aufgeführten Leistungen lassen nicht den Schluss zu, dass der Auftraggeber ohne entsprechenden Hinweis der AN das Risiko für die vereinbarte Funktionstauglichkeit, das mit Durchführung nur der in der Baubeschreibung enthaltenen Arbeiten verbunden war, erkannte und billigte. Sofern keine abweichende Vereinbarung vorliegt, sind solche Leistungen entsprechend den anerkannten Regeln der Technik zu erbringen. Nur dann, wenn die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben, die den gewöhnlichen Anforderungen nicht entspricht, und wenn die Kalkulation des

Werklohns nicht nur auf den Vorstellungen des AN beruht, kann der AN für die zur Herstellung der Funktionstauglichkeit notwendigen Arbeiten eine gesonderte Vergütung verlangen. Im Rahmen der Mängelhaftung hat er in diesem Fall nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung einen Anspruch auf die Anrechnung von Sowieso-Kosten.

Dem Urteil ist in Anlehnung an die BGH-Rechtsprechung zu entnehmen, dass ein AN seine Leistungen grundsätzlich unter Beachtung der anerkannten Regeln der Technik zu erbringen hat. Maßgebend ist, dass diese auch ohne ausdrückliche Vereinbarung Gegenstand jeder Beschaffensvereinbarung sind. Ohne abweichende Vereinbarung müssen die anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme eingehalten sein. Wenn eine von den anerkannten Regeln der Technik abweichende Ausführung vorgenommen werden soll, sollte der AN den AG zumindest zu Beweis Zwecken auf die Abweichung von den anerkannten Regeln der Technik und die sich hieraus ergebenden Risiken hinweisen. Nur in einem solchen Fall kann eine von den anerkannten Regeln der Technik abweichende Vereinbarung vorliegen.

Die Entscheidung ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 2040803

RA Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

2. OLG Hamm: Geltendmachung der Vertragsstrafe bei Fertigstellung trotz wesentlicher Mängel?

Mit der Frage, wann die Ausführung einer Leistung fertig gestellt ist und wann ein Vertragsstrafenanspruch geltend gemacht werden kann, hatte sich das OLG Hamm in seiner Entscheidung vom 17.03.2006 (AZ.: 25 U 111/04) zu befassen. Die Entscheidung ist durch die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch den BGH soeben rechtskräftig geworden. In einem Bauvertrag zwischen AG und AN war vereinbart, dass der AN die geschuldeten Leistungen bis zum 31.12.2001 fertig stellen musste. Der Vertrag enthält eine individuell ausgehandelte Vertragsstrafen-

regelung, die für die Entstehung des Vertragsstrafenanspruchs an die Erbringung der in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Leistungen anknüpft. Für den Fall der Nichterfüllung wurde eine Vertragsstrafe in Höhe von EUR 900 täglich fällig, die der Höhe nach nicht begrenzt war. Der AN erbringt die Leistungen erst zum 28.01.2002. Zur gleichen Zeit beginnt der AG mit der Nutzung der Leistungen und stellt wesentliche Mängel fest, die nach seiner Rüge im Mai 2003 beseitigt sind. Gegen den Werklohnanspruch des AN rechnet der AG mit einem Vertragsstra-

fenanspruch auf, weil es für die Fertigstellung nicht auf die Erbringung der in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Leistungen ankommt, sondern darauf, dass die Leistung abnahmereif hergestellt worden sei. Dem widerspricht das OLG Hamm. Der Wortlaut der vorliegenden Vertragsstrafenregelung knüpft für die Entstehung der Vertragsstrafe an die Erbringung der in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Leistungen und nicht an die Fertigstellung an. Jedes andere Verständnis würde angesichts der Höhe der für jeden Tag vereinbarten Vertragsstrafe und der fehlenden Begrenzung zu einem unkalkulierbaren Risiko für den AN führen, weil sich beispielsweise auch die Mängelbeseitigungsarbeiten immer erheblich verzögern können. Für die Entstehung des vorliegenden Vertragsstrafenanspruchs ist daher nur der Zeitpunkt der Erbringung

der in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Leistungen maßgebend.

Bei der Verhandlung individueller Vertragsstrafen ist Vorsicht geboten. Insbesondere ist auf den Bezugszeitpunkt, der durch die Vereinbarung der Nutzbarkeit, der Bezugsfertigkeit oder hinsichtlich eines konkreten Termins unterschiedlich sein kann, Wert zu legen. Eine abnahmereife Fertigstellung muss zu diesem Zeitpunkt nicht vorliegen. Nur wenn die Vertragsstrafe auf die Fertigstellung der Leistung abstellt, kommt es darauf an, ob zum vereinbarten Zeitpunkt die Abnahmereife vorlag.

*Die Entscheidung ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, **Quicklink-Nr. 2040804***

RA Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

3. OLG München: Abnahmereife und das Vorliegen wesentlicher Mängel

Das OLG München hat sich in seiner am 15.01.2008 (Az.: 13 U 4378/07) ergangenen Entscheidung mit der Frage auseinandergesetzt, wann ein wesentlicher Mangel vorliegt, der zur Verweigerung der Abnahme führen kann. In einem Abrechnungsstreit zwischen AG und AN wurde eingewandt, dass der Werklohn nicht fällig sei, weil die Abnahme wegen des Vorliegens wesentlicher Mängel verweigert worden war. Das OLG München geht bei der Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Mängeln vom Umfang der Mängelbeseitigungsmaßnahmen, der Höhe der Mängelbeseitigungskosten, den Auswirkungen des Mangels auf die Funktionsfähigkeit der Gesamtwerkleistung und dem Maß der möglicherweise auch nur optischen Beeinträchtigung aus. Ferner könnte auch eine Vielzahl von unwesentlichen Mängeln im Einzelfall einem wesentlichen Mangel gleich stehen. Das OLG München stellt schließlich noch klar, dass der AN die Darlegungs- und Beweislast

dafür trägt, dass die Mängel unwesentlich sind, wenn der Auftraggeber behauptet, dass ihm ein Abnahmeverweigerungsrecht im Sinne von § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB aufgrund eines oder mehrerer Mängel zusteht. Dieser gut begründeten Entscheidung können die maßgebenden Grundsätze zum Vorliegen der Abnahmereife entnommen werden. Dennoch wird die Frage der Wesentlichkeit immer vom Einzelfall abhängen. So können auch ganz geringe Mängelbeseitigungskosten die Abnahmeverweigerung rechtfertigen, etwa dann wenn für die Nutzer der Bauleistung eine Gefahr für ihre Sicherheit und Gesundheit besteht.

*Die Entscheidung ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, **Quicklink-Nr. 2040805***

RA Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

4. OLG Hamm: Erneute Niederlage für Straßenbauverwaltung: Auftraggeber trägt das Vergabeverfahrensrisiko

Das OLG Hamm hob in einer von LEINEMANN & PARTNER erstrittenen Grundsatzentscheidung vom 26.06.2008

(Az. 21 U 17/08) ein Urteil des LG Essen auf und verurteilte einen AG dem Grunde nach zur Kostentragung wegen entstan-

dener Mehrkosten bei einer verzögerten Vergabe. Ausgeschrieben war der sechsstreifige Ausbau eines Autobahnabschnitts. Die ursprüngliche Bindefrist zum 30.11.2005 musste verlängert werden, weil keine Haushaltsmittel zur Verfügung standen. Alle Bieter gaben eine Bindefristverlängerung bis zum 31.03.2006 ab. Am 29.12.2005 kündigte der AG die Auftragsvergabe an den später klagenden AN an. Ein anderer Bieter leitete dagegen ein Vergabenachprüfungsverfahren ein, zog seinen Antrag jedoch am 10.02.2006 zurück. Am 13.02.2006 erhielt der AN den Auftrag, wies aber bereits in der Auftragsbestätigung darauf hin, dass infolge der zwischenzeitlich stark angestiegenen Rohstoffpreise und nicht mehr gebundener Nachunternehmer eine Preisanpassung erforderlich werde. Das Landgericht Essen war noch der Meinung, dass dieses Risiko der AN tragen müsse, weil er vorbehaltlos eine Bindefristverlängerung erklärt habe. Das OLG Hamm kassiert die Entscheidung des Landgerichts. Es macht deutlich, dass eine Bindefristverlängerung nur vorbehaltlos erteilt werden kann und sich dann auch nur auf das Angebot gemäß dem ursprünglichen Ausschreibungsinhalt, d.h. auch innerhalb der von Anfang an ausgeschrieben Fristen bewegt. Ist durch die Verzögerung der Zuschlagserteilung eine Verschiebung eingetreten, kommt durch den Zuschlag innerhalb der verlängerten Bindefrist dennoch ohne wei-

teres ein Vertrag zustande. Die durch die Verschiebung entstehenden Mehrkosten, weil zwischenzeitlich Baustoffe teurer beschafft werden müssen oder Nachunternehmer ihre ursprünglich angebotenen Preise nicht mehr halten können, muss der AG jedoch in unmittelbarer Anwendung von § 2 Nr. 5 VOB/B tragen. Dies gilt auch dann, wenn Baubeginn und Fertigstellung nicht nach festen Daten, sondern nach Kalendertagen oder Wochen ab Zuschlagserteilung ausgeschrieben sind. Die Entscheidung des OLG Hamm bestätigt frühere Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte, so beispielsweise des BayObLG vom 15.07.2002 (Az.: Verg 15/02) und des Kammergerichts (KG) vom 05.10.2007 (Az.: 21 U 52/07). Gegen dieses ebenfalls von LEINEMANN & PARTNER erstrittene Urteil des KG vom 05.10.2007 ist seitens der Straßenbauverwaltung Revision zum BGH eingelegt worden. Mit einer Entscheidung ist gegen Jahresende zu rechnen.

Die Entscheidung des OLG Hamm ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 4000002, die Entscheidung des KG über Quicklink-Nr. 1020805, die Entscheidung des BayObLG über Quicklink-Nr. 4000001

RA Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Bitte senden Sie mir (zutreffendes bitte ankreuzen):

- Künftig Ihre kostenfreien baurechtlichen Informationen (ich bin noch nicht in Ihrem Verteiler)
- Ihre baurechtlichen Informationen künftig per Email an
- Ich sende Ihnen eine Email an info@leinemann-partner.de und bitte um künftige Übersendung Ihrer baurechtlichen Informationen an meine Absenderadresse.
- Die Broschüre „Bau- und Immobilienrecht von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE
- Die Broschüre „Vergaberecht“ von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Name/Firma:

Adresse:

Bitte absenden an LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE, per Fax: 030/ 20 64 90 92

Impressum:

Infodienst für Bau- und Vergaberecht, herausgegeben von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE, Friedrichstraße 185 – 190, 10117 Berlin, Telefon: 030-2064190, Telefax: 030-20649092
E-Mail: info@leinemann-partner.de
Ständige Mitarbeiter: Dr. Thomas Hildebrandt, Prof. Dr. Ralf Leinemann (V.i.S.d.P.)

WWW.LEINEMANN-PARTNER.DE