



Neues zum Baurecht 04/2017



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 4. Ausgabe 2017 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 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](#).

Weiterhin möchten wir Sie auf unsere **Seminarreihe "Das neue Bauvertragsrecht"** hinweisen. Weitere Informationen finden Sie [hier](#).

Am **23.11.2017** findet außerdem der **6. Berliner Brandschutztreff** statt. Weitere Informationen finden Sie [hier](#).

Wir wünschen Ihnen eine gute Lektüre!

Themen

Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

Keine Haftung des Bauträgers für Verwaltungskosten bei unwirksamer Abnahmeklausel!

Eva Bouchon, M.A., Berlin

Rückgabezeitpunkt der Vertragserfüllungsbürgschaft darf nicht an die Mängelbeseitigung gekoppelt sein

Julia Barnstedt, Hamburg

Ein fehlendes gemeinsames Aufmaß führt nicht dazu, dass der Auftragnehmer keine Werklohnforderung mehr geltend machen kann oder diese zumindest nicht fällig ist.

Pascal Göpner, Köln

Architekten- und Ingenieurvertrag oder Projektsteuerung, Dienst- oder Werkvertrag? Neue Rechtsunsicherheiten in der Vertragsgestaltung

Christina Müller, München

Keine Pflicht zur Bedenkenanzeige bei allgemein bekannten Risiken!

Dr. Eva-D. Leinemann, LL.M., Berlin

Harte Strafklauseln in Gemeinschaftsordnungen stehen der Eintragungsfähigkeit ins Grundbuch nicht entgegen

Leonie Klönne, Köln

AGK-Zuschlag auch für Mehrmengen über 110%!

Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

Keine Insolvenzanfechtung bei Durchsetzung unbestrittener Ansprüche



Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

Keine Haftung des Bauträgers für Verwaltungskosten bei unwirksamer Abnahmeklausel!

OLG München, Urteil vom 09.05.2017 – 9 U 2687/16

Das OLG München hat über verschiedene Kostenerstattungs- und Schadensersatzansprüche einer Eigentümergemeinschaft wegen Aufwendungen für die laufende Instandsetzung und Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums gegen den Bauträger entschieden. Die Klausel zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums in den Erwerbverträgen wurde für unwirksam erklärt, weil die Abnahme für alle Eigentümer durch einen vom Bauträger zu bestimmenden Sachverständigen erfolgt ist. In den Erwerbverträgen heißt es weiter: „Der Besitz, die Nutzung und Lasten sowie die Gefahr des zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung gehen mit dem Tage der Abnahme des Vertragsobjektes (Sondereigentum) auf den Käufer über. Von diesem Zeitpunkt an tritt der Käufer auch in alle Rechte und Pflichten der Eigentümergemeinschaft ein. Er hat die aus der jeweils maßgeblichen Lastenberechnung ersichtlichen Beträge zuzüglich etwaiger Entgelte für die Gemeinschaftsanlagen und Folgeeinrichtungen monatlich im Voraus an den Verwalter zu überweisen.“

Das OLG München entschied, dass trotz der Unwirksamkeit der Abnahmeklausel der Eigentümergemeinschaft kein Anspruch auf die laufenden Unterhaltskosten für das Gemeinschaftseigentum in Form von Allgemeinen Betriebskosten und Kosten der laufenden Instandhaltung der Wohnanlage zusteht. Das ergibt sich zum einen aus dem notariellen Kaufvertrag und der Regelung über den Übergang der Nutzung und Belastung sowie der Gefahr des zufälligen Untergangs mit Abnahme des Sondereigentums. Nach Auslegung dieser Klausel gemäß §§ 133, 157 BGB beinhaltet die Klausel, dass der Käufer mit der Abnahme des Sondereigentums, also der rechtlichen und tatsächlichen Billigung, auch in die Rechte und Pflichten bezüglich des Gemeinschaftseigentums eintreten sollte. Dies folgt auch aus § 16 Abs. 2 WEG, wonach jeder Wohnungseigentümer den anderen Eigentümern gegenüber verpflichtet ist, die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des Gemeinschaftseigentums nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen. Da alle Eigentümer in das Grundbuch eingetragen sind, haben sie nach der vertraglichen Regelung und nach § 16 WEG die Kosten der Instandhaltung und der Instandsetzung zu tragen. Einen Anspruch der Eigentümergemeinschaft auf die geltend gemachten Kosten sieht das OLG München weder aus den vertraglichen Regelungen noch aus gesetzlichen Vorschriften erwachsen. Insbesondere besteht auch kein Schadensersatzanspruch, weil die entstanden Kosten nicht auf die unterbliebene Abnahme in Folge einer mangelhaften Errichtung des Gemeinschaftseigentums zurückzuführen sind, sondern durch die vertraglich vorgesehene

Benutzung des Gemeinschaftseigentums durch die Wohnungseigentümer verursacht wurden.

Fazit:

Die Entscheidung des OLG München wird nur der Anfang einer Reihe von Entscheidungen sein, die sich mit der Geltendmachung von Kosten durch Eigentümergeinschaften auseinandersetzen, die durch die vertraglich vorgesehene Nutzung des Gemeinschaftseigentums durch die Eigentümer zurückzuführen sind. Zu begrüßen ist dabei, dass das OLG genau danach differenziert, welche Ansprüche der Eigentümergeinschaft aufgrund von Mängeln an der Leistung des Bauträgers bestehen und welche im Zusammenhang mit einer vertraglichen Nutzung zwangsläufig entstehen. Dabei geht das OLG zu Recht davon aus, dass die Klausel in den Bauträgerverträgen, nach den Nutzungen und Lasten auf die Eigentümer mit Abnahme des Sondereigentums über gehen können, dazu führt, dass Kosten, die im Zusammenhang mit der vertraglichen Benutzung des Gemeinschaftseigentums stehen, nicht von dem Bauträger zu übernehmen sind, wenn keine wirksame Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgte.



Eva Bouchon, M.A., Berlin

Rückgabezeitpunkt der Vertragserfüllungsbürgschaft darf nicht an die Mängelbeseitigung gekoppelt sein

Urteil vom OLG Hamm, Urteil vom 09.02.2017, Az.: 24 U 129/15

Die Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, wonach der Auftragnehmer eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % der Auftragssumme zu stellen hat, die der Auftraggeber über den Zeitpunkt der Abnahme hinaus so lange einbehalten darf, bis etwaige im Abnahmeprotokoll aufgeführte Mängel erledigt sind, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam. *)

Im vorliegenden Fall nahm die Klägerin als Auftraggeberin die Beklagte als Bürgin für den Auftragnehmer auf Zahlung in Anspruch. Auftraggeber und Auftragnehmer hatten einen VOB/B-Bauvertrag geschlossen, in welchem die Berechtigung für den Auftraggeber enthalten war, einen Gewährleistung-Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5 % der geprüften Bruttoschlussrechnungssumme in Abzug zu bringen. Der Sicherheitseinbehalt galt für eine Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche von fünf Jahren als vereinbart und konnte durch eine Bürgschaft abgelöst werden. Zur Vertragserfüllungsbürgschaft waren folgende Regelungen aufgenommen worden:

„§ 11.1:

Zur Absicherung sämtlicher Ansprüche des Auftraggebers aus diesem Vertrag übergibt der Auftragnehmer diesen bis spätestens 14 Tage nach Vertragsschluss eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von EUR 400.000,00. ...Die Vertragserfüllungsbürgschaft muss textlich dem Muster der Anlage 17 entsprechen.“

In Anlage 17 heißt es:

„Die Grundlagen dieses Vertrages sind: das Muster einer Vertragserfüllungsbürgschaft (Anlage 17).“

In der beigefügten Muster-Bürgschaftsurkunde heißt es auszugsweise wie folgt:

„Gemäß der vertraglichen Vereinbarung ist der Auftragnehmer verpflichtet, für die vertragsgemäße Ausführung der ihm übertragenen Leistungen einschließlich der Abrechnung dem Auftraggeber eine Bürgschaft in Höhe von 10 % der Brutto-Auftragssumme zu stellen.“

„Die Bürgschaft gilt für sämtliche Ansprüche, insbesondere für die Ansprüche aus Überzahlung des Auftragnehmers einschließlich der Zinsen, wegen Nichterfüllung, wegen Schlechterfüllung aus Vertragsstrafe und ungerechtfertigter Bereicherung.“

„Die Bürgschaft ist unbefristet. Sie ist bei mangelfreier Erfüllung des Vertrages, spätestens nach Erledigung der im Abnahmeprotokoll aufgeführten Mängel, zurückzugeben. Dies gilt nicht, wenn zu dieser Zeit Ansprüche des Auftraggebers noch nicht erfüllt sind.“

Das Landgericht hatte die Klage im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, dass der Beklagten als Bürgin gemäß § 768 Abs. 1 S. 1 BGB die Einwendungen der Schuldnerin aus der Sicherungsabrede mit der Klägerin zustehen und sie sich somit auf die Unwirksamkeit dieser berufen konnte, weil eine unangemessene Benachteiligung der Schuldnerin durch die Vertragsbedingungen vorlag. Diese unangemessene Benachteiligung bestand insbesondere darin, dass die Auftragnehmerin nach dem Vertrag für einen jedenfalls erheblichen Zeitraum über die Abnahme hinaus weiterhin die Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % sowie eine Gewährleistungsabsicherung in Höhe von 5 % stellen musste. Dies führte zu einem Einbehalt von 15 %, welcher zu einer Übersicherung des Auftraggebers führte. Hiergegen wendete sich die Klägerin mit der Berufung.

Entscheidung:

Ohne Erfolg. Das OLG Hamm bestätigte die Auffassung des Landgerichts und begründete ebenfalls, dass die Sicherungsabrede zwischen Hauptschuldner und Gläubiger in diesem Fall unwirksam war. Demgemäß konnte sich die Beklagte als Bürgin auf die Einrede der Bereicherung gemäß §§ 812, 768 BGB berufen. Dabei war zwischen den Parteien unstreitig, dass die Vertragsbedingungen einseitig von der Klägerin gestellt und für eine Vielzahl von Verträgen aufgestellt waren. Beide Parteien hatten den Vertrag mit den hier aufgeführten Klauseln unterzeichnet, so dass diese als Allgemeine Geschäftsbedingungen in den Vertrag mit einbezogen wurden.

Das OLG Hamm stellte darauf ab, dass eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB dann vorliegt, wenn der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne die Interessen des Vertragspartners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Im vorliegenden Fall folgte dies aus dem Zusammenwirken der einzelnen Vertragsbestimmungen. Zwar waren die Regelungen zur Stellung der Vertragserfüllungsbürgschaft an sich wirksam, weil die Vertragserfüllungsbürgschaft aber noch für die Zeit nach der Abnahme des Werkes einbehalten werden durfte und insofern die Regelungen des Bürgschaftsmusters unbestimmt waren, lag eine unangemessene Benachteiligung vor. Die Sicherungsabrede des § 11 war ohne den Verweis auf das Muster der Anlage 17 nicht vollständig und nicht verständlich. Demzufolge war der Inhalt des Musters maßgeblich. Die dort enthaltenen Regelungen erlaubten es der Klägerin die Vertragserfüllungsbürgschaft über einen nicht unerheblichen Zeitraum hinaus nach der Abnahme noch zurückzubehalten, solange Mängel bzw. die Mängelbeseitigung im Streit zwischen den Parteien standen.

Im Ergebnis kann auch ein ganz geringer Anspruch hinsichtlich der Mängelbeseitigung dazu führen, dass die Bürgschaft in Höhe von EUR 200.000,00 zurückbehalten werden könnte. Da-rin liegt eine unangemessene Belastung des Auftragnehmers, die geeignet ist, gegebenenfalls seine Liquidität zu gefährden, insbesondere unter Berücksichtigung, dass eine gerichtliche Auseinandersetzung über im Abnahmeprotokoll aufgeführte Mängel nicht selten mehrere Jahre dauern kann und der

Auftraggeber solange von seinem Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Vertragserfüllungsbürgschaft Gebrauch machen könnte.

Fazit:

Im vorliegenden Fall war die Sicherungsabrede somit aufgrund der benachteiligenden Formulierungen in Vertrag und Anlagenmuster unwirksam und stellte eine unangemessene Benachteiligung des Auftraggebers dar.

Auf der Linie der herrschenden Rechtsprechung liegt zudem das Ergebnis, dass eine Kumulierung der Sicherheiten für den Zeitpunkt nach der Abnahme auf 15 % unwirksam ist, weil es die vertragliche Regelung ermöglicht hätte, dass neben der Zurückbehaltung der Vertragserfüllungsbürgschaft auch noch ein Gewährleistung-Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5 % in Abzug gebracht werden konnte. Eine Kumulation der Sicherheiten ist nach aktuell geltender Rechtsprechung bereits in Höhe von 7 % als unwirksam anzusehen.



Julia Barnstedt, Hamburg

Ein fehlendes gemeinsames Aufmaß führt nicht dazu, dass der Auftragnehmer keine Werklohnforderung mehr geltend machen kann oder diese zumindest nicht fällig ist.

OLG Köln, Urteil vom 05.07.2017 - 16 U 138/15

Der Kläger, ein Insolvenzverwalter über das Vermögen der Elektrowerkstätten E GmbH macht Restwerklohnklage bezüglich eines Bauvorhabens geltend, im Rahmen dessen die Gemeinschuldnerin Leistungen in Form von Lieferung und Montage der MSR Technik erbracht hat. Hierbei stützte er sich mit einem Betrag von EUR 13.082,06 auf die Schlussrechnung vom 30.11.2009 nebst Aufmaßzusammenstellung. Die Beklagte wendete hiergegen ein, die Abrechnung sei abredewidrig nicht auf der Basis eines gemeinsamen Aufmaßes erfolgt und bestritt die Richtigkeit des Aufmaßes. Zudem rechnete sie mit einer Vertragsstrafe in Höhe von EUR 18.619,00 auf. Hilfsweise rechnete sie mit ihr entstandenen Ersatzvornahmekosten in Höhe von EUR 17.105,32 auf. Nachdem das Landgericht den Klagebetrag insofern zugesprochen hatte, erhob die Beklagte hiergegen Berufung. Die Abrechnung sei abredewidrig nicht auf der Basis eines gemeinsamen Aufmaßes erfolgt, das Aufmaß der Gegenseite werde bestritten. Zudem rechnete sie mit einer Vertragsstrafe in Höhe von EUR 18.619,00 auf. Hilfsweise rechnete sie mit entstandenen Ersatzvornahmekosten in Höhe von EUR 17.105,32 auf.

Das OLG Köln bestätigte das Urteil des Landgerichts und setzt sich in seiner Begründung noch einmal ausführlich mit der Darlegungs- und Beweislast im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Werklohn bei Vereinbarung eines gemeinsamen Aufmaßes auseinander. Demnach führt das fehlende gemeinsame Aufmaß nicht dazu, dass der Werkunternehmer keine Werklohnforderung mehr geltend machen kann oder diese zumindest nicht fällig wird (vgl. BGH, Urteil vom 29.04.1999, VII ZR 127/98 = BauR 1999, 1185, Rn. 12 f; Werner-Pastor, a.a.O., Rn. 1869). Zwar habe der Werkunternehmer nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen vorzutragen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass die in der Rechnung geltend gemachten Leistungen tatsächlich erbracht worden sind (BGH a.a.O.). Jedoch dürfte der Besteller aufgrund seiner nach § 138 Abs. 1 ZPO bestehenden Pflicht zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Erklärung die Angaben des Unternehmers nicht einfach pauschal bestreiten (vgl. Vowinkel, NZBau 2017, 258, 259). Auf der anderen Seite, so dass OLG, erscheine es zu weitgehend, immer dann, wenn der Werkunternehmer seine Leistungen anhand eigener Aufmaßblätter darlegt, vom Auftraggeber zu verlangen, dass er substantiiert darlegt, weshalb das Aufmaß unrichtig ist (so KG, Beschl. vom 15.04.2014, 27 U 152/13 = IBR 2017, 363). Andererseits sei es auch verfehlt, generell ein einfaches Bestreiten genügen zu lassen, weil der Unternehmer es in der Hand habe, ein gemeinsames Aufmaß herbeizuführen (so OLG Bamberg,

Beschl. vom 11.04.2016 - 4 U 196/15 = BauR 2016, 1778, Rn. 24). Die erste Sichtweise berücksichtige nicht ausreichend, dass die verlangten Erklärungen zumutbar sein müssen und eine Erklärungspflicht - wie auch für das Bestreiten mit Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO) anerkannt - nur im Rahmen des präsenten oder durch Nachforschungen im eigenen Geschäftsbereich erlernten Wissens besteht (vgl. nur Zöller-Greger, ZPO 31. Aufl. 2016, 138 ZPO, Rn. 13-16 meines Wissens nach). Die zweite Ansicht übersehe, dass die in der konkreten Prozesssituation bestehenden Erklärungspflichten des Prozessgegners gem. § 138 ZPO unabhängig davon sind, ob der Prozessführer zu einem früheren Zeitpunkt materiell die Möglichkeit gehabt hätte, die Prozesslage zu seinen Gunsten zu gestalten. Vorliegend genüge die Beklagte mit ihrem pauschalen Bestreiten des vom Kläger vorgelegten Aufmaßes nicht ihrer Erklärungslast weil sie konkrete Kenntnis von den Leistungen, die die Schuldnerin erbracht hat, habe. Dies sei insbesondere daraus zu schließen, dass sie mit einer Gegenforderung in Höhe von EUR 17.105,32 für die Mehrkosten aufrechnet, die ihr durch Einschaltung von Drittfirmen zur weiteren Ausführung der von der Schuldnerin abgebrochenen Bauleistungen entstanden seien. Wenn der Beklagten nach ihrem eigenen Vorbringen daher die Bezifferung der Fertigstellungsmehrkosten möglich ist, hätte sie auch dazu vortragen können und müssen, welche konkreten Leistungen die Schuldnerin nicht erbracht hat.

Fazit:

Der Auftraggeber hat grundsätzlich **vorzutragen und zu beweisen**, dass die in der Rechnung geltend gemachten Leistungen **tatsächlich erbracht** worden sind. Der Auftragnehmer sollte sich daher in erster Linie tatsächlich um ein gemeinsames Aufmaß bemühen. Wenn keine konkrete Kenntnis von den Leistungen des Auftragnehmers vorliegt und die Mengen auch durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen nicht nachvollzogen werden können, weil das Aufmaß aus sich heraus nicht verständlich ist, kann die Vergütungsforderung letztlich nicht durchgesetzt werden.



Pascal Göpner, Köln

Architekten- und Ingenieurvertrag oder Projektsteuerung, Dienst- oder Werkvertrag? Neue Rechtsunsicherheiten in der Vertragsgestaltung

OLG München, Urteil vom 07.02.2017 – 9 U 2987/16 BauDas

Oberlandesgericht München (nachfolgend OLG München) hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem die begehrten Ansprüche eines Architekturbüros gänzlich von der Einordnung des Vertragstypus als Dienst- oder Werkvertrag abhingen – die Klägerin verlangte von der Beklagten eine Bauhandwerkssicherung nach § 648a BGB. Bei der Klägerin handelt es sich um ein Architekturbüro, das von der Beklagten, einer Projektgesellschaft für die Revitalisierung eines Bürogebäudes, mit der Erbringung von folgenden Ingenieurleistungen beauftragt wurde:

„Unter Ziffer 2. heißt es: Zusätzlich zu diesen Vertragsgrundlagen gelten als Vertragsbestandteile in der nachstehenden Reihenfolge (...) und unter Punkt 2.3 heißt es: Die Regelungen zum Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches sowie die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure HOAI in der bei Vertragsschluss geltenden Fassung.

(...)

In dem Leistungsbild Anlage 2.1.1 zum Vertrag Anlage K1 heißt es:

Leistungsbild:

- *Mitwirken an den Verhandlungen und an der Herbeiführung der Bauverträge*
- *Organisation/Teilnahme/Protokollierung der Baubesprechungen in der Regel alle zwei Wochen*
- *regelmäßige Begehung des Objektes zur Feststellung der Übereinstimmung der Ausführung mit der Baugenehmigung, der funktionalen Generalunternehmerleistungsbeschreibung, sowie mit den allgemein anerkannten Regeln der Technik und den einschlägigen Vorschriften*
- *Aufbauen und Führen einer Mängelliste*
- *Erstellen eines Begehungsprotokolls und Übergabe an die Bauunternehmen, mit der Aufforderung, die festgestellten Mängel abzuarbeiten*
- *Mitwirkung bei der Beantwortung des vertragsrelevanten Schriftverkehrs, Bedenkenanzeigen Behinderungsanzeigen etc.*
- *Prüfen/Mitwirken bei der Abwehr von Nachtragsangeboten*
- *Prüfung der Rechnungen der Bauunternehmer mit Leistungsstandfeststellung*
- *Organisation und Vorbereitung der Abnahme der Leistung unter Mitwirkung des Generalunternehmers, Feststellen der Mängel, Abnahmeempfehlung für den Auftraggeber*

der Beseitigung der Mängel nach Abnahme; hier ist handschriftlich vor dem Wort Beseitigung eingefügt: überwachen (in der klägerseits vorgelegten Anlage K2)“

In dem Vertrag vom 24.9.2013 wurde ein Pauschalhonorar von 165.000,00 Euro vereinbart. In der Folge rechnete die Klägerin nach der HOAI wegen Mindestsatzunterschreitung ab und verlangte eine Sicherheit gemäß § 648a BGB in Höhe von 514.198,20 Euro. Sie begründete dies damit, dass sie insbesondere HOAI-Leistungen der Leistungsphasen 7 und 8 erbracht habe. Die Beklagte verteidigte sich im Wesentlichen damit, dass die Klägerin nicht mit Leistungen aus der HOAI beauftragt worden sei. Vielmehr seien die Leistungen der Leistungsphasen 7 und 8 entweder von der Beklagten selbst oder von Drittunternehmen erbracht worden. Daher stehe der Klägerin weder eine Vergütung nach der HOAI noch eine Bauhandwerkssicherung nach § 648a BGB zu. Das Landgericht München I gab der Klage statt. Es ging von einem zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrag aus und bejahte im Übrigen die Voraussetzungen des § 648a BGB.

Das OLG München meint: Zu Unrecht! Bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertragsverhältnis handele es sich um einen Projektsteuerungsvertrag, der als Dienstvertrag einzuordnen sei. Ein Werkvertrag sei dann anzunehmen, wenn ein Erfolg geschuldet sei. Nach dem vereinbarten Leistungsbild fehle es an einem solchen vertraglich geschuldeten Erfolg. Dies begründet das OLG damit, dass das Leistungsbild geprägt von Unterstützungshandlungen für den Bauherrn, insoweit typisch für einen Projektsteuerungsvertrag, sei. Es würden zwar durchaus Leistungen erbracht, die auch den Leistungsphasen 7 und 8 des § 34 HOAI zugeordnet werden können, auffällig sei jedoch bei einem Gesamtüberblick des Leistungsbildtextes, dass die Verantwortung nach dem Leistungsbild nicht beim Auftragnehmer anzusiedeln sei. Die vorzunehmenden Handlungen seien vorwiegend als Unterstützungshandlungen zu qualifizieren. So seien die Mitwirkung an den Verhandlungen und an der Herbeiführung der Bauverträge und die Organisation, Teilnahme und Protokollierung der ersten zwei Spiegelstriche der Vereinbarung K2 eindeutig als den Auftraggeber unterstützend einzustufen. Die weiteren drei Spiegelstriche Begehung des Objektes, Aufbauen und Führen einer Mängelliste und Erstellung eines Begehungsprotokolls entsprächen den typischen Grundleistungen der Projektsteuerung. Aus der Einzelaufstellung über die auszuführenden Leistungen in dem Vertrag ergebe sich, dass hier vorrangig Beratungs- und Koordinationsleistungen erbracht werden sollten. Auch die weiteren drei Ziffern, Mitwirken bei der Beantwortung des Schriftverkehrs, Prüfen und Mitwirken bei der Abwehr von Nachtragsangeboten und Prüfen der Rechnungen der Bauunternehmer seien typische Mitwirkungs- und Koordinationshandlungen, nicht aber Handlungen, die als eigenverantwortliches Handeln des Auftragnehmers eingestuft werden können. Auch die Rechnungsprüfung, Organisation und Vorbereitung der Abnahme und Überwachung der Mangelbeseitigung nach der Abnahme seien nicht ausdrücklich dem alleinigen Verantwortungsbereich des Auftragnehmers zugeordnet. Wenn ein Vertrag eines Überwachers als Werkvertrag eingestuft werden solle, dann müsse der Überwacher die Verantwortung für die Überwachung tragen und sie in seinen überwiegenden Verantwortungsbereich fallen. Dies lasse sich aus dem Leistungsbild jedenfalls nicht eindeutig entnehmen.

In der Folge könne die Klägerin keine Sicherheit nach § 648a BGB verlangen, da Voraussetzung ein wirksam geschlossener Werkvertrag sei.

Die Klage wurde durch Abänderung des erstinstanzlichen Urteils in Gänze abgewiesen.

Fazit:

Bei der vom OLG München zu bewertenden Vertragskonstellation handelt es sich um eine typische Aufspaltung der planerischen Verantwortlichkeiten und Projektsteuerungsleistungen auf mehrere Planerbüros. Die Entscheidung des OLG hat daher eine nicht zu unterschätzende praktische

Relevanz.

Nicht nur auf den ersten Blick mag die Entscheidung des OLG München überraschen, da seitens des BGH bisher der Architekten- und Ingenieurvertrag stets als Vertragstypus mit im Wesentlichen werkvertraglichen Charakter eingeordnet und damit das Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. BGB auf diese Verträge für anwendbar erklärt hat. Auch der Gesetzgeber erklärt im Rahmen der Reform des Neuen Bauvertragsrecht, das ab dem 01.01.2018 in Kraft tritt, und diese Einordnung durch den BGH ausdrücklich aufgreift, in § 650q Abs. 1 BGB-E die werkvertraglichen- und (neuen) bauvertraglichen Regelungen in weiten Teilen für anwendbar.

Allerdings hat das OLG München keine Zuordnung eines Architekten- und Ingenieurvertrages in dienst- oder werkvertraglichen Vertragstypen vorgenommen. Vielmehr grenzte es im ersten Schritt lediglich den Architekten- und Ingenieurvertrag zum Projektsteuerungsvertrag ab. Erst im zweiten Schritt wurde der als Projektsteuerungsvertrag einzuordnende Vertrag – anhand der vertraglich vereinbarten Leistungsbilder – als im Wesentlichen dienstvertraglich qualifiziert.

Problematisch ist, dass die Abgrenzung den Einstiegspunkt für die Prüfung des vertraglichen Charakters darstellt. Der Projektsteuerungsvertrag ist nichts anderes als ein Oberbegriff für eine Reihe von Leistungen. Es muss daher nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Wege der Auslegung des Projektsteuerungsvertrages stets der Schwerpunkt der vertraglichen Komponenten ermittelt werden, sprich geprüft werden, ob der Vertrag im Wesentlichen werkvertraglichen oder dienstvertraglichen Charakter aufweist. Bisher wurde der Projektsteuerungsvertrag in Rechtsprechung und Literatur nur ausnahmsweise als Dienstvertrag qualifiziert, da insbesondere Überwachungs- und Kontrollleistungen typisch erfolgsbezogene Leistungen seien. Durch die Differenzierung des OLG München dahingehend, dass eine erfolgsbezogene Leistung dann nicht vorliege, wenn der Auftragnehmer nicht die Verantwortung für die Überwachung trage und die Leistungen „Unterstützungshandlungen“ darstellen würden, wird eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Haftung (es gibt keine typischen Mängelrechte), Verjährung – es sei an dieser Stelle auf die 3-Jährige Verjährungsfrist des Dienstvertragsrechts hingewiesen – und der Vertragsabwicklung – hier insbesondere des Kündigungsrechts – geschaffen.

Eine solche Abgrenzung, wie sie das OLG München vornimmt, wird zudem in der Praxis regelmäßig Schwierigkeiten begegnen, wenn Planerbüros – wie im vorliegenden – mit Teilleistungen der Leistungsphasen 7 und 8 beauftragt werden, aber keine dauerhafte Begleitung des Projekts schulden.

Diesem neuen Unsicherheitsfaktor kann der Praktiker durch eine eindeutige Festlegung von Leistungszielen begegnen. Es wird daher empfohlen bereits einleitend klarzustellen, ob der Auftragnehmer für die Erreichung eines konkreten Zieles oder Erfolges einstehen soll, oder ob – um im Duktus des OLG Münchens zu bleiben – lediglich eine „unterstützende“, nicht erfolgsbezogene Tätigkeit geschuldet sein soll. Dies vermeidet Streitfälle bei der Realisierung des Vorhabens und – für beide Seiten – böse Überraschungen bei der Durchsetzung von Ansprüchen – auf Verjährungsfallen wurde bereits hingewiesen. Sollte bereits Vertragsverhältnisse mit ähnlichen Parametern wie in dem vorliegenden Falle bestehen, so ist eine genaue juristische Prüfung der Verjährungsfristen – insbesondere bei möglichen Ersatzansprüchen – zu empfehlen.



Christina Müller, München

Keine Pflicht zur Bedenkenanzeige bei allgemein bekannten Risiken!

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.07.2015 – 6 U 7/14 (BGH, Beschluss vom 17.05.2017 – VII ZR 198/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen))

Bedenkenhinweise sind umso weniger geboten, wie der Auftragnehmer darauf vertrauen darf, dass entsprechendes Wissen auf Seiten des Auftraggebers vorausgesetzt werden kann!

Gegenstand des Bauauftrags waren u. a. Beschichtungsarbeiten an einem Flugzeughangar. Zum Einfahren in den Hangar wurden verschiebbare Rolltore eingebaut, die zum Öffnen der Halle jeweils zurückgeschoben werden. Die Rolltore liefen auf in den Beton eingefassten Stahlschienen. Die Klägerin, eine Fachfirma für Beschichtungsarbeiten, sollte den Beton im Bereich der Rolltore abfräsen und anschließend eine Beschichtung in diesem Bereich aufbringen. Mit den Betonarbeiten und dem Einbau der Stahlschienen war die Klägerin nicht beauftragt. Ein halbes Jahr nach Ausführung der Arbeiten rügte die Beklagte die Anhebung der Beschichtung im Bereich des Torbalkens sowie den Abriss im Betongefüge. Ein Sachverständiger stellte fest, dass die Ursache in der höheren Wärmeleitfähigkeit von Stahl gegenüber Beton begründet liegt. Die Beklagte forderte die Klägerin zur Mangelbeseitigung auf, die die Klägerin mit der Begründung ablehnte, der gerügte Mangel falle nicht in ihren Verantwortungsbereich. Die Beklagte stellte daraufhin die Zahlung des restlichen Werklohns ein, weshalb die Klägerin auf Restwerklohnzahlung klagte.

Zu Recht! Der Klägerin steht der klageweise geltend gemachte restliche Werklohnanspruch zu. Zwar fehlt der erbrachten Werkleistung die vertraglich vorausgesetzte Funktionstauglichkeit, da sich die aufgebrachte Beschichtung im Bereich der Torschienen ablöst. Trotz nicht geäußelter Bedenken gegen die Ausführung hat das Gericht aber die Schadensursache maßgeblich der Beklagten selbst zugerechnet. Denn die Beklagte hat nicht nur die Planung für die von der Klägerin auszuführenden Beschichtungsarbeiten vorgegeben, sondern auch die Planung der den Beschichtungsarbeiten vorangegangenen Torlaufschienen- und Betonarbeiten, die jeweils von über Spezialwissen in ihrem Fachbereich verfügenden Vorunternehmen ausgeführt wurden. Hinweise sind umso weniger geboten, wie die Klägerin nach den Umständen darauf vertrauen darf, dass entsprechendes Wissen auf Seiten der Beklagten vorausgesetzt werden kann. Bei der vom Sachverständigen festgestellten Ursächlichkeit für die Mängel, einem unterschiedlichen Temperatúrausdehnungsverhalten der verwendeten Materialien, handele es sich um Grundwissen der Physik, das in der Technik allgemein bekannt sein dürfte. Die Klägerin, die unstreitig über Fachwissen bei Beschichtungsarbeiten verfügt, hat ihre Leistungen entsprechend den Vorgaben der Beklagten – auch was die Vorarbeiten betrifft – erbracht. Dabei war ihr bekannt, dass auch auf Seiten der Beklagten weitere Fachfirmen mit

Spezialwissen tätig waren, insbesondere was die Konstruktion der Torlaufschiene in Verbindung mit dem Vergussbeton betraf. Daher muss aus verständiger Sicht der Klägerin ein Wissen der vom Sachverständigen angeführten Grundkenntnisse zum Temperaturverhalten erst Recht bei den Spezialisten der Vorarbeit vorausgesetzt werden. Handelt es sich, wie vorliegend, um einen Verstoß gegen allgemeines Grundwissen zu physikalischen Eigenschaften verschiedener Materialien, bestand für die Klägerin kein Anlass, Prüfungen vorzunehmen bzw. Bedenken anzumelden. Sie konnte vielmehr darauf vertrauen, dass im Rahmen der Planung wie auch Durchführung der Vorarbeiten allgemein geläufige wissenschaftliche Vorgaben beachtet worden waren; insbesondere war es nicht ihre Aufgabe, sich zu vergewissern, ob alternative Wege zur Überbrückung dieser Spannungen gewählt worden waren.

Fazit:

Eine weitere interessante Entscheidung zur Reichweite der Prüfungs- und Hinweispflicht nach § 4 Abs. 3 VOB/B. Die Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers ist eine der wichtigsten Regelungen der VOB/B, da ihre konsequente Berücksichtigung auf Seiten des Auftragnehmers vielfach die Entstehung von Mängeln und/oder die Haftung für entstandene Mängel vermeiden könnte. Entsprechend darf diese Pflicht des Auftragnehmers auch nicht bagatellisiert werden (vgl. Kniffka-Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage, 6. Teil, Rn. 46 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 24.02.2005, VII ZR 328/03). Ob, wie im vorliegenden Fall vom OLG Zweibrücken angenommen, alleine der Bezug auf „Grundwissen der Physik“ des Auftraggebers bzw. des von diesem eingeschalteten Fachmanns ausreicht, um einen Auftragnehmer von seiner Prüfungs- und Hinweispflicht zu befreien, erscheint mutig. Dies dürfte – wieder einmal – vom konkreten Einzelfall abhängig sein.

Die Anforderungen an die Prüfungs- und Hinweispflicht von Auftragnehmern richten sich stets nach dem Einzelfall und seinen Besonderheiten, je kompetenter jedoch der Auftraggeber ist, desto geringer sollen die Anforderungen an die Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers sein. Nichtsdestotrotz sind Auftragnehmer gut beraten, Bedenken lieber einmal zu oft als einmal zu wenig anzuzeigen, um sich tatsächlich vor einer Mängelhaftung schützen zu können.



Dr. Eva-D. Leinemann, LL.M., Berlin

Harte Strafklauseln in Gemeinschaftsordnungen stehen der Eintragungsfähigkeit ins Grundbuch nicht entgegen

Kammergericht, Beschluss vom 20.09.2016 - 1 W 93/16

Dem Grundbuchamt kommt nur eine eingeschränkte inhaltliche Prüfungskompetenz in Bezug auf den Inhalt einer Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümer zu. Das Grundbuchamt soll nur verhindern, dass das Grundbuch durch eine Eintragung unrichtig wird. Insbesondere darf das Grundbuchamt eine Strafklausel keiner Unwirksamkeitsprüfung nach den Regelungen für Allgemeine Geschäftsbedingungen unterziehen und aufgrund dieser Prüfung die Eintragung ins Grundbuch in einer Zwischenverfügung verweigern.

Das Grundbuchamt nahm Anstoß an folgende Bestimmung:

„Jeder Wohnungseigentümer ist verpflichtet, im Falle der Nutzungsüberlassung an Dritte dem Verwalter den Namen des Nutzungsberechtigten binnen einer Frist von vier Wochen nach Begründung des Nutzungsrechts schriftlich mitzuteilen. Für jeden Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung gegen das Verbot der Begründung solcher kurzfristiger Nutzungsverhältnisse oder die Verpflichtung zur Namensmitteilung hat der Wohnungseigentümer eine Vertragsstrafe in Höhe von EUR 1.000,00 an die Wohnungseigentümergeinschaft zu zahlen. Ferner ist der betreffende Wohnungseigentümer verpflichtet, der Wohnungseigentümergeinschaft die Kosten für die Ermittlung der Person des Nutzungsberechtigten (z. B. Detektiv) zu erstatten, wenn dieser auf nochmalige Nachfrage des Verwalters nach Ablauf der vorgenannten Frist keine Auskunft erteilt.“

Das Grundbuchamt verweigerte die Eintragung mittels Zwischenverfügung. Die dagegen gerichtete Beschwerde war erfolgreich. In rechtlicher Hinsicht darf die Eintragung durch das Grundbuchamt nur verweigert werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig würde, weil die Bestimmung unwirksam oder unbeachtlich ist. Das Grundbuchamt ging davon aus, dass die Bestimmung als Allgemeine Geschäftsbedingung anzusehen und wegen Unangemessenheit unwirksam ist.

Nach Ansicht des Kammergerichts ist jedoch Prüfungsmaßstab nur § 134 BGB (Gesetzliches Verbot), 138 BGB (Sittenwidrigkeit) sowie § 242 BGB (Treu und Glauben). Die Gemeinschaftsordnung ist nicht an den Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen zu messen. Die Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB liegen nicht vor und für eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen fehlt es an einer Vergleichbarkeit der Sachverhalte.

Das Grundbuch wird durch die Eintragung der Regelung über die Vertragsstrafe der notariellen

Urkunde nicht unrichtig. Die Gemeinschaftsordnung kann für die Zuwiderhandlung gegen Pflichten, die das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betreffen, Geldstrafen vorsehen. Die Höhe der Strafe verstößt weder gegen ein gesetzliches Verbot noch gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden. Wohnungseigentümer werden die Namensmitteilung häufig nur dann (schuldhaft) unterlassen, wenn das Vermietungsverbot verletzt ist. Es ist unerheblich, ob die Anwendung der Strafklausel in Einzelfällen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen kann. Das Grundbuchamt ist zu einer Inhaltskontrolle der Gemeinschaftsordnung anhand des § 242 BGB wegen der Beschränkung der Beweismittel im Eintragungsverfahren in der Regel nicht in der Lage.

Fazit:

Das Grundbuchamt hat die Regelungen in der Gemeinschaftsordnung grundsätzlich nicht zu prüfen. Wenn Wohnungseigentümer mit Regelungen nicht einverstanden sind, müssen sie diesen Streit mit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer vor dem Wohnungseigentumsgericht im Verfahren nach § 43 WEG austragen. Auf eine Unwirksamkeit als Allgemeine Geschäftsbedingung können sich die Wohnungseigentümer dabei nicht berufen, weil Gemeinschaftsordnungen keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind. Insbesondere wer in eine bestehende WEG eintritt, sollte daher vorher prüfen, worauf er/sie sich einlässt.



Leonie Klönne, Köln

AGK-Zuschlag auch für Mehrmengen über 110%!

OLG Dresden, Urteil vom 05.09.2017 – 4 U 551/17

Preisanpassungen für Mehrmengen nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B sind mit AGK-Zuschlägen zu versehen

Der Auftragnehmer (AN) führte bei einem öffentlich ausgeschriebenen Bauvorhaben Straßenbauarbeiten an einer Bundesstraße aus. Die ZVB/E StB 2011 (Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausfertigung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau) wurden ergänzend zur VOB/B 2009 in den Vertrag einbezogen. Diese weichen von der VOB/B in verschiedenen Regelungen ab. Nach Leistungserbringung legt der AN am 14.11.2013 die Schlussrechnung. Am 30.01.2014 erhält er vom AG eine Schlusszahlungsmittelteilung gemäß § 16 Abs. 3 VOB/B. Die Schlusszahlung geht am 10.02.2014 beim AN ein. Im August 2014 verlangt der AN eine Mengenausgleichsberechnung i. H. v. EUR 11.863,47. Der AG verweigert die Zahlung, widerspricht insbesondere der Berücksichtigung der AGK bei den Mengenmehrungen und verweist auf die Ausschlusswirkung des § 16 VOB/B. Der AN ist der Auffassung, § 16 Abs. 3 VOB/B sei nicht wirksam vereinbart worden. Das LG Leipzig spricht dem AN die Klageforderung gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B zu, allerdings reduziert um die in den Nachträgen enthaltenen Deckungsbeiträge und damit nur in Höhe von auf EUR 9.018,30. Der AG wehrt sich mit der Berufung vor dem OLG Dresden.

Ohne Erfolg! Die Nachforderung des AN sei nicht gemäß § 16 Nr. 3 VOB/B 2009 ausgeschlossen. Die ZVB/E StB 2011 weiche von der VOB/B 2009 ab, sodass diese nicht als Ganzes vereinbart worden und einer Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB zugänglich sei. § 16 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B halte den Maßstäben einer Inhaltskontrolle nicht stand. Der AN werde entgegen den Geboten von Treu und Glauben gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unangemessen benachteiligt. Weiter berücksichtige der AN den Kostenanteil der AGK für die Mengenmehrung bei der Ausgleichsberechnung nach § 2 Abs. 3 VOB/B zu Recht. AGK seien umsatzabhängig. Genauso wie bei Zusatzaufträgen müssten sie daher bei Mengenmehrungen beaufschlagt werden. Die Produktionsfaktoren des Betriebs würden auch für die zusätzliche Leistungserbringung eingesetzt und müssten insoweit auch Deckungsbeiträge erbringen. Ansonsten könnten sie für eine anderweitige Leistungserbringung zur Verfügung stehen und dafür eingesetzt werden (OLG Nürnberg, Urteil vom 18.12.2002 – 4 U 2049/02). Das Argument des AG, es handle sich bei AGK um einen für die Vergangenheit ermittelten Posten, der im laufenden Geschäftsjahr einen abgeschlossenen und fixen Posten darstellen würde, sei zwar abstrakt richtig. Dies erfordere jedoch, dass die geplanten Leistungen aller Bauprojekte immer in dieser konkreten Abrechnungsperiode vollständig erbracht werden. Werde nur ein Teil des

geplanten Deckungsumfangs für die AGK später oder nicht erbracht, entstehe insoweit ein Verlust, der dem AN in entsprechender Anwendung von § 649 BGB erspart werden solle. Die Annahme, die Leistungserbringung und somit auch die Deckung für AGK würde sich im Folgejahr ausgleichen, lasse unberücksichtigt, dass dies auf die ursprüngliche Preiskalkulation des konkreten Bauvorhabens keinen Einfluss mehr habe.

Fazit:

Die Entscheidung ist im Ergebnis zutreffend. Nach der herrschenden Literaturansicht kann der AGK-Zuschlag für geänderte oder zusätzliche Leistungen ohne besonderen Nachweis verlangt werden (Kapellmann/Messerschmidt-Kapellmann, VOB Teile A und B, 4. Auflage 2013, § 2 VOB/B, Rn. 223). Entsprechendes gilt für Mengenmehrungen. Zwar entstehen AGK im Wesentlichen zeitabhängig, so etwa die Kosten für die Geschäftsraummiete oder die Geschäftsleitung. Sie werden jedoch über den Umsatz realisiert und daher im Wege der sogenannten Zuschlagskalkulation umsatzbezogen kalkuliert. Hierfür prognostiziert der AN die jährlich entstehenden AGK auf der Basis der in den Vorjahren entstandenen AGK für das Folgejahr. Die so ermittelten, zu erwartenden AGK werden prozentual auf den ebenfalls geplanten Umsatz umgelegt und so der Zuschlagssatz ermittelt, der für die Kalkulation der einzelnen Bauvorhaben in Ansatz gebracht wird. Dies bedeutet aber gleichzeitig, dass für eine zusätzliche Leistungserbringung nicht zwangsläufig zusätzliche AGK entstehen, es sei denn, dass sich hierdurch die Bauzeit verlängert. Demgegenüber entgeht dem Auftragnehmer ein geplanter, notwendiger Deckungsbeitrag für AGK, wenn der kalkulierte Umsatz nicht innerhalb der ebenfalls der Kalkulation zu Grunde gelegten Bauzeit Erlöst wird. Da allerdings die AGK umsatzabhängig kalkuliert werden, kann auch die auf Basis der Kalkulation zu ermittelnde Vergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen ebenso wie für Mehrmengen mit dem kalkulierten Zuschlagssatz bezuschlagt werden.



Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

Keine Insolvenzanfechtung bei Durchsetzung unbestrittener Ansprüche

BGH, Urteil vom 22.06.2017 - IX ZR 111/14

Setzt ein Gläubiger eine unbestrittene Forderung erfolgreich zwangsweise durch, kann daraus nicht geschlossen werden, dass der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung kannte, wenn der Gläubiger außer dieser Forderung und den von ihm zur zwangsweisen Durchsetzung der Forderung unternommenen erfolgreichen Schritten keine weiteren konkreten Tatsachen über die Zahlungsunfähigkeit oder die Vermögenslage seines Schuldners kennt.*)

Während einer Baumaßnahme über einen am 12.07.2007 geschlossenen Bauvertrag stellte der Unternehmer (U) dem Besteller (B) eine Abschlagsrechnung über EUR 52.000, die B am 03.09.2007 unter Abzug von Skonto bezahlte. Die Schlussrechnung über 39.000 Euro erstellte der U am 04.10.2007. Mehrere fruchtlose Mahnungen erfolgten noch Dezember 2007 und am 14.02.2008. Daraufhin zahlte B am 10.03.2008 EUR 20.000. U erhob im April 2008 wegen seines restlichen Vergütungsanspruchs Klage über EUR 19.000 Euro. Am 22.05.2008 erging ein Versäumnisurteil. U beantragte im Rahmen der Zwangsvollstreckung eine Vorpfändung, die der Bank des B am 03.06.2008 zugestellt wurde. B zahlte am 05.06.2008 insgesamt EUR 24.000 auf den Urteilsbetrag nebst Kosten und Zinsen. Hiernach gestellte Eigen- und Gläubigerinsolvenzanträge führen zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 28.01.2009. Der Insolvenzverwalter ficht die am 05.06.2008 geleistete Zahlung von EUR 24.000 im Wege der Insolvenzanfechtung an und verlangt diese Summe zurück.

Ohne Erfolg! Der BGH ist der Auffassung, dass B zwar mit Benachteiligungsvorsatz eine Rechtshandlung begangen habe. Die Kenntnis des U von diesem Benachteiligungsvorsatz lässt sich aber nicht feststellen. Deshalb ist der Vermutungstatbestand des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht erfüllt. Danach wird vermutet, dass der Gläubiger (hier U) den Vorsatz des Schuldners (hier B) kannte, wenn er wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die übrigen Gläubiger benachteiligte. Gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO ist dafür ausreichend, wenn dem Gläubiger die Zahlungseinstellung bekannt ist. Die Kenntnis von Umständen, die zwingend auf eine drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit hinweisen, steht dem gleich. Eine offene Forderung allein genügt aber noch nicht, um zwingend auf eine – auch drohende – Zahlungsunfähigkeit schließen zu können, solange nicht Maßnahmen zur Forderungseinziehung getroffen werden, deren Erfolglosigkeit einen Rückschluss auf eine ungünstige Vermögenslage des Schuldners zulassen. Im hier vom BGH entschiedenen Fall lag lediglich ein erstmaliger Zahlungsrückstand vor. Nähere Kenntnisse über die Vermögensverhältnisse

und die Liquidität des B hatte U nicht. Der Insolvenzverwalter konnte auch nicht beweisen, dass der B den U über Zahlungsschwierigkeiten informiert hatte. Die von U durchgeführten Maßnahmen haben zur vollen Befriedigung des U nach Titulierung geführt. In den Entscheidungen, in denen der BGH die Insolvenzanfechtung bejahte, war der Gläubiger etwa Hauptlieferant des Schuldners, der über einen längeren Zeitraum und regelmäßig verspätet zahlte, der Zahlungsrückstand anstieg und der Schuldner erklärte, eine Rückführung von Altverbindlichkeiten sei nur im Weg der Ratenzahlung möglich.

Fazit:

Da der U auch unter Berücksichtigung seiner eigenen, verspätet beglichenen Forderung keine tragfähigen Anhaltspunkte hatte, dass sich der B in existenziellen wirtschaftlichen Schwierigkeiten befand, war der Anfechtungstatbestand des § 133 Abs. 1 InsO nicht erfüllt. Von den wirtschaftlichen Verhältnissen des B hatte U keine Kenntnis. Er wusste insbesondere nicht, dass B auch anderen Gläubigern gegenüber Schulden hatte, die nicht pünktlich beglichen wurden (so schon BGH, Urt. v. 07.05.2013 - IX ZR 113/10 und vom 07.11.2013 - IX ZR 49/13). Für die Frage, ob der U die (drohende) Zahlungsunfähigkeit des B kannte, konnte sich der Insolvenzverwalter auch nicht auf die ältere Rechtsprechung des BGH stützen, wonach ein Gläubiger bei gewerblich tätigen Schuldern damit rechnen muss, dass es weitere Gläubiger des Schuldners mit ungedeckten Ansprüchen gibt. Diese Rechtsprechung setzte voraus, dass der Gläubiger die (drohende) Zahlungsunfähigkeit bereits kennt, und betrifft allein die daran anschließende Frage, ob die feststehende Kenntnis von drohender oder bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit auch die im Rahmen des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO geforderte Kenntnis der Gläubigerbenachteiligung indiziert. Kannte der Anfechtungsgegner die drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, muss er grundsätzlich auch davon ausgehen, dass Zahlungen an ihn selbst andere Gläubiger benachteiligen, wenn der Schuldner unternehmerisch tätig und deshalb damit zu rechnen war, dass auch andere Gläubiger existieren. Der BGH macht jedoch deutlich, dass für den Fall, dass früheren Entscheidungen etwas anderes entnommen werden kann, daran nicht mehr festgehalten wird. Mit dieser Entscheidung ist dem BGH ein weiterer wichtiger Schritt zur Rechtssicherheit im Rahmen von Insolvenzen gelungen. Die neuere Rechtsprechung zur Insolvenzanfechtung beseitigt noch vorhandene Unsicherheiten, denn auch mit der vorliegenden Entscheidung legt der BGH den Anfechtungstatbestand des § 133 InsO a.F. eher einschränkend aus (vgl. zuletzt auch BGH, Urteil vom 06.07.2017 - IX ZR 178/16). Wurde ein Insolvenzverfahren nach dem 05.04.2017 eröffnet, ist das geänderte Insolvenzanfechtungsrecht anwendbar.