

Wichtige Entscheidungen und Hinweise zum Bau-, Architekten- und Vergaberecht

Nachfolgend eine Auswahl von Entscheidungen des BGH und der Oberlandesgerichte, die 2019 in den einschlägigen Fachzeitschriften (IBR, BauR, NZBau) veröffentlicht wurden:

Rechtsprechung des BGH

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

BGH, Urteil vom 11.07.2019 – VII ZR 266/17

In den Vertragsmustern des Bundes betreffend Architekten – und Ingenieurverträge sind unter § 5.3.1 Abs. 1 Regelungen zur Einhaltung von Baukostenobergrenzen festgelegt.

Im Vertragsmuster “ Objektplanung – Gebäude und Innenräume“ lautet die Regelung:

“ Die Baukosten für die Baumaßnahme dürfen den Betrag von.... Euro brutto/Euro netto nicht überschreiten. Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200 bis 600 nach DIN 276 – 1:2008 – 12, soweit diese Kostengruppen in der ES – Bau/KVM – Bau/HU – Bau/AA – Bau erfasst sind. Der Auftragnehmer hat seine Leistungen so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“

Die in den Vertragsmustern betreffend Freianlagen, Tragwerksplanung und Technische Ausrüstung entsprechenden Regelungen sind inhaltsgleich mit Ausnahme der Einschränkung, dass der Auftragnehmer **“bezogen auf die von ihm zu bearbeitenden Kostengruppen“** seine Leistungen so zu erbringen hat, dass die Kostenobergrenze eingehalten wird.

Der klagende Verein, dessen Satzungszweck darauf gerichtet ist, rechtmäßige Vertragskonditionen in Vertragsmustern von Bauherrn durchzusetzen, beantragt, dem Bund die Verwendung dieser und ähnlicher Klauseln zu untersagen. Sie würden die Auftragnehmer, also die Architekten und Ingenieure unangemessen benachteiligen und seien intransparent. Der Bund hält dem entgegen, dass derartige Regeln einer Baukostenobergrenze zum Kernbereich einer Leistungsbeschreibung gehören und damit einer Inhaltskontrolle entzogen sind.

Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass es sich bei diesen Vertragsklauseln um Regelungen über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistungspflichten des Planers handelt, es liege darin eine Beschaffenheitsvereinbarung der zu erreichenden Planungs- und Überwachungsziele. Nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB unterliegen aber nur Klauseln einer Inhaltskontrolle, die von **Rechtsvorschriften** abweichende oder ergänzende Regelungen enthalten. Klauseln, die Art, Umfang und Güte der vertraglichen Hauptleistung und der hierfür zu zahlenden Vergütung unmittelbar bestimmen sind dagegen von der Inhaltskontrolle ausgenommen.

Im Ergebnis sind also diese Vertragsklauseln wirksam und unterliegen nicht einer Inhaltskontrolle nach den AGB – rechtlichen Vorschriften.

Die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen i.S.v. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B hat – wenn nichts anderes vereinbart ist – nach tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge zu erfolgen.

BGH, Urteil vom 08.08.2019 – VII ZR 34/18

Die Entscheidung bedeutet das Ende der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung bei Mehrmengen gemäß § 2 Abs. 3 VOB/A, sofern die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben.

Der BGH begründet seine Entscheidung damit, dass in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B gerade nicht geregelt ist, **wie** die Vergütungsanpassung bei Mehrmengen vorzunehmen ist, wenn eine Einigung über den neuen Einheitspreis nicht zu Stande kommt.

§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B gibt vielmehr nur vor, **dass** bei der von den Parteien zu treffenden Vereinbarung über den neuen Preis Mehr – oder Minderkosten zu berücksichtigen sind. Die VOB/B legt also die Verantwortung für die neue Preisbestimmung in die Hände der Vertragsparteien, die unter Berücksichtigung der geänderten Umstände einen neuen Preis aushandeln sollen. Einigen sich die Parteien nicht, enthält der Vertrag eine Lücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist.

Dabei entspreche es der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen, dass durch die unvorhergesehene Veränderung des Umfangs der auszuführenden Leistung keine der Vertragsparteien eine Besser – oder Schlechterstellung erfahren soll. Vor diesem Hintergrund ergibt die ergänzende Vertragsauslegung, dass die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind.

Nach bisher herrschender Auffassung in der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur war bei der Preisbildung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die ursprüngliche Kalkulation des Auftragnehmers zu berücksichtigen und waren ihre einzelnen Bestandteile unter Berücksichtigung der Mehr – oder Minderkosten fortzuschreiben (vorkalkulatorische Preisfortschreibung), wodurch das Vertragspreisniveau bei der Bildung des neuen Einheitspreises beibehalten werden sollte. Die nunmehrige Entscheidung des BGH erteilt der bisher herrschenden Auffassung damit eine Absage.

Zu beachten ist, dass es auf die tatsächlich **erforderlichen** Kosten ankommt.

Im Übrigen können die Parteien die vom BGH festgestellte Lücke dadurch schließen, dass sie im Vertrag vereinbaren, auf welche Weise im Falle von Mehrmengen die Preisbildung zu erfolgen hat. Auch können und sollten die Parteien, sofern keine vertragliche Regelung getroffen wurde, sich auch beim Auftreten von Mehrmengen über den neuen Preis einigen.

Hinweis: Die Entscheidung ist nicht ohne weiteres auf die Preisfortschreibung im Falle von § 2 Abs. 5 VOB/B übertragbar!

Zur Rechtswirkung einer Abwehrklausel in Vergabeunterlagen

BGH, Urteil vom 18.06.2019 – X ZR 86/17

Sehen die Vergabeunterlagen eines öffentlichen Auftraggebers vor, dass etwaige Liefer –, Vertrags – und Zahlungsbedingungen des Auftragnehmers nicht Vertragsbestandteil werden, und stellt ein Bieter mit seinem Angebot abweichende Bedingungen, so können diese infolge der Abwehrklausel des Auftraggebers keine rechtliche Wirkung entfalten. Ein Ausschluss des Angebots wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen ist deshalb nicht erforderlich und auch nicht zulässig!

Das Angebot des Bieters enthielt den Zusatz “ zahlbar bei Rechnungserhalt ohne Abzug“. Die den Vergabeunterlagen beigefügten Zahlungsbedingungen sahen demgegenüber eine Zahlung innerhalb von 30 Kalendertagen nach Abnahme vor. Die ZVB der Vergabestelle enthielten eine Abwehrklausel mit folgendem Wortlaut: “ *Etwaige..... Liefer –, Vertrags – und Zahlungsbedingungen des AN sind nicht Vertragsbestandteil.* “

Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass aufgrund der Abwehrklausel die Zahlungsbedingungen des AN nicht Vertragsbestandteil werden, so dass eine Abweichung von den Vergabeunterlagen nicht vorliegt. Ein Ausschluss des Bieters darf deshalb nicht erfolgen.

Schadensersatzansprüche wegen Vergabeverstoß sind auch ohne Nachprüfungsantrag oder Rüge zulässig

BGH, Urteil wie vorstehend

Ein Bieter wurde zu Unrecht mit seinem Angebot ausgeschlossen (abweichende Zahlungsbedingungen). Er hat zwar den Vergabeverstoß gerügt, jedoch keinen Nachprüfungsantrag gestellt. Nachdem der Zuschlag einem anderen Bieter erteilt wurde, verklagt er den AG auf Schadensersatz, er macht den entgangenen Gewinn geltend mit der Begründung, der Ausschluss erfolgte zu Unrecht, wäre er nicht ausgeschlossen worden, hätte ihm der Zuschlag erteilt werden müssen.

Zu prüfen war in diesem Zusammenhang die Frage, ob er mit seiner Schadensersatzklage nicht deshalb präkludiert ist, weil er keinen Vergabe Nachprüfungsantrag gestellt hat, also im laufenden Vergabeverfahren keinen Primärrechtsschutz in Anspruch genommen hat.

Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass der Kläger deshalb nicht präkludiert ist, seine Schadensersatzklage ist also zulässig.

Hinweis: Aus der Entscheidung folgt, dass ein Bieter auch nach Abschluss eines Vergabeverfahrens noch Schadensersatzansprüche auf entgangenen Gewinn geltend machen kann mit der Begründung, dass der Zuschlag ihm hätte erteilt werden müssen. Dieses Recht steht dem Bieter auch dann zu, wenn er im Vergabeverfahren den Verstoß nicht gerügt und auch keinen Nachprüfungsantrag gestellt hat.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Architektenrecht

Vertragsrecht

1.) Handelt der Bauleiter im eigenen oder im fremden Namen?

OLG München, Beschluss vom 13.03.2018 – 28 U 88/18
Fundstelle: IBR 2018,515

Ein Unternehmer schickt Werkstattzeichnungen eines nachträglich geplanten Geländers an den bauleitenden Architekten mit der Bitte, um Beauftragung und Freigabe. Der Architekt

Nachdem der Bauherr die Leistungen nicht bezahlt wendet sich der Unternehmer an den Architekten. Das OLG München kommt zu dem Ergebnis, dass der Vertrag zwischen Architekt und Unternehmer zustande gekommen ist. Es gebe keinen allgemeinen Rechtssatz, dass der bauüberwachende Architekt nur einen Erklärungswillen als Vertreter des Bauherrn und nicht im eigenen Namen hätte. So auch BGH, Urteil vom 07.12.2006 – VII ZR 166/05:

Dass ein Architekt unter Angabe der Berufsbezeichnung als Architekt einen Auftrag bei einem (von ihm betreuten) Bauvorhaben unterschreibt, lässt für sich nicht rechtlich tragfähig auf eine Vertreterstellung schließen.

2.) Akquisition oder konkludente Beauftragung?

OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.06.2018 – I – 21 U 108/17
Fundstelle: BauR 2018,544

Bei Architekten- und Ingenieurleistungen ist die Schwelle zwischen Akquisition und Beauftragung nicht oder nur schwer objektiv festzumachen. Letztlich entscheidend ist in diesem Zusammenhang, wie aus Sicht des Leistungsempfängers das Handeln des Architekten oder bei Verwertung der Architektenleistung dies aus Sicht des Architekten nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu verstehen ist.

In dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall rief der Bauherr den Architekten an und erklärte, er „hätte gerne ein gesamtes Sanierungskonzept inklusive Sanierungskosten“. Es fanden mehrere Ortstermine statt, der Architekt fertigte auch erste Entwürfe, die besprochen wurden. Schließlich übersandte der Architekt eine Honorarermittlung für die Leistungsphasen 1-9, unter anderem hieß es in diesem Schreiben: „*Ich bitte um eine schriftliche Auftragserteilung*“. In der Folge streiten sich Bauherr und Architekt, ob ein Auftrag zustande gekommen ist.

Nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf sind alle Umstände des Einzelfalls, die bei der Ermittlung eines gemeinsamen übereinstimmenden rechtsgeschäftlichen Willens von Bedeutung sind, heranzuziehen. Nach Rechtsauffassung des Gerichts konnte der Architekt die Erklärung des Bauherrn, er hätte gern ein gesamtes Sanierungskonzept inklusive Sanierungskosten als Auftrag verstehen. Die später geäußerte Bitte des Architekten um schriftliche Auftragserteilung stand der Annahme, es sei bereits ein Vertrag zustande gekommen nicht entgegen.

3.) Welche Rechtsnatur hat ein Projektsteuerungsvertrag?

OLG Naumburg, Urteil vom 11.04.2019 – 2U 41/18
Fundstelle: IBR 2019,439

Das OLG Naumburg hatte sich mit der Rechtsnatur eines Projektsteuerungsvertrages zu befassen. Es war das Leistungsbild gemäß AHO Projektsteuerung/Projektmanagement vereinbart. Beim Honorar war unter anderem vereinbart, dass Grundlage für die Honorarvereinbarung die Durchsetzung einer Förderquote von 80 v.H. ist.

Das Gericht schließt sich der in der Literatur teilweise vertretenen Auffassung, die Vereinbarung des Leistungsbildes nach AHO rechtfertige die Qualifizierung des Vertrages als Werkvertrag nicht an. Auch aus der vereinbarten Vergütung könne nicht ohne weiteres auf die Einordnung als Werk – oder Dienstvertrag geschlossen werden. Der Rechtscharakter eines Projektsteuerungsvertrags hänge vielmehr von den konkret getroffenen Vereinbarungen ab. Er sei ein Werkvertrag, wenn eine oder mehrere erfolgsorientierte Aufgaben des Projektsteuerers im Sinne des § 631 Abs. 2 BGB den Vertrag prägen.

Der Entscheidung zu Grunde liegende Vertrag enthalte ganz überwiegend eindeutig erfolgsorientierte Leistungspflichten (Verpflichtung zur erfolgreichen Akquisition von Fördermitteln, Schaffung der Voraussetzungen für die Genehmigungsfähigkeit des Projekts im Hinblick auf die Erlangung des allgemeinen Baurechts).

Honorarrecht

4.) Das Urteil des EuGH vom 04.07.2019 entfaltet auch Wirkung im Rechtsverhältnis zwischen Privatrechtssubjekten

OLG Celle, Urteil vom 23.07.2019 – 14 U 182/18
Fundstelle: IBR 2019,502

Nachdem Urteil des OLG Celle sind die Gerichte bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatrechtssubjekten verpflichtet, die vom EuGH für europarechtswidrig erklärten Regelungen der HOAI (Mindest- und Höchstsätze) nicht mehr anzuwenden. Ein Architekt/Ingenieur kann sich danach in einem laufenden Rechtsstreit nicht mehr darauf berufen, dass eine Honorarvereinbarung wegen Unterschreitung der Mindestsätze unwirksam ist. Im Gegenzug kann sich ein Auftraggeber nicht mehr darauf berufen, dass eine Honorarvereinbarung in unzulässiger Weise die Höchstsätze überschreitet.

Ebenso ist die sog. Mindestsatzfiktion des § 7 Abs. 5 HOAI gegenstandslos.

5.) Das Urteil des EuGH vom 04.07.2019 entfaltet im Rechtsverhältnis zwischen Privatrechtssubjekten keine Wirkung

OLG Hamm, Urteil vom 23.07.2019 – 21 U 24/18
Fundstelle: IBR 2019 503

Das OLG Hamm vertritt im Gegensatz zum OLG Celle Auffassung, dass das Urteil des EuGH nur die Bundesrepublik Deutschland bindet, für den einzelnen Unionsbürger jedoch von dem Urteil keine Rechtswirkung ausgeht. In laufenden Architektenhonorarprozessen kann sich deshalb nach dieser Auffassung eine Partei nach wie vor auf eine Unter – bzw. Überschreitung der Mindest – bzw. Höchstsätze berufen.

Das Gericht hat die Revision zugelassen. Das Verfahren ist mittlerweile beim BGH unter dem Az. VII ZR 174/19 anhängig.

Anmerkung:

Die beiden OLG – Entscheidungen betreffen das Rechtsverhältnis zweier Privatrechtssubjekte.

Unzweifelhaft ist die Öffentliche Hand verpflichtet, das Urteil des EuGH zu beachten mit der Folge, dass

- ein Architekt/Ingenieur bei bereits abgeschlossenen Verträgen sich gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber nicht mehr darauf berufen kann, dass die Mindestsätze in unzulässiger Weise unterschritten wurden,
- in einem neu abzuschließenden Vertrag mit einem Öffentlichen Auftraggeber die Mindestsätze in zulässiger Weise unterschritten und die Höchstsätze in zulässiger Weise überschritten werden dürfen.

6.) Die HOAI ist zwischen Privaten weiter anwendbar

KG, Beschluss vom 19.08.2019 – 21 U 20/19
Fundstelle: IBR Werkstatt – Beitrag 10.09.2019

Das KG geht davon aus, dass auch nach dem Urteil des EuGH vom 04.07.2019 in einem Zivilrechtsstreit zwischen einem Architekten und seinem (nicht-öffentlichen) Auftraggeber das Mindestpreisgebot nach § 7 Abs. 3 und Abs. 5 HOAI weiter anzuwenden ist. Der Private habe trotz des EuGH-Urteils ein schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand des Mindestpreisgebots.

7.) Anrechenbare Kosten bei Kündigung gleich nach Vertragsschluss

OLG München, Beschluss vom 22.05.2018 – 13 U 3256/17 Bau
Fundstelle: NZBau 2018,684

Nach § 6 Abs. 1 Z. 1 HOAI ist Grundlage für die Honorarermittlung die Kostenberechnung oder, sofern keine Kostenberechnung vorliegt, die Kostenschätzung.

Das OLG München hatte den Fall zu entscheiden, dass bereits eine Woche nach Auftragserteilung wieder gekündigt wurde, der Architekt hatte noch nicht mit der Grundlagenermittlung begonnen. Eine Kostenschätzung nach DIN 276 gab es nicht.

In diesem Fall kann das Gericht, so das OLG München, die für das Architektenhonorar anrechenbaren Kosten ausnahmsweise frei schätzen.

8.) Wann ist der maßgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung der objektiv richtigen Honorarzone?

KG, Urteil vom 19.06.2018 – 7U 33/17
Fundstelle: IBR 2019,326

Die Honorarzone ist nach objektiver Beurteilung unter Berücksichtigung der in der HOAI festgelegten Bewertungskriterien zu bestimmen. Nachdem ein Bauvorhaben ein dynamischer Vorgang mit ständigem Änderungspotenzial ist, kann deshalb erst nach Abschluss des Projekts die objektiv richtige Honorarzone bestimmt werden.

Haben die Parteien bei Vertragsabschluss keine bestimmte Honorarzone festgeschrieben, ist deshalb der gesamten Honorarabrechnung die Honorarzone zugrunde zu legen, die sich am Ende des Bauvorhabens als die richtige erweist.

Haben die Parteien bei Vertragsabschluss eine bestimmte Honorarzone jedoch festgeschrieben bzw. vereinbart, stellt sich am Ende des Bauvorhabens ebenso heraus, welches die objektiv richtige Honorarzone ist.

Kommt man zu dem Ergebnis, dass die bei Vertragsabschluss festgeschriebene Honorarzone nicht die richtige (z.B. zu niedrig) ist, ist im Wege des Gesamtvergleichs zu ermitteln, ob sich dadurch eine Mindestsatzunterschreitung ergibt. Dies allerdings auch nur im Verhältnis zweier Privatrechtssubjekte untereinander (nicht im Verhältnis Öffentliche Hand/Planer) und auch nur, wenn man wie das OLG Hamm davon ausgeht, dass sich ein Architekt nach wie vor auf eine unzulässige Unterschreitung der Mindestsätze berufen kann.

Haftungsrecht

9.) Schadensersatz wegen Nichtbeachtung von Fördermittelvorgaben

OLG Jena, Urteil vom 17.02.2016 – 7 U 610/15; BGH, Beschluss vom 10.01.2018 – VII ZR 54/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)
Fundstelle: IBR 2018,571

Eine Kommune beauftragt einen Ingenieur mit der Ausschreibung von Maßnahmen zur Erschließung eines Gewerbegebiets. Nach den vertraglichen Vereinbarungen ist Ingenieur verpflichtet, die Fördermittelvorgaben der Förderbehörde zu beachten. Die Förderbehörde verlangt, dass die Ausschreibung in einzelnen Fachlosen zu erfolgen hat und kündigt anderenfalls eine Kürzung von Fördermitteln an. Der Ingenieur schreibt trotzdem die Leistungen in einem einzigen Los aus. Es kommt zur Kürzung von Fördermitteln. Der Ingenieur rät der Kommune, dagegen Rechtsmittel einzulegen, was diese unterlässt. Die Kommune nimmt den Ingenieur auf Schadensersatz in Anspruch.

Das Gericht musste sich nunmehr damit befassen, ob die Ausschreibung in einem nur einzigen Los zulässig war, was im Ergebnis verneint wird. Die Voraussetzungen für eine Gesamtvergabe des Bauabschnitts in einem einheitlichen Los gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 VOB/A hätten nicht vorgelegen. Nach dieser Ausnahmenvorschrift kann bei einer Vergabe auf eine Aufteilung oder Trennung in Lose nur dann verzichtet werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

Der Schadenersatzklage der Kommune wurde nach einer Klageabweisung in 1. Instanz durch das OLG Jena stattgegeben.

10.) Haftung auf Schadensersatz wegen Baukostenüberschreitung

OLG Frankfurt, Urteil vom 21. Januar 2016, 11 U 71/14; BGH, Beschluss vom 25.04.2018 – VII ZR 39/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)
Fundstelle: IBR 2018,632

Die Parteien hatten im Architektenvertrag ein Budget von 6.178.500 € für die Errichtung von 5230 m² Wohnfläche nebst 66 Tiefgaragenstellplätzen „als Vertragsziel im Sinne einer Beschaffensvereinbarung gemäß § 633 Abs. 2 BGB“ unter Zugrundelegung eines klar definierten Standards vereinbart. Der Architekt war deshalb zur Einhaltung des vereinbarten Kostenrahmens verpflichtet. Nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien hat sich herausgestellt, dass die Einhaltung der Kostenobergrenze bei gleichzeitiger Einhaltung des vereinbarten Standards dem Architekten subjektiv unmöglich war (§ 275 Abs. 1 BGB).

Infolge dieser Unmöglichkeit die Kostenvereinbarung zu erfüllen, war der Architekt nach § 275 Abs. 1 BGB nicht zur Leistung verpflichtet, er schuldet jedoch nach § 311 a Abs. 2 BGB Schadensersatz (BGH, Urteil vom 08.05.2014 – VII ZR 203/11). Nach § 311 a Abs. 2 S. 1 BGB kann der Gläubiger im Hinblick auf eine vom Schuldner übernommene, aber nicht erfüllbare Leistungspflicht Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Er ist daher so zu stellen, als ob die Leistung wie versprochen erbracht worden wäre. In diesem Fall hätten sich die Kosten der Kostengruppen 300 und 400 auf max. 6.895.777,50 € belaufen gegenüber tatsächlichen Kosten von 7.653.941,40 €. Somit ist ein Schaden in Höhe der Differenz, mithin i.H.v. 758.163,90 € entstanden.

11.) Vereinbaren die Parteien eine Kostenobergrenze, stellt dies keine Beschaffenheitsvereinbarung dar

KG, Teilurteil vom 28.08.2018 – 21 U 24/16
Fundstelle : BauR 2019,131

Die Parteien eines Architektenvertrags können im Vertrag oder nachträglich eine Obergrenze für die Kosten vereinbaren, die insgesamt oder durch ein bestimmtes Gewerk nicht überschritten werden soll. Nach Rechtsauffassung des Kammergerichts werde mit einer solchen Vereinbarung nie die Beschaffenheit der Werkleistung des Architekten bestimmt, ihr käme vielmehr eine andere rechtliche Bedeutung zu. Sehe ein Architektenvertrag eine Vorgabe für die Leistungserbringung durch den Architekten vor, so sei dies nur dann eine Beschaffenheitsvereinbarung, wenn sie sich auf die Beschaffenheit, also die *Eigenschaften der vom Architekten zu erbringenden Werkleistung* beziehe. Die Frage, zu welchen Kosten sich die Planung umsetzen lässt sei aber keine Eigenschaft des Architektenwerks. Das Gericht führt aus, dass es nicht verkenne, dass in Rechtsprechung und Literatur entgegen dieser Ansicht immer wieder vertreten wird, die Vereinbarung einer Kostenobergrenze einem Architektenvertrag stelle eine Beschaffenheitsvereinbarung dar (so BGH, Urteil vom 06.10.2016 – VII ZR 185/13). Das Gericht betont, dass aus seiner Sicht die Vereinbarung einer Kostenobergrenze niemals eine Beschaffenheitsvereinbarung sein kann. Deshalb sei eine solche Vereinbarung aber nicht rechtlich ohne Bedeutung. Die rechtliche Bedeutung einer Kostenobergrenze bestehe darin, dass sie die kostenbezogenen Vertragspflichten des Architekten konkretisiere (Abfragen von Kostenvorstellungen des Bestellers, Erstellung mangelfreier Kostenermittlungen, Hinweispflicht, wenn die Kostenobergrenze voraussichtlich überschritten wird, Pflicht zur kostensparenden Planung).

Das Kammergericht hat die Revision zugelassen, sie wurde auch eingelegt, das Verfahren vor dem BGH hat das Az. VII ZR 192/18.

In einer ganz jungen Entscheidung vom 11.07.2019 (VII ZR 266/17) hat der BGH demgegenüber erneut ausgeführt, dass in der Vereinbarung einer Baukostenobergrenze eine Beschaffenheitsvereinbarung der zu erreichenden Planungs- und Überwachungsziele, die der Planer als Hauptleistungspflicht zu erfüllen hat liegt.

12.) Wann ist eine Kostenobergrenze eine Beschaffenheitsvereinbarung?

OLG München, Urteil vom 27.09.2016 – 9U 1161/15 Bau; BGH, Beschluss vom 05.06.2018 – VII ZR 248/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Fundstelle: IBR 2019,24

Im Gegensatz zum Kammergericht ist das OLG München der Auffassung, dass eine Kostenobergrenze als Beschaffenheit des Architektenwerks vereinbart werden kann.

Die Planung des Architekten entspreche nicht der vereinbarten Beschaffenheit und sei mangelhaft, wenn sie ein Bauwerk vorsehe, dessen Errichtung höhere Herstellungskosten erfordere, als sie von den Parteien vereinbart sind. Voraussetzung für eine Beschaffenheitsvereinbarung sei allerdings eine Einigung über eine bestimmte Kostenobergrenze. Die bloße Angabe einer Kostenobergrenze oder Darstellung eines Rahmens der wirtschaftlichen Verhältnisse reiche nicht aus. Es ist eine Einigung mit Rechtsbindungswillen erforderlich. Haben die Parteien in den schriftlichen Vertrag abgeschlossen, dann streite ohnehin die Vollständigkeitsvermutung dieses Vertrages gegen die Vereinbarung von bestimmten Baukosten.

Der Architekt war in 1. Instanz zur Zahlung eines Schadensersatzes von 570.000 € verurteilt worden, die Berufung des Architekten hatte Erfolg.

13.) Wann ist von einer konkludenten Vereinbarung einer Kostenobergrenze auszugehen? – Haftung wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht

OLG Oldenburg, Urteil vom 07.08.2018 – 2U 30/18

Fundstelle: IBR 2018,634

Ein Architekt wird von einem Investor bei einem größeren in 2 Bauteile aufgeteilten Projekt mit den Leistungsphasen 1-9 beauftragt.

Etwa 1 Monat vor Baubeginn erstellt der Architekt im Auftrag des Investors für Finanzierungsgespräche, die der Investor mit der Bank führen wollte Kostenzusammenstellungen für die 2 Bauteile. Der Investor erhielt auf Basis dieser Kostenzusammenstellungen die Finanzierungszusage. Diese war daran gebunden, dass der Kläger von der Planung (Kostenzusammenstellungen) abweichende Baukosten aus Eigenmitteln zu finanzieren habe. Als die Anlage 2 Jahre später nahezu fertiggestellt war, stellte sich heraus, dass sich die Kosten für Bauteil 1 um knapp 700.000 € und für Bauteil 2 um über 500.000 € erhöht haben. Wegen des ihm entstandenen Schadens (unter anderem Kosten für Umfinanzierung) nimmt der Investor den Architekten in Anspruch. Das Berufungsgericht verweist den Rechtsstreit an die 1. Instanz zur weiteren Beweisaufnahme zurück.

In diesem Zusammenhang führt der Senat zu den Voraussetzungen einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung betreffend eine Kostenobergrenze aus:

Für die Annahme einer Kostenobergrenze als Beschaffenheitsvereinbarung sei eine Erklärung des Bauherrn erforderlich, die in irgendeiner Art zum Ausdruck bringe, ein bestimmter Maximalbetrag solle nicht überschritten werden (BGH, NZBau 2013, 386). Daran fehle es, wenn der Bauherr lediglich Kostenzusammenstellungen entgegennehme, ohne aber selbst eine Erklärung dazu abzugeben, dass ein bestimmter Kostenrahmen nicht überschritten werden solle. Für eine Vereinbarung einer Kostenobergrenze als Beschaffenheit des Architektenwerks wäre erforderlich, dass der Bauherr im Rahmen der Entgegennahme der Kostenzusammenstellungen zum Ausdruck gebracht hätte, dieser Betrag solle nicht überschritten werden, worauf der Investor geschwiegen oder sich zustimmend geäußert hätte. Allein der Umstand, dass der Bauherr in Kenntnis des Architekten die Kostenzusammenstellungen zur Grundlage der Finanzierungsgespräche machen wollte, stelle eine derartige Erklärung nicht dar.

Anknüpfungspunkt eine Pflichtverletzung des Architekten sei jedoch die Verletzung einer Aufklärungspflicht. Wenn der Architekt Kostenermittlungen zu besonderen Zwecken wie der Finanzierung gegenüber dem Bauherrn bekannt mache, treffe ihn eine gesteigerte Aufklärungspflicht, falls diese Kostenangaben zu niedrig bzw. falsch sein, weil sie dann für die Investitionsentscheidung des Bauherrn ungeeignet sind. Die Aufklärungspflicht wäre in dem entschiedenen Fall dahingegangen, dem Bauherrn eine nach dem aktuellen Planungsstand zutreffende Kostenzusammenstellung mitzuteilen und ihn darauf hinzuweisen, falls diese – aus welchen Gründen auch immer – zu niedrig angesetzt war.

14.) Haftung für fehlerhafte Kostenschätzung

OLG Hamm, Urteil vom 15.03.2018 – 21 U 22/17 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

Fundstelle: IBR 2019,330

Die Kostenschätzung des Architekten war fehlerhaft. Er ermittelte Kosten von 210.170,40 €. Eine Kostenberechnung wurde nicht, der Kostenanschlag deutlich zu spät erstellt. Er wies eine Summe von 330.341,26 € aus. Der Ausbau wurde halb fertig gestellt, das Bauvorhaben war für den Bauherrn nicht mehr finanzierbar. Der Bauherr nimmt den Architekten in Höhe seiner frustrierten Aufwendungen für das Bauvorhaben abzüglich des Zeitwerts des halbfertigen Bauwerks in Anspruch.

Das Gericht führt aus, dass der Architekt stets gehalten sei, die wirtschaftlichen Belange seines Auftraggebers zu beachten. Hierzu gehören insbesondere eine zutreffende Beratung über die voraussichtlich entstehenden Baukosten. Eine Haftung des Architekten könne sich sowohl auf Grund schuldhaft unzutreffender Kostenschätzungen, die Grundlage eine Investitionsentscheidung des Bauherrn geworden sind, ergeben als auch infolge unterbliebener oder unrichtiger Information über eine Verteuerung des Bauwerks.

Das Gericht führt auch aus, dass die Kostenschätzung grob fehlerhaft war, weshalb dem Architekten auch kein Toleranzspielraum zugebilligt wurde. Bei groben Pflichtverletzungen wird regelmäßig eine Toleranz nicht zugebilligt (BGH, NJW – RR 19 97, 402).

15.) Architekt übersieht Vertragsstrafenvereinbarung

KG, Urteil vom 28.08.2018 – 21 U 24/16

Fundstelle : IBR 2018, 636

Der Architekt war mit den Leistungsphasen 1-9 beauftragt. Er erstellte unter anderem auch das Leistungsverzeichnis, von ihm stammt auch der Bauvertrag. Der Bauvertrag sah auch eine wirksame Vertragsstrafenvereinbarung für die Überschreitung des Vertragstermins vor.

Der Unternehmer hat die Vertragsstrafe verwirkt. Der Architekt hat dies im Rahmen der Rechnungsprüfung übersehen, er hat auch den Bauherrn nicht veranlasst bei der Abnahme den Vorbehalt zu erklären.

Nach Auffassung des Gerichts muss der mit der Leistungsphase 8 beauftragte Architekt prüfen, ob der Unternehmer eine für die Nichteinhaltung von Terminen wirksam vereinbarte Vertragsstrafe verwirkt hat.

Wenn ja, hat der Architekt dafür Sorge zu tragen, dass sich der Bauherr diese Vertragsstrafe bei der Abnahme der Leistungen des Unternehmers vorbehält (§ 341 Abs. 3 BGB) und muss bei der Prüfung der Rechnungen dafür sorgen, dass er nur einen entsprechend verminderten Betrag zu zahlen hat. Das Gericht kommt allerdings auch zu dem Ergebnis, dass der Schadensersatzanspruch des Bauherrn gemäß § 254 BGB um 50 % verringert ist, weil der Bauherr die Schadensentstehung mitverursacht habe. Es hätte dem Bauherrn obliegen, auch wenn er einen Architekten mit der Rechnungsprüfung beauftragt habe, im eigenen Interesse die Richtigkeit der Abrechnung des Unternehmers zu prüfen. Gerade wenn die Einhaltung eines Zeitplans für den Bauherrn wichtig gewesen ist, hätte er sich schon im Klaren darüber sein sollen, ob er vom abrechnenden Bauunternehmer eingehalten worden ist. Ist dies nicht der Fall und sieht der Vertrag mit dem Unternehmer deshalb eine Vertragsstrafe vor, läge es nahe, die Rechnungsprüfung darauf zu kontrollieren, ob diese Vertragsstrafe auch abgezogen ist.

16.) Arglisthaftung des Architekten wegen unterlassenem Hinweises auf unzureichende Bauüberwachung

OLG München, Urteil vom 31.07.2015 – 13 U 1818/13 Bau (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)
Fundstelle: IBR 2018,688

Das OLG München bejaht die Arglisthaftung eines auch mit der Leistungsphase 8 beauftragten Architekten wegen mangelhafter Überwachung von Trockenbauarbeiten (Errichtung von Abhangdecken in eine Schule). Die Montage von Trockenbaudecken ist nach den Ausführungen des Gerichts ein schwieriges und anspruchsvolles Vorhaben und bedarf einer engen Überwachung. Es wurden 7 Jahre nach Abnahme sicherheitsgefährdende Mängel festgestellt. Das Gericht führt aus, dass alleine das Vorhandensein dieser sicherheitsgefährdenden Mängel eine ordnungsgemäße Überwachung ausschließen.

Der Architekt handelte arglistig, er hätte den Auftraggeber darüber aufklären müssen, dass er Teile der Ausführung vertragswidrig nicht überwacht hat. Er hätte sich nicht auf Stichproben beschränken dürfen.

17.) Welche Prüfungspflicht hat der Nachfolgeplaner?

OLG Hamm, Urteil vom 31.01.2018 – 12 U 23/17
Fundstelle: BauR 2018,1457

Ein Ingenieurbüro wurde mit den Leistungsphasen 3-9 des Leistungsbildes Technische Ausrüstung bei einem Bürogebäude beauftragt.

Ein Vorgängerbüro hatte die Leistungsphasen 1 und 2 erbracht und eine Lüftungsanlage ohne Befeuchtung vorgesehen. Im Nachhinein ist der Bauherr der Auffassung, dass der Einbau einer Befeuchtungsanlage richtig gewesen wäre. Der im Verfahren beauftragte Sachverständige kommt aber zu dem Ergebnis, dass keine Pflicht zum Einbau einer Befeuchtungsanlage bestand.

Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass ein eigener Planungsfehler des mit den Leistungsphasen 3-9 beauftragten Ingenieurbüros nicht vorliegt. Es sei zwar geschuldet gewesen, die vorliegende Planung zu überarbeiten. Dies könne aber nicht bedeuten, dass die Leistungen der Leistungsphasen 1 und 2 erneut zu erbringen gewesen wären. Die Frage, ob eine Befeuchtungsanlage einzubauen ist, sei eine konzeptionelle Frage, die ohne Anhaltspunkte auf ihre Unrichtigkeit nicht auf ihre Richtigkeit zu überprüfen war.

Eine in der Leistungsphase 3 vorzunehmende Überprüfung der bisherigen Planung könne nur bedeuten, dass das vorhandene Konzept zu realisieren und zu überprüfen ist, ob das bisher auch richtig geschehen ist.

18.) Bereicherungsanspruch gegen den fehlerhaft planenden Architekten nach überobligatorischer Kostenübernahme

OLG Köln, Urteil vom 19.12.2018 – 11 U 110/16
Fundstelle: NZBau 2019,514

Der Bauherr beauftragt einen Architekten mit der Planung und einen Generalunternehmer mit der Ausführung seines Bauvorhabens, dieser beauftragt mit der Ausführung des Wärmedämmverbundsystems einen Subunternehmer. Der Architekt plant das Wärmedämmverbundsystem mangelhaft.

Der Bauherr verlangt vom Generalunternehmer Mangelbeseitigung, dieser fordert seinen Subunternehmer hierzu auf. Nachdem der Subunternehmer die ihm gesetzte Frist verstreichen lässt, beauftragt der Generalunternehmer einen Dritten mit der Mangelbeseitigung und zahlt die Kosten.

Er nimmt daraufhin den Architekten (Gesamtschuldnerausgleich) und seinen Subunternehmer in Anspruch. Subunternehmer und im Auftrag des Bauherrn planender Architekt haften insoweit nicht als Gesamtschuldner, als der Generalunternehmer gegenüber dem Bauherrn hinsichtlich des Planungsfehlers einen Mitverschuldensabzug geltend machen kann. Ein Gesamtschuldnerausgleichsanspruch besteht damit nicht.

Der GU hat jedoch einen bereicherungsrechtlichen Ausgleichsanspruch gegen den Architekten, da er diesen von der Schadenersatzverpflichtung gegenüber dem Bauherrn befreit hat.

Dass der Planungsfehler des Architekten zur Verringerung seiner Haftung gegenüber dem Bauherrn geführt hat, war dem Generalunternehmer zu dem Zeitpunkt, als er den Drittunternehmer mit der Mangelbeseitigung beauftragt und diesen bezahlt hat nicht bewusst.

19.) Einmessfehler des Planers, jedoch kein Schaden

OLG München, Beschluss vom 29.11.2017 – 20 U 2628/17; BGH, Beschluss vom 21.11.2018 – VII ZR 8/18 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Fundstelle: IBR 2019, 382

Dem Planer unterläuft im Zusammenhang mit der Einmessung des Grundstücks für ein Neubauvorhaben ein Fehler. Der Standort des Gebäudes verschiebt sich um 2 m, dadurch wird die Gartenfläche um ca. 40 m² kleiner. Der Bauherr verlangt 25.000 € Schadensersatz für die Verkleinerung der Gartenfläche.

Das Gericht weist die Klage ab. Die Tatsache, dass der Garten jetzt ca. 40 m² kleiner als nach der ursprünglichen Planung sei führe nicht zu einem Vermögensschaden. Der Grundstückswert sei insgesamt nicht gemindert.

20.) Keine Verpflichtung des Architekten, die Verlegung von Altparkett zu überwachen

OLG Dresden, Urteil vom 25.01.2018 – 10 U 780/17

Fundstelle: BauR 2019,290

Ein Auftragnehmer war mit Parkettlegearbeiten beauftragt. Es wurde in mehreren Wohnungen eines Gebäudes das Altparkett ausgebaut und teilweise – nach Aufarbeitung – wiederverwendet. In einer Wohnung hat der Auftragnehmer das Parkett teilweise mit der Unterseite nach oben verlegt, was zu Schäden am Parkett (Ausbrechen von Nuten) führte. Die vorangegangenen Arbeiten in den anderen Wohnungen waren ordnungsgemäß. Vom Bauherrn in Anspruch genommen wurde auch der bauüberwachende Architekt.

Das Gericht verneint eine Pflichtverletzung, die Durchführung der Parkettlegearbeiten in der Wohnung seien nicht – baubegleitend – überwachungs-pflichtig gewesen. Parkettlegearbeiten seien einfache handwerkliche Arbeiten, hier müsse der Architekt nicht ständig zugegen sein. Der Architekt hat in derartigen Fällen nur die Zuverlässigkeit und Qualität des ausführenden Unternehmens zu prüfen, was in vorliegendem Fall geschehen sei.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Baurecht

Vertragsrecht

21.) Was ist vorrangig – Leistungsverzeichnis oder Bemusterung?

OLG Schleswig, Urteil vom 18.08.2017 – 1U 11/16; BGH, Beschluss vom 05.06.2018 – VII ZR 200/17 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)
Fundstelle: IBR 2018, 557

Vertragsgegenstand waren Bodenbelagsarbeiten in einem Treppenhaus. Vertraglich vereinbart war die Verlegung von Podestfliesen die zu den bereits verlegten Stufenfliesen passen und eine Rutschfestigkeitsklasse von R 9 haben. Im Rahmen des Bemusterungstermins legt der AN dem AG eine von den Stufenfliesen farblich leicht abweichende Podestfliese vor, die der AG freigibt. Es kommt zu Verfärbungen die darauf zurückzuführen sind, dass die ausgesuchten Fliesen keine keramische Oberflächenvergütung aufweisen.

Das OLG Schleswig bejaht die Mangelhaftigkeit der Werkleistung, weil diese von der im LV vereinbarten Beschaffenheit abweicht. Ob der Unterschied bei der Bemusterung erkennbar war sei unerheblich, der AN hätte den AG aufklären müssen.

22.) Doppelte Schriftformklausel ist unwirksam

OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.06.2018 - 8 U 102/16
Fundstelle: IBR 2018,612

Die vom Auftraggeber eines Bauvertrags vorformulierte Klausel lautete wie folgt: *“Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrags bedürfen der Schriftform. Von dieser Schriftformvereinbarung kann nur durch schriftliche Vereinbarung abgewichen werden.“*

Nach Auffassung des OLG Karlsruhe ist diese Klausel zu weit gefasst und irreführend und damit unwirksam. Sie erwecke den Eindruck, jede spätere vom Vertrag abweichende mündliche Abrede sei gemäß § 125 S. 2 BGB nichtig. Dies entspreche aber nicht der wahren Rechtslage. Nach § 305 b BGB haben individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dieses Prinzip des Vorrangs (mündlicher) individueller Vertragsabreden setzt sich auch gegenüber doppelten Schriftformklauseln durch.

23.) Der schriftliche Bauvertrag hat die (widerlegbare) Vermutung der Vollständigkeit in sich

OLG München, Urteil vom 07.06.2016 – 9U 1677/15 Bau; BGH, Beschluss vom 20.02.2019 – VII ZR 179/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Fundstelle: IBR 2019, 477

In einem schriftlichen Bauvertrag war vereinbart, dass das Auftragsleistungsverzeichnis (= Kurz-LV) zu den Vertragsgrundlagen gehört und mündliche Nebenabreden nicht getroffen worden sind. Der AN rechnet in seine Schlussrechnung die 2-seitige Schalung von Wänden gemäß DIN 18 331 nach tatsächlich geschalter Fläche ab (im Auftragsleistungsverzeichnis gab es diese Position nicht). Der AG kürzt diese Position mit der Begründung, die Schalung sei nach dem Lang-LV nach Quadratmetern Wandfläche zu berechnen. Die Berechnung gemäß Lang-LV hätte man im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss vereinbart. Das Gericht gibt dem AN Recht, die Vertragsurkunde habe die (widerlegbare) Vermutung der Vollständigkeit in sich. Im schriftlichen Vertrag sei nur auf das Kurz-LV Bezug genommen und nicht auf das Lang-LV. Es gab zwar Besprechungsprotokolle in denen das Lang-LV erwähnt war, Besprechungsergebnisse aus der Verhandlungszeit könnten jedoch nur dann Bestand haben, wenn dies zum zuletzt niedergelegten Vertragsinhalt passt.

24.) AG schreibt „Betonstahl“ aus – ist neben dem Liefern auch das Verlegen geschuldet?

OLG Karlsruhe, Urteil vom 01.06.2016 Gedanken strich 13 U 176/11; BGH, Beschluss vom 07.11.2018-VII ZR 154/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Fundstelle: IBR 2019,361

Ausgeschrieben waren Rohbauarbeiten. Bei mehreren Positionen des LV war beschrieben „Betonstabstahl 500 S (A) Stablängen bis 12 m“. Es war eine Aufgliederung wichtiger Einheitspreise verlangt. Bei den entsprechenden Positionen hatte der AN nur den Stoffpreis und die Umlage für Gemeinkosten, allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn ausgewiesen, keine Lohnkosten.

Im Streit war die Frage, ob der AN nur das Liefern oder auch das Verlegen schuldet. Einerseits könnte man davon ausgehen, dass bei der Ausschreibung von Rohbauarbeiten lediglich das Liefern von Betonstahl wenig Sinn macht, weil grundsätzlich nicht davon auszugehen ist, dass der AG den Einbau der Stahls gesondert ausschreibt. Andererseits – so das OLG – sei es Aufgabe des AG, die Leistungen bei der Ausschreibung im Leistungsverzeichnis eindeutig und erschöpfend zu beschreiben.

Geht aber aus der Ausschreibung nicht eindeutig hervor, ob die Leistungsverzeichnis – Position „Betonstahl“ nicht nur die Lieferung, sondern auch den Einbau umfasst und will der Bieter die Verlegung des Betonstahl erkennbar nicht anbieten (er hat er bei der Aufgliederung der Einheitspreise bei den entsprechenden Positionen keine Lohnkosten ausgewiesen), gehört der Einbau der Stahls nicht zum vertraglich vereinbarten Leistungsumfang. Fordert der Auftraggeber den Auftragnehmer auf, die Verlegearbeiten auf jeden Fall zu erbringen, liegt darin die Anordnung zur Ausführung einer zusätzlichen Leistung, die gesondert zu vergüten ist.

25.) Zuschlagserteilung nach Ablauf der Bindefrist

OLG Dresden, Beschluss vom 12.10.2016 – 16 U 91/16; BGH, Beschluss vom 07.11.2018 – VII ZR 276/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Fundstelle: IBR 2019,301

In der Ausschreibung war als Zuschlags- und Bindefrist der 06.04.2014 angegeben. Der Zuschlag wird nach Ablauf der Bindefrist, am 21.05.2014 erteilt. Im Zuschlagsschreiben ist auch ein gegenüber der ursprünglichen Ausschreibung geänderte Ausführungszeitraum genannt. Der Bieter erklärt sich mit dem neuen Ausführungszeitraum nicht einverstanden und nennt einen alternativen Ausführungszeitraum. Der AG vergibt daraufhin die Leistung anderweitig. Der Bieter ist der Auffassung, es sei ein Vertrag zustande gekommen, er sieht in der Vergabe der Leistung an einen Dritten eine freie Kündigung und verlangt die Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen.

Ein Vertrag ist nicht zustande gekommen, so dass der Bieter keinen Erfolg mit seiner Klage hat. Das Angebot des Bieters war mit Fristablauf erloschen. Der verspätete Zuschlag des Auftraggebers stellt ein Angebot des Auftraggebers dar, das aber der Bieter nicht angenommen hat. Mit dem von ihm alternativ angebotenen Ausführungszeitraum war der AG nicht einverstanden.

26.) § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B hält auch nach dem vor Inkrafttreten des Bauvertragsrechts geltenden Recht einer isolierten AGB – Kontrolle stand

OLG Hamburg, Urteil vom 20.12.2018 – 4 U 80/18

Fundstelle: IBR 2019, 248

Es geht um die Frage, wann die Verjährung der Werklohnforderung des AN zu laufen beginnt, mit Abnahme oder Schlussrechnungsstellung.

Es ist die VOB/B vereinbart. Die Arbeiten wurden 2012 abgenommen. Die Schlussrechnung stellt der AN 2015. 2017 erhebt er Klage.

Der AG erhebt die Einrede der Verjährung. Während nach dem bis 01.01.2018 geltenden Recht des BGB mit der Abnahme die Forderung fällig wird, ist bei Vereinbarung der VOB/B die Fälligkeit von 2 Voraussetzungen abhängig, der Abnahme und der Stellung der prüfbaren Schlussrechnung. Die VOB/B war in dem entschiedenen Fall nicht ohne Abweichungen vereinbart, so dass es um die Frage ging, ob die vom AN gestellten Vertragsbedingungen der isolierten Inhaltskontrolle standhalten. Dies wurde vom Gericht bejaht.

Bei einem vor dem 01.01.2018 geschlossenen BGB – Werkvertrag ist die ordnungsgemäße Abrechnung keine Fälligkeitsvoraussetzung (so auch OLG Braunschweig, Beschluss vom 18.08.2017 – 8U 14/17, BauR 2018, 2013). Nach dem neuen Recht des BGB gilt auch für den Bauvertrag gemäß § 650 g Abs. 4 BGB, dass Abnahme und Schlussrechnungsstellung Fälligkeitsvoraussetzung ist.

27.) Strenge Voraussetzungen für die Annahme eines Global – Pauschalvertrags

OLG Brandenburg, Urteil vom 21.11.2018 – 4 U 19/18
Fundstelle: IBR 2019, 180

In dem vom OLG entschiedenen Fall war in einem Pauschalvertrag auf Basis funktionaler Leistungsbeschreibung eine Regelung aufgenommen, wonach *„Nachträge für diesen Pauschalpreisvertrag ausgeschlossen sind“*.

Vertraglich war vereinbart, dass die Entlüftung der Aufzugschächte mittels einer Öffnung über das Treppenhaus erfolgen sollte. Der Auftraggeber ordnete eine davon abweichende Ausführung an. Der AN stellt einen Nachtrag – nach der Entscheidung zu Recht.

Den Parteien stehe es grundsätzlich frei in einem Globalpauschalvertrag zu vereinbaren, dass der AN auch solche Mehrleistungen ohne Anspruch auf Mehrvergütung zu erbringen hat, die dadurch entstehen, dass der AG nach Vertragsschluss die dem Vertrag zu Grunde liegende Planung ändert (BGH, Urteil vom 13.03.2008 – VII ZR 194/06). An die Annahme einer derartigen Vereinbarung seien jedoch strenge Anforderungen zu stellen. Zudem war im Vertrag zu lesen:

Der Auftragnehmer hat sich vor Abgabe der Angebotserstellung allseitig und umfangreich auf der Baustelle informiert.“

Dies lasse erkennen, dass die in dem Vertrag getroffene Regelung über den Ausschluss von Nachträgen dahingehend zu verstehen sei, dass nur solche Nachträge ausgeschlossen sein sollten, die der Auftragnehmer in den vereinbarten Preis auch hätte einkalkulieren können und müssen.

28.) Änderungen des Bauentwurfs durch Übergabe von Schal – und Bewehrungsplänen

KG, Urteil vom 21.04.2016 – 27 U 81/15; BGH, Beschluss vom 25.04.2018 – VII ZR 119/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Fundstelle: IBR 2019,59

Im LV über Rohbauarbeiten war eine Teilelementedecke vorgesehen. Auf Vorschlag des AN beauftragte der AG stattdessen die Erstellung einer Fertigteildecke. Im Rahmen der Bauausführung übergab der AG dem AN Schal– und Bewehrungspläne, die jedoch eine Ausführung in Ortbeton vorsahen. Eine Ausführungsplanung wurde nicht übergeben. Der AN führt die Leistung entsprechend den Schal – und Bewehrungsplänen aus und stellt einen Nachtrag. Er dringt mit seiner Nachtragsforderung durch, in der Übergabe der Schal – und Bewehrungspläne sei eine konkludente Änderung des Bauentwurfs im Sinne von § 1 Abs. 3 VOB/B mit der Rechtsfolge des § 2 Abs. 5 VOB/B zu sehen.

Hinweis: In der Freigabe einer vom AN erstellten, aber mit dem Vertrag nicht übereinstimmenden Ausführungsplanung kann keine Anordnung gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B gesehen werden, wenn der AG nicht mit dem Bewusstsein handelt, eine kostenpflichtige Abweichung vom Inhalt des ursprünglichen Bauvertrags zu verlangen (so OLG Dresden, Urteil vom 31.08.2011 – 1 U 1682/10, IBR 2012, 9).

29.) Leistungsverweigerungsrecht des AN nach Bedenkenanmeldung und unzureichende Reaktion des AG

OLG Düsseldorf, Urteil vom 02.03.2018 – I - 22 U 71/17,
Fundstelle: BauR 2018,2018

Ein Auftragnehmer war mit Dachdecker – und Abdichtungsarbeiten beauftragt. Er meldet nach Besichtigung gegen die Vorunternehmerleistungen (zurecht) Bedenken an. Der AG geht auf die fachlich begründeten Bedenken des AN nicht ein, er lehnt auch die vom AN erbetene Freistellung von der Gewährleistung ohne Begründung ab und weist den AN an, die Leistung wie vorgesehen zu erbringen.

Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass dem Auftragnehmer im Einzelfall nach Treu und Glauben ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen kann, wenn er dem Auftraggeber nicht nur ordnungsgemäß seine Bedenken mitgeteilt hat, sondern die Prüfung dieser Bedenken mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das Ergebnis hat, dass die vom Auftraggeber vorgesehene Art der Ausführung zum Eintritt eines erheblichen Leistungsmangels oder eines sonstigen nicht nur geringfügigen Schadens führen wird. Es wäre ein Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn der AG vom AN verlangen dürfte, durch eigenes Handeln einen so gut wie sicher voraussehbaren Schaden herbeizuführen.

30.) Wechselseitige Kündigungen (I)

Nicht selten kommt es im Rahmen der Abwicklung von Bauverträgen zu wechselseitigen Kündigungen, jeweils gestützt auf einen behaupteten wichtigen Grund. Wie bei der Beurteilung, welche Kündigung wirksam ist vorzugehen ist, dazu gibt es unterschiedliche Entscheidungen:

KG, Urteil vom 16.02.2018 – 21 U 66/16

Fundstelle: IBR 2018,317

Der AN verlangt vom AG Sicherheitsleistung gemäß § 648 a Abs. 1 S. 1 BGB a.F. Der AG leistet keine Sicherheit und beruft sich auf Überzahlung des AN. Es kommt zur wechselseitigen Kündigungen.

Wegen der unterschiedlichen Kündigungsfolgen muss entschieden werden, welche der beiden außerordentlichen Kündigungen berechtigt ist. Aus Sicht des KG gibt es 3 Lösungsmöglichkeiten:

- nur die zuerst erklärte Kündigung aus wichtigem Grund ist maßgeblich (“zeitlicher Vorrang“)
- nur diejenige Kündigung aus wichtigem Grund ist maßgeblich, die bei materieller Gesamtbewertung als vorrangig anzusehen ist (“materieller Vorrang“)
- beide Kündigungen sind nebeneinander als wirksam anzusehen, sofern sich jede auf einen wichtigen Grund stützen kann (“Kumulierung“).

Das KG vertritt die Auffassung, dass das Konzept des materiellen Vorrangs überzeugende Lösung darstellt. Könnte sich jede Vertragspartei zu Recht auf einen Umstand berufen, der sie zur außerordentlichen Kündigung des Vertrags berechtigt, wäre es nicht richtig, nur die zuerst erklärte Kündigung als berechtigt und maßgeblich anzusehen. Dadurch würde ein Wettlauf der Kündigungen ausgelöst, dessen Ausgang entweder von Zufälligkeiten oder davon abhängt, welche Vertragspartei zuerst weitere Kooperationsversuche ablehnt und energischer auf die Beendigung der Zusammenarbeit drängt. Dies wäre keine überzeugende Wertung für den Kündigungskonflikt.

Richtig sei es, analog § 323 Abs. 6 BGB in einer Gesamtabwägung zu entscheiden, welche der beiden isoliert betrachtet jeweils wirksamen Kündigungen den rechtlichen Vorrang genießt.

31.) Wechselseitige Kündigungen (II)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.04.201 – 22 U 62/18
Fundstelle: IBR 2019,417

Das OLG Düsseldorf kommt entgegen der vorerwähnten Entscheidung zu dem Ergebnis, dass bei der Prüfung von wechselseitigen, sukzessiven vertragsbeendenden Erklärungen eine chronologische Prüfungsmethode anzuwenden ist. Maßgeblich sei allein, welche von 2 wechselseitigen, sukzessiv erfolgten Kündigungen als erste auf wirksame Weise das Vertragsverhältnis beendet hat.

32.) Die gesetzliche Vermutung des § 649 S. 3 BGB a. F. (5 %) gilt auch beim VOB/B – Vertrag

KG, Urteil vom 20.02.2018 – 7U 40/17; BGH, Beschluss vom 21.11.2018 – VII ZR 62/18 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)
Fundstelle: IBR 2018,317

In dem entschiedenen Fall war der AN nicht in der Lage seinen Vergütungsanspruch nach §§ 649 S. 2 BGB a. F., 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B schlüssig zu begründen. Er hätte dazu eine detaillierte Abrechnung erstellen müssen, die den Auftraggeber in die Lage versetzt, sich mit den ersparten Aufwendungen des Auftragnehmers und den tatsächlichen oder möglichen Zuflüssen aus anderweitigem Erwerb oder böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerb auseinanderzusetzen, wozu auch die Grundlagen der unternehmerischen Kalkulation heranzuziehen sind (vergl. BGHZ 140,365).

Das Gericht sprach jedoch 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden Vergütung zu, da § 649 S. 3 BGB a. F. auch beim VOB – Vertrag anwendbar ist.

33.) Wie lange besteht das Anordnungsrecht des Auftraggebers gemäß § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B

OLG Hamm, Urteil vom 18.01.2019 – 12 U 54/18
Fundstelle: IBR 2019,302

Der Auftragnehmer war mit Elektroarbeiten beauftragt. Nach Anzeige der Fertigstellung durch den AN fand eine Begehung des Objekts durch den AG statt, der AG listete 20 Mängel auf. Nach Abarbeitung der Mängel stellte der AN die Schlussrechnung. Daraufhin ordnete der AG eine Zusatzleistung an.

Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass das Anordnungsrecht nach § 1 Abs. 4 VOB/B des AG mit Beendigung der Herstellungsphase erloschen ist. Sinn und Zweck des Anordnungsrechts ist die Veränderung des Leistungssolls. Mit Erfüllung ist das vertraglich geschuldete Leistungssoll aber bereits erreicht.

34.) AG lässt einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses nicht ausführen – Teilkündigung oder Leistungsänderung?

OLG München, Beschluss vom 02.04.2019 – 28 U 34/19 Bau
Fundstelle: IBR 2019,307

Der AG lässt 2 Positionen des Leistungsverzeichnisses nicht ausführen. Der AN verlangt hierfür die Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen, da der Entfall eine Teilkündigung wäre. Das OLG lässt offen, ob eine Teilkündigung vorliegt, jedenfalls komme nur eine Abrechnung nach § 8 VOB/B (bzw. § 648 BGB) in Betracht, sei es direkt oder entsprechend. Jedenfalls liege kein Fall des § 2 VOB/B vor.

Mängelhaftung

35.) Änderung der anerkannten Regeln der Technik nach Abnahme – Wer trägt das Risiko

OLG Koblenz, Urteil vom 27.09.2016 – 4U 674/14; BGH, Beschluss vom 21.11.2018 – VII ZR 263/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Der AN war mit der Verlegung von Betonsteinpflaster beauftragt. Nach Abnahme, kurz vor Ende der Mängelhaftungsfrist beanstandet der AG, dass sich Pflastersteine gelockert und Risse gebildet haben. Der AN wendet ein, seine Ausführung der Dehnungsfugen habe dem seinerzeit geltenden Regelwerk entsprochen.

Das Gericht lässt dies dahinstehen. Der Unternehmer schulde grundsätzlich ein dauerhaft mangelfreies und funktionstaugliches Werk. Die Einstandspflicht des Werkunternehmers setzt lediglich voraus, dass dem Werk ein Mangel anhaftet, dieser also aus dem Verantwortungsbereich des Werkunternehmers herrührt.

Selbst wenn der AN die Verlegung der Pflastersteine unter Beachtung der seinerzeit geltenden anerkannten Regeln der Technik erstellt hätte, wäre das Werk mangelhaft, wenn sich die als zutreffend angenommenen Regeln später als unrichtig herausstellten.

Inwieweit ein Mangel des Werkes vorliegt, hängt nicht davon ab, ob der Unternehmer aufgrund ihm zugänglicher fachlicher Informationen darauf vertrauen konnte, dass die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit durch seine Leistung erfüllt wird.

36.) Kein Einbehalt wegen Mängeln an anderem Gewerk

OLG München, Beschluss vom 13.01.2016 – 28 U 2481/15 Bau; BGH, Beschluss vom 25.04.2018 – VII ZR 28/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Bei einem Bauvorhaben beauftragt der AG den AN mit unterschiedlichen Verträgen für verschiedene Bauleistungen (Fassadenarbeiten sowie Putz- und Spachtelarbeiten). Der AG macht wegen Mängeln bei einer der Bauleistungen ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich des Werklohns des anderen Vertrages geltend. Er will den Werklohn für Putz – und Spachtelarbeiten so lange zurückhalten, bis Mängel der Fassadenarbeiten beseitigt sind. Ein Zurückbehaltungsrecht steht ihm hier nicht zu. Voraussetzung ist nach § 273 BGB, dass dem AG aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, ein fälliger Anspruch gegen den Gläubiger zusteht. Die gegenseitigen Ansprüche müssen aus einem innerlich zusammenhängenden, einheitlichen Lebensverhältnis folgen. Dies sei hier nicht gegeben. Es handelt sich um 2 völlig eigenständige Bauverträge und 2 verschiedene Lebenssachverhalte. Die Tatsache, dass es sich um ein und dasselbe Bauvorhaben handelt ändert daran nichts.

37.) Pflicht zur Vorlage eines Sanierungskonzepts

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.11.2018 – 22 U 91/14
Fundstelle: IBR 2019, 423

Eine Wohnungseigentümergeinschaft rügt Schallschutzmängel.

Der AN erklärt sich zur Nacherfüllung bereit und möchte in einem Teilbereich den Putz entfernen, die Dämmung austauschen und dann wieder den Putz auftragen. Die Eigentümergeinschaft lässt diese Mängelbeseitigung nicht zu, sie ist der Auffassung, dass die beabsichtigte Mängelbeseitigung untauglich ist und verlangt die Vorlage eines Sanierungskonzepts. Dazu ist der AN nicht bereit, der AG sieht darin eine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung.

Das Landgericht gibt dem AN Recht, auf die Eignung der vom AN angebotenen Mängelbeseitigungsmaßnahmen komme es nicht an, da der AN nicht ein offensichtlich ungeeignetes Sanierungskonzept vorgeschlagen habe. Anderer Ansicht das OLG. Dem Werkunternehmer sei zwar grundsätzlich überlassen, in welchem Umfang und auf welche Weise er einen Baumangel beseitigen will. Er trägt das Risiko seiner Arbeit und ihr muss daher grundsätzlich auch allein entscheiden können, auf welche Weise er die Mängel dauerhaft beseitigen will. Ein Unternehmer muss sich daher nur ausnahmsweise, insbesondere wenn Treu und Glauben dies erfordern, Weisungen von Seiten des Auftraggebers unterwerfen.

Der Auftraggeber braucht sich jedoch nicht auf solche untaugliche Nachbesserungsansinnen des Auftragnehmers einlassen, die sich als bloßer Versuch einer Nachbesserung darstellen. Der Streit darüber, wie die Nachbesserung vertragsgerecht erfolgen muss, tragen beide Parteien in Risiko, wenn Sie darüber keine Einigung erzielen. Besteht der Unternehmer auf einer Nachbesserungsmaßnahme, die unzureichend ist, kann der Besteller diese zurückweisen. Er gerät dann nicht in Annahmeverzug, der Unternehmer verliert in diesem Fall sein Nacherfüllungsrecht. Nacherfüllungsmaßnahmen, die den vertraglich geschuldeten Erfolg nicht vollständig herbeiführen, muss der Bauherr grundsätzlich nicht akzeptieren und darf Sie zurückweisen. Bei einer aufwändigen Sanierungsmaßnahme kann es – auch im Lichte bauvertraglicher Kooperationspflichten – erforderlich sein, dass der Unternehmer dem Bauherrn ein Sanierungskonzept vorlegt, das diesem die Prüfung ermöglicht, ob die angebotene Sanierung den vertraglich geschuldeten Erfolg erreichen kann. Es gibt – erst recht im Rahmen eines bereits bezogenen Objekts – kein Recht des Auftragnehmers, sich durch sukzessive Mängelbeseitigungsversuche an den von ihm vertraglich geschuldeten Erfolg schrittweise „heranzutasten“.

38.) Rücktrittsrecht des Auftraggebers wenn Mangelbeseitigung unmöglich

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.04.2016 – 19 U 134/14; BGH, Beschluss vom 11.04.2018 – VII ZR 124/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Ein AN ist mit dem Einbau einer Luft –/Wasser – Wärmepumpe beauftragt. Er empfiehlt eine Wärmepumpe mit einer Zusatzleistung von 6 KW. Stellt sich heraus, dass diese Heizungsanlage das Wohnhaus des AG nicht in ausreichendem Maß beheizen kann. Es müsste eine Zusatzheizung mit einer Leistung von 9 KW installiert werden. Der AG tritt im Stadium vor der Abnahme vom Vertrag zurück und verlangt Rückzahlung des geleisteten Werklohns.

Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass der Rücktritt des AG nach § 323 Abs. 4 BGB zulässig ist. Hiernach kann der Gläubiger bereits vor Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. Diese Voraussetzungen seien hier erfüllt, nach dem aufgrund der Feststellungen des Sachverständigen feststehe, dass die eingebaute Heizungsanlage auch nach einer Abnahme mangelbehaftet sei, ohne dass dies durch weitere Leistungen oder Umbauten noch zu verhindern wäre.

Anmerkung: Nachdem nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 19.01.2017 – VII ZR 193/15 dem AG vor Abnahme keine Mängelrechte nach § 634 BGB zustehen, kann der AG nur Rechte aus dem Allgemeinen Schuldrecht geltend machen.

39.) Fachfirma muss auf fehlende Planung hinweisen!

OLG München, Urteil vom 31.07.2018 – 28 U 3161/16 Bau
Fundstelle: IBR 2018,614

Eine WEG beauftragt eine Fachfirma mit der Durchführung von Reinigungs- und Sanierungsarbeiten an der Betonfassade der Eigentumsanlage. Nach Fertigstellung der Arbeiten rügt die WEG streifenförmige Verfärbungen an der Fassade.

Der Unternehmer wendet ein erhebliches Mitverschulden der WEG ein, weil diese ihm keine geeignete Planung für die Durchführung der Sanierungsarbeiten zur Verfügung gestellt habe.

Das Gericht kommt zu einer Mitverursachungsquote der WEG von nur 10 %, sie hätte vor Beginn eine Instandsetzungsplanung durchführen lassen müssen. Nachdem es sich jedoch bei dem Unternehmen um eine Fachfirma handelt, der die Notwendigkeit der vorherigen Durchführung einer Instandsetzungsplanung kennen musste, hätte sie die WEG darauf hinweisen müssen.

40.) Allein das Fehlen einer CE – Kennzeichnung ist kein Mangel

OLG Oldenburg, Urteil vom 04.09.2018 Gedanken strich 2U 58/18
Fundstelle BauR 2019,521

Der AN war mit dem Einbau von Fenster- und Türelementen samt Rollläden in einem Wohnhaus beauftragt. Für die vom Unternehmer eingebauten Rollläden lagen weder Herstellererklärungen noch eine CE-Kennzeichnung vor. Es wurden Mängel gerügt, unter anderem das Fehlen der CE-Kennzeichnung.

Nach Auffassung des Gerichts stellt das Fehlen der Kennzeichnung allein aus Rechtsgründen keinen Mangel dar. Die CE-Kennzeichnung von Bauprodukten basiert auf einer EU-Verordnung vom 09.03.2011. Deren Regelungszweck liegt nicht in der Bauwerkssicherheit. Aus der CE-Kennzeichnung eines Bauprodukts ergibt sich nicht der Anscheinsbeweis, dass dieses Bauprodukt die übliche Beschaffenheit aufweist. Bauprodukte ohne diese Kennzeichnung begründen nicht die Vermutung, dass das Werk nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen würde.

Anders allerdings LG Mönchengladbach (IBR 2015,483): Die Verwendung von Bauprodukten ohne CE-Kennzeichnung begründet einen Mangel.

41.) Allein das Fehlen des Herstellerkennzeichens begründet noch keinen Mangel

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.09.2017 – 9U 21/16
Fundstelle: BauR 2018,831

Ein Sanitärinstallateur installierte einen Kugelhahn ohne Herstellerkennzeichen. Das allein begründe noch keinen Mangel. Das Herstellerzeichen diene zunächst nur dazu, dass erkennbar werde, von welchem Hersteller das verwendete Produkt stamme; es sage noch nichts über die Funktionsfähigkeit aus. Zwar könne das Fehlen eines Herstellerkennzeichens bzw. die Verwendung eines nicht gekennzeichneten Produkts an sich ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik darstellen, jedoch führt das allein nicht zu der Annahme, dass die Funktionsfähigkeit (hier die Dichtigkeit) fehle. Zudem verlange die DIN lediglich die Verwendung von Produkten mit einer Beschaffenheit nach den anerkannten Regeln der Technik; dies erfordere nicht zwingend ein Prüfzeichen einer anerkannten Prüfstelle.

Vergütung

42.) Bezieht sich ein Nachlass auf die Auftrags – oder die Abrechnungssumme?

KG, Urteil vom 06.11.2015 – 7 U 166/14; BGH, Beschluss vom 12.09.2018 – VII ZR 276/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)
Fundstelle: IBR 2019,245

Ein Auftragnehmer gewährt bei einem Einheitspreisvertrag bei einer Vertragssumme von 997.952 DM einen „pauschalen Nachlass von 4 %“. Es herrscht Streit darüber, ob dieser Nachlass (nur) die Auftragssumme betrifft oder auch Nachträge. Das Gericht legt die Nachlassvereinbarung dahingehend aus, dass sie sich nur auf die Vertragssumme bezieht.

Zu dieser Auslegung kommt das Gericht, weil der Nachlass pauschaliert und mit einem Festbetrag ausgewiesen war.

43.) Vertragsstrafe auf Zwischentermine muss auf anteiligen Auftragswert begrenzt werden

OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.12.2018 – 8U 55/17
Fundstelle: IBR 2019,185

In einem vom AG vorformulierten Bauvertrag ist hinsichtlich der Vertragsstrafe folgendes zu lesen:

„5.1 Kommt es zu einer durch den AN schuldhaft verursachten Überschreitung einer Vertragsfrist oder mehrerer Vertragsfristen, kann der AG eine Vertragsstrafe i.H.v. 0,2 % der Netto – Schlussrechnungssumme pro Werktag gelten machen. Auch wenn mehrere Vertragsfristen gleichzeitig schuldhaft überschritten werden, beträgt die Vertragsstrafe insgesamt 0,3 % der Netto – Schlussrechnungssumme pro Werktag.

5.2 die nach 5.1 anfallende Vertragsstrafe ist der Höhe nach auf höchstens 5 % der Netto – Schlussrechnungssumme begrenzt.“

Das OLG verweist auf die höchstrichterliche und obergerichtliche Rechtsprechung, nach der eine vom Auftraggeber gestellte Vertragsstrafenregelung, die eine für die schuldhafte Überschreitung einer Zwischenfrist zu zahlende Vertragsstrafe auf einen Anteil der Gesamtauftragssumme anstatt auf den Wert der zum Zeitpunkt des Ablaufs der zwischen Frist tatsächlich rückständigen Werkleistung festlegt, den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt. Denn in solchen Fällen könne die vereinbarte Höchststrafe nach verhältnismäßig kurzen Zeiträumen bereits vollständig verwirkt sein. Der Auftraggeber profitiere dann im Zuge der Absicherung von Zwischenfristen auf Kosten des Auftragnehmers davon, dass der Auftragnehmer später noch weitere Leistungen erbringt, deren Zweck es nicht ist, die Einhaltung des vorangegangenen Zwischentermins zu sichern. Ein angemessenes Gleichgewicht der Interessen von AG und AN sei mithin nicht gewahrt.

Die Vertragsstrafen – Klausel halte einer AGB – rechtlichen Überprüfung ausserdem deshalb nicht stand, weil sie eine Kumulierung von einzelnen Vertragsstrafen ermöglicht und deshalb insgesamt eine unangemessen hohe Vertragsstrafe vorsieht.

44.) Anforderungen an schlüssige Darlegung der Vergütung für nicht erbrachte Leistungen nach freier Kündigung

KG, Urteil vom 15.06.2018 – 21 U 140/17
Fundstelle: BauR 2018,1889

Nach der Entscheidung des Gerichts setzt die schlüssige Darlegung der Vergütung für nicht erbrachte Leistungen nach freier Kündigung nicht voraus, dass der Unternehmer Angaben zu seinem anderweitigen Erwerb macht. Er muss aber angeben, welche Aufwendungen er aufgrund der Kündigung erspart hat. Der Unternehmer muss zwar darlegen, welchen anderweitigen Erwerb er sich anrechnen lassen muss, allerdings kann dies auch konkludent geschehen. Zudem ist der Unternehmer nicht verpflichtet, seine „gesamte Geschäftsstruktur“ von vorneherein offenzulegen. Damit gehört es nicht zur schlüssigen Darlegung der Kündigungsvergütung, dass der Unternehmer angibt, welche Aufträge er in dem Zeitraum ausgeführt hat, indem er den abgerechneten Auftrag abgearbeitet hätte, wäre dieser nicht gekündigt worden. Unterbleibt jeglicher Hinweis auf diese Auftragslage, liegt darin zumindest die konkludente Erklärung des Unternehmers, es habe keine Aufträge gegeben, die er nur aufgrund der Kündigung ausführen konnte, sodass er sich keinen anderweitigen Erwerb „anrechnen lassen muss“.

Dies reicht für die schlüssige Darlegung des Vergütungsanspruchs. Der Besteller kann anderweitigen Erwerb gemäß § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen vortragen. Ist dies geschehen, muss der Unternehmer dann detailliert erwidern, um diese Behauptung streitig zu stellen.

45.) Kalkulierter Verlust ist bei Leistungsänderungen betragsmäßig fortzuschreiben

OLG Hamm, Urteil vom 09.05.2018 – 12 U 88/17
Fundstelle: BauR 2018, 1884

Habe ein Auftragnehmer eine Leistungsposition mit einem geringeren Einheitspreis angeboten, als ihm selbst vom Nachunternehmer angeboten worden ist, so entspreche es dem Grundverständnis von § 2 Abs. 5 VOB/B, diesen kalkulierten Verlust auf den Preis der geänderten Leistung fortzuschreiben.

Die Ermittlung der Vergütung für eine geänderte Leistung erfolge auf der von den Parteien vorausgesetzten Grundlage einer vorkalkulatorischen Preisfortschreibung in der Weise, dass – soweit möglich – an die Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft wird.

Hinweis: Der BGH hat mit Urteil vom 08.08.2019 – VII ZR 34/18 zu § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B entschieden, dass die im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung vorzunehmende Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien nach Treu und Glauben ergibt, dass, wenn nichts anderes vereinbart ist, für die Bemessung des neuen Einheitspreises die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind. (Dr. R.)

Vergaberecht

Neue Schwellenwerte 2020/2021

Seit dem 01.01.2020 gelten neue Schwellenwerte für EU-weite Vergabeverfahren. Die Schwellenwerte sind unmittelbar anzuwenden, einer Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber bedarf es nicht, da aufgrund der dynamischen Verweisung in den Vergabeverordnungen die Schwellenwerte unmittelbar gelten. Die neuen Schwellenwerte betragen:

- Liefer- und Dienstleistungen für sonstige öffentliche Auftraggeber: aktuell 214.000 € (bisher 221.000 €)
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich sowie Verteidigung/Sicherheit: aktuell 428.000 € (bisher 443.000 €)
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge von oberen und obersten Bundesbehörden: aktuell 139.000 € (bisher 144.000 €)
- Bauaufträge: aktuell 5.350.000 € (bisher 5.548.000 €)
- Konzessionsvergaben: aktuell 5.350.000 € (bisher 5.548.000 €)

Auftragnehmer ungeeignet, wenn Optionen nicht abgerufen wurden?

VK Bund, Beschluss vom 03.07.2019 – VK 1-37/19

Quelle: IBRRS 2019, 2338

Die Vergabekammer hatte sich unter anderem mit der Frage zu befassen, ob der Nicht-Abruf von Optionen ausreicht, den fakultativen Ausschlussgrund gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zu erfüllen. Hierzu hat sie entschieden, dass die Nicht-Inanspruchnahme von Optionen durch den Auftraggeber in der Vergangenheit in Verträgen mit dem bisherigen Auftragnehmer nicht dazu führt, die Eignung des Auftragnehmers generell in Frage zu stellen.

Die Antragstellerin wollte gegen die Zuschlagserteilung an die Beigeladene vorgehen. Diesbezüglich hat sie auch vorgetragen, dass nach ihrer Kenntnis mehrere Optionen, mutmaßlich aufgrund von Qualitätsmängeln in der Leistungserbringung, durch die örtliche Arbeitsagentur (also auftraggeberseitig) nicht gezogen wurden. Die Antragsgegnerin hat hierauf hin vorgetragen, dass ihr Vertragsstörungen nicht bekannt seien.

Die Vergabekammer hat diesbezüglich entschieden, dass allein die Nicht-Inanspruchnahme von Optionen durch die Antragsgegnerin in der Vergangenheit in Verträgen mit der Beigeladenen nicht dazu führt, die Eignung der Beigeladenen generell in Frage zu stellen. Anhaltspunkte, die für eine Schlechtleistung der Beigeladenen sprächen, lägen nicht vor. Insbesondere hat die Antragsgegnerin nachvollziehbar vorgetragen, dass es verschiedene Gründe dafür geben kann, dass Optionen in einem Vergabeverfahren nicht ausgeübt werden. Für die Vergabekammer sind deshalb keine Gründe ersichtlich, die einen Ausschluss der Beigeladenen wegen mangelnder Eignung zu begründen vermögen.

Hinweis:

Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB grundsätzlich eine Ermessensentscheidung des Auftraggebers voraussetzt. Nur wenn das Ermessen fehlerhaft ausgeübt wird, kann ein Eingreifen der Vergabekammer stattfinden. (SC)

Wann ist ein Konzept „überzeugend“?

VK Bund, Beschluss vom 17.07.2019 – VK 2-36/19
Quelle: IBRRS 2019, 2403

An nichtmonetäre Zuschlagskriterien werden hohe Anforderungen bezüglich der Transparenz gestellt. Grundsätzlich muss der Bieter aus den Zuschlagskriterien und deren Bewertung erkennen können, was von ihm verlangt wird.

Eine aktuelle Entscheidung der VK Bund hat sich hiermit ebenfalls beschäftigt. Ausgeschrieben war die Erbringung von Call-Center-Dienstleistungen. Als Zuschlagskriterien waren unter anderem vorliegend gegeben:

Erfahrung/Vorkenntnisse des eingesetzten Personals mit einer Gewichtung von 8, Personalorganisation mit einer Gewichtung von 4, Qualitätssicherung mit einer Gewichtung von 15, Datenschutz/Datensicherheit mit einer Gewichtung von 3, Preis mit einer Gewichtung von 70.

Bezüglich der einzelnen Unterkriterien wurden weitere Unterkriterien mit Gewichtung gebildet. Angaben zur Berechnung der Wertungskriterien Preis und Qualität waren enthalten. Bezüglich des Unterunterkriteriums Mitarbeiterschulung war vorgegeben: *„Von den Bietern sind Ausführungen insbesondere zur Regelmäßigkeit, Häufigkeit, den Anlässen sowie den Inhalten von Schulungen der Mitarbeiter zu machen. Die Ausführungen werden in 4 Stufen bewertet, nämlich mit „besonders überzeugend“ (3 Punkte), „überzeugend“ (2 Punkte), „weniger überzeugend“ (1 Punkt) sowie „nicht überzeugend“ (0 Punkte).“*

Die Antragstellerin rügt nun die Bewertung dieses Kriteriums. Für die Bieter sei es nicht ersichtlich gewesen, worauf es dem Auftraggeber ankomme, um seine Ziele zu erreichen und eine optimale Punktzahl zu erreichen. Die Vorgaben der Stufen von „sehr überzeugend“ bis „nicht überzeugend“ genügen nicht, da eine nähere Definition fehle.

Die Vergabekammer Bund hält die aufgestellten Kriterien mit Bewertung für zulässig. Zwar ist der Maßstab, anhand dessen die Konzepte zur Mitarbeiterschulung bewertet werden, im Sinne einer schulnotenmäßigen Bewertung offen, denn die Abstufungen orientieren sich am Begriff „überzeugend“, ohne dass konkretisiert würde, was als „überzeugend“ angesehen wird. Unter Bezugnahme auf mehrere andere Entscheidungen führt die Vergabekammer Bund jedoch aus, dass der Erwartungshorizont des Auftraggebers, also wann ein Konzept z.B. als besonders überzeugend angesehen wird, dann nicht noch einmal gesondert konkretisiert werden muss, wenn für den fachkundigen Bieter in einer Gesamtschau aller Vorgaben, insbesondere auch aus der Leistungsbeschreibung, deutlich wird, worauf es dem Auftraggeber ankommt. Im vorliegenden Fall hat der Auftraggeber bestimmt, dass die Bieter in dem vorzulegenden Konzept Ausführungen *„insbesondere zur Regelmäßigkeit, Häufigkeit, den Anlässen sowie den Inhalten von Schulungen der Mitarbeiter“* machen sollen. Diese näheren Festlegungen ermöglichen in Verbindung mit den Maßgaben des Leistungsverzeichnisses, das in Ziffer 1.2 Vorgaben zu Mitarbeiterschulung enthält, dass den fachkundigen Bietern klar wird, worauf es der Antragsgegnerin ankommt.

Die Vergabekammer führt jedoch weiter an, dass diese zwar zulässige, aber hier dennoch gegebene, Offenheit des Erwartungshorizont dazu führt, dass die Beurteilung durch den Auftraggeber bei der konkreten Angebotsbewertung großzügiger zu sein hat. Die Angebote und vorhandenen Konzepte müssen konkret an den Maßgaben seines offenen Erwartungshorizonts wiederspiegelt werden. Die Konzepte müssen besonders sorgfältig daraufhin geprüft werden, ob und inwieweit Ansätze vorhanden sind, die den Vorgaben des Auftraggebers entsprechen. Im vorliegenden Fall wurden durch die Antragstellerin Aussagen zu Schulungsinhalten getroffen, auch wenn diese möglicherweise noch tiefgründiger hätten ausfallen können.

Da derartige Angaben vorhanden waren, kann das Konzept somit nicht, wie hier geschehen, mit 0 Punkten gewertet werden. Eine derartige Bewertung wäre nach Ansicht der Vergabekammer unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungs- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur möglich bei einem Konzept, das zu den in Ziffer 3.3.2 vorgegebenen Kriterien gar keine Aussagen trifft.

Fazit:

Die Wertung von nichtmonetären Zuschlagskriterien muss sorgfältig erfolgen. Bereits im Vorfeld muss sich der Auftraggeber darüber klar werden, welchen Erwartungshorizont er aufstellt. Je konkreter seine Angaben selbst ausfallen, desto einfacher dürfte später die Wertung fallen. Gerade bei Konzepten sollen jedoch die Angaben vom Bieter erfolgen, ohne dass diese nur den Erwartungshorizont des Auftraggebers „abschreiben“. Bei Konzepten ist es somit vergaberechtlich zulässig, mit Begriffen wie „überzeugend“ zu arbeiten. Hier ist jedoch dann bei der eigentlichen Wertung sehr genau darauf zu achten, dass diese ordnungsgemäß erfolgt. Je offener die Kriterien ausgestaltet sind, desto großzügiger muss auch die Wertung erfolgen. (SC)

Aus Einzelbüro wird Planer-GmbH: Teilnahme am Verhandlungsverfahren möglich?

VK Südbayern, Beschluss vom 03.07.2019, Z3-3-3194-1-09-03/19
Quelle: IBRRS 2019, 2539

Ein nichtoffener Realisierungswettbewerb wurde ausgeschrieben. Die Auftragsvergabe sollte im nachfolgenden Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb erfolgen. Ein Einzelbüro, das Architekturbüro K..., beteiligte sich hierbei am Realisierungswettbewerb. Das Büro wurde mit dem ersten Preis ausgezeichnet. Nach Abschluss des Realisierungswettbewerbes hat die nunmehrige Antragstellerin, die K... Gesellschaft von Architekten mbH, durch Einbringungsvertrag sämtliche bilanzierungsfähige und nicht bilanzierungsfähige Aktiva und Passiva des Einzelunternehmens übernommen sowie auch sämtliche im Einzelunternehmen begründeten Rechte. Alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Antragstellerin ist der frühere Einzelarchitekt, Herr K....

Die Antragsgegnerin teilt mit, dass das Einzelunternehmen zu keinem Zeitpunkt angezeigt habe, dass das weitere Wettbewerbsverfahren und insbesondere das Verhandlungsverfahren nunmehr durch die Antragstellerin, die Planer-GmbH, weitergeführt werden solle. Auch habe die Antragsgegnerin zu keinem Zeitpunkt einem Übergang der vorvertraglichen Rechte und Pflichten zugestimmt. Die Aktivlegitimation sei deshalb nicht gegeben.

Diesbezüglich hat die Vergabekammer Südbayern nunmehr entschieden, dass bei einer Änderung der Rechtsform eines Architekturbüros nach erfolgreicher Teilnahme (Preisträger) an einem Realisierungswettbewerb, aber vor Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 8 VgV, für die Teilnahme des Büros in neuer Rechtsform am Verhandlungsverfahren allein maßgeblich ist, ob es den preisgekrönten Entwurf urheberrechtlich uneingeschränkt umsetzen darf und die ursprünglichen Eignungsanforderungen erfüllt.

Die Referenzanforderungen für die Teilnahme am Wettbewerb erfülle die Antragstellerin schon deshalb, weil sie sich aufgrund der Personengleichheit auf die Referenzen ihres Vorgängerunternehmens K... berufen könne. Mindestanforderungen an die Eignung im Verhandlungsverfahren seien nicht in wirksamer Form aufgestellt worden. In der Wettbewerbsbekanntmachung selbst waren die Eignungskriterien nicht ordnungsgemäß aufgeführt. Da keine Mindestanforderungen an die Eignung der Verhandlung festgesetzt wurden, hätte auch die K... Gesellschaft von Architekten mbH als geeignet angesehen werden müssen, wenn sie sich bereits im Architektenwettbewerb beworben hätte. Die K... Gesellschaft für Architekten GmbH ist somit aktivlegitimiert.

Anders ist die Situation möglicherweise jedoch zu beurteilen, wenn sich die Rechtsform erst nach Aufforderung zur Angebotsabgabe ändert. Bei Verfahren, bei denen ein Nachverhandlungsverbot besteht, führt eine Änderung in der Person des Bieters und künftigen Auftragnehmers grds. dazu, dass das geänderte Angebot insgesamt von der Wertung auszunehmen ist (vergleiche OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.10.2006 – Verg 30/06). Anders ist dies bei Verhandlungsverfahren, in denen kein derartiges Nachverhandlungsverbot besteht. Hier kann bei transparenter Mitteilung der Umwandlung ein dadurch geändertes Angebot nicht ausgeschlossen werden, da hier gerade kein Nachverhandlungsverbot besteht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.08.2011 – Verg 16/11).

Insgesamt ist bei Änderungen in der Rechtspersönlichkeit des Bieters immer genau zu prüfen, in welchem Vergabeverfahren an sich man sich befindet und auch in welcher Stufe des Verfahrens. Bei Änderungen muss immer genau geprüft werden, ob diese zum Ausschluss des Angebotes führen. (SC)

Regensburg / Passau
im Januar 2020