



Neues zum Baurecht 04/2019



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 4. Ausgabe 2019 unseres Informationsdienstes "Neues zum Baurecht".

Mit dieser Ausgabe möchten wir Ihnen u.a. einen Überblick über die EuGH-Entscheidung zur Europarechtswidrigkeit der Mindest- und Höchstsätze der HOAI und dessen Umsetzung auf innerstaatliche Sachverhalte nach Auffassung des OLG Hamm geben. Zudem möchten wir Ihnen zwei Entscheidungen des BGH vorstellen, die sich mit den Fragen beschäftigen, welche Folgen eine Änderung der Vergabeunterlagen durch den Bieter nach sich ziehen und wie die Vergütungsanpassung bei Mengenerhöhungen nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B zu erfolgen hat.“



In Zeiten eines beispiellosen Baubooms ist die sichere Orientierung über die rechtlichen Grundlagen von Bauverträgen wichtiger denn je. Wesentliche Basis eines Bauvertrags ist die VOB/B. Der neu aufgelegte **Leinemann-Kommentar** ist Dank eines renommierten Autorenteam's eine Autorität auf dem Gebiet. Anfang September wird die 7. Auflage erscheinen. **Vorbestellungen** sind möglich.

Wir möchten Sie an dieser Stelle noch auf unsere **Seminarreihe** im Herbst/Winter 2019/2020 zum Thema "**HOAI Ade? Die Folgen des EuGH Urteils für die Praxis**" aufmerksam machen.

Sollten Sie weitergehende Fragen haben, können Sie uns gerne 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**.

Wir wünschen eine spannende Lektüre!

Themen

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

BGH: Kein Angebotsausschluss mehr bei „Änderung an den Vergabeunterlagen“

Julia Barnstedt, Hamburg

Vorsicht bei der Vereinbarung von Baukostenobergrenzen

Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

Die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind europarechtswidrig

Timo May, Berlin

Totgesagte leben länger!

Danilo Rosendahl, Berlin

Die Verjährung von Mängelansprüchen bei fehlender Abnahme

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

Der Abgang auf die (geübte) Ableitung aus der Urkalkulation?



Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

BGH: Kein Angebotsausschluss mehr bei „Änderung an den Vergabeunterlagen“

1. **Sehen die Vergabeunterlagen eines öffentlichen AG vor, dass abweichende Erklärungen oder Unterlagen des Bieters oder dessen Vertragsbedingungen nicht Vertragsbestandteil werden, bleiben solche Abweichungen in Bieterunterlagen in der Regel folgenlos und führen nicht zum Ausschluss des Angebots wegen unzulässiger Änderungen an den Vergabeunterlagen.**
2. **Auch wenn ein Bieter einen Vergaberechtsverstoß erkennt oder erkennen kann und ihn nicht innerhalb der in § 160 Abs. 3 GWB genannten Fristen rügt, wird er dadurch in einem späteren Schadensersatzprozess nicht präkludiert.**
3. **Die Kalkulationsfreiheit ermöglicht es dem Bieter, bestimmte Kosten, für die keine gesonderte Position im LV vorgesehen ist, auch nicht an anderer Stelle seiner Preise oder seiner Kalkulation einzustellen. Es stellt keinen Ausschlußgrund dar, dass der AG derartige Kosten weder aus dem LV noch der Kalkulation des Bieters erkennen kann. Der Bieter ist zudem weder verpflichtet, eine einheitliche Kalkulationssystematik bei allen angebotenen Positionen anzuwenden, noch muss er mit seinen angebotenen Einheitspreisen mindestens den tatsächlich entstehenden Kosten abdecken.**

BGH, Urteil vom 18.06.2019 - X ZR 86/17

Sachverhalt:

Der Vergabesenat des BGH hat am 08.08.2019 ein für die Praxis enorm wichtiges Urteil erlassen, das erst jüngst veröffentlicht wurde. Mit großem Engagement wendet sich das Gericht darin gegen den traditionellen Ausschlussgrund der „Änderung der Vergabeunterlagen“. Einen Ausschluss aus diesem Grund hält das Gericht in den meisten Fällen für ungerechtfertigt. Der entschiedene Fall verdeutlicht dies an mehreren Beispielen, die in der Praxis häufig vorkommen.

Grundlage ist die Schadensersatzklage eines Bieters, der von einem Vergabeverfahren nach VOB/A ausgeschlossen wurde, diesen Ausschluss rügte, dann aber kein Nachprüfungsverfahren einleitete. Nachdem der Zuschlag an einen anderen Bieter erteilt wurde, klagte der ausgeschlossene Bieter gegen den AG auf Schadensersatz, weil er zu Unrecht ausgeschlossen wurde. Nachdem er die ersten beiden Instanzen verloren hatte, gab der BGH dem Kläger schließlich Recht.

Der BGH sieht kein Problem darin, dass nicht schon im laufenden Vergabeverfahren Rechtsmittel eingelegt wurden. Um später im Zivilprozess einen Schaden aus rechtswidriger Vergabepaxis des AG geltend zu machen, ist ein Bieter grundsätzlich nicht verpflichtet, im laufenden Vergabeverfahren

bereits gegen die Vergabestöße des AG vorzugehen. Das ist eine wichtige Klarstellung des BGH, durch die das Risiko für öffentliche Auftraggeber, selbst nach erfolgreich abgeschlossenen Vergabeverfahren später noch auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, erheblich steigt. Damit war der Weg für den BGH frei, die konkret vom AG geltend gemachten Ausschlussgründe allesamt zu überprüfen.

Der Ausschluss des Klägers (Bieters) wurde vom AG zunächst damit begründet, dass er in seinem Angebot nach der Preiszusammenstellung den Zusatz „Zahlbar bei Rechnungserhalt ohne Abzug“ hinzugesetzt hatte. Die den Vergabeunterlagen beigefügten Zahlungsbedingungen des AG sahen jedoch eine Zahlung innerhalb von 30 Kalendertagen vor. Ferner enthielt § 1 Abs. 1.3 der ZVB des AG eine Abwehrklausel gegen ändernde Bedingungen des AN mit folgendem Wortlaut: *„Etwaige Vorverträge, unter § 1.2 nicht aufgeführte Unterlagen, Protokolle oder sonstige Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Abschluss dieses Vertrages, insbesondere Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des AN sind nicht Vertragsbestandteil.“* Bis vor kurzem hätte man die abweichenden Zahlungsbedingungen des Bieters wohl überwiegend als Ausschlussgrund gesehen. Der BGH wendet sich ganz engagiert dagegen, weil die Abwehrklausel aus den ZVB des AG gilt und die abweichenden Zahlungsbedingungen des Bieters ausschließt. Damit liegt keine „Änderung der Vergabeunterlagen“ vor.

Der BGH geht noch weiter: Alle Klauseln eines Bieters, die zu den Vergabeunterlagen widersprüchlich sind, dürften in der Regel als Missverständnis auf Bieterseite auszulegen sein. Auch wenn es keine Abwehrklausel gegeben hätte, wäre zunächst nach § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A eine Aufklärung erforderlich gewesen. Dann hätte sich die widersprechende Angabe/Forderung des Bieters auch als Versehen herausstellen können.

Als zweiten Ausschlussgrund nannte der AG das Verhalten des Bieters, entgegen den Vorgaben des LV neben den in eigenen Positionen anzubietenden Kosten zur Baustelleneinrichtung (BE) in der Kalkulation der Einheitspreise nicht die Kosten für das Vorhalten und Betreiben der BE (Geräte, Anlagen und Einrichtungen) angegeben zu haben. Außerdem sei der Bieter ungeeignet, weil er die Baustelle ohne Bauleiter kalkuliert habe.

Der BGH sieht hier einen Verstoß des AG gegen die Kalkulationsfreiheit der Bieter. Da das LV keine besonderen Positionen einerseits für das Vorhalten und Betreiben und auch nicht für einen Bauleiter vorsieht, besteht kein sachlicher Grund, die Einung des Bieters zu verneinen, nur weil er dazu nichts kalkuliert oder angegeben hat. Er ist frei darin, keinen Preisansatz vorzusehen, wenn das nicht ausdrücklich gefordert wird. Aus § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A lässt sich auch nicht ableiten, dass jede Position des Leistungsverzeichnisses nach den gleichen Maßstäben kalkuliert und dass insbesondere der für jede Position verlangte Preis mindestens den hierfür entstehenden Kosten des Bieters entsprechen müsste (so schon BGH, Urteil vom 19.06.2018 - X ZR 100/16).

Ein Ausschluss konnte im konkreten Fall auch nicht darauf gestützt werden, dass der Bieter bei Positionen, wo der AG in das LV als „Produkt“ nur einen Werkstoff/Baustoff (o. glw.) eingetragen hatte, in der Zeile „angebotenes Fabrikat“ seinerseits auch wieder nur den Werkstoff/Baustoff eintrug. Weil es hier schon an einer hinreichend klaren Vorgabe für die Art der Angabe fehlte, konnte das nicht als Ausschlussgrund akzeptiert werden.

Fazit:

Mit diesem wegweisenden Urteil macht der BGH dem tradierten Ausschlussgrund der „Abweichung von den Vergabeunterlagen“ weitgehend den Garaus. Künftig wird in solchen Fällen praktisch immer

eine Angebotsaufklärung mit dem Bieter vorzunehmen sein. Verwendet der AG Abwehrklauseln, mit denen widersprechende AGB oder sonstige Angaben des Bieters als ungültig bezeichnet werden, bleiben solche Bieterabweichungen künftig generell unbeachtlich. Abweichende Formulierungen eines Bieters beruhen oft nur auf einem Missverständnis über die Vorgaben der Vergabeunterlagen. In der Aufklärung kann der Bieter von abweichenden Klauseln oder Formulierungen Abstand nehmen. Das geht nur dann nicht, wenn der Bieter bewusst von Vorgaben abweicht, etwa weil er diese für falsch hält.



Julia Barnstedt, Hamburg

Vorsicht bei der Vereinbarung von Baukostenobergrenzen

Die in den Vertragsmustern des Bundes für Verträge mit Architekten vorgesehenen Regelungen, wonach die Baukosten einen bestimmten Betrag nicht überschreiten dürfen, bestimmen eine Baukostenobergrenze und beschreiben damit einen unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistungspflichten des Architekten. Sie sind deshalb einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle entzogen.

Die Vertragsmuster nach RBBau haben erhebliche Bedeutung über ihren eigentlichen Anwendungsbereich in den Bauvorhaben der Bundesländer hinaus, weil weitgehend Anwendungszwang durch Verweis besteht. Auch dienen sie als Vorlage für die Planungsverträge von Kommunen, Zweckverbänden und privatrechtlich organisierten Versorgungsunternehmen sowie der gewerblichen Bauherrn. Sie haben demnach Signalwirkung und Vorbildcharakter. Der maßgeblich durch Mitglieder des Bundes Deutscher Architekten (BDA) gegründete gemeinnützige Verein (fairtrag E. V.) hat die Bundesrepublik Deutschland als Verwender der Vertragsmuster u.a. auf Unterlassung der Verwendung der Kostenklausel unter § 5.3.1 verklagt. Gemäß § 5.3.1 Abs. 1 Satz 3 der Vertragsmuster Objektplanung-Gebäude und Innenräume (RBBau) wird zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer Folgendes vereinbart: *„Der Auftragnehmer hat seine Leistungen so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“* Die Klage wurde in 2 Instanzen abgewiesen, da die Klauseln über die Einhaltung vereinbarter Kostenobergrenzen in den Vertragsmustern der RBBau keine allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern dem kontrollfreien Bereich der Leistungsbeschreibung zuzuordnen seien. Dies wurde mit Urteil des **BGH vom 11.7.2019-VII ZR 266/17** nunmehr bestätigt. In diesem Urteil setzt sich der BGH auch mit der Rechtsnatur des Planer Vertrages nach § 560p BGB auseinander.

So wird die Entscheidung des BGH damit begründet, dass mit der in Bezug genommenen Klausel der Auftragnehmer verpflichtet wird, seine Leistungen so zu erbringen, dass die Kostenobergrenze eingehalten werden kann. Dies entspreche der Gesetzeslage gemäß § 560p Abs. 1, § 633 BGB. Danach ist der Architekt verpflichtet, seine Leistung frei von Sach- und Rechtsmängeln zu erbringen. Nach § 633 Abs. 2 S. 1 BGB ist das Werk des Architekten frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Zu der vereinbarten Beschaffenheit der Leistungen des Architekten gehöre nun mal, dass der Architekt die zum Vertragsinhalt gewordenen Vorgaben des Auftraggebers zu den Baukosten des Bauwerkes beachtet. Demnach bestehe Identität zwischen der Gesetzeslage und der in § 5.3.1 Abs. 1 S. 3 vorgesehene Klausel. (vgl. Rz. 28 und 29 der BGH-Entscheidung).

Fazit:

Die Vereinbarung der Baukostenobergrenze ist daher aus Planer Sicht jeweils kritisch zu hinterfragen. Insbesondere bei öffentlichen Auftraggebern sind die im Falle von Änderungen von Beschaffensvereinbarungen zu berücksichtigenden haushaltsrechtlichen Hürden zu berücksichtigen.



Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

Die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind europarechtswidrig

Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 Abs. 1, 2 g und 3 Richtlinie 2006/123/EG verstoßen, dass sie verbindliche Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat.

EuGH, Urteil vom 04.07.2019 - Rs. C-377/17

Die in der HOAI festgelegte Pflicht zur Einhaltung der Höchst- und Mindestsätze stellt einen Verstoß gegen die Dienstleistungsrichtlinie und die Niederlassungsfreiheit dar. Dies hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) am 04.07.2019 entschieden. In der sog. Dienstleistungsrichtlinie ist seit Ende 2006 geregelt, dass die Mitgliedstaaten der Europäischen Union nationale Vorschriften überprüfen müssen, die die "Beachtung von festgesetzten Mindest- und/oder Höchstpreisen durch den Dienstleistungserbringer" regeln. Solche Vorschriften sind nur zulässig, wenn sie durch einen „zwingenden Grund des Allgemeininteresses“ gerechtfertigt und verhältnismäßig sind. Hintergrund dieser Regelungen ist die Sicherstellung eines freien Dienstleistungsverkehrs, weil Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten nicht daran gehindert werden sollen, sich einen Markteintritt durch Preiswettbewerb zu erleichtern. Die EU-Kommission sieht keine Rechtfertigung für das durch die HOAI vorgegebene verbindliche Preisrecht.

Der EuGH folgt in seinem unanfechtbaren Urteil der Kommission. Maßgebend ist zunächst, dass die Bestimmungen der Richtlinie auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte anwendbar sind. Inhaltlich führt der EuGH an, dass zum einen die **Höchstsätze** der HOAI nicht verhältnismäßig sind, weil als weniger einschneidende Maßnahme auch in Betracht komme, Kunden Preisorientierungen für die verschiedenen von der HOAI genannten Kategorien von Leistungen zur Verfügung zu stellen. Zum anderen folgt der EuGH zwar der Argumentation der Bundesregierung noch dahingehend, dass die **Mindestsätze** im Hinblick auf die Beschaffenheit des deutschen Markts grundsätzlich dazu beitragen können, eine hohe Qualität der Planungsleistungen zu gewährleisten, und die angestrebten Ziele (Qualität der Arbeiten, Verbraucherschutz, Bausicherheit, Erhaltung der Baukultur, ökologisches Bauen) zu erreichen. Diese Ziele müssten jedoch in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden. Das wiederum leisten sie nicht. Der Umstand, dass in Deutschland Planungsleistungen von Dienstleistern erbracht werden könnten, die nicht ihre entsprechende fachliche Eignung nachgewiesen hätten, lasse im Hinblick auf das mit den Mindestsätzen verfolgte Ziel, eine hohe Qualität der Planungsleistungen zu erhalten, eine Inkohärenz in der deutschen Regelung erkennen. Damit sind sowohl die Höchst-, als auch die Mindestsätze der HOAI europarechtswidrig.

Die Bundesrepublik Deutschland muss den festgestellten Vertragsverstoß nunmehr unverzüglich abstellen. Die Bundesregierung ist deshalb aufgefordert, die Regelung über die Mindest- und Höchstsätze schnellstmöglich anzupassen. In Vergabeverfahren dürfen Angebote jenseits des Preisrahmens ab sofort aber nicht mehr ausgeschlossen werden. So genannte „Aufstockungsklagen“ bei Honorarvereinbarungen unterhalb der Mindestsätze werden wohl ab sofort auch zwischen Privaten keinen Erfolg mehr haben. Die Höchstsätze werden jedenfalls kaum mehr zu halten sein. Ob Mindestsätze vorgegeben werden können, etwa wenn der Berufszugang reguliert wird und die Kommission diese Lösung mitträgt, bleibt abzuwarten. Die nationalen Gerichte haben kurzfristig unterschiedlich reagiert. Die einzelnen Entscheidungen der Oberlandesgerichte Celle, Hamm und des Kammergerichts sind in dieser Ausgabe wiedergegeben. Jedenfalls gegen die Entscheidung des OLG Hamm vom 23.07.2019 Az. 21 U 24/18 ist beim BGH Revision unter dem Aktenzeichen VII ZR 174/19 eingelegt worden. Diese Entscheidung wird nun mit Spannung erwartet.



Timo May, Berlin

Totgesagte leben länger!

OLG Hamm, Urteil vom 23.07.2019 - 21 U 24/18

Kaum war das Plädoyer des Bundesanwalts veröffentlicht, überschlugen sich in der Presse Meldungen, wie „Die HOAI ist tot! Lang lebe die HOAI!“ oder „Mindest- und Höchstsätze der HOAI verletzen EU-Recht“. Ein Werkstatt-Beitrag auf ibr-online titelte zur einer Entscheidung des LG Dresden: „Stellt der EuGH die Unionsrechtswidrigkeit der HOAI-Mindestsatzregelungen fest, ist eine Honorarklage eines Architekten ohne Weiteres abzuweisen, soweit statt des vereinbarten Honorars das höhere Mindestsatzhonorar verlangt wird“. Dabei hatte u. a. das OLG Naumburg bereits zuvor schulmäßig herausgearbeitet, dass sich ein Urteil des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren „nur“ an den nationalen Gesetzgeber richtet und daher keine Auswirkung auf bestehende Verträge hat (vgl. OLG Naumburg, Ur. v. 13.04.2017 -1 U 48/11). Dem Urteil hatte sich mit denselben Erwägungen dann auch das Kammergericht, das LG Stuttgart und das Landesberufsgericht für Architekten, Architektinnen, Stadtplaner und Stadtplanerinnen angeschlossen (KG, Ur. v. 01.12.2017 - 21 U 19/12; LG Stuttgart, Beschl. v. 16.11.2018 - 28 O 375/17; Landesberufsgericht für Architekten, Architektinnen, Stadtplaner und Stadtplanerinnen, Beschl. v. 01.08.2018 – 6s E 46/18). Das OLG Hamm hat jetzt ebenso prägnant, wie dogmatisch richtig, entschieden:

„Die maßgeblichen Bestimmungen der HOAI, auch zum Mindestpreischarakter, sind [...] anwendbar. Daran ändert die Entscheidung des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, wonach diese durch Aufrechterhaltung der Bestimmungen zum zwingenden Preisrecht in der HOAI gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. g und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123 verstoßen habe (EuGH, IBR 2019, 436), nichts. Das Urteil des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren bindet nämlich nur den Mitgliedstaat, der nach eigenem Ermessen die geeigneten Maßnahmen ergreifen muss, um den europarechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Für den einzelnen Unionsbürger geht von dem Urteil keine Rechtswirkung aus. Die Feststellung der Europarechtswidrigkeit der Mindestsätze der HOAI im Vertragsverletzungsverfahren ändert nichts daran, dass zum Zeitpunkt des Verstoßes die HOAI zu beachten war, denn es gibt insofern keine Rückwirkung.“

Die Entscheidung des OLG Hamm liegt nicht nur auf einer Linie mit der Rechtsprechung des OLG Naumburg, des Kammergericht, LG Stuttgart und des Landesberufsgerichts für Architekten, Architektinnen, Stadtplaner und Stadtplanerinnen, sondern auch mit der Rechtsprechung des EuGH. Der hat ausdrücklich entschieden, dass eine Richtlinie nicht in einem Rechtsstreit zwischen zwei Unionsbürgern angeführt werden kann, um die Anwendung der Regelung eines Mitgliedstaats auszuschließen, die gegen die Richtlinie verstößt (EuGH, Ur. v. 07.08.2018 - C-122/17; m. w.

Nachw.), wobei auch ein öffentlicher Auftraggeber in diesem Sinne als Unionsbürger gilt, wenn er privatrechtliche (Architekten)Verträge schließt. Das Nationale Gericht hat die Anwendung einer nationalen Vorschrift, die gegen Unionsrecht verstößt, nämlich allenfalls dann zu unterlassen, wenn der Verstoß gegenüber einem Mitgliedstaat oder seinen Verwaltungsträgern geltend gemacht wird, der auch als solcher handelt, d. h. in einem Über-/Unterordnungsverhältnis (EuGH, Urte. v. 07.08.2018 - C-122/17; m. w. Nachw.). In der Entscheidung des EuGH vom 07.08.2018 heißt es dazu wörtlich:

„Der Gerichtshof hat [...] in ständiger Rechtsprechung auch entschieden, dass eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist (vgl. u. a. Urteile vom 26. Februar 1986, Marshall, 152/84, EU:C:1986:84, Rn. 48, vom 14. Juli 1994, Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, Rn. 20, und vom 5. Oktober 2004, Pfeiffer u. a., C-397/01 bis C-403/01, EU:C:2004:584, Rn. 108). Würde die Möglichkeit, sich auf eine Bestimmung einer nicht oder unrichtig umgesetzten Richtlinie zu berufen, auf den Bereich der Beziehungen zwischen Privaten ausgedehnt, liefe das nämlich darauf hinaus, der Europäischen Union die Befugnis zuzuerkennen, mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten der Einzelnen Verpflichtungen anzuordnen, obwohl sie dies nur dort darf, wo ihr die Befugnis zum Erlass von Verordnungen zugewiesen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Juli 1994, Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, Rn. 24).

So kann selbst eine klare, genaue und unbedingte Bestimmung einer Richtlinie, mit der dem Einzelnen Rechte gewährt oder Verpflichtungen auferlegt werden sollen, als solche im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem sich ausschließlich Private gegenüberstehen, keine Anwendung finden (Urteile vom 5. Oktober 2004, Pfeiffer u. a., C-397/01 bis C-403/01, EU:C:2004:584, Rn. 109, vom 24. Januar 2012, Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 42, und vom 15. Januar 2014, Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2, Rn. 36).

Der Gerichtshof hat ausdrücklich entschieden, dass eine Richtlinie nicht in einem Rechtsstreit zwischen Privaten angeführt werden kann, um die Anwendung der Regelung eines Mitgliedstaats, die gegen die Richtlinie verstößt, auszuschließen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. Februar 2014, OSA, C-351/12, EU:C:2014:110, Rn. 48).

Das nationale Gericht hat nämlich die Anwendung der nationalen Vorschrift, die gegen eine Richtlinie verstößt, nur auszuschließen, wenn sie gegenüber einem Mitgliedstaat, seinen Verwaltungsträgern einschließlich dezentralisierter Behörden oder Einrichtungen und Stellen geltend gemacht wird, die dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen oder die von einem Mitgliedstaat mit der Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe betraut wurden und hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über die für die Beziehungen zwischen Privatpersonen geltenden Vorschriften hinausgehen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 24. Januar 2012, Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 40 und 41, vom 25. Juni 2015, Indėliū ir investicijų draudimas und Nemaniūnas, C-671/13, EU:C:2015:418, Rn. 59 und 60, und vom 10. Oktober 2017, Farrell, C-413/15, EU:C:2017:745, Rn. 32 bis 42).“

Letzteres kommt bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten vor den Verwaltungsgerichten in Betracht, nicht aber bei zivilrechtlichen Streitigkeiten um Architektenhonorar. Da das OLG Celle die Rechtslage anders beurteilt, musste das OLG Hamm die Revision zum BGH zulassen. Dieser wird also jetzt abschließend entscheiden, wie es um das Mindestsatzhonorar des Architekten steht.



Danilo Rosendahl, Berlin

Die Verjährung von Mängelansprüchen bei fehlender Abnahme

Nach Ansicht des OLG Düsseldorf (Urt. v. 25.04.2019 – 5 U 91/18) beginnt die Verjährung von Mängelansprüchen des Auftraggebers (AG) bei Fehlen einer Abnahme frühestens mit dem Übergang in ein Abrechnungsverhältnis. Die Verjährungsfrist beträgt dabei nicht 3 Jahre gemäß § 195 BGB, sondern vielmehr 5 Jahre gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB.

Ausgangslage

Bei der Frage, welche Rechte dem AG gegen den Auftragnehmer (AN) wegen unzureichender Vertragserfüllung zustehen, ist grundsätzlich danach zu differenzieren, in welchem Vertragsstadium sich die Parteien befinden. Vor der Abnahme befinden sich die Parteien noch in der Erfüllungsphase. Kommt der AN in dieser Phase seinen vertraglichen Pflichten nicht nach, kann der AG gemäß § 631 Abs. 1 BGB Erfüllung und bei Schlechtleistung u.a. Schadensersatz gemäß §§ 280 BGB ff. verlangen (vgl. Palandt, BGB, § 280, Rn. 17). Für diese Ansprüche gilt grundsätzlich die 3-jährige Verjährungsfrist gemäß § 195 BGB (vgl. a.a.O., § 195, Rn. 10). Diese Frist beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der AG von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Mit der Abnahme gemäß § 640 BGB wandelt sich die Erfüllungsphase in die Gewährleistungsphase. Ab diesem Moment richten sich die Ansprüche des AG nach § 634 BGB (vgl. Leinemann-Jansen, VOB/B, § 12, Rn. 36 m.w.N.).

Gewährleistungsansprüche des AG wegen Baumängel verjähren gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB grundsätzlich innerhalb von 5 Jahren ab Abnahme.

Das heißt, Ansprüche des AG vor und nach der Abnahme verjähren u.U. zu unterschiedlichen Zeitpunkten. In der Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob für Mängelansprüche des AG bei nicht erfolgter Abnahme die 3-jährige Verjährungsfrist gemäß § 195 BGB oder die 5-jährige Verjährungsfrist gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB gilt und ab wann diese Frist zu laufen beginnt (diese Thematik ist von der Frage abzugrenzen, unter welchen Voraussetzungen der AG ausnahmsweise berechtigt ist, Ansprüche gemäß § 634 BGB auch vor der Abnahme geltend zu machen).

Ein Teil der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung (OLG Naumburg, Urt. v. 27.11.2013 – 6 U 2521/09; OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.03.2010 – 19 U 100/09; OLG Hamm, Urt. v. 21.02.2008 – 21 U 3/07) steht unter Verweis auf die Entscheidung des BGH vom 30.09.1999 (NJW 2000, 133) auf dem Standpunkt, dass bei verweigerter Abnahme gar nicht erst Gewährleistungsrechte entstehen, sondern der AG auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht nach §§ 280 BGB ff. verwiesen ist. In

der Konsequenz bedeutet das, dass Mängelansprüche schon innerhalb von 3 Jahren gemäß § 195 BGB verjähren. Demgegenüber ist der BGH der Auffassung, dass mit der endgültigen Abnahmeverweigerung die Erfüllungsphase in die Gewährleistungsphase übergeht. Mit diesem Wendepunkt beginnt für Mängelrechte die 5-jährige Gewährleistungsfrist (vgl. BGH, Urt. v. 24.11.1969 – VII ZR 177/67; BGH, Urt. v. 20.12.1973 – VII ZR 153/71; BGH, Urt. v. 08.07.2010 – VII ZR 171/08; OLG Brandenburg, Urt. v. 05.07.2012 – 12 U 231/11; BGH, Beschl. v. 20.03.2014 – VII ZR 225/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); Leinemann-Schliemann, VOB/B, § 13, Rn. 146 m. w. N.). Das OLG Brandenburg (Urt. v. 14.08.2013 – 4 U 191/11) hat die vorstehend zitierte Rechtsprechung des BGH aufgegriffen, steht jedoch auf dem Standpunkt, dass die Gewährleistungsfrist nicht schon mit Erklärung der endgültigen Abnahmeverweigerung beginnt, sondern erst mit Ablauf einer, mit der Abnahmeverweigerung zur Mangelbeseitigung gesetzten, Frist.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.04.2019 – 5 U 91/18

Das OLG Düsseldorf ist jetzt der Ansicht, dass Mängelansprüche in 5 Jahren verjähren, wobei die Frist bei Fehlen einer Abnahme frühestens mit dem Übergang in ein Abrechnungsverhältnis beginnt.

Dem liegt folgender Fall zugrunde:

Der AG beauftragte den AN mit der Sanierung einer Terrasse an einem Wohnhaus. Nachdem der AN die Leistungen abschloss, erfolgte keine Abnahme. U.a. aufgrund nicht fachgerecht hergestellter Anschlüsse zwischen der Hauswand und der Bodenplatte der Terrasse kam es zu Wasserschäden im Untergeschoss des Hauses. Der AG verlangt von seinem Rechtsanwalt, der mit der Geltendmachung der Mängelansprüche beauftragt war, Schadensersatz, weil dieser nach Auffassung des AG die Mängelansprüche habe verjähren lassen. Der AG ist der Ansicht, es gelte die (zwischenzeitlich abgelaufene) 2-jährige Verjährungsfrist gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB und nicht die 5-jährige gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB.

Das Urteil:

Die Klage des AG gegen den Rechtsanwalt bleibt ohne Erfolg. Ein Anspruch des AG auf Schadensersatz wegen anwaltlicher Pflichtverletzung aus §§ 280 Abs. 1, 611, 675 BGB scheidet, weil Mängelansprüche gegen den AN (noch) nicht verjährt sind. Das OLG Düsseldorf führt in seinem Urteil zunächst aus, dass der durch den AN hergestellte Terrassenbelag an sich ein eigenständiges Bauwerk ist und daher die 5-jährige Gewährleistungsfrist gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB gilt. Soweit so gut. Interessanter ist die Tatsache, dass auch das OLG Düsseldorf der Auffassung ist, dass Mängelrechte des AG auch bei nicht erfolgter Abnahme nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB innerhalb von 5 Jahren verjähren, wobei die Frist erst mit der Erklärung, dass die Werkleistungen endgültig nicht abgenommen werden, beginnt. Das OLG Düsseldorf verweist auf die Grundsatzentscheidung des BGH vom 19.01.2017 (VII ZR 235/15) und führt aus, dass allein das Verlangen nach Kostenvorschuss noch nicht zu einem Abrechnungsverhältnis führt. Vielmehr muss der AG unmissverständlich zum Ausdruck bringen, unter keinen Umständen mehr mit dem AN, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen. Der AG muss eine (Nach-)Erfüllung durch den AN endgültig und ernsthaft ablehnen; und zwar selbst für den Fall, dass die Selbstvornahme nicht zu einer mangelfreien Herstellung des Werks führt. Solange ein solches Abrechnungsverhältnis nicht vorliegt, beginnt die Verjährung von Mängelansprüchen nicht zu laufen. In der Entscheidung heißt es:

„Nunmehr hat der BGH die Frage der Mängelansprüche vor der Abnahme auch unter Geltung des neuen Rechts jedoch bejaht (vgl. BGH, Urteil vom 19.01.2017 – VII ZR 235/15, BeckRS 2017,

103136). Konsequenterweise ist damit auch die für das Gewährleistungsrecht geltende, spezifische Verjährungsregelung des § 634a BGB anzuwenden und im vorliegenden Fall die 5-jährige Frist einschlägig.

[...]

Auch zum Verjährungsbeginn für diesen Fall tragen die Kläger indessen keine tatsächlichen Anhaltspunkte vor. Die Verjährung kann frühestens zu dem Zeitpunkt beginnen, zu dem die Kläger auch ohne Abnahme, etwa infolge des Bestehens eines Abrechnungsverhältnisses, berechtigt waren, Gewährleistungsansprüche vor Abnahme geltend zu machen.

[...]

Die Vorschussanforderung allein genügt für die Annahme eines Abrechnungsverhältnisses indessen noch nicht (vgl. Werner/Pastor, *Der Bauprozess*, 16. Aufl. 2018, Rn. 2847).“

Fazit

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist wohl richtig. Vor der Abnahme kann der AG grundsätzlich keine Gewährleistungsansprüche nach § 634 BGB geltend machen; er hat („nur“) einen Anspruch auf Erfüllung gemäß § 631 BGB und ggf. Ansprüche aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht (§§ 280 BGB ff.). Erst bei Vorliegen eines Abrechnungsverhältnisses kann der AG Gewährleistungsansprüche nach § 634 BGB auch ohne Abnahme geltend machen (vgl. BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 301/13). Hiervon abzugrenzen ist die Frage, wann Mängelansprüche verjähren. Die Verjährung solcher Ansprüche beginnt einheitlich und frühestens mit der Abnahme oder alternativ mit dem Entstehen eines Abrechnungsverhältnisses; die Frist beträgt 5 Jahre gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB. Es wäre unbillig, dass ein AG, der die Abnahme nicht erklären kann (gerade weil erhebliche Mängel vorliegen), auf die kurze Verjährungsfrist des § 195 BGB verwiesen ist, während derjenige, der die Abnahme erklärt, in den Genuss der längeren Gewährleistungsfrist des § 634a BGB kommt. Es wäre nicht nachvollziehbar, dass die vor der Abnahme bereits entstandenen Ansprüche auch dann selbstständig verjähren, wenn sie mit den nach der Abnahme entstandenen Ansprüchen vergleichbar sind. Denn das würde dazu führen, dass der AG nach Verjährung der vor der Abnahme entstandenen Ansprüche die Abnahme erklären könnte und trotz der Vertragswidrigkeit des Werkes erklären müsste, um den Lauf der Verjährung seiner Gewährleistungsansprüche (erneut) in Gang zu setzen.

Um Streitigkeiten darüber zu vermeiden, wann Ansprüche des AG verjähren, hat es der AN in der Hand, für Klarheit zu sorgen, indem er den AG unter Fristsetzung zur Abnahme auffordert. Gleichwohl kann der AG Mängelansprüche nicht grenzenlos geltend machen; er kann diese auch verwirken, § 242 BGB. Verwirkung liegt dann vor, wenn der Berechtigte ein ihm zustehendes Recht längere Zeit nicht geltend macht und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf eingerichtet hat und sich auch darauf einrichten durfte, dass der Berechtigte das Recht auch in Zukunft nicht mehr geltend machen werde.



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

Der Abgesang auf die (geübte) Ableitung aus der Urkalkulation?

Der BGH hat sich entschieden: Eine vorkalkulatorische Preisfortschreibung, wie sie von der herrschenden Auffassung in der obergerichtlichen Rechtsprechung sowie der Literatur bislang vertreten wird, findet nicht statt. Das gilt ab sofort für die Vergütungsanpassung bei Mengenerhöhungen nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B und immer dann, wenn die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben.

BGH, Urteil vom 08.08.2019, VII ZR 34/18

Zum Sachverhalt: Der beklagte Auftraggeber (AG) beauftragte den Auftragnehmer (AN) unter Einbeziehung der Regelungen der VOB/B mit Abbrucharbeiten. Während der Ausführung stellte sich heraus, dass wesentlich mehr Abbruchmaterial mit gefährlichen Stoffen belastet ist, als im Zuge der Planung und Ausschreibung angenommen. In der Folge kommt zu einer erheblichen Mengenerhöhung bei einer mit einem Vordersatz von 1 Tonne (t) ausgeschriebenen Entsorgungsposition. Zu entsorgen waren letztlich 83,92 t belastetes Material. Nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag hatte der AG die Tonne zu je netto 462,40 Euro zu vergüten. Aufgrund der Mengenerhöhung verlangte der AG jedoch die Vereinbarung eines neuen Preises und Auskunft über die tatsächlichen Kosten der Entsorgung. Dem kam die Klägerin nach und teilte mit, dass sie für Transport und Containerstellung EUR 2.296,80 netto an die H. GmbH und für die Entsorgung EUR 5.387,66 Euro an die N. GmbH netto gezahlt hat, mithin zusammen Kosten in Höhe von rund 92,00 EUR/t netto angefallen sind. Auf dieser Grundlage bildete der AG unter Berücksichtigung des Kalkulationszuschlags des AN von 20% auf Fremdkosten einen neuen Einheitspreis von 109,88 Euro/t, und zahlte daraufhin insgesamt EUR 10.973,54 brutto. Eine Einigung über einen neuen Einheitspreis kam nicht zustande. Der AN erhob Klage. Im Prozess trug der AN vor, dass Verladekosten von 40 EUR/t und, basierend auf Angeboten der H. GmbH, für Deponie- und Transportkosten 292,00 EUR/t und für die Containerstellung 60 EUR/t jeweils zuzüglich 20% Gemeinkostenzuschlag auf die Fremdkosten urkalkuliert worden sind. In erster Instanz wurde ein Einheitspreis von EUR 149,88 Euro/t netto und in zweiter Instanz von EUR 150,40 Euro/t netto ($[91,57 \times 1,2] + 40$) gerichtlich festgesetzt. Der AN legte dagegen Revision beim BGH ein.

Die Revision wird mit folgender Begründung zurückgewiesen: Voraussetzung für ein berechtigtes Preisanpassungsverlangen nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B sei, dass eine über 10 v.H. hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes festgestellt ist. Verlangt eine Partei die Anpassung des Einheitspreises, so gebe § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B lediglich vor, dass die Parteien unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten einen neuen Einheitspreis zu **vereinbaren** haben.

Maßgeblich sei also eine Einigung der Vertragsparteien auf einen neuen Einheitspreis. Wie die Vergütungsanpassung bei Mengenmehrungen bei Ausbleiben einer Einigung vorzunehmen ist, sei weder in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B geregelt noch nach einem allgemeingültigen Verständnis der beteiligten Verkehrskreise oder einer bestehenden Übung zu bestimmen. Vielmehr enthalte der Vertrag dann eine Regelungslücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB zu schließen ist. Danach sei entscheidend, was die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten. Es gelte auf Seiten des Auftragnehmers eine nicht auskömmliche Vergütung zu vermeiden und auf Seiten des Auftraggebers eine übermäßige Belastung zu verhindern. Dies zu Grunde gelegt seien für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten der über 10 v.H. hinausgehenden Leistungsbestandteile zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich. Eines Rückgriffes auf die vorkalkulatorische Preisfortschreibung bedürfe es nicht, um der Störung des Äquivalenzverhältnisses adäquat zu begegnen. Der vom Gericht zweiter Instanz festgesetzte Einheitspreis entspreche diesen Anforderungen.

Fazit:

Der AN kann für die über 10 v.H. hinausgehenden Mengen ausschließlich die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge erstattet verlangen. Im konkreten Fall sind dies die Fremdkosten zuzüglich des Zuschlags von 20% sowie die eigenen Verladekosten. Was unter angemessenen Zuschlägen zu verstehen ist, hat der BGH nicht entschieden. Vielmehr ist er davon ausgegangen, dass sich die Parteien auf diesen Preisbestandteil verständigt haben, weil auch der AG bei seiner Berechnung des neuen Einheitspreises den Zuschlag in Ansatz gebracht hat. Inkonsequent bleibt der BGH bei den Verladekosten. Die Vorinstanz leitete diese aus der Urkalkulation ab. Der BGH „unterstellt“ sie ohne Begründung als tatsächlich erforderliche Kosten. Dennoch ist nach dieser Entscheidung klar: Werkunternehmer müssen Mehrmengen nach den tatsächlich erforderlichen Kosten abrechnen, wenn nicht etwas anderes vereinbart ist. Ob diese Entscheidung Auswirkungen auf die Berechnung der Vergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen im Sinne von § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B hat, bleibt offen. Da zumindest § 2 Abs. 5 VOB/B im entscheidenden Wortlaut („[...] ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren.“) identisch mit dem des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ist, dürfte eine entsprechende Wertung wahrscheinlich sein. § 2 Abs. 6 VOB/B scheint sich durch seinen Wortlaut von § 2 Abs. 3 Nr. 2 und § 2 Abs. 5 VOB/B abzugrenzen. Tatsächlich ist in der Literatur jedoch anerkannt, dass es sich um eine Unschärfe in der Formulierung handelt, ein sachlicher Unterschied hingegen nicht besteht. Damit dürfte auch der Weg für § 2 Abs. 6 VOB/B vorgezeichnet sein.