

Neues zum Baurecht 03/2016



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 3. Ausgabe 2016 unseres Informationsdienstes "Neues zum Baurecht". Wie gewohnt stellen wir Ihnen ausgewählte Urteile und ihre Auswirkungen in der Praxis vor. Sollten Sie hierzu weitergehende Fragen haben, können Sie uns gern unter [baurecht\(at\)leinemann-partner.de](mailto:baurecht(at)leinemann-partner.de) schreiben oder Ihren persönlichen Berater ansprechen. Viele weitere Urteile, Bücher, Seminare und Veranstaltungen zum Thema finden Sie auch auf unserer Website unter www.leinemann-partner.de/veranstaltungen.

Wir wünschen Ihnen eine gute Lektüre!

Themen

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Neues Vergaberecht – willkürliche Vertragskündigungen bei Nachträgen?

Stefan Jochen Hanke, LL.M., Köln

Insolvenz des Auftragnehmers: Kündigung und Schadensersatz möglich!

Dipl.-Ing. (FH) Frerk Schäfer, Hamburg

Der Prüfstatiker handelt nicht (immer) hoheitlich, sondern unter Berücksichtigung des jeweiligen Landesrechts ggf. privatrechtlich

Gabriel Hubertus Schleicher, LL.M., Hamburg

AGB-Widrigkeit des Aufrechnungsausschlusses

Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

Zugang und Rechtzeitigkeit eines Telefaxes

Eva Bouchon, M.A., Berlin

Haftung des Architekten wegen Baukostenüberschreitung scheidet aus, wenn keine Kostengrenze als Beschaffenheit vereinbart wurde

Sarah Scherwitzki, LL.M., Berlin

Der funktionale Mangelbegriff und die Vorunternehmerleistung – OLG Hamm auf Abwegen

Leonie Klönne, Köln

Überprüfungs- und Koordinierungspflicht der Bauträger auch bei „echten Sonderwuschverträgen“!



Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Neues Vergaberecht – willkürliche Vertragskündigungen bei Nachträgen?

Die neuen §§ 132, 133 GWB enthalten ein bisher nicht existierendes Kündigungsrecht für bestehende Verträge mit öffentlichen AG. Nach § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB können öffentliche AG einen öffentlichen Auftrag während der Vertragslaufzeit kündigen, wenn eine wesentliche Änderung vorgenommen wurde, die nach § 132 GWB ein neues Vergabeverfahren erfordert hätte.

Der Grundsatz nach § 132 Abs. 1 GWB lautet: wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern ein neues Vergabeverfahren. Das heißt aber auch: unwesentliche Änderungen sind zulässig. § 132 GWB zählt Beispiele für wesentliche Änderungen auf. Sie liegen vor, wenn

1. mit der Änderung Bedingungen eingeführt werden, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten
 - a) die Zulassung anderer Bewerber oder Bieter ermöglicht hätten,
 - b) die Annahme eines anderen Angebotes ermöglicht hätten oder
 - c) das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten,
2. mit der Änderung das wirtschaftliche Gleichgewicht des öffentlichen Auftrags zu Gunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben wird, die im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war,
3. mit der Änderung der Umfang des öffentlichen Auftrags erheblich ausgeweitet wird oder
4. ein neuer Auftragnehmer, den Auftragnehmer in einer anderen als den in Absatz 2 Satz 1 Nr. 4 vorgesehenen Fällen ersetzt.

Damit sind typische Auftragswerterhöhungen in Bauverträgen, wie beispielsweise die Wahl teurerer Ausstattungsgegenstände, teurerer Baustoffe oder aber auch Mehrleistungen, die ein unerwartet schwieriger Baugrund erfordert, grundsätzlich **nicht** als wesentliche Änderungen einzustufen. Sie hätten, selbst wenn sie bereits zum Vergabezeitpunkt bekannt gewesen wären, keine wettbewerbliche Auswirkung gehabt und auch keine anderen Bieter angezogen. Hier kann auch nicht gekündigt werden.

Weiter sind nach § 132 Abs. 2 GWB Änderungen eines öffentlichen Auftrags immer zulässig, wenn bereits im ursprünglichen Vertrag entsprechende Regelungen (Optionen) enthalten sind. Das ist aber bei Nachträgen meist nicht der Fall.

Wichtig sind daher die weiteren Ausnahmetatbestände gemäß § 132 Abs. 2 GWB, wonach die

Auftragsänderung immer zulässig ist, wenn

1. zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen erforderlich geworden sind, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, und ein Wechsel des Auftragnehmers (a) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und (b) mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre,
2. die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert.

In diesen Fällen darf der Preis um nicht mehr als 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen des Auftrags gilt diese Beschränkung für den Wert jeder einzelnen Änderung, sofern die Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, die Vorschriften dieses Teils zu umgehen.

Damit sind die typischen Nachträge im Bauvertrag erfasst, die der AG nach § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B anordnen darf und die zu Mehrvergütungsansprüchen gemäß § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B führen. Bei solchen Änderungen kann meist auch aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen im laufenden Projekt kein Wechsel des AN erfolgen oder wäre jedenfalls mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den AG verbunden. § 132 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB gelten nach der gesetzlichen Formulierung „unbeschadet des § 132 Abs. 1 GWB“. Das bedeutet, dass es sich auch um „wesentliche“ Änderungen des Vertrags handeln kann. Nach § 132 Abs. 5 GWB muss der AG allerdings die Erteilung solcher Nachträge im EU-Amtsblatt bekannt machen. Das ist aber unkritisch, denn hier muss keine Frist mehr abgewartet werden, sondern die Bekanntmachung ist rein deklaratorisch. Für die 50%-Grenze kommt es nur auf den einzelnen Nachtrag an.

Die zulässigen Vertragsänderungen nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB fallen in dieselbe Kategorie. Sie stellen regelmäßig zusätzliche Leistungen im Sinne von § 2 Abs. 6 VOB/B dar. Meist werden sie auch aufgrund von Umständen erforderlich, die vom AG nicht vorhergesehen werden konnten. Das könnten etwa Erschwernisse im Baugrund oder Folgekosten nach notwendiger Korrektur statischer Berechnungen sein.

Wichtig ist noch der letzte Satz des § 132 Abs. 2 GWB, der mehrfache Änderungen und Werterhöhungen betrifft. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen gilt die Begrenzung auf 50% des Auftragswerts „für den Wert jeder einzelnen Änderung, sofern die Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, die Vorschriften dieses Teils zu umgehen“. Das bedeutet: mehrere Änderungen, selbst wenn sie in Summe den Auftragswert um mehr als 50% erhöhen, sind auch dann noch zulässig und führen nicht zu einer Neuausschreibungspflicht. Die Änderungen dürfen nur nichts miteinander zu tun haben, damit nicht der Eindruck entsteht, sie würden aufgeteilt, um einzeln unter 50% des Auftragswerts zu bleiben, nur um die ansonsten bestehende Neuausschreibungspflicht zu vermeiden. Kommt es bei einem Projekt zu erheblichen Mehrkosten z. B. bei der Gründung, danach zu einem vom Nachbarn durchgesetzten, temporären Baustopp und sodann zu Mehrkosten, weil z. B. durch statische Fehler ein neues Tragwerk zu berechnen ist, was die Ausführung erheblich verteuert, entsteht keine Pflicht zur erneuten Ausschreibung, selbst wenn jede dieser Änderungen rund 25% der ursprünglichen Auftragssumme ausmacht und daher alle drei Änderungen in Summe die 50%-Grenze überschreiten. Der AG muss die Auftragserweiterung lediglich bekannt machen. Wichtig: die 50%-Grenze gilt nicht für Sektorauftraggeber wie z.B. die Deutsche Bahn, so § 142 Nr. 3 GWB. Dort können also noch höhere Nachträge beauftragt werden.

Allerdings bleibt es auch hier bei der Bekanntmachungspflicht.

Außerdem gibt es noch die eigenständige Regelung des § 132 Abs. 3 GWB. Danach kann ein Auftrag ohne neues Vergabeverfahren zulässigerweise geändert werden, wenn sich sein Gesamtcharakter nicht ändert und der Wert der Änderung bei Bauaufträgen nicht mehr als 15% des ursprünglichen Auftragswerts beträgt. Zusätzlich darf die Änderung den Schwellenwert für Bauaufträge nach § 106 GWB (EUR 5.225.000) nicht überschreiten. Dann ist kein neues Vergabeverfahren erforderlich und es entsteht auch kein Kündigungsrecht des AG.

Kommt es im Einzelfall doch zu einer Überschreitung der Wertgrenzen, kann der AG (nicht der AN!) nach § 133 Abs. 1 GWB kündigen. Das ist neu. Voraussetzung ist, dass eine - wesentliche - Änderung vorgenommen wurde, die nach § 132 GWB ein neues Vergabeverfahren erfordert hätte (und kein Ausnahmetatbestand greift). Ein Problem liegt darin dass die wesentliche Vertragsänderung typischerweise vom AG initiiert wird. Der AN führt in solchen Situationen bereits aus und dennoch kann der AG kündigen – und zwar den gesamten Vertrag!

In einem solchen Vorgehen kann auch ein Missbrauch liegen. Dem AN dürfte somit bei Nachträgen, die ein Kündigungsrecht eröffnen könnten, vor Ausführung ein Leistungsverweigerungsrecht mindestens dann zustehen, wenn er den AG auf die Gefahr der Wertüberschreitung aufmerksam macht und dieser dennoch nicht adäquat reagiert. Der AN muss in solchen Fällen eine Erklärung verlangen können, dass der AG auf eine Kündigung nach § 133 GWB verzichtet. § 8 Abs. 4 VOB/B begrenzt dieses Kündigungsrecht des AG zeitlich auf 12 Werktage nach Bekanntwerden des Kündigungsgrunds. Ferner kann der AG vor Anordnung zur Durchführung solcher werterhöhenden Leistungen diesen beabsichtigten Nachtrag im EU-Amtsblatt bekannt machen und so nach § 135 Abs. 3 Nr. 3 GWB verhindern, dass nach Ablauf der Wartefrist noch jemand deshalb einen Nachprüfungsantrag stellen kann.

Kommt es ohne solche Schritte zu einer Kündigung, so gilt dafür § 133 Abs. 2 GWB. Danach kann der AN nur seine bisher erbrachten Leistungen abrechnen, mehr jedoch nicht. Entgangene AGK, Wagnis und Gewinn entfallen somit. Noch unangenehm: Sind die bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den öffentlichen AG nicht mehr von Interesse, steht dem AN nach § 133 Abs. 2 Satz 2 GWB insoweit gar kein Anspruch auf Vergütung mehr zu. Diese auf den ersten Blick bedenkliche Regelung wird jedoch durch § 133 Abs. 2 GWB deutlich entschärft, wo es heißt: „die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.“ Die Verpflichtung zu gesetzeskonformem Verhalten stellt eine solche vertragliche Pflicht des AG dar. Nimmt der AG ohne Rücksicht auf die Regelung des § 132 GWB Auftragserweiterungen vor, verletzt er seine gesetzlichen Verpflichtungen. Der AN kann dann wegen § 133 Abs. 3 GWB nach § 280 BGB alle ihm entstandenen Kosten sowie entgangene AGK, Wagnis und Gewinn als Schadensersatz vom öffentlichen AG ersetzt verlangen. Es empfiehlt sich daher für einen öffentlichen AG nicht (für private AG gilt das alles ohnehin nicht), auf dieser Basis einen Bauvertrag zu kündigen.



Stefan Jochen Hanke, LL.M., Köln

Insolvenz des Auftragnehmers: Kündigung und Schadensersatz möglich!

Die in einen Bauvertrag einbezogenen Regelungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) sind weder gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen §§ 103, 119 InsO noch gemäß § 307 Abs. 1 und 2 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam.

BGH, Urteil vom 07.04.2016 – VII ZR 56/15

Während der Durchführung eines VOB/B-Bauvertrages beantragt der AN die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen. Der AG kündigt darauf hin den Bauvertrag noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B und nimmt später den Bürgen einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf Erstattung der kündigungsbedingten Fertigstellungsmehrkosten nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B in Anspruch. Das Berufungsgericht wies die Klage ab, weil die Regelungen des § 8 Abs. 2 VOB/B wegen Verstoß gegen §§ 103, 119 InsO unwirksam seien und es daher an einer durch die Bürgschaft gesicherten Hauptforderung fehle. Zur Begründung bezog sich das Berufungsgericht auf eine Entscheidung des BGH zur Unwirksamkeit von Lösungsklauseln, die bei einem Vertrag über die fortlaufende Lieferung von Waren/Energie an den Insolvenzantrag oder die Insolvenzeröffnung anknüpfen (BGH, Urt. v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11). Ebenso wie dort, werde das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO auch durch § 8 Abs. 2 VOB/B im Voraus unwirksam ausgeschlossen. Hiergegen wendet sich der AG mit der Revision.

Und bekommt Recht! Jedenfalls bei einem Eigenantrag des AN und einer Kündigung des AG vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens hält der BGH das Kündigungsrecht nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B (2009) ebenso wie den hieraus nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) folgenden Schadensersatzanspruchs des AG für wirksam. Es liege weder ein Verstoß gegen die insolvenzrechtlichen Bestimmungen der §§ 103, 119 InsO noch gegen die AGB-rechtliche Vorschrift des § 307 BGB vor. Entscheidend sei, dass der AG einen Bauvertrag nach § 649 BGB jederzeit kündigen könne, sodass sich § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B im Ergebnis lediglich als „Sonderkündigungsrecht aus wichtigem Grund“ darstelle. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung wägt der BGH sodann das vorrangige Ziel der Insolvenzordnung an einer gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger gegen die typischen Interessen eines Bauherrn ab und kommt zu dem Ergebnis, dass letztere überwiegen. Sodann vergleicht der BGH den aus der Kündigung folgenden Schadensersatzanspruch gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B mit dem Schadensersatzanspruch wegen einer Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten gemäß §§ 280 Abs. 1 und 3, 282 BGB. Mit seinem Eigenantrag verletze der AN die ihm aus dem Bauvertrag obliegenden Nebenpflichten zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des AG, sodass sich § 8 Abs. 2 Nr. 2

VOB/B lediglich als Sonderfall gesetzlich ohnehin bestehender Schadensersatzansprüche darstelle.

Fazit

Der Streit um die Wirksamkeit von § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VOB/B ist (vorläufig) beendet. Jedenfalls bei einem Eigenantrag des AN kann der AG den Bauvertrag vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens kündigen und anschließend Schadensersatz verlangen. Eine freie Kündigung bleibt dem AG ebenso erspart wie der Umweg über § 8 Abs. 3 i.V.m. § 5 Abs. 4 VOB/B. Gute Gründe sprechen allerdings dagegen, die Entscheidung auch auf eine Kündigung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu übertragen.



Dipl.-Ing. (FH) Frerk Schäfer, Hamburg

Der Prüfstatiker handelt nicht (immer) hoheitlich, sondern unter Berücksichtigung des jeweiligen Landesrechts ggf. privatrechtlich

BGH, Urt. v. 31.03.2016 - III ZR 70/15

Der BGH hatte sich im Rahmen dieser Entscheidung mit der Frage zu beschäftigen, ob ein Prüfstatiker wegen Schlechterfüllung nach Amtshaftungsgrundsätzen oder nach Werkvertragsrecht haftet. Der BGH hält unter Berücksichtigung seiner bisherigen Rechtsprechung sowie des im konkreten Fall geltenden Landesrechts das Werkvertragsrecht für anwendbar. Unabhängig von der Wahl der richtigen Anspruchsgrundlage gegenüber dem seine Vertragspflichten verletzenden Prüfstatiker sind die Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf das in der Baupraxis häufig angenommene und auch in der Rechtsliteratur durchaus anerkannte Recht des Prüfstatikers, geänderte Leistungen mit der Vergütungsfolge des § 2 Abs. 5 VOB/B anzuordnen, von besonderer Bedeutung.

Dem Bauherrn wurde für den Bau eines Einfamilienhauses auf einem Hanggrundstück eine Genehmigung mit der Auflage erteilt, vor Baubeginn die in statisch-konstruktiver Hinsicht erforderlichen bautechnischen Nachweise bei der Bauaufsichtsbehörde vorzulegen. Der Bauherr beauftragte den beklagten Prüfstatiker mit der Prüfung der bautechnischen Nachweise. Der Prüfstatiker erstellte einen positiv bescheidenden Prüfbericht. Später kam es infolge des vom Hang ausgehenden Erddrucks zu Schäden am Gebäude. Der Bauherr verlangt vom Prüfstatiker Schadensersatz. Der Prüfstatiker wendet ein, er habe in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt und sei allein zum Schutz der Allgemeinheit, nicht aber der Belange des Bauherrn tätig geworden.

Das sieht der BGH anders. Der Prüfstatiker sei bei der Erfüllung des Auftrages, die Standsicherheit zu prüfen, nicht in Ausübung eines öffentlichen Amtes, sondern privatrechtlich tätig geworden, weshalb er vom Bauherrn richtigerweise nach Werkvertragsrecht auf Schadensersatz in Anspruch genommen worden sei. Prüfstatiker und andere Sachverständige würden nur dann in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig, wenn ihre Arbeit mit der Verwaltungstätigkeit einer Behörde auf das engste zusammenhänge und ihre Prüfung geradezu einen Bestandteil der von der Behörde ausgeübten hoheitlichen Tätigkeit bilde. Daran fehle es vorliegend. Das in Hessen geltende Landesrecht – konkret § 59 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 der Hessischen Bauordnung (HBO) 2002 – habe bewusst die baurechtliche und bautechnische Prüfung entkoppelt und die entsprechenden statischen Prüfungs- und Überwachungsaufgaben auf den Bauherren bzw. die von ihm einzuschaltenden Prüfindenieure übertragen. Der privatrechtliche Prüfauftrag verpflichte den Prüfstatiker gegenüber dem Bauherrn, etwaige statische Mängel zu erkennen, eine statisch

fehlerhafte Bauausführung zu verhindern und den Eintritt von Schäden aufgrund einer mangelhaften Statik abzuwenden.

Fazit

Hervorzuheben ist zunächst, dass die Landesbauordnungen nicht einheitlich regeln, wer den Prüfstatiker mit der Überprüfung des Standsicherheitsnachweises zu beauftragen hat. Ausschlaggebend für die privatrechtliche Haftung des Prüfsachverständigen war hier, dass die HBO 2002 vorsieht, dass es allein Sache des Bauherrn ist, sachkundige Personen zu beauftragen, durch welche die Einhaltung der die technische Sicherheit betreffenden bauordnungsrechtlichen Vorgaben gewährleistet wird. Eine hoheitliche bautechnische Überprüfung findet nicht (mehr) statt.

In Bundesländern, in welchen eine der Hessischen Bauordnung 2002 vergleichbare Regelung fehlt, hätte der Einwand des Prüfsachverständigen, nicht auf privatrechtlicher Grundlage in Anspruch genommen werden zu können, möglicherweise durchgegriffen (vgl. insoweit BGH, Urt. v. 27.05.1963 - III ZR 48/62, BGHZ 39, 358 [360 ff.]).

Hiervon unabhängig stellt sich die Frage, ob die Entscheidung des BGH Auswirkungen auf die verbreitete Annahme hat, Auflagen bzw. Anordnungen des Prüfstatikers, die zu Leistungsänderungen führen, könnten im Sinne „anderer Anordnungen“ gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B Mehrvergütungspflichten des Auftraggebers gegenüber dem Werkunternehmer auslösen.

Klarzustellen ist, dass der Prüfstatiker grundsätzlich nicht über eine Vollmacht des Auftraggebers verfügt, die ihn berechtigen würde, mehrvergütungspflichtige Leistungen mit Wirkung für und gegen den Auftraggeber anzuordnen. Das Anordnungsrecht des Prüfstatikers wird vielmehr aus seinem hoheitlichen Tätigkeitswort abgeleitet. Eine solche hoheitliche Tätigkeit des Prüfstatikers kann nach der hier besprochenen Entscheidung des BGH jedoch zumindest dann nicht mehr angenommen werden, wenn nach Landesrecht vormals hoheitliche Aufgaben dauerhaft auf den Bauherrn übertragen worden sind, der Prüfstatiker also nicht mehr hoheitlich, sondern privatrechtlich tätig wird.

Ist der Auftragnehmer also der Ansicht, dass Vorgaben/Anordnungen des Prüfstatikers zu einer Änderung der von ihm geschuldeten Leistung führen, hat er sich – vorsorglich und damit unabhängig von der landesrechtlichen Ausgestaltung – der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung des Prüfstatikers durch den Auftraggeber zu versichern oder alternativ den Auftraggeber zu einer entsprechenden Anordnung anzuhalten. Anderenfalls droht der Auftragnehmer mit seinem Mehrvergütungsanspruch auszufallen. Ein Rückgriff auf die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag wird nur dann möglich sein, wenn die auf Anordnung des Prüfstatikers erbrachten Leistungen aus technischer Sicht erforderlich waren.

Die Annahme, der Werkunternehmer könne einen Mehrvergütungsanspruch auch auf eine Anordnung des Prüfstatikers stützen, erfährt insoweit eine nicht unerhebliche Einschränkung.



Gabriel Hubertus Schleicher, LL.M., Hamburg

AGB-Widrigkeit des Aufrechnungsausschlusses

Zur Einschränkung der Aufrechnungsmöglichkeit mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen in einem gewerblichen Mietvertrag

BGH, Urt. v. 06.04.2016 - XII ZR 29/15

Der Vermieter von Gewerberäumen verlangt von den Mietern rückständige Miete. Die Mieter hatten eine Mietminderung geltend gemacht und diese auf einen Wassereintritt durch das Dach gestützt. Der Vermieter beruft sich auf die Unzulässigkeit der Minderung, weil der Mietvertrag einen formularmäßigen Ausschluss des Aufrechnungsrechts der Mieter enthält.

Der BGH hat die Formularklausel in dem Gewerbemietvertrag als unangemessene Benachteiligung der Mieter angesehen. Grundsätzlich ist die Mietminderung bei Geschäftsraummieta - anders als bei der Wohnraummieta - einschränkbar. Dies folgt aus dem Umkehrschluss zu § 536 Abs. 4 BGB. Eine solche Einschränkung ist grundsätzlich auch formularmäßig möglich (BGH, Urt. v. 23.04.2008 - XII 62/06; BGHZ 176, 191). Gleiches gilt vom Grundsatz für eine formularmäßige Einschränkung der Aufrechnung auf unbestrittene, rechtskräftig festgestellte oder entscheidungsreife Gegenforderungen (BGH, Urt. v. 14.11.2007 - VII ZR 337/06; WuM 2008, 152). Die vorliegende Formularklausel hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand. Nach dem Wortlaut der Klausel ist eine Minderung der Miete ebenso wie die Aufrechnung und die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts gegen die Mieter ausgeschlossen. Die Ausnahme für unbestrittene, rechtskräftig festgestellte oder entscheidungsreife Forderungen beschränkt sich ausdrücklich auf Forderungen „aus dem Mietverhältnis“. Eine derartige Verkürzung der Gegenrechte der Mieter benachteiligt diese entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher gemäß § 307 BGB unwirksam. Einer unmittelbaren Anwendung von § 309 Nr. 3 BGB bedarf es nicht. Diese Bestimmung ist im vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil die Mieter die Räume als Unternehmer gemietet haben. Es gilt jedoch das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 307 BGB, weshalb die gesamte Aufrechnungsklausel unwirksam ist, so der BGH.

Fazit

Der BGH hat zudem geprüft, ob eine geltungserhaltende Reduktion der streitgegenständlichen Klausel in Betracht kommt. Deren Voraussetzungen hat er jedoch mit der Begründung verneint, dass die klauselmäßige Gestattung der Aufrechnungsmöglichkeit mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen inhaltlich derart eng mit der Beschränkung auf Forderungen aus dem Mietverhältnis selbst verknüpft, dass diese bei einem Herausstreichen der Beschränkung inhaltlich umgestaltet und mit einem anderen Inhalt aufrechterhalten würde. In der Praxis sollten

daher Mietreduzierungen, Aufrechnungsverbote etc. nie in einem einheitlichen Satz geregelt werden, sondern auf ggf. mehreren Formulklauseln verteilt werden, um in Betracht kommende Einschränkungen nicht insgesamt zu verlieren.



Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

Zugang und Rechtzeitigkeit eines Telefaxes

BGH, Beschluss vom 12.04.2016 - VI ZB 7/15

1. Für die Rechtzeitigkeit des Eingangs eines per Telefax übersandten Schriftsatzes kommt es allein darauf an, ob die gesendeten Signale noch vor Ablauf des letzten Tages der Frist vom Telefaxgerät des Gerichts vollständig empfangen worden sind.*)
2. Der mit einem "OK"-Vermerk versehene Sendebericht begründet nicht den Beweis des ersten Anscheins für den tatsächlichen Zugang der Sendung beim Empfänger. Er belegt nur das Zustandekommen der Verbindung, nicht aber die erfolgreiche Übermittlung der Signale an das Empfangsgerät.*)
3. Die Versäumung einer Frist wegen Verzögerung bei der Übermittlung eines Telefax kann der Partei nicht als Verschulden zugerechnet werden, wenn sie bzw. ihr Prozessbevollmächtigter mit der ordnungsgemäßen Nutzung eines funktionsfähigen Sendegeräts und der korrekten Eingabe der Sendenummer alles zur Fristwahrung Erforderliche getan und so rechtzeitig mit der Übermittlung begonnen hat, dass unter normalen Umständen mit deren Abschluss bis 24:00 Uhr gerechnet werden konnte.*)

Es tritt immer wieder die Frage auf, ob der „OK“-Vermerk auf dem Sendebericht eines Telefaxes einen wirksamen Zugangsbeweis darstellt und wann damit die gewollte Erklärung eingegangen ist. Im hier entschiedenen Fall faxte ein Rechtsanwalt (RA) seine 10seitige Berufungsbegründung am Tage des Fristablaufs um 23:41 Uhr an das Faxgerät des Gerichts mit der Endnummer 60. Es wurden zunächst nur 5 Seiten (von 10 Seiten) übertragen. Um 23:52 Uhr faxte er an das Faxgerät mit der Endnummer 50. Die Übertragung brach bei Seite 9 ab. Erst nach 00:00 Uhr gelang die vollständige Übertragung. Das Berufungsgericht verwarf die Berufung als unzulässig. Ein "OK"-Vermerk, wonach eine um 23:49 Uhr begonnene Sendung um 23:58 Uhr abgeschlossen worden sei, belege angesichts der von den Faxgeräten aufgezeichneten Daten nicht den rechtzeitigen Zugang. Der vom RA gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung scheitert, weil nicht ausgeschlossen sei, dass die Übertragung wegen eines Bedienungsfehlers scheiterte, weil der RA selbst das Gerät bedient habe.

Das hält vor dem BGH nicht stand. Zwar ist die Berufungsbegründung nicht rechtzeitig eingegangen, weil der "OK"-Vermerk lediglich ein Indiz für den rechtzeitigen Zugang ist. Dieses Indiz ist durch die von den Faxgeräten aufgezeichneten Daten erschüttert. Die Versäumung der Frist bei Übermittlung eines Telefax ist aber unverschuldet, weil der RA mit der ordnungsgemäßen Nutzung eines funktionsfähigen Sendegeräts und der korrekten Eingabe der Sendenummer alles zur Fristwahrung Erforderliche getan hat und so rechtzeitig mit der Übermittlung begonnen wurde, dass unter

normalen Umständen mit deren Abschluss bis 24:00 Uhr gerechnet werden konnte. Der BGH führt weiter aus, dass der RA bei der Übermittlung seiner Schriftsätze zwar Verzögerungen einkalkulieren müsse, mit denen üblicherweise zu rechnen ist. Dazu gehört auch die Belegung des Faxgeräts durch andere eingehende Sendungen. Die Berufungsbegründung war im vorliegenden Fall aber mit 10 Seiten nur kurz und es bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Dauer der Übermittlung auf fast 2 Minuten pro Seite belaufen würde. Eines Vortrags dazu, dass der RA das Telefaxgerät korrekt bedient habe bedurfte es indes auch nicht. Der Verbindungsaufbau ist ihm dreimal gelungen. Danach liegt es fern, dass die Sendeabbrüche und die ungewöhnlich lange Dauer der Übertragung auf einen Bedienungsfehler zurückzuführen sind.

Fazit

Eine Übermittlung per Telefax ist grundsätzlich möglich. Entscheidend ist nach Ansicht des BGH auch nicht (mehr) der fristgerechte Zugang, wenn sich der Absender entschuldigen kann. Dennoch sollte stets versucht werden, Erklärungen welcher Art auch immer, die wirksam durch ein Telefax übermittelt werden, so rechtzeitig abzusenden, dass sie innerhalb der erforderlichen Frist auch eingehen.



Eva Bouchon, M.A., Berlin

Haftung des Architekten wegen Baukostenüberschreitung scheidet aus, wenn keine Kostengrenze als Beschaffenheit vereinbart wurde

OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.03.2015 - 23 U 166/12

BGH, Beschl. v. 06.04.2016 - VII ZR 81/14 (NZB zurückgewiesen)

1. Der Architekt ist verpflichtet, die Planungsvorgaben des Auftraggebers zu den Herstellungskosten des Bauwerks zu beachten. Dabei muss er nicht nur genau vereinbarte Baukostenobergrenzen einhalten. Vielmehr ist er auch verpflichtet, die ihm bekannten Kostenvorstellungen des Auftraggebers bei seiner Planung zu berücksichtigen. *)
2. Inwieweit der Auftraggeber seine Kostenvorstellungen ausreichend zum Ausdruck gebracht hat, muss durch Würdigung im Einzelfall ermittelt werden. Dabei bringt eine Erklärung, die Baukosten sollten maximal einen bestimmten Betrag nicht überschreiten, die einzuhaltende Kostenvorstellung dabei ausreichend zum Ausdruck. *)
3. Kann nicht festgestellt werden, dass eine bestimmte Kostengrenze als Beschaffenheit des Architektenwerks vereinbart wurde, dass der Auftraggeber dem Architekten eine entsprechende Vorgabe gemacht oder dass der Auftraggeber eine für den Architekten erkennbare, konkrete Kostenvorstellung hatte, scheidet eine Haftung des Architekten wegen Baukostenüberschreitung aus. *)

Die Klägerin macht gegen den beklagten Architekten wegen Baukostenüberschreitung des von ihm geplanten und unter seiner Aufsicht errichteten Einfamilienhauses mit Garage einen Schadensersatzanspruch geltend. Vor Beginn der konkreten Planung schätzte der Beklagte die Herstellungskosten für das gewünschte Haus mit einem umbauten Raum von 899 m³ zzgl. 135 m³ für die Garage auf Herstellungskosten bei Standardausstattung auf EUR 270.230 und für gehobene Ausstattung auf EUR 299.460,00. Auf Wunsch der Klägerin wurde das geplante Haus vergrößert und zunächst auf 1.351 m³ umbauten Raum für das Wohnhaus (sowie 135 m³ Garage) festgelegt. Hierbei wurden für die Standardausstattung EUR 361.000,00 und für eine gehobene Ausstattung Herstellungskosten i. H. v. EUR 439.190,00 kalkuliert. Bis zum Bauantrag erhöhte sich der umbaute Raum des Hauses auf Wunsch der Klägerin auf 1.472,72 m³ und die Garage auf 158,449 m³. Für den letzten Stand legte der Beklagte keine neue Schätzung der Herstellungskosten vor. Er gab jedoch anschließend ein schriftliches Angebot für den Architektenvertrag ab, in welchem er die Berechnung seines Honorars von einer Bausumme von EUR 360.000,00 netto ohne Grundstück und ohne Innenausbau berechnete. Ebenso waren im Bauantrag, dessen Baubeschreibung die Standardausführung enthielt, Herstellungskosten i. H. v. EUR 360.000,00 benannt. Das Haus wurde anschließend mit stark gehobenen Standard errichtet und hatte letztendlich einen

Gebäudeherstellungswert von EUR 512.080,00 ohne Baunebenkosten (EUR 594.013,73 inkl. Baunebenkosten). Diese Erhöhung beruhte auf diversen späteren Leistungsänderungen gegenüber der dem Bauantrag beigefügten Planung. Hierbei wurde unter anderem das Obergeschoss um 30 cm erhöht, das Dach erweitert und eine Erdwärmanlage eingebaut. Der Innenausbau wurde sehr aufwendig hergestellt. Die Klägerin forderte Schadensersatz wegen Überschreitung der Kostenobergrenze von EUR 361.000,00.

Das OLG Düsseldorf verneint den Anspruch. Der Klägerin steht kein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 634 Nr. 4, 636, 280 BGB wegen einer Pflichtverletzung der Beklagten im Zusammenhang mit der Überschreitung einer vereinbarten Baukostengrenze zu. Dabei folgt der Senat den Ausführungen des BGH zu möglichen Pflichtverletzungen des Architekten bei Überschreiten der Kostenvorstellungen des Bauherrn. Eine Planungsleistung des Architekten entspricht dann nicht der vereinbarten Beschaffenheit, wenn sie ein Bauwerk vorsieht, dessen Errichtung höhere Herstellungskosten erfordern, als diese von den Parteien des Architektenvertrages vereinbart sind. Der Architekt muss die Planungsvorgaben des Auftraggebers zu den Herstellungskosten eines Bauwerks berücksichtigen und nicht nur vereinbarte Baukostenobergrenzen einhalten, sondern auch die vom Bauherr benannten Kostenvorstellungen bei der Planung berücksichtigen. Dabei stellt das OLG heraus, dass diese Kostenvorstellungen auch dann beachtlich sind, wenn sie nicht eine genaue Bausummenobergrenze, sondern nur Angaben zu einer ungefähren Bausumme enthalten. Vorliegend hatten die Parteien eine Baukostenobergrenze im Vertrag nicht als Beschaffenheitsvereinbarung vereinbart. Die Klägerin hat auch nicht beweisen können, dass die Parteien eine bestimmte Kostenobergrenze vereinbart hatten. Den Angaben von den Kosten im Bauantrag kommt hier keine indizielle Bedeutung zu. Die Klägerin hatte weiterhin nicht dargelegt, dass sie den Beklagten angewiesen hätte, Haus und Garage mit Innenausstattung insgesamt in Standard-Ausführung mit EUR 360.000,00 zu errichten. Hingegen konnte sie aus dem Vortrag des Beklagten vor Einreichung des Bauantrags erkennen, dass Herstellungskosten von EUR 360.000,00 netto ohne Innenausbau angegeben waren. Die Klägerin hatte zudem selbst nach Erhalt der ersten beiden Kostenschätzungen noch einmal eine Erhöhung des umbauten Raums für Haus und Garage gewünscht. Das OLG stellt klar, dass der Beklagte seine Pflichten auch nicht dadurch verletzt hat, dass er nicht konkret ermittelte, ob die Pläne für die Klägerin finanzierbar sind. Da die Klägerin selbst nach den ersten beiden Kostenschätzungen noch einmal die Ausstattung und den Raum erhöhte, hätte sie selbst klarstellen müssen, dass ihre finanziellen Mittel nicht ausreichen, um Baukosten über EUR 360.000,00 ausführen zu können. Des Weiteren konnte die Klägerin nicht den Kausalitätsnachweis führen, dass sie - hätte sie zunächst von der Kostenüberschreitung Kenntnis gehabt - von dem Bauvorhaben Abstand genommen hätte. Hierfür spricht insbesondere, dass sie das Haus in stark gehobener Ausstattung errichten ließ.

Fazit

Der Architekt ist verpflichtet, die Kostenvorstellungen des Auftraggebers zu ermitteln und einzuhalten. Allerdings muss der Bauherr mit Mehrkosten rechnen, wenn er sich für eine höhere Ausstattung oder einen größeren Raum entscheidet. Insbesondere wenn eine Kostenvorstellung des Bauherrn entscheidend ist und unbedingt Vertragsgrundlage sein soll, empfiehlt es sich, im Wege einer Baukostenregelung im Vertrag, die Obergrenze festzulegen und diese als Beschaffenheit des Architektenwerkes zu vereinbaren. In diesen Fällen besteht ein Schadensersatzanspruch gegen den Architekten, wenn diese überschritten wird.



Sarah Scherwitzki, LL.M., Berlin

Der funktionale Mangelbegriff und die Vorunternehmerleistung – OLG Hamm auf Abwegen

OLG Hamm, Urt. v. 19.04.2016 - 24 U 48/15

Der Auftragnehmer (AN) klagt Restwerklohn für eine von ihm erstellte Fußbodenheizung ein. Der Auftraggeber (AG) hat den Werklohn gemindert, weil die vereinbarte Kühlfunktion nicht benutzt werden kann. Die Verkabelung der Thermostate mit der Heizungsanlage hatte ein Elektriker (Vorunternehmer) vorgenommen, der ein Kabel verwendet hat, mit dem die Kühlfunktion nicht angesteuert werden konnte. Das OLG Hamm verneint eine Mangelhaftigkeit des Werks des AN.

Das Gericht ist der Auffassung dass dann, wenn mehrere Unternehmen einzeln mit unterschiedlichen Arbeiten beauftragt werden, die erst in ihrer Gesamtheit eine funktionsfähige Anlage gewährleisten, der einzelne Unternehmer lediglich die Pflicht zur Ausführung seines Werkes und zur Zusammenarbeit mit den anderen Unternehmen hat, wie diese von ihm im Hinblick darauf erwartet werden kann, dass seine Leistungen einen insgesamt sachgerechten Beitrag zu einem funktionsgerechten Gesamtwerk darstellen. Eine Hinweispflicht reiche nur so weit, wie für den AN bei der gebotenen und von ihm durchzuführenden Prüfung das Risiko für eine nicht vertragsgerechte Ausführung eines anderen Unternehmers für die funktionstaugliche Errichtung des Gesamtwerks erkennbar war. Die Kühlfunktion war dem Elektriker bekannt, dieses Kenntnis reicht aus, um daraus zwingend und ohne weitere Informationen auf die Erforderlichkeit eines mindestens 4-adrigen Kabels schließen zu können. Der AN konnte sich auf die von ihm anzunehmenden Kenntnisse des Elektrikers als Fachunternehmen verlassen. Das gilt jedenfalls dann, wenn es sich nicht um außergewöhnliche Konstruktionen handelt, sondern nur das allgemeine fachliche Grundwissen des anderen Unternehmers berührt ist. Über die Kühlfunktion musste der AN nicht aufklären, weil in objektiver Hinsicht keine Aufklärungsbedürftigkeit des Elektrikers bestand. Ein Hinweis des AN hätte keinen zusätzlichen Informationsgehalt vermittelt.

Fazit

Diese Entscheidung ist mit der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 08.11.2007, VII ZR 183/05, NJW 2008, 511) nicht vereinbar. Ein Mangel liegt vor, wenn eine vereinbarte Beschaffenheit - hier Kühlfunktion - nicht vorliegt. Die Herstellungspflicht des AN beschränkt sich dabei nicht auf die Abarbeitung eines Leistungsverzeichnisses, sondern es besteht eine darüber hinausgehende Herstellungspflicht, die auf die Errichtung eines für den Vertragsinhalt zweckentsprechenden und funktionsgerechten Werkes abzielt. Das Vorliegen eines Mangels wäre folglich zu bejahen gewesen.

Entgegen der Entscheidung des OLG Hamm ist die Verletzung der Prüfungs- und Hinweispflicht kein

Tatbestand, der die Mängelhaftung begründet. Die verschuldensunabhängige Mängelhaftung wird nur durch einen Mangel des vom AN hergestellten Werkes begründet. Die Erfüllung der Prüfungs- und Hinweispflicht ist demgegenüber ein Tatbestand, der den AN von der Haftung befreit. § 13 Nr. 3 VOB/B setzt voraus, dass das Werk des AN mangelhaft ist und stellt zunächst klar, dass der AN, dem Grundsatz der verschuldensunabhängigen Mängelhaftung folgend, auch dann haftet, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des AG, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers zurückzuführen ist. Sodann wird als Ausnahme von diesem Grundsatz der Befreiungstatbestand formuliert. Der AN haftet nicht, wenn er gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B seine Bedenken gegenüber dem AG unverzüglich - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten, schriftlich - mitgeteilt hat. Dies ist eine Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben, die über den Anwendungsbereich der VOB/B hinaus auch für den Bauvertrag im Allgemeinen gilt (BGH, Urt. v. 23.06.1960 - VII ZR 71/59, NJW 1960, 1813; Urt. v. 23.10.1986 - VII ZR 267/85, BauR 1987, 86, 87). Der Ansatz des OLG, dass eine Hinweispflicht gegenüber dem Elektriker bestanden haben könnte, ist erst recht verfehlt. Eine Hinweispflicht besteht allenfalls gegenüber dem Vertragspartner nicht aber gegenüber einem Dritten.



Leonie Klönne, Köln

Überprüfungs- und Koordinierungspflicht der Bauträger auch bei „echten Sonderwuschverträgen“!

OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.01.2016 – 19 U 133/14

Auch im Falle „echter Sonderwuschverträge“ führt eine verletzte Koordinierungspflicht zur (Mit-)Verantwortlichkeit des Bauträgers!

Die Parteien schließen einen notariellen Bauträgervertrag über die schlüsselfertige Errichtung eines Einfamilienhauses. Als Sonderwunsch des Erwerbers lässt der Bauträger durch seinen Nachunternehmer, einen Heizungsbauer, anstelle der in der Baubeschreibung vorgesehenen Radiatorenheizung eine Fußbodenheizung verlegen. Den dafür anfallenden Aufpreis zahlt der Erwerber unmittelbar an den Heizungsbauer. Im Rahmen des von dem Erwerber eingeleiteten selbständigen Beweisverfahrens stellt der Sachverständige eine nicht ausreichende, DIN-konforme Beheizung des Wohnhauses fest. Der Erwerber fordert zur Mängelbeseitigung diverse Einstellarbeiten sowie den Einbau von Raumthermostaten. Der vom Bauträger gestellte Brennwertkessel als solcher ist hingegen mangelfrei. Der Bauträger verneint eine Verantwortlichkeit für die von dem Heizungsbauer im Rahmen des zwischen ihm und dem Erwerber abgeschlossenen eigenständigen Sonderwuschvertrages verursachten Ausführungsfehler, weil sein Leistungsumfang mit dem Einbau des Brennwertkessels geendet habe.

Das OLG Karlsruhe meint: Zu Unrecht! Als Sachwalter trägt der Bauträger eine Koordinierungspflicht gegenüber dem Erwerber, welche eine Verantwortlichkeit für das störungsfreie Funktionieren einzelner Bestandteile im Rahmen des Gesamtwerks begründen kann. Der Bauträger ist demnach auch bei einem selbständig abgeschlossenen Sonderwuschvertrag zwischen Erwerber und ausführendem Handwerker gehalten, Überprüfungen dahingehend anzustellen, ob sich die Fußbodenheizung als Sonderwunsch in das Gesamtkonzept der übrigen Bauleistungen störungsfrei einfügt. Diese Koordinierungspflicht bezieht sich insbesondere auf die Verbindungs- bzw. Schnittstellen zwischen Grundgewerk und Sonderwunsch, hier also zwischen dem vom Bauträger gestellten Brennwertkessel und der durch den Heizungsbauer eingebauten Fußbodenheizung. Insoweit hätte er auch gegebenenfalls planerische Anweisungen erteilen müssen. Dass der Bauträger seiner Koordinierungspflicht genügt, wird von keiner Partei behauptet. Der Bauträger ist daher für die durch den Sachverständigen festgestellten Mängel an der Heizungsanlage (mit-)verantwortlich.

Fazit

Die Entscheidung zeigt, dass sich Bauträger auch im Fall „echter Sonderwuschverträge“ ihrer (Mit-

)Verantwortung für eine ausreichende Koordinierung nicht entziehen können. Selbst wenn der Erwerber also unmittelbar mit dem Handwerker Sonderwünsche vereinbart und diese ohne Mitwirken des Bauträgers ausgeführt werden, kann im Falle von Mängeln eine gesamtschuldnerische Haftung des ausführenden Handwerkers zusammen mit dem Bauträger die Folge sein. Deswegen sollten Bauträger ihre Koordinierungspflicht ernst nehmen und sorgfältig prüfen, ob sich der Sonderwunsch in das Gesamtbauwerk des übrigen Bauwerks störungsfrei einfügt. Ist dies nicht der Fall, muss der Bauträger darauf hinweisen. Eine isolierte Betrachtung zwischen „Bauträgervertrag“ und „echtem Sonderwunschvertrag“ ist nicht einfach möglich – und dies gilt, wie die Entscheidung zutreffend klarstellt, nicht nur für den Fall, dass sich der Sonderwunsch auf Schnitt- oder Verbindungsstellen zwischen Grundgewerk und Sonderwunsch bezieht. Die Pflicht zur Koordinierung resultiert vielmehr daraus, dass der Bauträger ein funktionsfähiges Gesamtbauwerk schuldet.