



Neues zum Baurecht 04/2016



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 4. Ausgabe 2016 unseres Informationsdienstes "Neues zum Baurecht". Wie gewohnt stellen wir Ihnen ausgewählte Urteile und ihre Auswirkungen in der Praxis vor. Sollte Sie hierzu 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 unter www.leinemann-partner.de/veranstaltungen.

An dieser Stelle möchten wir Sie auch noch auf zwei Dinge hinweisen:

1. Unsere Diskussionsveranstaltung in Berlin am 24. Oktober 2016: „Großprojekte - Baurecht - neue Herausforderungen“.
2. Der neue VOB/B Kommentar mit FIDIC-Conditions, Ausgabe 2016 von Leinemann. Weitere Informationen und eine Bestellmöglichkeit finden Sie [hier](#).

Wir wünschen Ihnen eine gute Lektüre!

Themen

Dr. Thomas Kirch, Berlin

Böswillige de-facto-Vergabe

Gabriel Hubertus Schleicher, LL.M., Hamburg

Bauherr muss Gartenplaner mangelfreie Architektenpläne übergeben!

Eva Bouchon, M.A., Berlin

Nennung der Mangelsymptome reicht zur Rüge sämtlicher Ursachen

Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrages



Dr. Thomas Kirch, Berlin

Böswillige de-facto-Vergabe

Mit **Urteil vom 17.8.2016 (1 U 159/14)** hat sich der OLG Saarbrücken dazu geäußert, ob ein Architekt seinen Honoraranspruch gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber durchsetzen kann, wenn die zugrunde liegenden Verträge unter gezielter Missachtung des Vergaberechts geschlossen wurden.

Sachverhalt

Ein auf Projektsteuerung spezialisiertes Architekturbüro klagt gegenüber einer öffentlichen Auftraggeberin offenstehende Vergütungsansprüche ein. Bereits vor Abschluss der betroffenen Verträge war das Architekturbüro für diese Auftraggeberin in erheblichem Umfang tätig. Mit Blick auf den beabsichtigten Neubau eines Museums schlossen die Auftraggeberin und das Architekturbüro dann mehrere Verträge nebst Ergänzungsvereinbarungen. Nach staatsanwaltlichen Ermittlungen gegen den damaligen Vorstand der Auftraggeberin kündigte diese sämtliche mit dem Architekturbüro bestehenden Verträge aus wichtigem Grund. Der Vorstand ist dann später tatsächlich wegen Untreue sowie Vorteilsnahme im Zusammenhang mit einer Zahlung an den Geschäftsführer des Architekturbüros strafrechtlich verurteilt worden. Das Architekturbüro verlangt im Wege der Klage die Zahlung der noch offenstehenden Vergütung für erbrachte und infolge der Kündigung nicht mehr erbrachte Leistungen abzüglich ersparter Aufwendungen. Im Gegenzug macht die Auftraggeberin widerklagend die Rückzahlung der geleisteten Vergütung geltend. In der I. Instanz sind Klage und Widerklage abgewiesen worden.

Entscheidung

Das OLG Saarbrücken bestätigt das erstinstanzliche Urteil. Die streitgegenständlichen Vereinbarungen sind wegen kollusivem – böswilligem – Zusammenwirken der Parteien bei Außerachtlassung der nach dem Vergaberecht zwingend erforderlichen EU-weiten Ausschreibung gem. § 138 Abs. 1 BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig.

Das Gericht lässt offen, ob bereits Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz gem. § 134 BGB vorliegt. Ob die Vergabevorschriften Verbotsgesetze in diesem Sinne darstellen, ist umstritten, wird aber wohl überwiegend verneint. Gegen ein solches Verständnis spricht, dass das gesetzliche Verbot der Zuschlagserteilung im Kartellvergaberecht an die Voraussetzungen geknüpft ist, dass wegen des Beschaffungsvorhabens ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet und dem öffentlichen Auftraggeber der Nachprüfungsantrag zugestellt worden sein muss. Hieraus folgt, dass allein die Missachtung der Vergaberegeln nach dem Willen des Gesetzgebers nicht bereits zu einem Zuschlagsverbot führt.

Ein ohne Durchführung eines rechtlich gebotenen Vergabeverfahrens erteilter Auftrag verstößt aber gegen die guten Sitten, wenn der öffentliche Auftraggeber in bewusster Missachtung des Vergaberechts handelt und er überdies mit dem Auftragnehmer kollusiv zusammenwirkt. Da sich das Verbot sittenwidriger Rechtsgeschäfte auf das Rechtsgeschäft als solches und nicht auf das Handeln der Beteiligten oder die Umstände beim Abschluss des Rechtsgeschäfts bezieht, können die Umstände nur dann zur Nichtigkeit führen, wenn sie dem Rechtsgeschäft trotz indifferenten Inhalts ein sittenwidriges Gepräge geben.

Die streitgegenständlichen Vereinbarungen unterfallen dem Kartellvergaberecht. Darauf, ob der damalige Vorstand bei Unterzeichnung der Verträge erkennbar unter Missbrauch der ihm eingeräumten Vertretungsmacht gehandelt hat, kommt es für die Nichtigkeit nicht an. Der Vorstand der Auftraggeberin und der Geschäftsführer des Architekturbüros haben nämlich bei Abschluss der Verträge unter Außerachtlassung der vergaberechtlichen Vorschriften böswillig zusammengewirkt. Hierbei ist weder das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit noch eine Schädigungsabsicht erforderlich. Es reicht, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen die Sittenwidrigkeit folgt. Dem steht es dabei gleich, wenn sich jemand bewusst oder grob fahrlässig der Erkenntnis erheblicher Tatsachen verschließt. Sittenwidrig können auch Geschäfte sein, durch die Dritte gefährdet oder geschädigt werden oder die im krassen Widerspruch zum Gemeinwohl stehen. Dann müssen alle an dem Geschäft Beteiligten sittenwidrig handeln, also die Tatsachen, die die Sittenwidrigkeit begründen, kennen oder sich zumindest ihrer Kenntnis grob fahrlässig verschließen.

Vorliegend wusste sowohl der Vorstand der Auftraggeberin als auch der Geschäftsführer des Architekturbüros, dass die streitgegenständlichen Vereinbarungen dem Vergaberecht unterfielen und EU-weit hätten ausgeschrieben werden müssen. Dennoch haben sie diese Verträge ohne Ausschreibung direkt miteinander abgeschlossen. So hatte im Vorfeld des Vertragsschlusses bereits ein Rechtsanwalt für die Auftraggeberin die Vergabepflichtigkeit bejaht und eine Bekanntmachung entworfen. Aufgrund gemeinsamer Besprechungen war dies sowohl dem damaligen Vorstand der Auftraggeberin als auch dem Geschäftsführer des Architekturbüros bekannt.

Weder der Auftraggeberin, noch dem Architekturbüro stehen Ansprüche auf Herausgabe ihrer erbrachten Leistungen zu. So ist eine Rückforderung gem. § 817 BGB ausgeschlossen, wenn dem Leistenden ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten zur Last fällt. An dem unrechtmäßigen Vertrag soll nicht weiter verdient werden können. Wie auch bei Schwarzarbeit ist daher ein Wertersatz ausgeschlossen, damit ein Auftragnehmer sein Honorar nicht auf Umwegen noch verlangen kann. Ebenso wenig steht aber auch dem Auftraggeber ein Anspruch auf Rückzahlung des gezahlten Werklohns zu.

Praktische Hinweise

Eine eindeutige Entscheidung. Wirken Auftragnehmer und Auftraggeber böswillig mit dem Ziel einer Umgehung des Vergaberechts zusammen, so ist nicht nur der betroffene Vertrag nichtig. Auch Rückforderungsansprüche sind wechselseitig ausgeschlossen. Eine Versagung jeden zivilrechtlichen Schutzes ist schon zur Abschreckung geboten.



Gabriel Hubertus Schleicher, LL.M., Hamburg

Bauherr muss Gartenplaner mangelfreie Architektenpläne übergeben!

Beauftragt der Besteller einen Architekten mit der Objektplanung für ein Gebäude und einen weiteren Architekten mit der Planung der Außenanlagen zu diesem Objekt, trifft ihn grundsätzlich die Obliegenheit, dem mit der Planung der Außenanlage beauftragten Architekten die für die mangelfreie Erstellung seiner Planung erforderlichen Pläne und Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Hat der mit der Objektplanung beauftragte Architekt diese fehlerhaft erstellt, muss sich der Besteller dessen Verschulden gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB im Verhältnis zu dem mit der Planung der Außenanlage beauftragten Architekten zurechnen lassen.

BGH, Urt. v. 14.07.2016 - VII ZR 193/14

Die Parteien streiten über Schadensersatzforderungen im Zusammenhang mit dem Neubau einer Schule. Die klagende Gemeinde hatte den Beklagten Architekten mit der Planung und Überwachung des Neubaus einer Schule beauftragt. Zudem hat sie der ebenfalls beklagten Landschaftsarchitektin die Planung und Überwachung des Baus der Freianlage übertragen. Nach einiger Zeit wurde in verschiedenen Räumen des Gebäudes Schimmelbildungen festgestellt, die auf massivem und dauerhaftem Feuchteintrag in das Gebäude beruhten. Die Gemeinde verlangt von den Architekten als Gesamtschuldner ca. EUR 536.000,00 an Sanierungskosten. Die Landschaftsarchitektin wendet Mitverschulden des Bestellers ein, weil die ihr übergebene Architektenplanung fehlerhaft gewesen sei. Dem folgt das OLG nicht.

Der BGH ist anderer Ansicht und verweist den Rechtsstreit an das OLG zurück. Beauftragt der Besteller einen Architekten mit der Objektplanung für ein Gebäude und einen weiteren Architekten mit der Planung der Außenanlage zu diesem Objekt, darf der mit der Planung der Außenanlage beauftragte Architekt erwarten, dass die ihm vom Besteller zur Verfügung gestellten Pläne und Unterlagen zutreffende Angaben über die Umstände teilen, die er für seine eigene Planung benötigt. Die Übergabe der Pläne und Unterlagen stellt in diesem Fall eine Mitwirkungshandlung des Bestellers zur Erlangung einer sachgerechten Planung der Außenanlage dar. Der Besteller erfüllt damit seine Obliegenheit, dem mit der Planung der Außenanlage beauftragten Architekten mangelfreie Pläne zur Verfügung zu stellen. Stammen die übergebenen Pläne von dem mit der Objektplanung beauftragten Architekten, muss der Besteller sich die Mitverursachung des in Folge

einer mangelhaften Planung eingetretenen Schadens durch diesen gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB zurechnen lassen, weil er sich dieses Architekten zur Erfüllung des ihm aus § 254 Abs. 1 BGB im eigenen Interesse treffenden Obliegenheit bedient hat.

Fazit

Der BGH setzt seine Rechtsprechung mit dieser Entscheidung konsequent fort. Danach trifft den Besteller die Obliegenheit, mangelfreie Planunterlagen anderen Baubeteiligten zur Ausführung ihrer Leistung zur Verfügung zu stellen. Zuletzt hat der BGH dies im Rahmen der Planübergabe an den bauleitenden Architekten (BGH, Urt. v. 27.11.2008 – VII ZR 206/06 IBR 2009, 90) und den Tragwerksplaner (BGH, Urt. v. 15.05.2013 - VII ZR 257/11, IBR 2013, 476) so entschieden. Dabei muss sich der Besteller das fehlerhafte Verhalten desjenigen, der den weitergegebenen Plan gefertigt hat, als eigenes Verschulden gemäß § 278 BGB zurechnen lassen. Anders zu beurteilen ist die Rechtslage im Rahmen der Bauaufsicht. Demgegenüber entfällt eine Haftung des Bestellers über § 278 BGB für Fehler des Architekten bei der örtlichen Bauaufsicht; insoweit ist der Architekt nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherren (vgl. BGH, Urt. v. 20.12.1973 – VII ZR 153/71, BauR 1974, 205). Anders ausgedrückt: Baubeteiligte habe gegenüber dem Besteller selbstverständlich keinen Anspruch auf Überwachung ihrer eigenen Leistung.



Eva Bouchon, M.A., Berlin

Nennung der Mangelsymptome reicht zur Rüge sämtlicher Ursachen

BGH, Beschluss vom 24.08.2016, AZ: VII ZR 41/14

1. **Ein Mangel ist ausreichend bezeichnet, wenn der Auftraggeber Symptome des Mangels benennt. In diesem Fall sind immer alle Ursachen für die bezeichneten Symptome von der Mängelrüge erfasst. (*)**
2. **Das gilt auch, wenn die angegebenen Symptome des Mangels nur an einigen Stellen aufgetreten sind, während ihre Ursache und damit der Mangel des Werkes in Wahrheit das ganze Gebäude erfasst. (*)**

Ein Auftraggeber (Beklagter) beauftragt eine Unternehmerin (Klägerin) mit der Errichtung des Rohbaus eines Gebäudes, welches als Alten- und Pflegeheim genutzt werden soll. Später rügt der Beklagte Mängel an der weißen Wanne. Diese beziehen sich auf Dehn- und Arbeitsfugen im Bereich der Tiefgaragen I und II und der Aufzugsschächte 1 und 2. Die Klägerin macht restlichen Werklohn im Klagewege geltend. Der Beklagte wendet ein, die Werklohnforderung war nicht fällig und macht im Wege der Hilfsaufrechnung u.a. Schadensersatzansprüche geltend. Das Berufungsgericht sprach dem Beklagten wegen der Mängel der weißen Wanne einen Schadensersatzanspruch in Höhe von EUR ca. 270.000,00 für die Sanierung von Dehn- und Arbeitsfugen im Bereich der Tiefgaragen I und II und der Aufzugsschächte 1 und 2 sowie Regiekosten zu. Weitere Schadensersatzansprüche des Beklagten für die Sanierung anderer Bereiche wurden mit der Begründung abgewiesen, eine *„fristgerechte Rüge des Gesamtbereiches des Untergeschosses durch den Beklagten in Bezug auf Mängel der weißen Wanne sei nicht dargetan“*.

Das sieht der BGH anders. Schon das Berufungsgericht hatte ausdrücklich auf die ständige Rechtsprechung Bezug genommen, nach der ein Mangel ausreichend bezeichnet ist, wenn der Auftraggeber Symptome des Mangels benennt. Der BGH stellt klar, dass in diesem Fall immer alle Ursachen für die bezeichneten Symptome von der Mängelrüge erfasst sind. Dass gilt auch dann, wenn die angegebenen Symptome des Mangels nur an einigen Stellen aufgetreten sind, während ihre Ursache und damit der Mangel des Werkes in Wahrheit das ganze Gebäude erfasst (mit Verweis auf BGH, Urteil vom 03.07.1997, AZ: VII ZR 210/96). Somit hatte das Berufungsgericht die irriige Annahme getroffen, der Beklagte hätte seine Mängelrüge auf Teilbereiche der weißen Wanne beschränkt und folglich seien weitergehende Schadensersatzansprüche verjährt, soweit diese außerhalb der benannten Dehn- und Arbeitsfugen der weißen Wanne im Bereich der Tiefgaragen I und II und außerhalb des Bereichs der Aufzugsschächte 1 und 2 geltend gemacht wurden.

Der BGH sah darin einen Verstoß gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs, weil das Gericht entscheidungserhebliches Parteivorbringen nicht zur Kenntnis genommen hatte. Auch wenn das Berufungsgericht den Inhalt der Mängelrüge im Urteil wiedergegeben hatte, hatte es nach Sicht des BGH den Sinn der Mängelrüge jedoch nicht erfasst und damit dem Beklagten nicht das rechtliche Gehör gewährt.

Fazit

Es wird in dem Beschluss deutlich klargestellt, dass eine Mängelrüge viel umfassender sein kann als es zunächst der Wortlaut zeigen mag. Auch wenn nur ein Mangel an einer Stelle bezeichnet wird, sind davon sämtliche Mängel des Werkes am ganzen Gebäude erfasst, soweit sie auf derselben Ursache beruhen. Der Auftraggeber ist insofern nicht gehalten, bei Geltendmachung eines Mangels bereits das ganze Gebäude zu überprüfen, auch später entdeckte Mängel derselben Ursache sind von der erfolgten Mängelrüge mit umfasst.



Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrages

BGH, Urteil vom 25.08.2016 - VII ZR 193/13

Das Gericht muss, wenn bei einem gekündigten Pauschalpreisvertrag der Auftragnehmer prüfbar abgerechnet hat, in die Sachprüfung eintreten, ob und in welcher Höhe die geltend gemachte Werklohnforderung berechtigt ist. Hat der Auftraggeber die Richtigkeit der Schlussrechnung substantiiert bestritten, ist hierüber Beweis zu erheben (Anschluss an BGH, Versäumnisurteil vom 13.07.2006 - VII ZR 68/05, BauR 2006, 1753 = NZBau 2006, 637 = IBR 2006, 539).*)

Der Kläger (Kl.) fordert als Insolvenzverwalter für einen Generalunternehmer (GU) vom beklagten Auftraggeber (Bekl.) die Zahlung restlichen Werklohns aus einem Generalunternehmervertrag für die Errichtung von vier Mehrfamilienhäusern zu einem Pauschalpreis von EUR 1.985.000,00. Von Juni 2006 bis April 2007 erbrachte der GU einen Großteil der vertraglichen Leistungen, bevor er im April 2007 insolvent wurde. Der Bekl. kündigte daraufhin den Vertrag mit sofortiger Wirkung. Im Juni 2007 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des GU eröffnet und der Kl. zum Insolvenzverwalter bestellt. Die Parteien erstellten nach einer Begehung im Mai 2007 eine als "Bautenstandbericht" überschriebene Liste, hinsichtlich derer streitig ist, ob diese lediglich den Bautenstand dokumentieren sollte oder eine Mängelliste darstellte. Der Kl. legte eine Schlussrechnung über die vom GU erbrachten Leistungen vor, aus der er vor dem Landgericht nach Abzügen für näher bezeichnete Mängel und der vom Bekl. bereits geleisteten Zahlungen noch einen Betrag in Höhe von EUR 213.781,24 geltend macht. Das Landgericht hat den Bekl. zur Zahlung in Höhe von EUR 213.781,24 verurteilt. Die Berufung des Bekl. ist erfolglos geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Bekl. seinen Klageabweisungsantrag weiter. Mit Erfolg. Der BGH hebt das Urteil des OLG auf und verweist die Sache zurück. Nicht zu beanstanden war, dass der Bekl. im Hinblick auf den vom GU gestellten Insolvenzantrag gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B (2002) zur Kündigung des Generalunternehmervertrags berechtigt gewesen ist (vgl. BGH, Ur. v. 07.04.2016 - VII ZR 56/15, Neues zum Baurecht 3/2016) und dem GU lediglich ein Vergütungsanspruch für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen nach § 631 Abs. 1 BGB zusteht. Die Schlussrechnungsforderung war inhaltlich auch schlüssig dargetan. Rechtlich verfehlt war dagegen die Auffassung des OLG, der Bekl. habe die Richtigkeit der vom Kl. zur Abrechnungsgrundlage gemachten Kalkulation nicht hinreichend bestritten. Nach der Rechtsprechung des BGH muss das Gericht, wenn bei einem gekündigten Pauschalpreisvertrag der Auftragnehmer prüfbar abgerechnet hat, in die Sachprüfung eintreten, ob und in welcher Höhe die geltend gemachte Werklohnforderung berechtigt ist. Hat der Auftraggeber die Richtigkeit der Schlussrechnung substantiiert bestritten, ist hierüber Beweis zu erheben (st. Rspr.; vgl. BGH, Versäumnisurteil v. 13.07.2006 - VII ZR 68/05, BauR 2006, 1753, 1754; Ur. v. 25.11.2004 - VII ZR 394/02, BauR 2005, 385, 386). Entgegen der Auffassung des OLG ist für ein solches Bestreiten

dagegen nicht zu verlangen, dass der Auftraggeber eine vollständige Gegenrechnung vornimmt. Danach hat der Bekl. die inhaltliche Richtigkeit der vom Kl. erstellten Schlussrechnung hinreichend bestritten. Er hat unter Vorlage verschiedener Angebote einzelner Handwerksunternehmer geltend gemacht, dass die für die erbrachten Leistungen angesetzten Einheitspreise überhöht seien. Hiermit hat der Bekl. den an ein substantiiertes Bestreiten zu stellenden Anforderungen genügt. Das OLG war daher gehalten, über die vom Kl. geltend gemachte Forderung Beweis zu erheben.

Fazit

Die Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrages bleibt eine der schwierigsten Aufgabenstellungen für den Auftragnehmer. Auch eine geglückte schlüssige Abrechnung allein führt noch nicht zum Erfolg. Der BGH weist das OLG insofern für die weitere Sachverhaltsaufklärung daraufhin, dass seine Begründung, mit der es die vom Bekl. zur Aufrechnung gestellten Kosten für die Restfertigstellung und für die Mängelbeseitigung zurückgewiesen hat, auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen nicht tragfähig ist. Die vom OLG geforderte Darlegung des Umfangs der Mängelbeseitigungskosten einerseits und der Fertigstellungsmehrkosten andererseits ist nur geboten, wenn lediglich die Voraussetzungen für einen Anspruch des Bekl. auf Ersatz der Fertigstellungsmehrkosten nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOB/B (2002), nicht jedoch für einen Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (2002) vorliegen (vgl. BGH, Urt. v. 08.10.1987 - VII ZR 45/87, BauR 1988, 82, 83 f.). Dies hatte das OLG bislang nicht festgestellt.