

EDITORIAL

„Bauen ist Zukunft!“

Der neu gewählte Präsident des Bauindustrieverbandes Berlin-Brandenburg e. V., Herr Marcus Becker, hat sich für seine Amtszeit viel vorgenommen. Dabei steht der Ausbau der Infrastruktur unserer Region an erster Stelle. Insbesondere wird sich Herr Becker für den Weiterbau der A 100 und den Ausbau des BBI zum internationalen Drehkreuz einsetzen. Große Chancen sieht er auch in der neuen Energiepolitik der Bundesregierung z. B. für energetische Sanierungen



Rechtsanwalt
Dr. Ulrich
Dieckert

und ökologisch bewussten Neubau. Lesen Sie hierzu mehr im Interview auf Seite 8, das wir mit Herrn Becker geführt haben.

Ansonsten kommentieren wir wieder eine Reihe von zum Teil überraschenden baurechtlichen Entscheidungen. So sollen nach Auffassung des OLG Düsseldorf mehrere Hauptangebote eines Bieters zulässig sein (S. 1). Extrem überhöhte Einheitspreise können nach Auffassung des BGH künftig auch wegen „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“ korrigiert werden (S. 2). Schließlich stellen wir unser Seminarprogramm für das zweite Halbjahr 2011 vor (S. 7).

AUS DEM INHALT:

WRD-Seminarprogramm 2. Halbjahr 2011	Seite 7
Interview mit Marcus Becker	Seite 8

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Sind mehrere Hauptangebote eines Bieters möglich?

1. Bietet ein Bieter andere Fabrikate als das Leitfabrikat an, handelt es sich nicht um Varianten (d. h. Nebenangebote) im Sinne des EG-Vergaberechtes, sondern um Hauptangebote.

2. Für die Abgabe mehrerer Hauptangebote mit unterschiedlichen technischen Lösungen kann ein Bedürfnis bestehen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.03.2011

Zu den ausgeschriebenen Bauleistungen gehörten u. a. auch Klinkerarbeiten, zu denen der öffentliche Auftraggeber einen konkreten Klinker als Leitfabrikat vorgegeben hatte. Nebenangebote waren zugelassen, nicht jedoch im Bereich der Klinkerarbeiten.

Der Bieter gab ein Hauptangebot ab, mit dem ein angeblich gleichwertiger Stein angeboten wurde sowie zwei Nebenangebote, denen einmal das Leitfabrikat und zum anderen ein weiteres Alternativfabrikat zugrunde lagen. Der Auftraggeber schloss das Hauptangebot wegen mangelnder Gleichwertigkeit des angebotenen Klinkers aus und wies die Nebenangebote zurück, weil diese für den Bereich der Klinkerarbeiten nicht zugelassen waren.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das OLG Düsseldorf entschied, dass die vom Bieter abgegebenen „Nebenangebote“ zu werten seien. Denn diese müssten entgegen ihrer ausdrücklichen Bezeichnung als Hauptangebote behandelt werden, weil sie sich im Rahmen der Leistungsbeschreibung bewegen. Dies treffe auch für das zweite Nebenangebot zu, welches einen gleichwertigen Klinker zum Gegenstand habe. Denn dies sei kein von der geforderten Leistung abweichender Bieteranschlag, welches für die Qualifizierung als Nebenangebot Voraussetzung sei.

Das Gericht hat auch keine Bedenken, wenn

Bieter mehrere Hauptangebote abgeben, die sich lediglich in Bezug auf vorgegebene Leitfabrikate unterscheiden. Nur wenn ein Bieter insgesamt eine andere technische Lösung vorschlägt, handelt es sich um ein Nebenangebot, welches einer gesonderten Zulässigkeitsprüfung unterliegt.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Auch wenn die Behandlung „weiterer“ Hauptangebote in Literatur und Rechtsprechung bisher noch weitgehend ungeklärt ist, hatte das OLG keine Bedenken, im Streitfall mehrere Hauptangebote, die sich lediglich in Bezug auf das Leitfabrikat unterscheiden, zuzulassen.

Denn für die Abgabe mehrerer Hauptangebote mit unterschiedlichen technischen Lösungen könne ein Bedürfnis bestehen, wenn der Bieter etwa aus vertretbaren Gründen im Unklaren darüber sei, ob die von ihm angebotene Leistung vom Auftraggeber als „gleichwertig“

angesehen wird. Vergabestellen werden dem auch nicht die Formvorschriften der VOB/A in Bezug auf Nebenangebote entgegenhalten können. Zwar sind gemäß § 13 Abs. 3 VOB/A etwaige Nebenangebote auf besonderer Anlage zu machen und als solche deutlich zu kennzeichnen. Wird dies vom Bieter missachtet, sind derartige Angebote gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 f. VOB/A zwingend auszuschließen. Andererseits gibt es aber für die „Umqualifizierung“ eines vermeintlichen Nebenangebotes in ein Hauptangebot keine konkreten Form- oder Ausschlussvorschriften. Insofern eröffnet die Entscheidung des OLG Düsseldorf den Bietern künftig die Möglichkeit, mit mehreren Hauptangeboten ins Rennen zu gehen, sofern sich diese nur in der Wahl von Alternativprodukten zum Leitfabrikat unterscheiden. ■

Vergabestellen
müssen
mehrere
Hauptangebote
akzeptieren

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Extrem überhöhte Einheitspreise: „Wegfall der Geschäftsgrundlage“

Ein Rückgriff auf einen „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ kommt grundsätzlich nicht in Betracht, soweit eine vertragliche Regelung wie § 2 Abs. 3 VOB/B vorliegt.

Die Anwendung der gesetzlichen Regelungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage ist jedoch möglich, wenn die Parteien einer Einheitspreisvereinbarung ausnahmsweise eine bestimmte Menge zugrunde gelegt haben und diese Menge überschritten wird.

BGH, Beschluss vom 22.03.2011
– VII ZR 216/08

Der Auftragnehmer (AN) bietet für 5 Tonnen Abfallentsorgung einen Einheitspreis von € 2.413,00/t an und erhält den Zuschlag. Der mit dieser Leistung beauftragte Nachunternehmer verlangt lediglich € 62,10/t. Tatsächlich fallen 610 Tonnen an.

Nachdem der AN auch für die Mehrmengen auf den vereinbarten Einheitspreis besteht, kommt es zu einer Kündigung der Abfallentsorgungsposition durch den Auftraggeber. Daraufhin rechnet der Auftragnehmer den vereinbarten Einheitspreis für die nicht ausgeführte Menge unter Abzug von ersparten Kosten in Höhe von € 186,20/t ab und macht insgesamt einen Zahlungsanspruch in Höhe von knapp € 770.000,00 geltend.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Der BGH bestätigt die Auffassung des OLG Schleswig, wonach eine derart exorbitante Mengenmehrung, noch dazu bei einem extrem überhöhten Einheitspreis, zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage führen kann. Der AN erhält dann für die über die Geschäftsgrundlage hinausgehende Mehrmenge nur noch einen ortsüblichen Preis.

Auch wenn § 2 Abs. 3 VOB/B Regelungen zur Preisanpassung bei Mengenüber- bzw. -unterschreitungen enthält, würde im vorliegenden

Fall eine danach vorzunehmende analoge Fortschreibung des Einheitspreises zu einem unzumutbaren Ergebnis führen, das jeden vernünftigen Rahmen zwischen Leistung und Vergütung sprengt. Trotz der grundsätzlich abschließenden Regelung des § 2 Abs. 3 VOB/B können die Parteien in besonders gelagerten Fällen die Mengen zur Geschäftsgrundlage machen.

Das OLG Schleswig ist in seiner Entscheidung davon ausgegangen, dass ab einer Menge von 15 t der Preis wegen schwerwiegender Störung der Geschäftsgrundlage reduziert werden muss. Bis zu dieser Menge gilt der vertragliche Einheitspreis unter Abzug der im vorliegenden Fall zu vernachlässigenden Gemeinkostenüberdeckung.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Der Bundesgerichtshof hat in einer Grundsatzentscheidung vom 18.12.2008 – VII ZR 201/06 einen vergleichbaren Fall mit der Überlegung gelöst, dass die Fortschreibung des Einheitspreises für die Mehrmenge sittenwidrig wäre. Der seinerzeit entschiedene Fall war extrem, weil der AN für Baustahl einen Einheitspreis von knapp über € 1.000,00 angeboten hatte, wohingegen der ortsübliche Preis bei ca. € 1,20 lag. Der BGH vertrat die Auffassung, dass ein Einheitspreis, der den ortsüblichen Preis um mehr als das 800-Fache übersteigt, nicht nach § 2 Abs. 3 VOB/B fortgeschrieben werden könne, weil hier ein auffälliges, wucherähnliches Missverhältnis zwischen Preis und Bauleistung vorliegt. Der BGH hat ferner entschieden, dass in solchen Fällen eine Vermutung für ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des AN besteht. Diese Vermutung, die der AN widerlegen muss, wird aber nicht etwa dadurch entkräftet, dass er in anderen Positionen unüblich niedrige Einheitspreise angeboten hat.

Diese Entscheidung des BGH konnte das OLG Schleswig bei seinem Urteil noch nicht

kennen, weshalb es einen anderen Weg wählte. Damit steht über den „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ (§ 313 BGB) ein weiteres Instrument zur Preisanpassung zur Verfügung. Nach diesem Rechtsinstitut kommt es auf ein subjektives Element, also ein „sittlich verwerfliches Gewinnstreben“, nicht an.

Es fällt auf, dass alle bislang veröffentlichten Entscheidungen, die auf der Sittenwidrigkeitsvermutung basierten, zulasten der Auftragnehmer gingen. Der Vorteil der „Störung der Geschäftsgrundlage“ ist unserer Auffassung nach, dass es sowohl bei überhöhten als auch

Mengen- und Preis-spekulationen können sich rächen

bei zu niedrigen Einheitspreisen anwendbar ist. Denn die bisherige Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Einheitspreisen ist nicht nur außerordentlich auftraggeberfreundlich, sie vernachlässigt vor allem die nahe liegende Frage, wie ein derart überhöhter Einheitspreis, noch dazu bei mengenänderungsanfälligen Positionen, überhaupt Bestandteil des Auftrages werden konnte. Insbesondere der öffentliche Auftraggeber muss die Angebote vor Zuschlagserteilung vergleichen und maßlos überhöhte Positionen erkennen. Klärt der AN die Preisbildung auf eine entsprechende Nachfrage nicht auf, kann dies zum Ausschluss seines Angebotes führen. Dass die Prüfung und Wertung der Angebote offensichtlich nicht mit der gebotenen Sorgfalt erfolgte, wird in den bisherigen Urteilen weder thematisiert noch bei der vorzunehmenden Preisanpassung berücksichtigt.

Ab wann konkret von einer Störung der Geschäftsgrundlage ausgegangen werden muss, ist jedoch genauso wenig prognostizierbar wie die Frage, wo genau die Sittenwidrigkeit beginnt. Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung kommt eine Störung der Geschäftsgrundlage dann in Betracht, wenn die Summe der Vergütung aller Mehrmengen, ermittelt auf der Basis der vertraglich vereinbarten Preise, 30 % der Vertragsvergütung übersteigt. Das OLG Schleswig hat in seiner Entscheidung wörtlich ausgeführt, dass es diesen Gedanken für „verallgemeinerungsfähig“ hält. ■

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Insolvenzanfechtung bei Aufrechnung mit Regressansprüchen

Eine Vereinbarung, mittels derer gesetzliche Regressansprüche des Auftraggebers aus dem Arbeitnehmerentendegesetz gegen den Werklohnanspruch des Auftragnehmers aufgerechnet werden, kann vom Insolvenzverwalter angefochten werden. Das Arbeitnehmerentendegesetz ist gegenüber den insolvenzrechtlichen Anfechtungsregelungen zweitrangig.

OLG Dresden, Urteil vom 09.03.2011

Der Auftraggeber eines Werkvertrages wurde von den Arbeitnehmern des Auftragnehmers nach § 1 a AEntG a. F. (nunmehr § 14 AEntG) auf Lohnzahlung in Anspruch genommen. Die Arbeitnehmer beriefen sich dabei auf die gesetzliche Bürgenhaftung in der Auftraggeberkette. Der AG und AN vereinbarten daraufhin, dass die Lohnzahlung der Arbeitnehmer gänzlich vom AG übernommen wird. Die Parteien vereinbarten des Weiteren, dass der AG mit der übernommenen Lohnzahlungsverpflichtung gegen den Werklohnanspruch des AN aufrechnen kann, was dann auch geschah. Drei Monate später ging das Unternehmen des AN in Insolvenz. Der Insolvenzverwalter erklärte die Anfechtung der abgeschlossenen Vereinbarung und forderte vom AG die Zahlung des Werklohns, gegen den dieser mit den Regressansprüchen aufgerechnet hatte.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das OLG gab der Klage des Insolvenzverwalters statt. Die Parteien hätten bewusst eine Aufrechnungslage herbeigeführt, die zu einer Verkürzung des Werklohnanspruches geführt habe. Dieses Geld stehe den Gläubigern des insolventen Unternehmens zu und könne daher im Wege der Anfechtung zurückverlangt werden. Der AG sei zwar aufgrund der Bürgenhaftung des AEntG verpflichtet gewesen, die Arbeitnehmer des Auftraggebers zu befriedigen. Die vertraglich geschaffene Aufrechnungslage gehe jedoch über diese Verpflichtung hinaus und sei daher als inkongruentes Rechtsgeschäft an-

fechtbar. Außerdem habe das Arbeitnehmerentendegesetz hinter den insolvenzrechtlichen Anfechtungsregeln zurückzutreten.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Dieser Fall macht deutlich, wie gefährlich es für den AG sein kann, Zahlungsverpflichtungen des Auftragnehmers im Falle der Krise zu übernehmen. Dies gilt im Übrigen auch für Direktzahlungen an Subunternehmer des AN gemäß § 16 Abs. 6 VOB/B. Denn in all diesen Fällen wird die Werklohnforderung des (später insolventen) AN in einer Weise (nämlich durch Aufrechnung oder Schuldübernahme) befriedigt, die nicht den ursprünglichen vertraglichen Vereinbarungen entspricht. Damit ist eine solche

Direktleistungen sind als inkongruente Deckungshandlung anfechtbar

Rechtshandlung automatisch als „inkongruente Deckungshandlung“ gemäß § 131 Insolvenzordnung anfechtbar. Auftraggeber sollten sich daher vor solchen Absprachen und Direktzahlungen an Arbeitnehmer, Subunternehmer und Lieferanten des Auftragnehmers

hüten. Besser ist es, den Vertrag im Falle der Krise des Auftragnehmers so schnell wie möglich zu beenden, um dann bei der Fortführung der Bauarbeiten freie Hand zu haben. Zwar läuft dies den Bestrebungen des Insolvenzrechtes nach einer Fortführung von Unternehmen in der Insolvenz zuwider; das aus hiesiger Sicht unangemessen strenge Anfechtungsrecht lässt den Auftraggebern jedoch keine andere Wahl. ■

UNSER AUTOR:



Dr. Ulrich Dieckert
Rechtsanwalt

TERMINE

Nachlese Unternehmensgespräch vom 26. Mai 2011

Bekanntlich hatten wir zu unserem Unternehmensgespräch am 26.05.2011 Frau Dr. Ing. Monika Ehlers eingeladen, die zum Thema „Qualität von Ausführungsplänen“ referierte. Frau Dr. Ehlers arbeitete in ihrem Vortrag heraus, dass es derzeit an allgemein anerkannten Mindestanforderungen für die Darstellung, den Inhalt und die Qualität von Ausführungszeichnungen mangelt. Aus diesem Grunde kommt es in Bezug auf die Aussagefähigkeit und die Verbindlichkeit der Pläne immer wieder zum Streit. Frau Dr. Ehlers appellierte an die Teilnehmer aus der Praxis, sich für die Aufstellung derartiger Mindestanforderungen stark zu machen. Rechtsanwalt Hendrik Bach als zweiter Referent konnte diesen Appell nur unterstützen. Denn die Haftungsgefahren sowohl für Planer als auch für Werkunternehmer, die aufgrund von unvollständigen bzw. nicht qualitätsgerechten Plänen bauen, sind beträchtlich. Ein einheitliches Regelwerk wäre hier für alle Beteiligten von Nutzen.

Damit Sie die Inhalte der beiden Vorträge noch einmal nachvollziehen können, haben wir dies auf unserer Website www.wrd.de unter dem Standort Berlin bei der Rubrik Seminare/Unternehmensgespräche zum Download bereitgestellt. Wer sich mit den Thesen von Frau Dr. Ehlers näher befassen will, kann deren Publikationen im Internet unter der Website www.ehlers-baubetriebsberatung.de herunterladen.

Wer an der Aufstellung von Checklisten für Form und Inhalt von Ausführungsplänen mitarbeiten möchte, kann sich bei uns melden. Als Ansprechpartner steht Rechtsanwalt Hendrik Bach zur Verfügung.

AKTUELLES

Diskussion um Zulässigkeit von Nebenangeboten

Wie in unserem letzten Newsletter berichtet, sind eine Reihe von Oberlandesgerichten der Auffassung, dass Nebenangebote im Rahmen einer europaweiten Ausschreibung nicht gewertet werden dürfen, wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist. Dem hat das OLG Schleswig in einer Entscheidung vom 15.04.2011 nunmehr widersprochen. Das OLG ist der Auffassung, dass die bei Nebenangeboten anzustellende Gleichwertigkeitsprüfung nicht dazu führt, die Ausschließlichkeit des Zuschlagskriteriums „günstigster Preis“ zu beseitigen. Denn die Gleichwertigkeitsprüfung erfolge bereits auf einer der Zuschlagsentscheidung weit vorgelagerten Wertungsstufe. Erst wenn ein Nebenangebot diese vorgelagerte Prüfung übersteht, gelangt es auf der letzten Wertungsstufe in einen reinen Preiswettbewerb mit dem sonst vorliegenden (Haupt-)Angeboten. Insofern führe der reine Preiswettbewerb nicht dazu, dass Nebenangebote nicht gewertet werden dürfen. Da andere Oberlandesgerichte eine andere Auffassung vertreten, wird eine abschließende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes bzw. des Bundesgerichtshofes abzuwarten sein. Die Vergabekammer Lüneburg hat in einem Beschluss vom 25.02.2011 noch einmal daran erinnert, dass Nebenangebote nur dann zugelassen werden können, wenn in den Vergabeunterlagen inhaltliche Mindestanforderungen vorgegeben sind. Diese müssen leistungsbezogene, sachlich-technische Vorgaben enthalten. Fehlen derartige Vorgaben, müssen gleichwohl abgegebene Nebenangebote ausgeschlossen werden. Der Auftraggeber ist aber nicht verpflichtet, das Vergabeverfahren insgesamt aufzuheben (VK Lüneburg, Beschluss vom 25.02.2011).

AKTUELLES

Zeitpunkt des Vorsteuerabzugs bei Rechnungsberichtigung

VORSTEUERABZUG BEI RÜCKWIRKENDER RECHNUNGSKORREKTUR

Unternehmen können die gesetzlich geschuldete Umsatzsteuer aus Lieferungen und Leistungen, die von anderen Unternehmern für ihr Unternehmen ausgeführt worden sind, als Vorsteuer abziehen. Voraussetzung ist das Vorliegen einer Rechnung, die den gesetzlichen Anforderungen entspricht, mithin also alle Angaben nach § 14 Abs. 4 Umsatzsteuergesetz (UStG) über Name, Anschrift und Steuernummer des leistenden Unternehmers, Datum, (fortlaufende) Rechnungsnummer, Entgelt etc. enthält.

Wenn entsprechende Angaben fehlen oder nicht korrekt sind, ist es nach § 14 Abs. 6 UStG, § 31 Abs. 5 Umsatzsteuerdurchführungsverordnung möglich, die Rechnung zu korrigieren. Der Fiskus gewährt den Vorsteuerabzug allerdings erst dann, wenn der Rechnungsaussteller die Rechnung berichtigt und diese Rechnungsempfänger übermittelt hat.

ZINSSCHADEN BEI ZU FRÜHEM VORSTEUERABZUG

Richtig ist, dass es per Saldo für den Unternehmer zu keinem anderen Ergebnis kommt, wenn der zunächst nicht zulässige Vorsteuerabzug später nachgeholt wird. Gleichwohl können die Folgen erheblich sein, da der seinerzeit unzulässige Vorsteuerabzug zu gesetzlichen Zinszahlungen nach § 233 a Abgabenordnung führt.

Die Frage, ob eine Rechnungsberichtigung für den Vorsteuerabzug auf den Zeitpunkt der fehlerhaften Rechnung zurückwirkt, ist häufig Gegenstand von Diskussionen im Rahmen von Betriebsprüfungen.

AKTUELLES URTEIL DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS ZUR RÜCKWIRKUNG

In einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 15.7.2010 (Pannon Gép Centrum) wird eine Rückwirkung der Rechnungskorrektur für Zwecke des Vorsteuerabzugs für möglich gehalten. Danach könne der Vorsteuer-

abzug dann nicht verwehrt werden, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind und der Unternehmer dem Fiskus vor einer Entscheidung eine korrigierte Rechnung vorlegt. Wichtig ist, dass es sich bei der Korrektur „nur“ um eine Berichtigung einer nicht ganz richtigen (unvollständig oder inhaltlich unzutreffend) Rechnung handelt, nicht aber um die Ergänzung einer **fehlenden** Angabe in der ursprünglichen Rechnung. Eine Rechnungsberichtigung kommt in Betracht, wenn z. B. die Anschriften der Beteiligten unvollständig sind oder eine falsche Rechnungsnummer oder eine falsche Steuernummer angegeben sind.

Für die Praxis bleibt zunächst unklar, welche Auswirkung das Urteil auf die nationalen Vorschriften hat. Das Bundesministerium der Finanzen sowie die deutsche Finanzverwaltung sehen nach ersten Verlautbarungen durch das Urteil keinen Anlass zur Änderung ihrer Rechtsauffassung.

PRAXISHINWEIS

Den Unternehmen ist zu empfehlen, eine Rechnungsberichtigung so früh wie möglich, in jedem Fall jedoch vor einer Entscheidung durch die Behörde, zu erwirken. Verlangt das Finanzamt gleichwohl Zinsen gemäß § 233 a Abgabenordnung, sind die Chancen eines Einspruches unter Berücksichtigung der o. a. Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zu prüfen. ■

UNSERE AUTORIN:



Frau Dr. Annette Funk
Steuerberaterin

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Ausnahmsweise: Ersatzvornahme ohne vorherige Fristsetzung

1. Nach Treu und Glauben ist ohne das Erfordernis vorangegangener Fristsetzung ein frühzeitiges Selbstvornahmerecht ausnahmsweise zu bejahen, wenn der Auftragnehmer von vornherein eine Nacherfüllungspflicht überhaupt und/oder das Vorhandensein von Mängeln absolut und entschieden bestritten hat. Es muss eindeutig sein, dass er die Nacherfüllung nicht vornehmen wird.

2. Ferner bedarf es einer Nachfristsetzung auch dann nicht, wenn sich der Auftragnehmer in dem konkreten Vertragsverhältnis bei der Bauausführung nachweislich derart unzuverlässig und nachlässig verhalten hat, dass dem Auftraggeber die Vornahme der Mängelbeseitigung durch diesen Auftragnehmer nicht mehr zuzumuten ist.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 06.11.2007

- 21 U 172/06

BGH, 13.01.2011 – VII ZR 207/07

(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Der Kläger hatte die Beklagte mit der Sanierung der Balkone seines Mehrfamilienhauses beauftragt.

Nach Durchführung der Arbeiten und Eintritt der Abnahmewirkungen rügte der Kläger zwar Mängel der Bauausführung, setzte der Beklagten aber keine Frist zur Mängelbeseitigung. Stattdessen leitete er ein selbstständiges Beweisverfahren ein. Der Sachverständige stellte in seinem Gutachten eklatante Ausführungsmängel an den Betonsanierungs- und Putzarbeiten fest, mit Gefahren für die Mieter und ihr Eigentum.

Der Kläger forderte die Beklagte sodann auf, den Balkonputz entsprechend des Sanierungsvorschlages des Sachverständigen zu entfernen, womit die Beklagte auch begann. Die Beklagte legte den Putz jedoch nur teilweise „zum Zwecke der weiteren Überprüfung durch einen Experten“ frei. Daraufhin ließ der Kläger die Sanierungsarbeiten durch Drittfirmen vornehmen. Er verlangt nun die Erstattung hierdurch entstandener Kosten.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Der Kläger hat mit seiner Klage vorliegend nur deshalb Erfolg, weil die Mängel gravierend waren, und die Beklagte darüber hinaus den Mängelbeseitigungsaufforderungen „nicht engagiert nachgekommen ist“.

Grundsätzlich muss dem AN zunächst eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt werden. Soweit es sich um Mängel handelt, die nach Abnahme auftreten, darf der AG nach fruchtlosem Ablauf einer solchen Frist die Mängel auf Kosten des AN beseitigen lassen (§ 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B). Eine solche Fristsetzung ist nur in zwei Ausnahmefällen entbehrlich. Entweder der AN lehnt die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig ab oder aber dem AG ist die Mängelbeseitigung durch den AN nicht mehr zumutbar.

Letzteres war vorliegend der Fall. Dagegen konnte das Gericht eine eindeutige Erfüllungsverweigerung der Beklagten nicht zweifelsfrei feststellen.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Nur im absoluten Ausnahmefall sollte man ohne vorherige Fristsetzung zur Mängelbeseitigung bzw. vor Ablauf der gesetzten Frist zur Ersatzvornahme schreiten. Dem AN muss grundsätzlich die Gelegenheit eingeräumt werden, seine Fehler wieder „auszubügeln“. Erst wenn der AN absolut und entschieden Mängel bestreitet und eindeutig ist, dass er die Mängel nicht beseitigen wird, kann im Einzelfall (z. B. bei Dringlichkeit) ohne vorherige Fristsetzung die Ersatzvornahme veranlasst werden. Auf die Unzumutbarkeit der Mängelbeseitigung durch den AN sollte sich der AG grundsätzlich nicht verlassen. Vorsicht beim VOB-Vertrag: Bei Mängeln vor Abnahme muss der AG die Fristsetzung mit einer Kündigungsandrohung versehen und nach fruchtlosem Fristablauf den Vertrag kündigen, bevor er Mängel selbst beseitigt. Ansonsten bleibt er auf den Nachbesserungskosten sitzen. ■

Eindeutig ablehnende Verweigerungshaltung des Auftragnehmers erforderlich

AKTUELLES

Härtere Zeiten für Lieferanten

Jeder Bauunternehmer kennt die Situation, dass sich angeliefertes Baumaterial als fehlerhaft erweist. Oft sind umfangreiche Nachbesserungsarbeiten erforderlich.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes war es so, dass der Lieferant im Falle einer mangelhaften Lieferung zunächst einmal nur eine Ersatzlieferung mangelfreien Materials schuldete. Die Kosten des Ausbaus des mangelhaften Materials (z. B. Fliesen, Parkett) und des Wiedereinbaus des nachgelieferten mangelfreien Materials musste der Verkäufer nur tragen, wenn ihn an dem Mangel ein Verschulden traf.

Dies war jedoch gegenüber einem Händler im Regelfall nicht zu beweisen, da der Händler Waren einkauft und verkauft und häufig selbst nicht die Mangelfreiheit bzw. Mangelhaftigkeit beurteilen kann.

Der Europäische Gerichtshof hat jetzt in zwei Musterprozessen entschieden, dass der Lieferant jedenfalls dann, wenn es sich beim Käufer um einen Verbraucher handelt, entsprechend den EU-Richtlinien auch die Kosten für den Ausbau der mangelhaft gelieferten Materialien und den Wiedereinbau des mangelfreien Materials zu tragen hat. Das stellt für den Käufer eine wesentliche Verbesserung dar, da es nun nicht mehr auf ein Verschulden des Verkäufers ankommt.

Allerdings gilt dies zunächst nur für Verträge mit Verbrauchern, da der Europäische Gerichtshof bei seinen Entscheidungen auf die Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf abgestellt hat, die zunächst direkt nur für Verbraucher gilt.

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Leistungsverweigerung bei streitigen Nachträgen?

1. Begründet der Auftragnehmer seinen Nachtrag nicht prüfbar und wird er deshalb vom Auftraggeber nicht anerkannt, so kommt ein Leistungsverweigerungsrecht nicht in Betracht.

2. Verweigert der Auftragnehmer dennoch die Leistung, kann der Auftraggeber aus wichtigem Grund kündigen.

KG, Urteil vom 21.01.2011 – 7 U 74/10

Nachdem der Auftraggeber (AG) die ursprünglich vereinbarte Bauzeit um drei Monate verschiebt, verlangt der Auftragnehmer bei einer Auftragssumme von insgesamt € 720.000,00 angebliche Mehrkosten von € 145.000,00. Diese begründet er pauschal mit der Verschiebung der Bauzeit in die Ferienzeit und der angeblichen Preissteigerung bei Material (7 %) und Nachunternehmern (12 %). Auch auf Nachfrage erfolgt eine weitere Erläuterung nicht. Der Auftragnehmer (AN) beharrt auf seiner Forderung und verweigert in diesem Zusammenhang auch die Übergabe der vereinbarten Vertragserfüllungsbürgschaft. Der AG nimmt dies – unter Beachtung der Formalien – zum Anlass, den Vertrag aus wichtigem Grund zu kündigen. Der AN geht von einer sogenannten freien Kündigung aus und berechnet die Kündigungsvergütung nach § 649 BGB, § 8 Abs. 1 VOB/B.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das Gericht weist die Klage des AN ab. Die Weigerung, die Vertragserfüllungssicherheit zu stellen und die Leistungen auszuführen, sei unberechtigt. Beides könne jedenfalls nicht mit der fehlenden Beauftragung des Nachtrages bezüglich der Bauzeitverlängerung begründet werden. Dabei kann es das Gericht dahinstehen lassen, ob dieser Nachtrag tatsächlich inhaltlich berechtigt war. Der Nachtrag wurde seitens des AN jedenfalls nicht ausreichend erläutert. Es sei Sache des AN gewesen, seine Nachtragsvergütung hinsichtlich der Bauzeitverlängerung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B prüfbar darzulegen. Dazu gehört neben der Offenlegung der Urkalkulation auch die Darlegung des Berechnungsweges der Nachtragsvergütung. Bloße Prozent-

sätze genügten dazu nicht. Der AN habe seine Kooperationspflicht verletzt, indem er den Nachtrag auch auf Nachfrage nicht genauer begründet habe. Das Gericht weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine Preissteigerung von nahezu 20 % wegen einer nur dreimonatigen Bauzeitverschiebung überraschend hoch erscheine und deshalb einer besonders eingehenden Erläuterung bedürftig hätte. Mangels Prüfbarkeit könne der AN aus dem Streit über den Nachtrag daher kein Leistungsverweigerungsrecht herleiten.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Frage der Leistungsverweigerung bei streitigen Nachträgen ist ein juristischer Dauerbrenner und für die Praxis von wesentlicher Bedeutung. Die mittlerweile gefestigte Rechtsprechung geht davon aus, dass der AN die Ausführung von Nachtragsleistungen (nur) dann verweigern darf, wenn der AG einen berechtigten Nachtrag schon dem Grunde nach bestreitet. Dagegen kann der AN die Ausführung der Nachtragsleistung nicht verweigern, solange nur die Höhe des Nachtrages im Streit steht. Noch nicht abschließend geklärt sind Fallgestaltungen, die zwischen diesen beiden Fallgruppen liegen. Was gilt etwa, wenn der AG den Nachtrag zwar nicht dem Grunde nach bestreitet, die Parteien aber preislich sehr weit auseinander liegen. Einige Oberlandesgerichte sehen hier kein Leistungsverweigerungsrecht des AN, der BGH hat allerdings im sogenannten Bistro-Urteil angedeutet, dass auch die gegenteilige Sichtweise denkbar wäre. Hier bleibt die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten.

Auch die Entscheidung des Kammergerichtes liegt im Graubereich. Richtig ist insoweit, dass dem AN ein Leistungsverweigerungsrecht überhaupt nur so weit zustehen kann, wie sein Nachtrag überhaupt berechtigt ist. Das würde grundsätzlich auch die prüfbar Darlegung der Nachtragshöhe umfassen. Hat der AN einen Nachtrag nicht prüfbar dargelegt, muss ihm nach hiesiger Ansicht aber

ein Leistungsverweigerungsrecht dennoch zustehen, wenn der AG den Nachtrag schon dem Grunde nach bestreitet. Wer als AG der Ansicht ist, der Nachtrag sei ohnehin nicht gerechtfertigt, kann sich nicht darauf zurückziehen, der Nachtrag sei auch nicht prüfbar dargelegt worden. Das Kammergericht hat den obigen Fall dennoch richtig entschieden, da der AG dort den Nachtrag nicht dem Grunde nach zurückgewiesen, sondern um weitere Erläuterung gebeten hatte.

Besteht ein Leistungsverweigerungsrecht des AN, so betrifft dies zunächst einmal nur die Nachtragsleistung. Auch die Ausführung der nach dem Hauptvertrag geschuldeten Leistungen kann aber verweigert werden, wenn ein technisch zwingender Zusammenhang besteht. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Nachtragsleistungen benötigt werden, um die eigentliche Vertragsleistung mangelfrei ausführen zu können.

In jedem Fall ist bei der Leistungsverweigerung wegen eines streitigen Nachtrages Vorsicht geboten, und zwar sowohl für den AN als auch für den AG. Während der Bauausführung lässt sich häufig nicht endgültig klären, ob der Nachtrag berechtigt oder unberechtigt ist. Stellt der AN die Arbeiten dennoch ein, riskiert er die Kündigung. Nicht selten stellt sich dann erst im Laufe eines jahrelangen Prozesses heraus, dass der Nachtrag tatsächlich gar nicht berechtigt war. Der AN macht sich schadensersatzpflichtig. Kündigt der AG dagegen, obwohl die Leistungsverweigerung berechtigt war, sieht er sich den Ansprüchen des AN ausgesetzt. Um diese Risiken zu umgehen, sollten die Parteien während der Bauphase eine gütliche Einigung ernsthaft in Betracht ziehen. ■

Leistungsverweigerung ist für beide Vertragspartner riskant

Der Auftragnehmer muss seinen Nachtrag prüfbar darlegen

UNSER AUTOR:



Markus Fiedler
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

WWW.BAULEITERSCHULUNG.DE

WRD-Schulungen im 2. Halbjahr 2011

Nach der Sommerpause wollen wir im September 2011 wieder mit unserem Schulungsprogramm beginnen. Dabei haben wir ein interessantes Programm für Sie zusammengestellt. Beginnen werden wir mit unserem Klassiker, der VOB/B-Bauleiterschulung, die wir an zwei Terminen durchführen.

Viele dieser Seminare können Sie auch als Inhouse-Schulung bei uns buchen. Dies bietet sich bei mehr als acht Teilnehmern an, gerne auch gemeinschaftlich mit anderen Baubetrieben. Organisatorische Einzelheiten und Konditionen stimmen Sie bitte direkt mit den Referenten ab. Für die Anmeldung zu den Seminaren nutzen Sie bitte das beigefügte Anmelderückfax oder nutzen Sie unsere Internetseite www.bauleiterschulung.de. Für inhaltliche Rückfragen stehen Ihnen die jeweiligen Referenten in unserem Berliner Büro gerne zur Verfügung.

DIE VOB/B IN DER PRAXIS

Die komplette VOB/B an zwei Tagen
– unser meistgebuchtes Seminar

Datum: 22.09.2011/23.09.2011
10.11.2011/11.11.2011

Dauer: zweitägiges Seminar

Adressatenkreis: Projekt- und Bauleiter, Poliere, kaufmännische Mitarbeiter

Referenten: RA Bernd Kimmich, RA Markus Fiedler

Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“

Konditionen: € 410,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

NACHTRAGS- UND BEHINDERUNGSMANAGEMENT

Nachträge und Preis Anpassungsvorschriften bei Einheits-, Detail- und Globalpauschalpreisverträgen, Verzug des AN mit der Leistung oder Behinderung aus dem Verantwortungsbe- reich des AG, Dokumentationspflichten, Beschleunigungsmaßnahmen

Datum: 13.10.2011 **Dauer:** 1 Tag

Adressatenkreis: Bau- und Projektleiter, Poliere, kaufmännische Mitarbeiter

Referent: RA Bernd Kimmich

Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“

Konditionen: € 220,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

SICHERHEIT BEIM VOB/B-SCHRIFTVERKEHR

„Wer schreibt, der bleibt“, Hilfe und Anleitung bei der rechtssicheren Formulierung von Schreiben

Datum: 01.11.2011 **Dauer:** 1 Tag

Adressatenkreis: Bauleiter, Projektleiter, kaufmännisches Personal, Geschäftsführung

Referent: RA Markus Fiedler

Seminarunterlagen: Skript, Musterschreiben

Konditionen: € 220,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

INTERDISZIPLINÄRES SEMINAR: STÖRUNGEN IM BAUABLAUF

Rechtliche Grundlagen und baubetriebliche Berechnungsmethoden zu allen Fragen des gestörten Bauablaufs/Darstellung anhand von Beispielen mit konkreten Berechnungen

Datum: 07.11.2011 **Dauer:** 1 Tag

Adressatenkreis: Bau- und Projektleiter, Bauauf- leute, bauüberwachende Architekten und Projekt- steurer, öffentliche Bauherren, Bauträger, Bauju- risten, Sachverständige aus der Bauwirtschaft

Referenten: RA Bernd Kimmich

Dipl.-Wirtsch.-Ing. Frank A. Bötzkies

Seminarunterlagen: Skript, Musterschreiben

Konditionen: € 280,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

KOMPAKTSCHULUNG VERGABERECHT

Typische Fragen und Probleme bei Ausschrei- bung und Vergabe öffentlicher Bauaufträge

Datum: 16.11.2011 **Dauer:** 1 Tag

Adressatenkreis: Planungsbüros, Vergabestel- len, Vertriebsmitarbeiter, Geschäftsführer

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Seminarunterlagen: Entscheidungssammlung Musterschreiben, Gesetzes- und Verordnungstexte

Konditionen: € 220,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

20 TIPPS UND TRICKS FÜR AUFTRAGNEHMER

Kaufmännische Bestätigungsschreiben, Lösö- sung vom Pauschalpreis, Leistungsverweige- rung bei streitigen Nachträgen, Wirksamkeit ver- traglicher Klauseln, Abwehr der Vertragsstrafe, Beweislastumkehr beim Aufmaß und mehr

Datum: 18.11.2011 **Dauer:** 1 Tag

Adressatenkreis: Projekt- und Bauleiter, kauf- männische Mitarbeiter, Geschäftsleiter, Geschäftsinhaber

Referent: RA Markus Fiedler

Seminarunterlagen: Skript

Konditionen: € 220,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

15 TIPPS UND TRICKS FÜR AUFTRAGGEBER

Auswahl des richtigen Vertragstyps, (wirksame) Nachtragsregelungen, Nachtragsprüfung, Ab- wehr von (finanziellen) Ansprüchen des Auftra- gnehmers bei Bauzeitverlängerung, Typische Tricks der Auftragnehmer

Datum: 25.11.2011 **Dauer:** 1 Tag

Adressatenkreis: Auftraggeber, Architekten, Ingenieure, Projektsteuerer

Referent: RA Markus Fiedler

Seminarunterlagen: Skript

Konditionen: € 220,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

VOB/B AKTUELL - DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN 2009/2010

Entscheidungen zu sittenwidrigen Einheits- preisen, Bausoll bei Pauschalpreisvertrag, funktionaler Mangelbegriff, Kündigung nach Verhandlungen, Bürgschaft nach § 648 a BGB, Schadensersatz wegen Mängeln etc.

Datum: 01.12.2011 **Dauer:** 1 Tag

Adressatenkreis: Bau- und Projektleiter, Ge- schäftsführung, Betriebsinhaber; Architekten und Ingenieure

Referent: RA Bernd Kimmich

Seminarunterlagen: Urteile

Konditionen: € 220,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

Weitere Einzelheiten zu unserem Seminarangebot können Sie unserer Website www.bauleiterschulung.de entnehmen. Dort können Sie auch Ihre An- meldung vornehmen.

IMPRESSUM

Herausgeber, V.i.S.d.P.:
RA Dr. Ulrich Dieckert
WITT ROSCHKOWSKI DIECKERT
Steuerberater, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer

WRD Berlin
Leipziger Platz 15
10117 Berlin
Telefon: 030 278707
Telefax: 030 278706
E-Mail: berlin@wrd.de

Redaktion/Beiträge:
RA Dr. Ulrich Dieckert
RA Bernd Kimmich
RA Hendrik Bach
RA Markus Fiedler
RA Konstantin Trakis
RA Stephan Becker
StBin Dr. Annette Funk

Niederlassungen WRD:
WRD Hamburg
Alte Rabenstraße 32
20148 Hamburg
Telefon: 040 180401-0
Telefax: 040 180401-150
E-Mail: hamburg@wrd.de

WRD Schwerin
Dr. Hans-Wolf-Straße 15
19056 Schwerin
Telefon: 0385 59003-0
Telefax: 0385 59003-33
E-Mail: schwerin@wrd.de

WRD Dresden
Königstraße 4
01097 Dresden
Telefon: 0351 21117-60
Telefax: 0351 21117-77
E-Mail: dresden@wrd.de

WRD Frankfurt a. M.
Friedrich-Ebert-Anlage 56
60325 Frankfurt am Main
Telefon: 069 75699-0
Telefax: 069 75699-105
E-Mail: frankfurt@wrd.de

www.wrd.de
www.bauleiterschulung.de

DAS AKTUELLE INTERVIEW

Aussichten für die Bauwirtschaft

Interview mit Herrn Marcus Becker, neu-gewählter Präsident des Bauindustrieverbandes Berlin-Brandenburg e. V.

NEWSLETTER: *Was hat Sie bewegt, für das Amt des Präsidenten zu kandidieren?*

BECKER: Es ist mir persönlich eine Ehre, die Interessen der Bauindustrie in Berlin und Brandenburg zu vertreten. Natürlich habe ich mir die Entscheidung reiflich überlegt, wie der Spagat zwischen dem hohen Zeitaufwand für das Präsidentenamt und den damit verbundenen Repräsentationspflichten auf der einen Seite und dem Alltag als Geschäftsführer eines Bauunternehmens auf der anderen Seite zu meistern ist. Ich habe mich für eine Kandidatur entschieden, da es eine Herausforderung ist, in der Region etwas zu bewegen. Das geht nicht ohne persönliches Engagement. Im Verband steht mir neben dem Hauptgeschäftsführer, Herrn RA Wunschel, ein Team von Experten in allen wichtigen Bereichen aus Politik und Wirtschaft zur Seite. Dieses Team wird mich bei meiner Arbeit unterstützen und ich setze auf diese Erfahrung, ohne dabei meine persönliche Note zu verlieren. Auch dieser hauptamtliche Mitarbeiterstamm hat mich dazu bewegt, für dieses Amt zu kandidieren.

NEWSLETTER: *Welche Schwerpunkte wollen Sie in Ihrer Präsidentschaft setzen?*

BECKER: Der Standort Berlin-Brandenburg muss infrastrukturell weiter ausgebaut werden, um für Investoren attraktiv zu bleiben. Speziell setze ich mich für den Weiterbau der A100 und den Ausbau des BBI zum internationalen Drehkreuz mit Flugverbindungen zu möglichst vielen Metropolen in der Welt ein. Der Weiterbau der A100 belastet die Kassen Berlins wenig, da die Maßnahme hauptsächlich vom Bund bezahlt wird. Somit werden den anderen für unsere Region wichtigen Investitionen keine Mittel aus den Landeshaushalten entzogen. Die neue Energiepolitik der Bundesregierung bietet für die Bauindustrie viele Chancen. Wir begrüßen z. B. die Sonderabschreibung für energetische Sanierungen und hoffen auch auf Erhöhung der Abschreibungsraten für den Neubau von Wohnungen. Begriffe wie Nachhaltigkeit, Green Building, Energieeffizienz, Umweltfreundlichkeit oder Ressourcenschonung sollen zur Selbst-

verständlichkeit im Bauen werden. Ein weiterer Schwerpunkt wird das partnerschaftliche Bauen, das Bauteamverfahren oder insgesamt die kooperative Zusammenarbeit zwischen Auftraggebern und unserer Bauindustrie sein. Die Kultur in der Zusammenarbeit ist sehr wichtig. Bauen ist Zukunft! Der Ausbau der Infrastruktur wird langfristig die Zukunft unserer Region sichern und viele Arbeitsplätze schaffen, weil unser Standort damit attraktiv für Investoren ist und bleibt. Die öffentliche Hand darf die Bauinvestitionen nicht kürzen, sondern muss diese eher steigern!

NEWSLETTER: *Wie sehen Sie die Zusammenarbeit mit anderen Bauverbänden in der Region?*

BECKER: Der Zusammenarbeit mit anderen Bauverbänden in der Region sehe ich positiv und optimistisch entgegen. Es wird hoffentlich einige fachliche Themen geben, in denen die Verbände eine gemeinsame Linie vertreten und gemeinsam auftreten. Zunächst bin ich unbefangen und denke positiv nach vorn.

NEWSLETTER: *Wie schätzen Sie die Aussichten für die Bauwirtschaft in Berlin-Brandenburg in den nächsten zwei Jahren ein?*

BECKER: Die Prognose für die Bauindustrie in der Region ist sehr positiv, insbesondere im Bereich Wohnungs- und Gewerbebau, eher als bei den privaten Investitionen. Die Bauunternehmen, welche überwiegend auf Investitionen der öffentlichen Hand angewiesen sind, sehen sorgenvoll in die Zukunft. Wir müssen demzufolge dafür kämpfen, dass mehr Investitionen seitens der öffentlichen Hand getätigt werden. Dies wird eine sehr schwierige Aufgabe und erfordert unsere volle Aufmerksamkeit.

UNSER INTERVIEWPARTNER:



Marcus Becker, Präsident des Bauindustrieverbandes Berlin-Brandenburg e.V.