

NEWSLETTER 03/2019


BAU


IMMOBILIEN


UNTERNEHMEN


VERGABE


STEUERN

EuGH-Urteil zur HOAI **03** / Der Berliner Mietendeckel **04** / Schulungsprogramm und Veranstaltungen **08**

Editorial

HOAI ADÉ ...?

... fragt sich die deutsche Bauwelt, nachdem der EuGH mit seinem Urteil vom 04.07.2019 die verbindlichen Honorarsätze der HOAI gekippt hat.

Wie Sie unserem Beitrag auf Seite 3 entnehmen können, hat Deutschland nach dem Urteil ein Jahr Zeit, das Gesetz anzupassen. Theoretisch erscheint es möglich, die Mindestsätze der HOAI zu retten. Höchstsätze wird es aber nicht weiter geben können.

Heftige Diskussion gibt es auch über ein Gesetz, das noch gar nicht erlassen worden ist; es geht um den sogenannten Mietpreisdeckel in Berlin, der vom Senat für den Herbst dieses Jahres angekündigt wurde. Wie Sie unserem Beitrag auf Seite 4 entnehmen können, halten wir zumindest die geplante Rückwirkung für verfassungswidrig.

Auch die weiteren Beiträge darf ich Ihrer Aufmerksamkeit empfehlen, wie z. B. den Aufsatz unserer Kollegin Hasselbach auf den Seiten 5 und 7, die sich mit einer Entscheidung des Landgerichts Bremen zur Kündigung wegen Mängeln vor Abnahme auseinandersetzt. Schließlich bieten wir auf Seite 8 wieder interessante Schulungen für Sie an, aus aktuellem Anlass auch zum Architektenrecht (am 23.08.2019 in Berlin)

Rechtsanwalt Dr. Ulrich Dieckert



Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

NACHFORDERUNG FEHLENDER ERKLÄRUNGEN

Ein Angebotsausschluss wegen fehlender geforderter Erklärungen setzt voraus, dass der Auftraggeber die Vergabeunterlagen eindeutig, erschöpfend und widerspruchsfrei zur Verfügung gestellt hat (hier verneint).

VK Thüringen, Beschluss vom 28.02.2019 –
250-4002-10033/2019-N-002-J
VOB/A 2016, § 7, § 16a

Die vom Auftraggeber (AG) den Bewerbern elektronisch zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen enthalten PDF-Dateien und elektronische GAEB-Dateien. In der PDF-Datei, welche die Leistungsbeschreibung enthält, ist eine Fabrikatsabfrageliste enthalten, in welche die Bieter Hersteller und Typ der angeforderten Erzeugnisse einzutragen haben. Die gleiche Aufforderung ist dem Leistungsverzeichnis auf der GAEB-Datei zu entnehmen. Dort fehlt allerdings die in Bezug genommene Fabrikatsabfrageliste. Das von einem Bieter auf Grundlage der GAEB-Datei erstellte Angebot wird vom AG wegen Fehlens der geforderten Fabrikatsangaben ausgeschlossen.

ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Die vom Bieter angerufene Vergabekammer Thüringen bestätigt in ihrer Entscheidung zunächst ihre – durchaus umstrittene – Rechtsprechung, wonach das Fehlen von geforderten Erklärungen zu angebotenen Erzeugnissen zum zwingenden Ausschluss des betreffenden Angebotes führt. Ein Nachfordern solcher fehlender Erklärungen gemäß § 16a VOB/A komme nicht in Betracht, da diese die angebotene Leistung definieren und

mit Zuschlagserteilung zum Vertragsgegenstand werden. Ein auf dieser Grundlage basierender Angebotsausschluss ist jedoch nur dann möglich, wenn der Auftraggeber den Bewerbern die Leistungsbeschreibung eindeutig, erschöpfend und widerspruchsfrei zur Verfügung gestellt hat. Nach Auffassung der Vergabekammer ist dies vorliegend nicht der Fall. Denn die den Bewerbern zur Angebotserstellung übermittelten Dateien enthalten unterschiedliche Anforderungen und sind damit widersprüchlich. Je nachdem, welches Format der Bewerber auswählt, um sein Angebot zu erstellen, wird er entweder mit der auftraggeberseitigen Forderung zur Benennung von Erzeugnissen konfrontiert (in der PDF-Datei) oder nicht (in der GAEB-Datei). Die Vergabekammer sieht die Bewerber auch nicht in der Pflicht, das Fehlen der Liste in der GAEB-Datei aufzuklären. Denn für den Bieter war dies so zu interpretieren, dass im konkreten Verfahren keine Fabrikatsabfragen seitens des AG gewünscht werden, er also keine Eintragungen vornehmen musste.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Nach dem überarbeiteten § 16a Abs. 1 der VOB/BA-2019 muss der AG die Bieter auffordern, fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen (insbesondere Erklärungen, Produktangaben oder Nachweise) nachzureichen oder zu vervollständigen. Eine Nachforderung ist nach der Neuregelung nur dann ausgeschlossen, wenn der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festlegt, dass er fehlende Unterlagen oder Preisangaben nicht nachfordern wird (vgl. § 16a Abs. 3 VOB/A-2019).

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

FREIGABE DER MONTAGEPLANUNG: NACHTRAGSLEISTUNG ANGEORDNET?

Gibt der Auftraggeber (oder dessen Bevollmächtigter) die Montageplanung des Auftragnehmers frei, so liegt darin die Anordnung einer Nachtragsleistung, wenn die Montageplanung von der bisher vereinbarten Ausführung abweicht.

Kammergericht, Urteil vom 25.11.2016 - 21 U 31/14; BGH, Beschluss vom 07.11.2018 - VII ZR 310/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Der Auftraggeber ordnet bei einem VOB/B-Vertrag an, dass statt der bislang vorgesehenen Promat Brandschutzplatten Aestuver-Brandschutzplatten verwendet werden sollen. Der Auftragnehmer plant die Befestigung der Platten mit sogenannten Nagelankern. Das ist zwar technisch sinnvoll, da deren Verwendung effektiver ist als Metallschrauben und Dübel. Zwingend ist die Verwendung der Nagelanker indes nicht. Der Auftragnehmer unterbreitet ein Nachtragsangebot für die Verwendung von Nagelankern. Der Auftraggeber bearbeitet das Nachtragsangebot nicht. Das Planungsbüro des Auftraggebers prüft allerdings die vom Auftragnehmer (unter Verwendung von Nagelankern) erstellte Montageplanung und gibt diese frei. Der Auftraggeber zahlt zudem die vom Auftragnehmer gelegte Abschlagsrechnung, die die Vergütung für die Nagelanker umfasst. In der Schlussrechnung streicht er die Position. Der Auftragnehmer klagt seine Vergütung ein.

ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das Kammergericht vertritt die Ansicht, dass die Verwendung der Nagelanker grundsätzlich vom Auftraggeber zu bezahlen sei. Dies deshalb, weil in der Freigabe der Montageplanung durch den Planer die Anordnung einer Nachtragsleistung im Sinne der §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 5 VOB/B gelegen habe. Mit der Freigabe der Montageplanung habe der Auftraggeber stillschweigend erklärt, dass er mit der Verwendung der Nagelanker einverstanden sei. Zu einem solchen Einverständnis sei das Planungs-

büro auch bevollmächtigt gewesen, da der Auftraggeber es geduldet habe, dass das Planungsbüro die Freigabe erteilt, soweit er dies nicht selbst getan habe. Dass durch die Verwendung der Nagelanker zusätzliche Kosten entstehen würden, sei dem Auftraggeber jedenfalls seit Eingang des Nachtragsangebotes bewusst gewesen. Zudem liege auch in der Prüfung und Freigabe der Abschlagsrechnung des Auftragnehmers eine schlüssige Anordnung der Ausführung der Leistung. Mit der Bezahlung der Abschlagsrechnung habe der Auftraggeber (unabhängig von dem Verhalten des Planungsbüros) auch die eigene Erklärung abgegeben, dass er mit der Ausführung der Nachtragsleistung einverstanden sei.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Frage, ob in der Freigabe einer Montageplanung auch die rechtsgeschäftliche Anordnung einer Nachtragsleistung liegen kann, ist in Schrifttum und Rechtsprechung umstritten. Aus unserer Sicht kommt es dabei entscheidend auf den Sinn und Zweck der Freigabe der Werk- und Montageplanung an. Der Auftragnehmer übersendet seine Planung regelmäßig, um dem Auftraggeber die Möglichkeit zur Erhebung technischer Einwände zu geben. Die Prüfung der Werk- und Montageplanung erfolgt dementsprechend regelmäßig durch rein technisches Personal, nicht aber durch Kaufleute. Deshalb kann der Auftragnehmer die Freigabe der Werk- und Montageplanung aus unserer Sicht regelmäßig nicht so verstehen, als dass der Auftraggeber damit auch eine Nachtragsleistung rechtsgeschäftlich anordnen möchte.

Das kann im Einzelfall natürlich anders sein. Weist der Auftragnehmer etwa in seiner Werk- und Montageplanung ausdrücklich darauf hin, dass die darin vorgesehene Ausführung Mehrkosten verursacht, dann kann der Fall anders zu bewerten sein. Allerdings könnten sich dann im Anschluss Vollmachten stellen, wenn die Freigabe wiederum durch rein technisches Personal erfolgt.

Autor: Markus Fiedler, RA

IMPRESSUM

Herausgeber, V.i.S.d.P.:

RA Dr. Ulrich Dieckert
DIECKERT
Recht und Steuern GbR

Gertraudenstraße 20
10178 Berlin
Telefon: 030 278707
Telefax: 030 278706
berlin@dieckert.de

Redaktion/Beiträge:

Dr. Ulrich Dieckert, RA
Bernd Kimmich, RA
Hendrik Bach, RA
Markus Fiedler, RA
Dr. Benedikt Overbuschmann, RA
Konstantin Trakis, RA
Christian Zeiske, RA
Martin Krahl, RA
Chantal Hasselbach, RA in
Thorsten Krull, RA
Dr. Annette Funk, StBin

dieckert.de
bauleiterschulung.de
dieckert-baurecht.de
drohnenrecht.de

Aktuelles

EUGH KIPPT VERBINDLICHE HONORARSÄTZE DER HOAI

In einer Entscheidung vom 04.07.2019 hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass die Festsetzung von Mindest- und Höchstsätzen für Honorare in der HOAI gegen Artikel 15 der Dienstleistungsrichtlinie verstößt.

EuGH, Urteil vom 04.07.2019 - C-377/17

In der EU-Dienstleistungsrichtlinie haben die Mitgliedstaaten unter anderem vereinbart, dass die Festlegung von Mindest- und Höchstpreisen für Dienstleistungen nur zulässig ist, wenn keine Diskriminierung eintritt, wenn ein zwingender Grund des Allgemeininteresses vorliegt und wenn die Festsetzungen zur Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels geeignet sind und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist und dass nachweislich andere weniger einschneidende Maßnahmen nicht zum selben Ergebnis führen.

Der EuGH hat im vorliegenden Verfahren geprüft, ob es eine sachliche Rechtfertigung für die Mindest- und Höchstpreise nach § 7 HOAI gibt.

Die Bundesrepublik Deutschland vertrat im Verfahren die Auffassung, der Mindestsatz sichere die Qualität der Planungsleistung; bei einem flächendeckenden Preisverfall würde die Qualität der Planung leiden.

Der EuGH-Generalanwalt argumentierte mit der Europäischen Kommission, dass die Planungsbranche in anderen europäischen Ländern auch ohne staatliches Preisrecht funktioniere.

Der EuGH hat dieses Argument zwar nicht verworfen, aber seine Entscheidung anders begründet. Die Festsetzung von Mindestpreisen zur Qualitätssicherung müsse Bestandteil eines schlüssigen Gesamtkonzeptes sein, und hierzu gehöre auch, dass die Zugangsvoraussetzungen zur Erbringung preisgebundener Dienstleistungen so beschaffen sein müssten, dass die angestrebte Qualitätssicherung erreicht werden

könne. Dies hat der EuGH aber vermisst, da die Erbringung von Planungsleistungen selbst in Deutschland nicht Personen vorbehalten sei, die eine reglementierte Tätigkeit ausübten, so dass es jedenfalls keine Garantie gebe, dass die Planungsleistungen von Dienstleistungserbringern erbracht würden, die ihre entsprechende fachliche Eignung nachgewiesen hätten.

Was die Höchstsätze angeht, hält der EuGH diese durchaus für verbraucherschützend, ist aber der Ansicht, dass als weniger einschneidende Maßnahme auch Honorarempfehlungen ausreichen würden, um die Forderung überhöhter Honorare zu verhindern.

WAS BEDEUTET DIES FÜR DIE WIRKSAMKEIT DER HOAI?

Das Urteil des EuGH hat lediglich eine feststellende Wirkung: Die Bundesrepublik Deutschland hat nunmehr ein Jahr Zeit, das Gesetz anzupassen. Deutschland muss also Maßnahmen ergreifen, die geeignet sind, den gerügten Verstoß aus der Welt zu räumen.

Durch das Urteil betroffen ist lediglich § 7 HOAI, konkret die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze. Eine wirksame Honorarvereinbarung setzt daher weiterhin voraus, dass diese schriftlich bei Auftragserteilung erfolgt. Eine pauschale Erstattung von Nebenkosten kann der Planer nur verlangen, wenn das so vereinbart ist.

WAS BEDEUTET DIES FÜR LAUFENDE PROJEKTE UND VERFAHREN?

Welche Auswirkung das Urteil auf laufende Projekte und Gerichtsverfahren hat, ist umstritten.

Einerseits wird vertreten, dass der Verstoß der HOAI gegen höherrangiges Recht dazu führe, dass die Mindest- und Höchstsätze ab sofort in nicht mehr durchgesetzt werden könnten. Zur Begründung wird angeführt, dass die HOAI „europarechtskonform“ aus-

gelegt werden müsse. So hat das Landgericht Dresden erst kürzlich ein Verfahren ausgesetzt und darauf verwiesen, dass im Falle eines klagestattgebenden Urteils des EuGH die Klage abzuweisen sei.

Überzeugender ist jedoch die Auffassung, nach der eine richtlinienkonforme Auslegung nur dann zur sofortigen Nichtanwendbarkeit einer nationalen Regelung führt, wenn das Unionsrecht unmittelbar zwingende Vorgaben für einen Bereich enthält, sodass der nationale Gesetzgeber dort überhaupt nicht befugt ist, strengere Regelungen zu treffen. Dies trifft beispielsweise auf Teile des Wettbewerbsrechtes zu, wo ist der Bundesrepublik Deutschland schlicht verboten ist, strengere Regeln aufzustellen, als sie in der EU-Richtlinie hierzu enthalten sind.

Nachdem aber die Entscheidung des europäischen Gerichtshofes durchaus noch Spielräume für eine Aufrechterhaltung jedenfalls der Mindestsätze erkennen lässt, diese also nicht von vornherein unzulässig sind, findet die richtlinienkonforme Auslegung findet ihre Grenze dort, wo der im Gesetz zum Ausdruck gebrachte Wille des Gesetzgebers entgegensteht. Gerichte sollten sich in diesen Fällen nicht unter Verletzung des Prinzips der Gewaltenteilung selbst zum Gesetzgeber aufschwingen. Die Mindestsätze wären hiernach bis zu einer Änderung der HOAI weiterhin zu beachten. Es ist aber klar, dass es unterschiedliche Gerichtsentscheidungen hierzu ergehen werden, da es für beide Standpunkte Argumente gibt. Wie der Bundesgerichtshof das in mehreren Jahren entscheiden wird, ist offen.



Autor: Martin Krahl, Rechtsanwalt

Aktuelles

DER BERLINER MIETENDECKEL – VERFASSUNGSWIDRIG?

Am 18.06.2019 hat der Senat den sogenannten „Mietendeckel“ in Berlin beschlossen. Danach dürfen die Mieten von mehr als 1,5 Millionen Wohnungen in Berlin fünf Jahre lang nicht erhöht werden. Ausgenommen sind neu gebaute Wohnungen sowie Sozialwohnungen. Zudem sollen Mieten, die eine noch nicht näher definierte „Höchstmiete“ überschreiten, abgesenkt werden. Bei Verstößen drohen den Vermietern Bußgelder von bis zu € 500.000,00.

ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Das Thema „Mietendeckel“ angestoßen hat der Berliner Jurist Peter Weber, der Ende 2018 in der Juristenzeitung einen Artikel mit dem Titel „Mittel und Wege landeseigenen Mietpreisrecht in angespannten Wohnungsmärkten“ veröffentlichte. In diesem weist der Autor darauf hin, dass der Senat per Verordnung Mietobergrenzen einführen könne. Diese könnten auf Basis des Preisgesetzes erlassen werden, das Landesregierungen die Möglichkeit einräumt, „Preise, Mieten, Pachten, Gebühren und sonstige Entgelte für Güter und Leistungen jeder Art“ festzusetzen oder zu genehmigen. Zudem könne das Abgeordnetenhaus ein Gesetz zu Mietobergrenzen beschließen. Im Rahmen der Grundgesetzänderung von 2006 habe der Bund die Zuständigkeit für das Wohnungswesen an die Länder übertragen. Das Wohnungswesen umfasse „öffentlich-rechtliche Maßnahmen zur Wohnraumbeschaffung und zur Wohnraumnutzung“. Die Länder sind demnach befugt für „Regelung über die Bewirtschaftung des Wohnraums, die soziale Wohnraumförderung, den Abbau von Fehlsubventionierung im Wohnungswesen, das Wohnungsbindungsrecht, das Zweckentfremdungsverbot und das Wohnungsgenossenschaftsrecht“. Der Autor stellt hierzu fest: „Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Eigentums umfasst kein Renditeschutz“. Daraufhin hat die SPD-Fraktion im März 2019 die Professoren Franz Meyer und Markus Arzt beauftragt, die im Aufsatz aufgezeigten Möglichkeiten auf ihre Verfassungsmäßigkeit und Umsetzbarkeit zu prüfen. Diese kommen in einem 63-seitigen Rechtsgutachten zur Schlussfolgerung, dass das Land Berlin die Kompetenz zum Erlass des

Mietendeckels besitzt, da in der Berliner Verfassung (im Gegensatz zum Grundgesetz) ein Recht auf Wohnen festgeschrieben ist und die im BGB geregelte Verordnungsermächtigung besteht, wonach Landesregierungen bei Wohnungsnot Gebiete mit angespanntem Wohnungsmarkt bestimmen können. Der Landesgesetzgeber dürfe in einen überhitzten Markt eingreifen.

VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT

Der Senat selbst verweist darauf, dass juristisches Neuland betreten werde. So stellte die maßgeblich beteiligte Stadtentwicklungsenatorin Katrin Lompscher (Linke) fest: „Von Beginn an gibt es beim Mietendeckel widerstrebende juristische Auffassungen.“ Mittlerweile sind diverse Gutachten zu dieser Frage erstellt worden – das Ergebnis variiert, je nachdem, welches politische Spektrum das jeweilige Gutachten in Auftrag gegeben hat.

GESETZGEBUNGSKOMPETENZ DES LANDES BERLIN?

So ist umstritten, ob das Land Berlin überhaupt die Gesetzgebungskompetenz hat, den Mietendeckel zu erlassen. Die bereits genannten Gutachter bejahen eine Gesetzgebungskompetenz des Landes Berlin. Der wissenschaftliche Dienst des Bundestags kommt in seiner jüngsten Untersuchung zum Ergebnis, dass die Länder keine Möglichkeit haben, das Mietpreisrecht im Bereich des Zivilrechts zu ändern, weil dies in die Kompetenz des Bundes falle. Die Länder hätten nach der Föderalismusreform von 2006 zwar die Befugnis, Mieterhöhungen per öffentlich rechtlicher Regelung hoheitlich zu verbieten. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn der Bund nicht bereits eine „erschöpfende und abschließende Regelung“ getroffen habe. Hierfür sprächen jedoch „überwiegende Gründe“.

Nach einem vom CSU-Abgeordneten Hans Michelbach in Auftrag gegebenen Gutachten verstößt der Mietendeckel gegen Verfassungsrecht. Danach entfalte die Bundesgesetzgebung im Bereich des Zivilrechts eine Sperrwirkung für die Landesgesetzgebung. Zudem dürfe das Eigentumsgrund-

recht zwar eingeschränkt, aber nie in seiner Substanz verletzt werden. Zumindest die allgemeine Preissteigerung müsse durch Mieterhöhungen ausgeglichen werden können. Die Großkanzleien Hogan Lovells und Heußen kommen beide zum Schluss, dass der Mietendeckel verfassungswidrig sei.

VEREINBARKEIT MIT DER EIGENTUMSGARANTIE DES GRUNDGESETZES

Der Mietendeckel ist nach überwiegender Auffassung mit der Eigentumsgarantie des Grundgesetzes gemäß Art. 14 Grundgesetz vereinbar. Die Mietpreisbindungen dienen dem Ziel, eine Überhöhung des Mietpreises zu verhindern und dadurch für alle Bevölkerungsschichten bezahlbaren Wohnraum zu erhalten.

RÜCKWIRKUNG DES MIETENDECKELS

Der Gesetzesentwurf soll bis Oktober 2019 vorliegen. Besonders umstritten ist die Frage, ob die Rückwirkung des Mietendeckels verfassungsgemäß ist. So soll die Norm rückwirkend in Kraft treten - also auch Sachverhalte betreffen, die zeitlich vor dem voraussichtlichen Erlass des Gesetzes im Januar 2019 liegen. Eine echte Rückwirkung, also ein nachträglich ändernder Eingriff in abgeschlossene Sachverhalte, ist jedoch nur in Ausnahmefällen zulässig. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn zwingende Gründe des Gemeinwohls die Rückwirkung erfordern. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch klargestellt, dass es sich hierbei um einen absoluten Ausnahmefall handelt und entsprechend „überragende Belange des Allgemeinwohls“ erforderlich seien.

Abzuwarten ist, ob das entscheidende Gericht der Auffassung sein wird, dass der Berliner Senat nicht noch ein halbes Jahr bis zur tatsächlichen Verabschiedung des Gesetzes hätte zuwarten können. All diese Fragen werden in den nächsten Monaten und gegebenenfalls Jahren beantwortet werden – es bleibt also spannend.

Autor: Martin Krahl, Rechtsanwalt

Meinung/Aktuelles/Debatte

KÜNDIGUNG WEGEN MÄNGELN VOR ABNAHME

§ 4 ABS. 7 VOB/B HÄLT AGB KONTROLLE STAND. DER AUFTRAGGEBER KANN NACH FRISTSETZUNG MIT KÜNDIGUNGSANDROHUNG DEN BAUVERTRAG KÜNDIGEN.

Bei jedem Bauvorhaben treten während der Ausführungszeit Mängel auf. Der Auftraggeber hat ein Interesse daran, dass diese so schnell wie möglich beseitigt werden. Der Auftragnehmer hingegen möchte gerne selbst bestimmen, wann er gerügte Mängel behebt.

Der Auftragnehmer muss zum vereinbarten Fertigstellungstermin eine im Wesentlichen mangelfreie Leistung anbieten. Dem Auftraggeber steht nach BGB kein Mängelbeseitigungsanspruch vor Abnahme zu (BGH, Urteil vom 19.01.2017, VII ZR 301/13). § 4 Abs. 7 VOB/B gibt dem Auftraggeber hingegen schon in der Ausführungsphase das Recht, vom Auftragnehmer die sofortige Beseitigung von Mängeln auf eigene Kosten zu verlangen. Kommt der Auftragnehmer dem nicht nach, kann der Auftraggeber den Vertrag außerordentlich kündigen.

Unter Baujuristen wurde diskutiert, ob § 4 Abs. 7 den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt, weil er nicht selbst bestimmen kann, wann er aufgetretene Mängel behebt. Die Frage ist dann relevant, wenn die VOB/B nicht völlig unverändert vereinbart wurde (was in den weitaus meisten Verträgen der Fall ist). Wenn man eine unangemessene Benachteiligung bejahen würde, wäre § 4 Abs. 7 VOB/B unwirksam, und eine hierauf gestützte Kündigung wäre als „freie Kündigung“ zu betrachten. Das hätte dann zur Folge, dass der Auftraggeber die Kosten einer Ersatzvornahme nicht erstattet verlangen kann.

Das Landgericht Bremen hat nun entschieden, dass § 4 Abs. 7 VOB/B auch dann wirksam ist, wenn die VOB/B nicht unverändert vereinbart wurde (Urteil vom 20.06.2019 – 2 O 2021/10).

„Die Klausel des § 4 Abs. 7 VOB/B, wonach der AG dem Bauvertrag kündigen kann, wenn die Leistung mangelhaft ist und der AN seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung nicht innerhalb einer angemessenen Frist nachkommt, hält – wenn der AG Verwender der VOB/B ist – einer AGB rechtlichen Kontrolle stand und ist wirksam“

In dem entschiedenen Fall hatte der Auftragnehmer restlichen Werklohn eingeklagt, der Auftraggeber hatte Kosten aus einer Ersatzvornahme zur Aufrechnung gestellt. Das LG hatte vorliegend zu entscheiden, inwiefern die Beklagte, als AG, berechtigt war, den VOB/B-Vertrag gemäß § 8 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 7 VOB/B zu kündigen, weil die Ausführung der Sprinkleranlage nicht vertragsgemäß war. In der Entscheidung beschäftigt sich das Gericht mit den Argumenten für und gegen eine unangemessene Benachteiligung.

UNTERSCHIEDLICHE ANSICHTEN

Kritiker der VOB/B-Regelung machen geltend, dass der Gesetzgeber bei der Reform des Bauvertragsrechtes geregelt hat, wann ein Bauvertrag aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. Gemäß § 648a (Neufassung ab 01.01.2018) BGB liegt ein wichtiger Grund nur dann vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werkes nicht zugemutet werden kann. Eine Kündigung wegen geringfügiger Mängel wäre danach nicht möglich. Wenn hingegen vom Auftragnehmer schwerwiegende Mängel nicht behoben werden, und dadurch der gesamte Baufortschritt behindert wird, weil andere Gewerke ihre Leistungen nicht weiterführen können, dann wäre eine solche Unzumutbarkeit wohl gegeben. In § 4 Abs. 7 VOB/B wird aber nicht unterschieden, ob es sich um geringfügige oder gravierende Mängel handelt, und ob es sich

um Mängel handelt die umgehend behoben werden müssen oder solche die den Baufortschritt nicht behindern. Zumindest bei solchen Mängeln müsse es dem Auftragnehmer überlassen bleiben, wann er diese beseitigt, solange er es bis zur Abnahme tut.

Die Befürworter der Regelung machen geltend, dass der Auftraggeber grundsätzlich das Recht haben müsse, schon vor dem vereinbarten Fertigstellungstermin bzw. vor der Abnahme der Leistungen die Beseitigung von Mängeln verlangen zu können. Das Gesetz sehe in § 634 BGB (Rechte des Bestellers bei Mängeln) ausdrücklich vor, dass der Auftraggeber bei Nichtbeseitigung von Mängeln vom Vertrag zurücktreten könne. Beim Bauvertrag träte an die Stelle des Rücktritts die Kündigung. Zudem umfasse der Erfüllungsanspruch des Auftraggebers auch das Recht, während der Herstellungsphase eine mangelfreie Leistung fordern zu dürfen. Folglich sei die Regelung § 4 Abs. 7 VOB/B ein angemessenes Druckmittel des Auftraggebers, das an die Besonderheiten des Bauvertrages angepasst sei.

BEWERTUNG DES LG BREMEN

Das LG Bremen hat sich der zuletzt genannten Ansicht angeschlossen.

Das Gericht führt aus, dass durch die Regelung des § 4 Abs. 7 VOB/B keine umfassenden Mängelrechte vor Abnahme geltend gemacht werden können, da dem Auftraggeber gerade kein Rücktrittsrecht zustehe. Eine Gesamtrückabwicklung des Vertragsverhältnisses mit Rückgewähr der gegenseitigen Leistungen finde nicht statt, sondern lediglich eine Auftragsentziehung mit der Wirkung für die Zukunft. Folglich könne der AN weiterhin eine Vergütung verlangen, die seinen erbrachten Leistungen entspricht.

Fortsetzung auf Seite 7

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

ABNAHME EINER LEISTUNG DURCH SCHLÜSSIGES VERHALTEN

1. Eine Werkleistung wird durch schlüssiges Verhalten abgenommen, wenn sie (1) abnahmereif ist, (2) der Auftraggeber ohne Beanstandung die Nutzung aufgenommen hat und (3) ein angemessener Prüfungszeitraum verstrichen ist.

2. Die Dauer der dem Auftraggeber zuzugestehenden Prüfungszeit ist einzelfallabhängig zu bestimmen. Eine generalisierende Betrachtung des Prüfungszeitraums ist daher nicht möglich.

OLG München, Urteil vom 08.05.2019,
20 U 124/19 Bau

Der Kläger beauftragte die Beklagte im Sommer 2006 mündlich mit der Lieferung und Montage einer Heizungsanlage nebst Errichtung einer Brunnenanlage für die Grundwasserwärmepumpe. Die Anlage wurde in Gegenwart des Klägers am 07.06.2006 in Betrieb genommen. Im Herbst 2006 lief der Brunnen der Anlage über. Die Beklagte besserte nach und rechnete ihre Leistungen mit Rechnung vom 03.11.2006 und einer nachträglichen Rechnung vom 08.11.2006 ab. Am 03.01.2007 bezahlte der Kläger einen Teilbetrag auf diese Rechnungen. Am 08.01.2007 schlossen die Parteien über die offene Forderung eine Ratenzahlungsvereinbarung. Ab dem Jahr 2009 kam es zu Ausfällen der Heizung, die Beklagte verweigerte die Nachbesserung. Mit Schriftsatz vom 19.01.2012, bei Gericht eingegangen am 20.01.2012, beantragte der Kläger die Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens. Dieses wurde durchgeführt und ergab Mängel an der Leistung der Beklagten. Ende November 2012 brannte die Spule des Verdichters der Anlage durch, sodass seit diesem Zeitpunkt eine Nutzung der Wärmepumpe nicht möglich war. Der Kläger hat die von der Beklagten eingebaute Anlage im ersten Halbjahr 2015 durch eine Gasheizung mit Solaranlage ersetzen lassen. Der Kläger macht nunmehr Schadenersatz geltend. Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung. Das Landgericht hat der Klage zum überwiegenden Teil stattgegeben, wohingegen sich die Berufung der Beklagten richtet.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Die Berufung der Beklagten hat vollumfänglich Erfolg. Das OLG München weist die Klage wegen Verjährung ab. Ausgehend von der Erwägung, dass eine förmliche Abnahme und eine ausdrückliche Abnahme nicht stattgefunden hat, sieht das OLG in dem Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung vom 08.01.2007 eine stillschweigende Abnahme des Werkes durch schlüssiges Verhalten. Hierdurch würde der Lauf der fünfjährigen Verjährungsfrist in Gang gesetzt. Die Abnahmevoraussetzungen sieht das OLG am 08.01.2007 als gegeben an. Nach dem Dafürhalten beider Parteien war das Werk vollständig fertiggestellt, gebrauchsfähig und tatsächlich im Gebrauch und sogar bereits schlussabgerechnet worden. Dem Kläger stand nach dem Einbau der Anlage und deren Inbetriebnahme am 07.06.2006 und nach der erfolgten Nachbesserung im Herbst 2006 ein angemessener Zeitraum zur Verfügung, um die Funktionsfähigkeit der Anlage in Bezug auf die Erbringung der geschuldeten Heizleistung und Warmwasserbereitung zu prüfen. Der Zeitraum von dem Abschluss der Nachbesserung und der Legung der Schlussrechnung (03. bzw. 08.11.2006) sei mit sieben Wochen bis zum Jahresende 2006 angemessen, um dem Besteller eine gründliche Prüfung der Heizungsanlage auf ihre Funktionstauglichkeit zu ermöglichen. Ferner habe der Kläger mit der Bezahlung des Großteils der offenen Schlussrechnungen am 03.01.2007 und dem Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung am 08.01.2007 zum Ausdruck gebracht, dass er die Leistungen der Beklagten als im Wesentlichen vertragsgemäß billige. Die fünfjährige Gewährleistungsfrist habe daher spätestens am 08.01.2012 geendet. Die Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens, die am 27.01.2012 erfolgt ist, konnte daher nach Auffassung des OLG die bereits abgelaufene Verjährung nicht mehr hemmen.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung beschäftigt sich mit einem in der Praxis häufig vorkommenden Problem, nämlich der fehlenden ausdrücklichen Abnahme eines Werks. Das OLG hebt in dieser Entscheidung hervor, dass (1.) eine Abnahme durch schlüssiges Verhalten jederzeit möglich ist. Darüber hinaus (2.) hebt das OLG hervor, dass bei einer fehlenden ausdrücklichen Abnahme eine Abnahme nur dann in Betracht kommt, wenn dem Auftraggeber eine angemessene Prüfungsfrist zur Verfügung steht. Der Zeitraum dieser Prüfungsfrist kann jedoch nicht generalisierend festgelegt werden, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Maßgebend für die Ermittlung der Dauer ist insbesondere die Art und der Umfang des Werks, das in Gebrauch genommen wird. Bei einer Heizungsanlage für ein Einfamilienhaus meint das OLG, dass eine Prüfungsfrist von sieben Wochen im Winter ausreichend ist, um die gründliche Funktionstauglichkeit der Anlage zu prüfen. Bei einer Heizungsanlage für ein Mehrfamilienhaus oder ein Bürohaus wird ein längerer Prüfungszeitraum zu berücksichtigen sein. Auch im Sommer wird man dem Besteller eine längere Prüfungsfrist für eine Heizungsanlage zubilligen müssen. In jedem Fall ist der Prüfungszeitraum, unabhängig von dem abzunehmenden Werk, so lang zu bemessen, dass dem Besteller eine ausführliche Erprobung mit fehlerfreiem Lauf aller Funktionen möglich ist. Bei handwerklich einfachen Leistungen (z. B. Bodenverlegearbeiten) ist ein Prüfungszeitraum von maximal zwei Monaten angemessen, bei einer Tragwerkplanung drei Monate und bei einer Architektenleistung von nicht mehr als sechs Monaten.

Autor: Dr. Benedikt Overbuschmann, RA



Meinung/Aktuelles/Debatte

KÜNDIGUNG WEGEN MÄNGELN VOR ABNAHME

Fortsetzung von Seite 5

Dieses Argument für die Wirksamkeit von § 4 Abs. 7 VOB/B kann allerdings nicht vollständig überzeugen. Nach dem (neuen) gesetzlichen Leitbild in § 648a BGB soll eine Kündigung nur dann möglich sein, wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den Auftraggeber unzumutbar ist. Genau diese Beschränkung enthält weder § 4 Abs. 7 noch § 8 Abs. 3 VOB/B. Das Landgericht Bremen setzt sich hiermit aber nicht auseinander.

Auch das Argument, dass die Dispositionsfreiheit des Unternehmers umgangen werde, hält das LG Bremen für nicht erheblich. Grundsätzlich sei es zwar richtig, dass der Unternehmer die volle Entscheidungsbefugnis hinsichtlich des Anspruchs auf mangelfreie Herstellung des Werkes habe. Jedoch sei die von § 4 Abs. 7 VOB/B vorgenommene Einschränkung dieser Freiheit aufgrund der Besonderheiten der Bauherstellung, insbesondere bei sehr umfangreichen Bauvorhaben hinzunehmen. Die spätere Beseitigung von Mängeln könne mit weitaus höheren Schwierigkeiten und Kosten verbunden sein als wenn dies sofort geschehe. Daher handle es sich um eine Regelung, die den Besonderheiten der Bauherstellung gerecht werde, mit dem Ziel Schlechtleistungen so früh wie möglich festzustellen und zu verhindern, um den Mangelbeseitigungsaufwand so gering wie möglich zu halten.

Richtig hieran ist, dass bei der Frage, ob ein Vertragspartner durch die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen unangemessen benachteiligt wird, auch die berechtigten Interessen des Verwenders der Vertragsklauseln zu berücksichtigen sind. Trotzdem bleibt die Frage, ob nicht im Text der VOB/B klargestellt werden müsste, dass die Beseitigungspflicht vor Abnahme nur für solche Mängel gilt, die später schwer festzustellen oder schwer zu beheben oder kritisch für den Baufortschritt sind.

Schließlich stellt das Landgericht Bremen klar, dass § 4 Abs. 7 VOB/B auf geringfügige Mängel nicht anwendbar sei. Dies würde sich daraus ergeben, dass wegen geringfügiger Mängel die Abnahme nicht verweigert werden darf. Wenn wegen unwesentlicher Mängel die Abnahme nicht verweigert werden dürfe, sei selbstverständlich auch keine Vertragskündigung bei Nichtbeseitigung möglich.

WICHTIGER HINWEIS

Auftraggeber müssen beachten, dass eine Teilkündigung einzelner Mangelbeseitigungsarbeiten unzulässig ist, weil nach § 8 Abs. 3 VOB/B eine Teilkündigung nur für „in sich abgeschlossene Teile der Leistung“ möglich ist. Das können ganze Gewerke oder Bauteile sein, aber jedenfalls nicht einzelne Mängel (OLG Koblenz, Urteil vom 29.08.2013 - 6 U 965/12). Leistungsteile innerhalb eines Gewerks stellen nämlich grundsätzlich keinen in sich abgeschlossenen Teil der Leistung dar, auf den die Entziehung des Auftrags nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 VOB/B beschränkt werden kann (BGH, Urteil vom 20.08.2009 - VII ZR 212/07).

Gibt es keine Vertragsregelung, nach der eine Teilkündigung auch für einzelne Mängel oder einzelne Teilleistungen erfolgen kann, muss immer der gesamte Bauvertrag gekündigt werden, bevor eine Ersatzvornahme möglich ist.

Autorin: Chantal Hasselbach, RAin



Aktuelles

WIDERSTREITENDE GUTACHTEN IM BAUPROZESS

In Bauprozessen geht es häufig um Mängel oder andere technische Sachverhalte, bei denen sich die beweisbelastete Partei auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens stützt. Hat der vom Gericht beauftragte Sachverständige sein Gutachten abgeliefert, werden von der Prozesspartei, die mit dem Inhalt nicht zufrieden ist, häufig „Gegengutachten“ eingeholt. Das Gericht hat dann zwei sich widersprechende Gutachten vor sich.

Der Bundesgerichtshof hat kürzlich mit wünschenswerter Deutlichkeit festgestellt, dass das Gericht nicht einfach der Auffassung des gerichtlich beauftragten Sachverständigen folgen kann, sondern die Widersprüche zwischen dem Gerichtsgutachten und dem Parteigutachten aufzuklären sind, etwa indem der Gerichtssachverständige mündlich hierzu angehört wird (BGH, Urteil vom 14.05.2019 - VI ZR 393/18). Dass der Gerichtsgutachter vom Gericht bestellt werde, mache ihn nicht allein dadurch zum „besseren“ oder glaubwürdigeren Gutachter. Wenn das Gericht diese Aufklärung der Widersprüche zwischen den Gutachten unterlässt, stellt dies einen Verfahrensverstöß dar.

Trotz dieser klaren Hinweise des Bundesgerichtshofes bleibt am Ende das Problem, dass sich nicht alle Widersprüche aufklären lassen. Manchmal gibt es unterschiedliche technische Ansichten. So hielten viele Gutachter in den 80er Jahren Dickbeschichtungen für ungeeignet, wenn zeitweilig drückendes Wasser vorkam. Andere Gutachter waren der Meinung, dass die Produkte inzwischen allgemein anerkannt und funktionstauglich seien. Das Gericht kann mangels eigener technischer Kenntnisse keine Beweiswürdigung vornehmen, welche Auffassung vorzugswürdig ist. Es müsste dann eigentlich zu dem Ergebnis kommen, dass der beweisbelasteten Partei der Beweis nicht gelungen ist. Das ist für einen Richter unbefriedigend, sodass die Versuchung besteht, den Gerichtssachverständigen für glaubwürdig zu erklären.

bauleiterschulung.de

SCHULUNGEN IM 3. QUARTAL 2019

Auch im 3. Quartal 2019 führen wir wieder unsere bewährten Schulungen zum Baurecht durch. Wie Sie der nachstehenden Übersicht entnehmen können, sprechen wir dabei sowohl Bauleiter als auch Baukaufleute und Poliere an. Wenn Sie diese Seminare für Ihr Unternehmen als Inhouse-Schulungen buchen wollen, sprechen Sie bitte unsere zuständige Frau Goltz unter jana.goltz@dieckert.de an. Diese nimmt auch Anmeldungen zu den u. a. Sammelschulungen entgegen. Für alle Seminare gelten unsere auf www.bauleiterschulung.de angegebenen Anmeldebedingungen.

SCHWERPUNKTE DES ARCHITEKTENRECHTS

Leistungspflichten des Architekten, HOAI-Honorarfragen, Haftung des Architekten, Tipps für die Vertragsgestaltung

Datum: 23.08.2019

Referent: RA Hendrik Bach

Seminarunterlagen:

Skript nebst Musterformulierungen

Konditionen: € 390,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

DIE VOB/B UND DAS BAUVERTRAGSRECHT IN DER PRAXIS (2 TAGE) (Berlin)

Die wichtigsten Neuregelungen des BGB-Bauvertrages 2018

Datum: 29./30.08.2019

Referent: RA Bernd Kimmich

Seminarunterlagen:

Schemata und Übersichten
Handbuch »VOB für Bauleiter«

Konditionen: € 750,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

VOB/B KOMPAKT (Berlin)

Komprimierter Überblick über alle praxirelevanten Fragen

Datum: 02.09.2019

Referent: RA Bernd Kimmich

Seminarunterlagen:

Taschenbuch »VOB Kompakt«

Konditionen: € 390,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

DIE VOB/B UND DAS BAUVERTRAGSRECHT IN DER PRAXIS (2 TAGE) (Hamburg)

Die wichtigsten Neuregelungen des BGB-Bauvertrages 2018

Datum: 12./13.09.2019

Referent: RA Bernd Kimmich

Seminarunterlagen:

Schemata und Übersichten
Handbuch »VOB für Bauleiter«

Konditionen: € 750,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

BAUZEIT, BEHINDERUNG UND DOKUMENTATION

Vertrags- und Ausführungsfristen/ Konsequenzen des Leistungsverzuges/ Rechtsfolgen aus Behinderungen/ Anforderungen an die Dokumentation zur Geltendmachung von Mehrkosten/ Voraussetzungen für die Durchführung von Beschleunigungen

Datum: 17.09.2019

Referent: RA Bernd Kimmich

Seminarunterlagen:

Handbuch »VOB für Bauleiter«

Konditionen: € 390,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

DIE VOB/B UND DAS BAUVERTRAGSRECHT IN DER PRAXIS (2 TAGE) (München)

Die wichtigsten Neuregelungen des BGB-Bauvertrages 2018

Datum: 25./26.09.2019

Referent: RA Bernd Kimmich

Seminarunterlagen:

Schemata und Übersichten
Handbuch »VOB für Bauleiter«

Konditionen: € 750,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

VOB/B KOMPAKT (München)

Komprimierter Überblick über alle praxirelevanten Fragen

Datum: 27.09.2019

Referent: RA Bernd Kimmich

Seminarunterlagen:

Taschenbuch »VOB Kompakt«

Konditionen: € 390,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

Termine

VERANSTALTUNGEN

Veranstaltungen, auf denen Berufsträger unserer Kanzlei im nächsten Quartal als Referenten auftreten

BHE-PRAXIS-SEMINAR: VIDEOÜBERWACHUNG UND DS-GVO - SO GEHT'S!

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort: 05.09.2019, Nürnberg

Veranstalter: BHE Akademie

RAUCHWARNMELDER - FUNKLÖSUNG? DIE NOVELLIERTE DIN 1476-1 UND IHRE RECHTLICHEN KONSEQUENZEN

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort: 02.09.2019, Berlin

Veranstalter: BVI-Landesverband

RECHTSFRAGEN VIDEOÜBERWACHUNG 2019

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort: 11.09.2019, Stuttgart

Veranstalter: SIMEDIA-Akademie

DROHNENABWEHR AUF FLUGHÄFEN

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort: 18.09.2019, Stuttgart

Veranstalter: Interaerial Solutions

BAUVERGABERECHT: VOB/A-2019

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort: 08.10.2019, Salzburg

Veranstalter:

DIECKERT Recht und Steuern

ANKÜNDIGUNG:

Unternehmergespräch zum Thema:

„Wohnungsbau in Berlin:

Wie geht das (noch)?“

Referenten:

RA Thorsten Krull

RA Markus Fiedler

am 25.09.2019, 14:00 bis 18:00 Uhr

Einladung folgt gesondert!