



Neues zum Baurecht 04/2022



Liebe Leserinnen und Leser,

mit unserem aktuellen Newsletter stellen wir Ihnen mehrheitlich interessante Entscheidungen aus dem Bauvertragsrecht vor.

Gerne möchten wir Sie auch auf künftige **Veranstaltungen** hinweisen:

- **11. Berliner Brandschutztreff**
Seminar am 20.10.2022 mit Dr. Ralf Averhaus, Christoph Conrad, Stephan Erdmann u. w.
- **Beitrag des Vergaberechts zum Klimaschutz** (kostenfrei)
Webinar am 25.10.2022 mit Andreas Rosenauer
- **Das (kleine) 1 X 1 der VOB/B – Rechtliches Handwerkszeug für die tägliche Baupraxis**
Seminar am 23.11.2022 mit Jonas Deppenkemper, Jarl-Hendrik Kues, Felix S. Thomas

Wir wünschen Ihnen viel Freude beim Lesen

Amneh Abu Saris

Themen

Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

Zwischentermine können konkludent vereinbart werden!

Dr. Danilo Rosendahl, Berlin

Bedenken des Auftragnehmers begründen grundsätzlich kein Leistungsverweigerungsrecht

Gabriel Hubertus Schleicher, LL.M., Hamburg

Abrechnungssumme = Netto- oder Brutto-Abrechnungssumme?

Kristin Beckmann, Köln

Zur AGB-rechtlichen Unwirksamkeit von „Kombi-Bürgschaften“ in Bauverträgen



Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

Zwischentermine können konkludent vereinbart werden!

KG, Urteil vom 26.04.2022, 21 U 1030/20

Eine Auftraggeberin (AG) wollte im Jahr 2013 das Dachgeschoss eines Wohngebäudes umbauen. Für den Umbau besaß sie bereits eine Baugenehmigung. Die AG beauftragte einen Architekten mit der Unterstützung zur Einreichung von Nachträgen zur Baugenehmigung sowie mit der Erstellung einer Ausführungsplanung und von Leistungsverzeichnissen für das Vorhaben. Die AG wies bei Abschluss des Architektenvertrages darauf hin, dass ein möglichst zeitnaher Baubeginn wichtig sei. Der Architekt sagte zu, erforderliche Kapazitäten im Januar und Februar zu haben, sodass im März 2014 mit der Baumaßnahme begonnen werden könne. Da der Architekt bis Ende März die Ausführungsplanung und die Leistungsbeschreibungen nicht erstellt hatte, forderte die AG ihn unter Fristsetzung dazu auf und kündigte nach Ablauf der Frist den Architektenvertrag. Der Architekt erhob Klage und forderte sein vollständiges Honorar abzüglich ersparter Aufwendungen, weil er von einer freien Kündigung durch die AG ausging. Dies sah die AG anders. Es handele sich nach ihrer Ansicht bei der Vertragsbeendigung um eine Kündigung aus wichtigem Grund. Dem Architekt stehe daher lediglich die Vergütung für die erbrachten Leistungen zu.

Das Kammergericht gab der AG Recht. Die Vertragsbeendigung wirke als außerordentliche Kündigung. Der Architekt sei seiner Pflicht zur rechtzeitigen Leistung nicht nachgekommen. Die Parteien hätten zumindest konkludent Zwischenfristen für die Ausführungsplanung und die Leistungsverzeichnisse dahingehend vereinbart, dass der Architekt seine Leistung zum Anfang März hätte erbringen müssen. Grundsätzlich richte sich die Fälligkeit einer vertraglichen Leistung nach dem ausdrücklichen oder konkludenten Willen der Parteien und den sonstigen Umständen (§ 271 Abs. 1 BGB). Werden mehrere Leistungen aus einem einheitlichen Vertrag geschuldet, könne es dem Willen der Vertragsparteien entsprechen, wenn diese Leistungen nacheinander zu unterschiedlichen Zeitpunkten fällig werden. Für die Fälligkeit einzelner Teilleistungen sei nicht zwingend erforderlich, dass die Parteien Fälligkeitszeitpunkte mithilfe von Zwischenfristen oder -terminen festlegen. Im Wege der Vertragsauslegung könne auch ein Zeitpunkt datiert werden, der nicht kalendermäßig vereinbart wurde. Bei Unklarheiten sei auf die Vermutung des § 271 Abs. 1 BGB zurückzugreifen, nach der die Fälligkeit entweder sofort oder, wenn ein Leistungszeitraum umstritten ist, zum früheren der in Betracht kommenden Zeitpunkte eintrete. Umfasst ein Vertrag aufeinander aufbauende zeitlich

einander nachfolgende Teilleistungen, dann könne deren sukzessive Fälligkeit zu gesonderten Terminen im Interesse des AG sein. Eine gesonderte Fälligkeit von aufeinander aufbauenden Teilleistungen sei auch ohne die Vereinbarung expliziter Zwischenfristen und -termine jedenfalls konkludent anzunehmen, wenn die AG im Interesse einer zügigen Vertragsdurchführung darauf erkennbar Wert lege und der Architekt sich darauf einlasse.

Fazit:

Der AG kann ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund zustehen, wenn für einzelne Teilleistungen Zwischenfristen vereinbart wurden. Eine Vereinbarung von Zwischenfristen kann nach Auffassung des Kammergerichts auch konkludent erfolgen. Ratsam ist jedoch die Aufnahme von Zwischenterminen in den Vertrag, wenn sie für den AG von besonderer Bedeutung sind. Dies beugt Unsicherheiten und Streitigkeiten vor.



Dr. Danilo Rosendahl, Berlin

Bedenken des Auftragnehmers begründen grundsätzlich kein Leistungsverweigerungsrecht

OLG Frankfurt, Urt. v. 05.08.2022 – 21 U 84/21

Setzt sich der Auftraggeber (AG) über die Bedenken des Auftragnehmers (AN) gegen die vorgesehene Art der Ausführung hinweg und fordert den AN in Kenntnis der Bedenken zur Leistungsfortsetzung auf, steht dem AN grundsätzlich kein Leistungsverweigerungsrecht zu, es sei denn, die Durchführung der Bauarbeiten würde gegen die Gebote von Treu und Glauben verstoßen.

Setzt der Auftragnehmer die Leistungen trotz entsprechender Aufforderung, Fristsetzung und Kündigungsandrohung nicht fort, steht dem AG das Recht zu, den Bauvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen und von dem AN Schadensersatz und Ersatz der Fertigstellungsmehrkosten zu verlangen.

Rechtliche Ausgangslage

Hat der AN Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung (auch wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren), gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer, so hat er sie dem Auftraggeber unverzüglich - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten - schriftlich mitzuteilen, § 4 Abs. 3 VOB/B. Tut er das nicht und setzt stattdessen seine Leistungen fort, haftet er für einen Mangel an seinem Werk, wenn der Mangel auf seine Bedenken zurückzuführen ist, § 13 Abs. 3 VOB/B.

Reagiert der AG auf die Bedenkenanzeige nicht oder setzt sich über die Bedenken des AN hinweg und fordert die Fortsetzung der Leistung, stellt sich für den AN regelmäßig die Frage, ob er der Aufforderung nachzukommen hat oder ob er stattdessen mit Blick auf die zu erwartenden Baumängel dazu berechtigt ist, die Leistung zu verweigern.

Nach der Rechtsprechung ist der AN grundsätzlich zur Leistungsfortsetzung verpflichtet, weil er gemäß § 13 Abs. 3 VOB/B in Folge der Bedenkenanzeige aus seiner Haftung entlassen ist. Eine Ausnahme davon liegt dann vor, wenn die Ausführung gegen gesetzliche und/oder behördliche Bestimmungen verstößt oder eine Gefahr für Leib und Leben hervorruft (vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 21.11.2016 – 10 U 71/16; OLG Hamm, Urt. vom 24.05.2012 - 21 U 95/11; BGH, Beschl. v. 20.05.2014

- VII ZR 193/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); Leinemann, VOB/B, § 4, Rn. 102 mwN).

OLG Frankfurt, Urt. v. 05.08.2022 – 21 U 84/21

Bei dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt beauftragt der AG den AN mit Bodenbelagsarbeiten. Vor Aufnahme der Leistung zeigt der AN gegenüber dem AG Bedenken u.a. wegen vorhandener Restfeuchte im Estrich an. Der AG fordert den AN wiederholt unter Fristsetzung und Kündigungsandrohung zur Leistungserbringung auf. Der AN kommt diesen Aufforderungen nicht nach und zeigt stattdessen erneut Bedenken an. Der AG erklärt daraufhin eine (Teil-)Kündigung aus wichtigem Grund und verlangt von dem AN gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 VOB/B Erstattung von Fertigstellungsmehrkosten.

Mit Erfolg. Das OLG Frankfurt erachtet die (Teil-)Kündigung als aus wichtigem Grund ausgesprochen an. Dem AN habe nach den ausdrücklichen Anweisungen des AG zur Aufnahme der Arbeiten kein Leistungsverweigerungsrecht zur Seite gestanden, ohne dass es auf die Höhe der Restfeuchte im Estrich ankomme. Denn in Folge der nachhaltigen Bedenkenanzeigen sei die Haftung des AN für die aus der Anweisung resultierenden Mängel entfallen. Nur im Einzelfall könne sich der AN auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen, und zwar nur dann, wenn die *„Durchführung der Bauarbeiten etwa eine Gefahr für Leib und Leben oder einen vergleichbaren Ausnahmetatbestand“* beinhalte, was vorliegend nicht der Fall gewesen sei.

Fazit:

Der AN ist gut beraten, seinen Pflichten nach § 4 Abs. 3 VOB/B nachzukommen und dem AG anzuzeigen, dass er i.S.d. § 6 Abs. 1 VOB/B in der Ausführung behindert ist, wenn der AG seiner Mitwirkungspflicht nicht nachkommt und nicht vorgibt, wie mit Blick auf die Bedenken zu verfahren ist. Für den Fall, dass sich der AG über die Bedenken des AN hinwegsetzt, sollte der AN prüfen, ob die unveränderte Ausführung gegen gesetzliche/behördliche Bestimmungen verstößt und/oder Gefahren für Leib und Leben hervorruft. Sollte das nicht der Fall sein, sollte der AN der Aufforderung des AG nachkommen, um sich nicht der Gefahr einer Kündigung aus wichtigem Grund auszusetzen.

Spiegelbildlich ist der AG gut beraten, die Bedenken des AN ernst zu nehmen und eingehend zu prüfen. Denn setzt sich der AG über Bedenken des AN hinweg, kann er den AN nicht für Baumängel in Anspruch nehmen, soweit sich die Bedenken des AN später als zutreffend erweisen, § 13 Abs. 3 VOB/B.



Gabriel Hubertus Schleicher, LL.M., Hamburg

Abrechnungssumme = Netto- oder Brutto-Abrechnungssumme?

Zur Auslegung des Begriffs "Abrechnungssumme" in einer vom Besteller gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingung, mit der eine Vertragsstrafe vereinbart wird.

BGH, Urteil vom 05.05.2022 – VII ZR 176/20

Die Auftraggeberin (AG) beauftragte die Auftragnehmerin (AN) unter Einbeziehung der VOB/B sowie der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der AG mit Sanierungsarbeiten; diese sahen auch einen Fertigstellungstermin vor. Außerdem enthielten die AGB-Regelungen, dass für jeden Werktag Verspätung eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,2% der Abrechnungssumme fällig wird, höchstens aber 5% der Abrechnungssumme, wenn die Auftragnehmerin den Fertigstellungstermin durch ihr Verschulden überschreitet. Nach Überschreitung durch die AN rechnete die AG mit einer Vertragsstrafe i. H. v. 5% der Bruttoabrechnungssumme gegen den Schlusszahlungsanspruch auf. Die AN klagte daraufhin die ausstehende Vergütung ein. Während das Landgericht die Vertragsstrafenregelung für unwirksam hielt, meinte das Oberlandesgericht, die Vertragsstrafe sei zwar wirksam, müsse aber aus der **Netto-Abrechnungssumme** berechnet werden.

Der BGH bestätigt, dass der **Begriff der "Abrechnungssumme" ohne weitere Erläuterungen** im Vertrag **mehrdeutig** ist und gemäß **§ 305c Abs. 2 BGB** die für den AG **ungünstigere Auslegung** vorzunehmen und die **Nettoabrechnungssumme** zu Grunde zu legen ist. Dies führt aber nicht zur Unwirksamkeit wegen Intransparenz der Klausel. Auch ist eine Vertragsstrafe von 5% der Bruttoabrechnungssumme nach dem OLG nicht zu hoch. Allerdings sind unklare Klauseln gemäß **§ 305c Abs. 2 BGB** zum Nachteil des Verwenders - hier des AG - auszulegen. Dies bedeutet, dass hier unter **"Abrechnungssumme"** die Nettoabrechnungssumme zu verstehen ist. Der AG kann daher nur eine Vertragsstrafe von 5% der Nettoabrechnungssumme verlangen. Die hiergegen eingelegte Revision des AG blieb erfolglos.

Fazit:

Gerade gewerbliche Bauherren benutzen standardisierte Bauverträge. Diese Vertragsformulare enthalten in der Regel Vertragsstrafenregelungen. Der Anknüpfungspunkt für die Berechnung dieser Vertragsstrafen ist jedoch oft unklar. Es wird zum Beispiel auf die „Abrechnungssumme“, die

„Vertragssumme“ oder die „Schlussrechnungssumme“ abgestellt. Der Bundesgerichtshof hat jetzt klargestellt, dass diese Unklarheiten zulasten des AG gehen. Eine Vertragsstrafe kann folglich niedriger ausfallen als vom AG ursprünglich erwartet. Auftraggeber sollten diese BGH-Entscheidung zum Anlass nehmen, ihre Standardverträge zu überprüfen und die Anknüpfungspunkte für Vertragsstrafen eindeutig zu formulieren. Die AN sollten für bereits abgeschlossenen Verträge die erforderliche Bestimmtheit überprüfen und bei Mehrdeutigkeiten die aktuelle BGH-Entscheidung anwenden.

Stichwörter:

Vereinbarte Vertragsstrafe

Netto-Abrechnungssumme

- **305c Abs. 2 BGB**

Mehrdeutigkeit



Kristin Beckmann, Köln

Zur AGB-rechtlichen Unwirksamkeit von „Kombi-Bürgschaften“ in Bauverträgen

LG Köln, **Urteil vom 14.10.2021 - 8 O 440/20**

Der Fall

Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit umfangreichen Bau- und Abbrucharbeiten. Bestandteil des Vertrages waren die VOB/B sowie die „Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau, Ausgabe 2014“ (ZVB/E-StB 2014) als Teil des „Handbuchs für die Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau“ (HVA B-StB) des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und digitale Infrastruktur. Die ZVB/E-StB 2014 enthielten folgende Regelungen bzgl. der geforderten Sicherheitsleistungen des Auftragnehmers:

„110 Sicherheitsleistung

110.1 Sicherheit für Vertragserfüllung ist (...) in Höhe von 5 % der Auftragssumme (ohne Nachträge) zu leisten. Diese wird nach Abnahme auf Verlangen des Auftragnehmers gegen eine Sicherheit für Mängelansprüche ausgetauscht.

110.2 Die Sicherheit für Mängelansprüche beträgt 3 % der Brutto-Abrechnungssumme. Sind bei der Abnahme festgestellte Mängel noch zu beseitigen, ist hierfür als Sicherheit ein Druckzuschlag (brutto) gem. § 641 (3) BGB als Einbehalt (...) zu leisten. (...) Wenn ein Einbehalt nicht möglich ist, kann zur Absicherung des Druckzuschlags separat eine gesonderte Mängelansprüchebürgschaft gestellt werden.

(...)

111. Bürgschaften

111.1 Wird Sicherheit durch Bürgschaft geleistet, sollen die für den jeweiligen Sicherungszweck einschlägigen Formblätter des Auftraggebers verwendet werden. Werden andere Formblätter verwendet, müssen diese inhaltlich vollständig den betreffenden Formblättern des Auftraggebers entsprechen und zwar für:

- die Vertragserfüllung das Formblatt (kombinierte) „Vertrags- und Mängelansprüchebürgschaft“
- die Mängelansprüche das Formblatt „Mängelansprüchebürgschaft“ (...).

(...)

111.5 Die Urkunde über die (kombinierte) Vertragserfüllungs- und Mängelansprüchebürgschaft ist unter Beachtung der Regelungen in Ziffer 110.2 nach Abnahme gegen eine Mängelansprüchebürgschaft auszutauschen.“

Nach Kündigung des Bauvertrages verlangte die Klägerin die Herausgabe der gestellten Vertragserfüllungsbürgschaft unter Bezugnahme auf die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede in den ZVB/E-StB 2014 aus § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Nach Weigerung der Beklagten wurde die Herausgabe eingeklagt.

Die Entscheidung

Mit Erfolg! Das LG Köln hielt die gesamte Sicherungsabrede der Vertragserfüllungssicherheit wegen der benachteiligenden Klauseln für unwirksam und verurteilte die Beklagte nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB zur Herausgabe der aufgrund der unwirksamen Klauseln hergegebenen Bürgschaftsurkunde. In seinem Urteil führt das LG aus, dass die genannten Klauseln eine Übersicherung der Beklagten ermöglichen und deshalb eine unangemessene Benachteiligung für die Klägerin darstellen. Zwar ist die Forderung einer Sicherheit für die Vertragserfüllung i.H.v. 5 % der Auftragssumme nach Ziff. 110.1 ZVB/E-StB 2014 sowie die Forderung einer Sicherheit für Mängelansprüche i.H.v. 3 % der Brutto-Abrechnungssumme nach Ziff. 110.2 ZVB/E-StB 2014 jeweils für sich genommen nicht zu beanstanden. Bei Zugrundelegung der kundenfeindlichsten Auslegung der Klauseln kommt jedoch die Möglichkeit in Betracht, dass die Klägerin für einen nicht unerheblichen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen möglicher Mängelansprüche der Beklagten eine Sicherheit i.H.v. 5 % der Auftrags- und 3 % der Abrechnungssumme leisten muss. Denn aufgrund der Formulierungen in den genannten Klauseln ist eine Auslegung denkbar, nach der die Sicherheit für die Vertragserfüllung, wenn sie als Bürgschaft geleistet wird, auch Mängelansprüche nach Abnahme (und nicht, wie von der Beklagten angeführt, lediglich Mängelansprüche vor Abnahme) mit umfasst. Es ist ebenfalls denkbar, dass diese Bürgschaft noch längere Zeit nach der Abnahme nicht zurückgegeben wird, während bereits zeitgleich die Sicherheit für Mängelansprüche verlangt werden kann. Diese Überschneidung kann dazu führen, dass insgesamt eine Übersicherung der Mängelansprüche vorliegt, denn die zulässige Höchstgrenze für eine Absicherung von Mängelansprüchen nach der Abnahme liegt bei 5 % der Abrechnungssumme. Es fehlt in den ZVB/E-StB 2014 an einer eindeutigen Definition, welche Ansprüche von den jeweils zu stellenden Bürgschaften erfasst sein sollen. Der Umstand, dass auch eine kundenfreundliche Auslegung dahingehend vertretbar wäre, dass die „(kombinierte) Vertragserfüllungs- und Mängelansprüchebürgschaft“ nur Mängelansprüche vor der Abnahme absichern soll, ist nicht ausschlaggebend, da für die Beurteilung der Wirksamkeit der Klauseln allein die kundenfeindlichste Auslegung maßgeblich ist.

Der in Ziff. 110.1 ZVB/E-StB geregelte „Austausch“ der beiden Sicherheiten steht auch einer zeitlichen Überschneidung nicht entgegen, denn es ist zumindest denkbar, dass hier nur die geplante regelmäßige Vorgehensweise beschrieben wird, ohne jedoch eine Aussage über mögliche Zurückbehaltungsrechte der Beklagten zu treffen. Insbesondere im Falle einer vorzeitigen Vertragsbeendigung kann die Beklagte die Sicherheit für die Vertragserfüllung noch einbehalten, während aufgrund der erfolgten Abnahme auch bereits eine Mängelanspruchesicherheit zu leisten ist. Die Austausch-Regelung in Ziff. 110.1 ZVB/E-StB 2014 enthält nämlich weder eine Regelung zur Fälligkeit der Mängelansprüchebürgschaft (sodass es bei der Regelung des § 17 Abs. 7 VOB/B

verbleibt und die Mängelansprüchesicherheit grundsätzlich 18 Werktage nach Vertragsabschluss bzw. nach allgemeiner Ansicht spätestens bei Abnahme zu stellen ist), noch wird dadurch ein verbindliches Austauschrecht der Klägerin vereinbart.

Das OLG Köln schloss sich mit einem Hinweisbeschluss (OLG Köln, **Beschl. v. 30.05.2022, 11 U 67/22**) der Einschätzung der Klägerin und des LG an und kündigte die Zurückweisung der durch die Beklagte eingelegten Berufung an. Die Berufung wurde daraufhin durch die Beklagte zurückgenommen, sodass es nicht mehr zu einem obergerichtlichen Urteil kam.

Fazit

Die Entscheidung steht im Einklang mit der bisherigen durch die ober- und bundesgerichtliche Rechtsprechung vertretenen Linie, nach der sog. „Kombi-Bürgschaften“ grundsätzlich kritisch zu betrachten sind. Diesbezüglich gab es bereits Entscheidungen zu den Vorgängerklauseln der früheren ZVB/E-StB, die ebenfalls für unwirksam erklärt wurden. Wegen der maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung ist eine rechtskonforme Ausgestaltung von Kombi-Bürgschaften in AGB praktisch kaum möglich, wenn zusätzlich noch eine Mängelansprüchesicherheit verlangt wird. Zur Vermeidung von Risiken und Rechtsunsicherheiten sollte deshalb aus Auftraggebersicht von einer solchen Konstruktion bei der Vertragsgestaltung abgesehen werden. Stattdessen sollte eine strikte Trennung zwischen Vertragserfüllungs- und Mängelansprüchesicherheiten erfolgen, die bereits bei der Wahl der Begrifflichkeiten beginnt, damit aus keinem denkbaren Blickwinkel eine zeitliche und inhaltliche Überschneidung der beiden Sicherheiten in Betracht kommen kann. Für Auftragnehmer mit älteren Verträgen aus den Jahren 2014 bis 2018 kann sich insbesondere bei gekündigten Vertragsverhältnissen und Einbehaltung der Vertragserfüllungssicherheit durch den Auftraggeber ein Blick in die Vertragsunterlagen lohnen. Die nachfolgende Fassung der ZVB/E-StB 2018 enthält die streitgegenständlichen Klauseln hingegen nicht mehr.