



Editorial

Kaum zu glauben, leider wahr...

Bauunternehmer erhält kein Geld, wenn er den Verbraucher nicht vollständig über sein Widerrufsrecht belehrt hat!

Diese jüngste Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes ist bei der Bauwirtschaft wie eine Bombe eingeschlagen. In unserem ersten Beitrag berichten wir über das Urteil und geben Hinweise, wie sich ein solches Debakel für den Bauunternehmer vermeiden lässt. Wenig erfreulich für Bauunternehmen dürfte auch eine Entscheidung des OLG Hamm sein, die wir im Anschluss kommentieren. Danach haftet ein Auftragnehmer nicht nur für eigene Mängel, sondern auch für solche seiner Vorgewerke, zu denen er keine Bedenken angemeldet hat.

Erfreulich ist hingegen ein Beschluss des Bundesgerichtshofes von Anfang dieses Jahres, wonach sich Nachtragsansprüche des Unternehmers auch aus einer Auslegung der Ausschreibungsunterlagen ergeben können. Wird solches vom Auftragnehmer vorgetragen, muss das Tatsachengericht auch die im Rahmen der Ausschreibung vorgelegten Unterlagen bei der Auslegung des Vertrages berücksichtigen und den angebotenen Sachverständigenbeweis zu technischen Fragen erheben.

Auch zum Vergaberecht haben wir eine bieterfreundliche Entscheidung besprochen, in der es um den Ausschluss eines Bieters wegen angeblicher Unzuverlässigkeit geht. Die VK Sachsen hat dazu festgestellt, dass der Auftraggeber angebliche Pflichtverletzungen in früheren Aufträgen detailliert nachweisen muss und darüber hinaus verpflichtet ist, vor einem Ausschluss das betreffende Unternehmen anzuhören und diesem die Möglichkeit zu geben, die Vorwürfe zu widerlegen oder mögliche Selbstreinigungsmaßnahmen darzulegen.

Zum Maklerrecht haben wir eine Entscheidung des BGH aus diesem Frühjahr besprochen. Danach kann die in den AGB vereinbarte Verpflichtung eines Maklerkunden zur Zahlung einer Reservierungsgebühr für das zeitlich begrenzte exklusive Vorhalten einer Immobilie zu seinen Gunsten eine unangemessene Benachteiligung des Kunden darstellen.

Auch die weiteren Beiträge empfehlen wir Ihrer Aufmerksamkeit. Schließlich dürfen wir auf unser Schulungsprogramm im zweiten Halbjahr 2023 hinweisen. Eine frühe Buchung sichert Plätze!

Dr. Ulrich Dieckert
Rechtsanwalt



Die wichtigsten Entscheidungen aus letzter Zeit

Keine Vergütung bei nicht vollständiger Belehrung über Widerrufsrecht

Keine Vergütung des Bauunternehmers für Leistungen aus einem Bauvertrag bei nicht vollständiger Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht vor Vertragsschluss außerhalb von Geschäftsräumen (EuGH, Urteil vom 17.05.2023 – C-97/22)

Was ist passiert? – Ausgangsrechtsstreit vor dem LG Essen

Ein Bauunternehmen schloss mit einem Verbraucher bei diesem zuhause (d.h. außerhalb von Geschäftsräumen) mündlich einen Bauvertrag (§ 650a BGB) über die Erneuerung der Elektroinstallation in seinem Haus. Ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag liegt gemäß § 312b Abs. 1 BGB immer dann vor, wenn Verträge bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers an einem Ort geschlossen werden, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist, d.h. beim Verbraucher zuhause, in einem Café oder auch auf der Baustelle (ohne vorherigen Vor-Ort Termin). In diesem Fall ist der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher über das ihm zustehende Widerrufsrecht gem. § Art. 246a Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB), §§ 356, 357 und 312g BGB zu belehren. Zu dieser Belehrung gehört auch, wenn die Leistungserbringung vor Ablauf der Widerrufsfrist von 14 Tagen ab Vertragsschluss erfolgen soll, dass der Unternehmer hierfür die ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers einholt und darauf hinweist, dass der Verbraucher bei vollständiger Leistungserbringung sein Widerrufsrecht verliert und ansonsten Wertersatz für die im Zeitpunkt eines Widerrufs bereits erbrachten Leistungen zahlen muss. Das alles ist im vorliegenden Fall nicht passiert.

Es kam sodann, wie es kommen musste: Das Bauunternehmen legte nach der vollständigen Erbringung seiner vertraglichen Leistung seine Rechnung. Statt diese zu begleichen, widerrief der Verbraucher den Bauvertrag mit der Begründung, er sei vor Abschluss des Bauvertrages nicht ordnungsgemäß (vollständig) über sein Widerrufsrecht belehrt worden. Daraufhin reichte das Bauunternehmen Zahlungsklage beim LG Essen ein. Diese ließ es damit begründen, dass ihm trotz der fehlenden ordnungsgemäßen Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht, insbesondere nach § 356 BGB (s. o.), ein Zahlungsanspruch zustehe, da dies sonst nach der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher (Verbraucherrechte-RL) eine „unverhältnismäßige Sanktion“ darstelle, insbesondere weil gegen den allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts – das Verbot der ungerechtfertigten Bereicherung – verstoßen werde und der Verbraucher dadurch einen Vermögenszuwachs erlange, der ihm nicht zustehe.

Diese Frage der Auslegung der Verbraucherrechte-RL konnte das LG Essen nicht klären und legte sie dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. Der EuGH hatte sich mit folgender Vorlagefrage zu beschäftigen:

„Ist Art. 14 Abs. 5 der Richtlinie 2011/83 dahin auszulegen, dass er in dem Fall, dass der Besteller seine auf den Abschluss eines Bauvertrages, der außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen worden ist, gerichtete Willenserklärung erst widerruft, nachdem der Unternehmer seine Leistungen bereits (vollständig) erbracht hat, jegliche Wertersatz- oder Ausgleichsansprüche des Unternehmers auch dann ausschließt, wenn die Voraussetzungen eines Wertersatzanspruchs nach den Vorschriften über die Rechtsfolgen des Widerrufs zwar nicht vorliegen, der Besteller aber durch die Bauleistungen des Unternehmers einen Vermögenszuwachs erhalten hat, d. h. bereichert ist?“

Sinngemäß wollte das LG Essen also wissen, ob der Verbraucher gemäß der Verbraucherrechte RL von jeglicher Verpflichtung zur Vergütung dieser außerhalb von Geschäftsräumen erbrachten Leistung des Bauunternehmens freigestellt ist, wenn er nicht ordnungsgemäß (meint auch vollständig) über sein Widerrufsrecht belehrt wurde, aber erst nach Vertragserfüllung widerrufen hat.

Wie hat der EuGH diese Vorlagefrage beantwortet?

Bevor näher auf diese Fragestellung eingegangen wird, soll vorab noch folgender interessanter Aspekt etwas näher beleuchtet werden:

Der EuGH befasste sich nicht gleich mit der Vorlagefrage, sondern zunächst mit der Frage, ob der gegenständliche Bauvertrag seiner Rechtsnatur nach überhaupt unter den Anwendungsbereich der Verbraucherrechte-RL falle. Warum?

Unter den Anwendungsbereich fallen gemäß Art. 2 Nr. 6 der RL Dienstleistungsverträge, wobei als „Dienstleistungsvertrag jeder Vertrag qualifiziert wird, der kein Kaufvertrag ist und nach dem der Unternehmer eine Dienstleistung für den Verbraucher erbringt oder deren Erbringung zusagt und der Verbraucher hierfür den Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt“.

In diesem Zusammenhang hatte der BGH bereits mit Urteil 07.07.2016 (– I ZR 68/15) entschieden, dass es bei dieser Begriffsdefinition im Kern um Dienstverträge geht, die keine Arbeitsverträge sind, sowie um **Werk- und Werklieferungsverträge** und Geschäftsbesorgungsverträge. Folglich kann davon ausgegangen werden, dass auch Bauverträge, die ein Spezialfall des Werkvertrages sind, als Dienstvertrag im Sinne der Verbraucherrechte-RL einzustufen sind und mithin unter deren Anwendungsbereich fallen.

Zu dieser Annahme ist auch das LG Essen gekommen, denn nach Hinweis des EuGH zu den Zweifeln an der Rechtsnatur des streitgegenständlichen Vertrages, stellte es klar, dass dieser Bauvertrag als „Dienstleistungsvertrag“ im Sinne von Art. 2 Nr. 6 der RL zu qualifizieren sei.

Allerdings muss an dieser Stelle hinzugefügt werden, dass der BGH diese Entscheidung vor Einführung des neuen Bauvertragsrechts 2018 und damit der Regelungen zum Bauvertrag (§ 650ff. BGB) getroffen hatte. Insoweit könnte es auch möglich sein, dass ein anderes Land- oder Oberlandesgericht zu einer anderen Einschätzung kommt oder gar der BGH diese Frage zukünftig noch einmal neu zu klären hat. Darauf sollten Bauunternehmer jedoch derzeit nicht spekulieren, sondern unter Berücksichtigung der BGH-Entscheidung und der dem EuGH-Urteil zu Grunde liegenden Einschätzung des LG Essen dem Verbraucher auch bei Bauverträgen eine ordnungsgemäße (vollständige) Belehrung, entsprechend der gesetzlichen Vorschriften, über sein Widerrufsrecht erteilen.

Hinsichtlich der Vorlagefrage ist der EuGH zu folgender Entscheidung gekommen:

Der Verbraucher kann nach der Verbraucherrechte-RL bei Ausübung seines Widerrufsrechts grundsätzlich nicht in Anspruch genommen werden, wenn er nicht vom Unternehmer verlangt hat, dass dieser mit seiner Leistungsausführung bereits während der 14-tägigen Widerrufsfrist beginnt bzw. diese vollständig abschließt. In diesem Falle muss der Verbraucher „einen Betrag zahlen, der auf Grundlage des in diesem Vertrag vereinbarten Gesamtpreises berechnet wird und verhältnismäßig dem entspricht, was bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Unternehmer von der Ausübung des Widerrufsrechts unterrichtet worden ist, im Vergleich zum Gesamtumfang der in

diesem Vertrag vereinbarten Leistungen geleistet worden ist“.

Dieser Grundsatz gilt aber nur dann, wenn der Unternehmer den Verbraucher zuvor, bei einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag (und einem Fernabsatzvertrag), über die Bedingungen, Fristen und Verfahren für die Ausübung seines Widerrufsrechts sowie über die Pflicht zur Bezahlung bereits erbrachter Leistungen informiert hat.

Hat der Unternehmer es allerdings, wie im Fall vor dem LG Essen, unterlassen, den Verbraucher ordnungsgemäß (vollständig) über sein Widerrufsrecht zu belehren, hat der Verbraucher nach der Entscheidung des EuGH nicht für die während der Widerrufsfrist ganz oder teilweise erbrachten Leistungen aufzukommen. Vielmehr ist der „*Verbraucher von jeglicher Verpflichtung befreit, dem Unternehmer den Preis für die von ihm während der Widerrufsfrist erbrachten Leistungen zu zahlen*“. Zudem verlängert sich entsprechend der Verbraucherrechte-RL zusätzlich noch die Widerrufsfrist auf 1 Jahr und 2 Wochen ab Vertragsschluss.

Hintergrund dieser Entscheidung ist, dass die Verbraucherrechte-RL den Verbraucher im Kontext eines außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrages besonders schützen soll, da der Verbraucher möglicherweise psychisch unter Druck stehe oder einem Überraschungsmoment ausgesetzt sei und zwar auch dann, wenn der Unternehmer auf Veranlassung des Verbrauchers zu diesem nach Hause gekommen ist. Die vorvertragliche Information des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht sei daher von grundlegender Bedeutung und erlaube es dem Verbraucher, seine Entscheidung zum Vertragsschluss in Kenntnis der Sachlage zu treffen. Dieses dadurch festgelegte hohe Verbraucherschutzniveau sehe es im Einklang mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union nicht vor, dass dem Verbraucher bei Nichteinhaltung der Informationspflicht Kosten entstehen. Auf Grund des Umstandes, dass die Verbraucherechte-RL eine Vollharmonisierung vorgibt, und deshalb im nationalen Recht weder erleichternd noch verschärfend von den Vorgaben der RL abgewichen werden darf, gelten diese Erwägungen und Regelungen auch vollumfänglich für die Widerrufsbestimmungen im BGB.

Für das hier betroffene Bauunternehmen hat das zur Folge, dass es sämtliche Kosten für seine während der Widerrufsfrist erbrachten vertraglichen Leistungen der Elektroinstallation selbst tragen muss.

Einen Ausgleich gibt es mit dem EuGH also auch nicht in Form eines Wertersatzes!

Allerdings wäre zu überlegen, ob die Erwägungen des 21. Senats des Kammergerichts aus seinem Urteil vom 16.11.2021 – 21 U 41/21 als Korrektiv zu der Entscheidung des EuGH herangezogen werden können. Das Kammergericht ist in seinem Urteil zu dem Ergebnis gekommen, dass der Ausschluss des Wertersatzes im Einzelfall als treuwidrig im Sinne von Treu und Glauben – ein allgemeiner juristischer Grundsatz (§ 242 BGB) – zulasten des Unternehmers anzusehen sei, wenn der Unternehmer die Widerrufsbelehrung des Verbrauchers fahrlässig unterlassen habe, die ausgeführten Leistungen mangelfrei sind und vom Verbraucher genutzt worden seien. Zudem darf der beanspruchte Wertersatz weder aus Sicht des Verbrauchers noch aus Sicht eines objektiven Dritten unangemessen sein.

Inwieweit diese Erwägungen in Fällen, wie dem der EuGH Entscheidung zu Grunde liegenden, als Korrektiv herangezogen werden können, bleibt dem BGH vorbehalten.

Fazit

Das LG Essen hatte das Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH über die Vorlagefrage ausgesetzt. Nunmehr wird es das Verfahren wieder aufnehmen und in nächster Zeit ein Urteil verkünden. Die Entscheidung bleibt abzuwarten. Eines sollte jedoch jedem Unternehmer eines Werk-, Bau-, Werkliefer- oder Geschäftsbesorgungsvertrages klar sein: Die vollständige und richtige Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht bei einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag entscheidet darüber, ob seine während der Widerrufsfrist erbrachten Leistungen vergütet werden oder nicht! Daher sollten in der täglichen Geschäftspraxis die vorhandenen Widerrufsbelehrungen auf Vollständigkeit und Übereinstimmung mit den Vorgaben des Gesetzgeber geprüft und sollte darauf geachtet werden, dass im Rahmen der Belehrung auch der Hinweis auf die Vergütung der bereits erbrachten Leistungen enthalten ist und die Zustimmung des Verbrauchers zur Leistungsausführung vor Ablauf der Widerrufsfrist eingeholt wurde.

Sollten Sie hierbei juristische Unterstützung benötigen, weil bei der Ausgestaltung dieser Formulare AGB-rechtliche Erwägungen zu berücksichtigen sind, wenden Sie sich gerne an unsere Kanzlei.

Chantal Hasselbach
Rechtsanwältin

Auftragnehmer haftet für Mangel des Vorgewerks!

**Beauftragt ein Auftraggeber (AG) diverse Auftragnehmer (AN), die ein Werk gemeinsam herstellen sollen, kommt eine Haftung eines AN für die Mangelhaftigkeit der Arbeiten anderer Vorgewerke in Betracht, wenn er die Mängel nicht erkannt und deshalb nicht auf etwaige Bedenken gegen die Ausführungen des Vorgewerks hingewiesen hat.
(OLG Hamm, Urteil vom 22.09.2022 – 24 U 65/21)**

In einem Wohnhaus soll der Boden in allen drei Etagen vollständig erneuert und eine Fußbodenheizung verbaut werden. Der AG und Kläger beauftragt hierfür mehrere Gewerke: AN1 soll den Fußbodenaufbau einschließlich Estrich herstellen, AN2 soll die einzubauende Fußbodenheizung liefern und montieren und AN3 ist für die ordnungsgemäße Verlegung des neuen Bodenbelages zuständig. Es gilt jeweils die VOB/B. Der Fußbodenaufbau wurde durch AN1 mangelhaft errichtet. Es wurden keine Lastverteilungsplatten verbaut. AN2 verlegt die Fußbodenheizung, ohne die fehlenden Lastverteilungsplatten zu erkennen. AN3 meldet gegenüber dem AG Bedenken hinsichtlich der vorgefundenen Ausführung an. Die Funktionalität des Bodenaufbaus insgesamt sei aufgrund fehlender Lastverteilungsplatten unter der Fußbodenheizung nicht gegeben.

Der AG und Kläger verlangt nun vom Beklagten und AN2 (und nicht vom mangelverursachenden AN1) Schadensersatz für die Mangelbeseitigung, weil kein Bedenkenhinweis gegenüber dem AG erfolgte.

Die Entscheidung des Gerichts

Das OLG Hamm gibt der Klage statt! Es folgt der Argumentation des Beklagten (AN2) nicht, wonach der Vorunternehmer (AN1) die Lastverteilungsplatten hätte verbauen müssen. Nach Auffassung des Gerichts sind die Leistungen des Beklagten (AN2) mangelhaft, da die geschuldete Funktionalität der eingebauten Fußbodenheizung insgesamt nicht gegeben sei (funktionaler Mangelbe-

griff). Der Beklagte (AN2) hätte vor Beginn seiner Ausführung einen Hinweis an den AG und Kläger erteilen müssen, dass die vom AN1 hergestellte Leistung Fehler aufweist, weil hiervon die Funktionsfähigkeit seines eigenen Werks abhängt. Nach Auffassung des Gerichts müsse der Beklagte (AN2) als Fachunternehmen den Fehler des Vorgewerks erkennen und anzeigen (§ 4 Abs. 3 VOB/B).

Die Haftung wird auch nicht durch ein Mitverschulden des AG beschränkt, denn AN1 ist im Verhältnis zum AN2 kein Erfüllungsgehilfe des AG. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 01.07.1971 – VII ZR 224/69; Urteil vom 29.11.1971 – VII ZR 101/70). Ein etwaiges Mitverschulden spielt nur dann eine Rolle, wenn ein Vorunternehmer als Erfüllungsgehilfe des AG zu bewerten wäre. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn der AG einen AN mit der Erbringung von Planungsleistungen beauftragt, die wiederum von einem anderen AN ausgeführt werden und sich Letzterer auf die Leistungen des Planers beruft.

Praxishinweis

Die Entscheidung ist konsequent und folgt der Vorschrift des § 4 Abs. 3 VOB/B. Jedem AN sei daher dringend empfohlen, die für die eigenen Leistungen relevanten Arbeiten der Vorgewerke ausführlich zu prüfen und zu untersuchen und ggf. gegen die vorgefundene Art der Ausführung unverzüglich gegenüber dem AG schriftlich Bedenken anzumelden.

Dominic Filser
Rechtsanwalt

„Wir sind davon ausgegangen“-Nachträge: Substantiierungspflicht nicht überspannen

1. Welche Leistungen durch die Leistungsbeschreibung erfasst sind, ist durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu ermitteln. Dabei sind das gesamte Vertragswerk und dessen Begleitumstände zugrunde zu legen. Dazu gehören auch im Rahmen einer Ausschreibung vorgelegte Planungen.

2. Das Tatsachengericht muss auch die im Rahmen der Ausschreibung vorgelegten Unterlagen bei der Auslegung des Vertrags berücksichtigen und den angebotenen Sachverständigenbeweis zu einer technischen Frage erheben.

(BGH, Beschluss vom 29.03.2023 – VII ZR 59/20)

Eine Arbeitsgemeinschaft beauftragte einen Nachunternehmer mit Straßenarbeiten in einem Tunnel, an der Oberfläche und mit Baumaßnahmen zur Durchführung der vorläufigen Verkehrsführung. Der NU rechnet in diversen Nachträgen in einer Größenordnung von rund 1,3 Mio € Erschwernisse ab, die sich daraus ergeben sollen, dass er im Rahmen der Auftragskalkulation auf der Grundlage der damals vorliegenden Unterlagen von einer deutlich geringeren Anzahl an Umlegungen kalkulieren durfte. Es handelt sich also um „Wir sind davon ausgegangen“-Nachträge.

Das Landgericht München hat die Klage abgewiesen, das OLG München hat die Berufung zurückgewiesen. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Mehrvergütung gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B. Die Notwendigkeit von Umlegungen der provisorischen Verkehrsführung sei unstreitig Vertragsbestandteil. Die Klägerin mache geltend, sie habe mit einer geringeren Anzahl von Umlegungen

kalkulieren dürfen, als tatsächlich erforderlich geworden sei. Es lasse sich aber keine Veränderung der Leistung im Vergleich zum Vertragsoll feststellen, weil eine Anzahl von möglichen Umlegungen im Leistungsverzeichnis nicht genannt sei. Den Angaben im LV lasse sich nicht entnehmen, dass tatsächlich eine zahlenmäßig begrenzte Anzahl von Umlegungen vorab ersichtlich gewesen sei. Dies gelte auch unter Heranziehung der außerhalb des Vertragstextes liegenden zusätzlichen Umstände, wie etwa dem Phasenübersichtsplan. Aus den als Anlagen vorgelegten Darstellungen werde nicht ersichtlich, weshalb der NU von einer verbindlichen oder annäherungsweise Anzahl der erforderlichen Umlegungen habe ausgehen können. Die Einholung eines Sachverständigen-gutachtens hierzu haben Landgericht und Oberlandesgericht abgelehnt.

Entscheidung des Gerichts

Der Bundesgerichtshof findet harte Worte zu diesem Vorgehen des OLG München. Es liege ein Verstoß gegen das Grundgesetz Art. 103 Abs. 1 vor, wenn das Gericht die Anforderungen an den Prozessvortrag offenkundig überspannt und es dadurch versäumt, den Sachvortrag der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und die angebotenen Beweise zu erheben. Gehe es um die Beurteilung einer Frage, deren Beantwortung Fachwissen voraussetzt, dürfe das Gericht auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens nur verzichten, wenn es entsprechende eigene besondere Sachkunde auszuweisen vermag. Das sei aber bezüglich der Beurteilung der von Nachunternehmern vorgelegten technischen Unterlagen nicht der Fall gewesen. Wörtlich schreibt der BGH:

Die Klägerin hat in der Berufungsbegründung im Einzelnen dargelegt, warum sie davon ausgegangen sei, dass sich aus der im Rahmen der Ausschreibung vorgelegten Phasenübersichtstabelle eine Anzahl von 10 Umlegungen der Verkehrsführung ergäben. Mit diesen Ausführungen befasst sich das Berufungsgericht nicht, sondern führt lediglich aus, die Klägerin habe nicht erläutert, wie sie zu der von ihr genannten Anzahl von Umlegungen gekommen sei. Ob es die Ausführungen der Klägerin möglicherweise für unzutreffend oder für unerheblich hält und gegebenenfalls aus welchen Gründen, lässt sich den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht entnehmen. Vielmehr geht das Gericht auf diese – zum Kernvorbringen der Klägerin gehörenden – Ausführungen überhaupt nicht ein. Es ist daher davon auszugehen, dass es den diesbezüglichen Vortrag der Klägerin entweder gar nicht zur Kenntnis genommen oder insoweit offenkundig überspannte Substantiierungsanforderungen gestellt hat.

Der BGH stellt in seinem Beschluss ausdrücklich klar, dass auch die im Rahmen der Ausschreibung vorgelegten Unterlagen bei der Auslegung des Vertrags berücksichtigt werden müssen.

Was die Höhe der Nachtragsforderungen anging, meinte das OLG München, eine Bezugnahme auf Anlagen sei nicht ausreichend, die Nachtragskalkulation sei nicht aus sich heraus verständlich und es fehle ein textlicher Beschrieb. Der BGH rügt in diesem Zusammenhang, dass das OLG nicht auf den entsprechenden Vortrag in der Berufungsbegründung eingegangen sei. Aus dem Urteil erschließe sich auch nicht, welche weiteren Erläuterungen der Mehrkosten das Berufungsgericht für erforderlich gehalten habe. Auch hinsichtlich der Nachtragshöhe habe das OLG die Substantiierungsanforderungen an den Vortrag der Klägerin offenkundig überspannt.

Praxishinweis

Niemand der vor Gericht geht, um eine Forderung durchzusetzen, ist davor gefeit, dass das Gericht, im vorliegenden Fall sogar Landgericht und Oberlandesgericht, seinen Vortrag für nicht ausreichend hält, mitunter sogar völlig ignoriert. Das ist leider die Realität. Es ist aber erfreulich, dass der Bundesgerichtshof mit deutlichen Worten klargestellt hat, dass die Anforderungen an die

Substantiierung von Ansprüchen sowohl dem Grunde nach als auch der Höhe nach nicht überspannt werden dürfen. Ob die Nachträge am Ende berechtigt waren, wird nach der Zurückverweisung des Rechtsstreites zu prüfen sein.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

Fallstricke bei der Mangelbeseitigungsaufforderung

- 1. Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs wegen Mängel nach der Abnahme setzt im VOB-Vertrag eine vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung voraus.**
 - 2. Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Mängeln aus § 13 Abs. 7 VOB/B kommt vor der Abnahme nicht in Betracht.**
 - 3. Eine vor der Abnahme erklärte Fristsetzung kann nicht als Fristsetzung zur Nacherfüllung ausgelegt werden.**
- (OLG Brandenburg, Urteil vom 22.03.2023 – 4 U 190/21)**

Ein Generalunternehmer nimmt seinen NU auf Schadenersatz wegen mangelhafter Werkleistungen aus einem VOB/B-Einheitspreis-Vertrag über die Sanierung von Rissen und Fugen einer Asphaltfläche in Anspruch. Es handelte sich um Teile einer insgesamt 135 ha großen Asphaltfläche.

Dem vorausgegangen war, dass der Hauptauftraggeber (HAG) vor Fertigstellung und Abnahme der Leistungen eine Mangelrüge an den Generalunternehmer richtete, welche dieser an seinen Nachunternehmer weitergeleitet hatte. Gerügt wurde vom HAG, dass Fugen bereits aufgerissen und abgesackt seien, der Verguss sich von der Asphaltfläche löse und die Vorbereitung der Risse (Schneiden) nicht regelgerecht durchgeführt wurde. Der NU wies die Mangelvorwürfe zurück und bat zugleich um einen Ortstermin zur Ermittlung der Schadensursache. Er erklärte, falls aufgetretene Schäden durch ihn verursacht worden seien, würde auch Bereitschaft zur Mangelbeseitigung bestehen. Tatsächlich führte der NU anschließend Sanierungsarbeiten aus, mit denen der Auftraggeber des GU aber nicht einverstanden war, weil die angewendete Methode nicht akzeptiert wurde. Der HAG setzte dem GU daraufhin eine letzte Frist zur ordnungsgemäßen Fertigstellung seiner Leistungen "gemäß VOB/B § 5 Abs. 4", zudem kündigte er die Selbstvornahme der Mangelbeseitigung nach fruchtlosem Ablauf der Frist an. Der GU leitete das Schreiben an den NU weiter. Der NU lehnte es ab, die Mängelrügen anzuerkennen und verwies nochmals auf die Bereitschaft, die Mangelursachen vor Ort zu prüfen. Tatsächlich hatte sich auch der GU gegenüber dem Auftraggeber darauf berufen, dass unter dem Asphalt Müllverbrennungsgasche liege, die noch nicht abreagiert habe. Dies sei bei der Ausschreibung nicht hinreichend berücksichtigt worden, so dass die ausgeschriebenen Leistungen zur dauerhaften Rissanierung letztlich ungeeignet gewesen seien; es liege ein Planungsfehler vor.

Nachdem der Auftraggeber den GU gekündigt hatte, kam es zum Prozess. Vor dem Berufungsgericht wurde ein Vergleich geschlossen, in dem sich der GU verpflichtete, an den Auftraggeber insgesamt 540.000 € Schadensersatz zu bezahlen. Einen Teilbetrag von 100.000 € verlangte der GU anschließend vom Nachunternehmer als Schadensersatz, im Ergebnis ohne Erfolg.

Die Entscheidung des Gerichts

Das Gericht weist die Klage ab. Der Generalunternehmer hat gegenüber seinem Nachunternehmer gravierende rechtliche Fehler gemacht (unabhängig von der Frage, ob die Mängelansprüche tatsächlich berechtigt waren). Es gibt in Situationen wie der geschilderten mehrere rechtliche Probleme, die der GU nicht richtig eingeschätzt hat.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist es so, dass Mängelansprüche erst mit der Abnahme entstehen. Vor Abnahme gibt es den Anspruch auf vertragsgemäße Erfüllung. Man kann als Auftraggeber schon vor der Abnahme Mängel rügen, aber eine Ersatzvornahme durchzuführen geht bei einem Vertrag nach VOB/B erst nach einer Kündigung des Vertrages. Wahrscheinlich ist das im Ergebnis bei einem BGB-Bauvertrag genauso. Beim VOB/B-Vertrag gibt es noch das Zusatzproblem, dass Mängel kein abgrenzbarer Teil der Leistung sind. Deshalb ist eine Teilkündigung nicht zulässig, außer in den Vertragsbedingungen wäre das abweichend vereinbart.

Die Kündigung des gesamten Vertrages aus wichtigem Grund setzt allerdings voraus, dass es sich um erhebliche Mängel handelt, und die Nichtbeseitigung durch den Auftragnehmer dazu führt, dass es dem Auftraggeber nach Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zuzumuten ist, das Vertragsverhältnis bis zum Ende durchzuführen (§ 648a BGB neue Fassung).

Diese Unzumutbarkeit im Stadium der Vertragserfüllung ist immer zu prüfen. Es reicht nicht aus, sich einfach auf § 4 Abs. 7 VOB zu berufen, denn der Bundesgerichtshof hat kürzlich festgestellt, dass § 4 Abs. 7 VOB/B unwirksam ist, wenn die VOB/B nicht unverändert vereinbart wurde.

Praxishinweis

Unterstellt, die Leistungen wären tatsächlich von dem Nachunternehmer mangelhaft ausgeführt worden, hätte der Generalunternehmer nach entsprechender Fristsetzung den Nachunternehmervertrag kündigen müssen. Dazu wäre er berechtigt gewesen, wenn durch die nicht erfolgte Mängelbeseitigung das Vertrauensverhältnis für die Fortsetzung des Vertrages zerstört gewesen wäre. Hieran kann man durchaus Zweifel haben, denn der Nachunternehmer hatte stets betont, dass erst einmal durch weitere Termine die Ursache der neu aufgetretenen Rissbildungen geklärt werden müsste. Andererseits ist es so, dass eine freie Kündigung vor Fertigstellung immer noch besser ist, als gar keine Kündigung.

Hätte der GU den Nachunternehmervertrag gekündigt (egal ob nun aus wichtigem Grund oder als freie Kündigung), dann hätte der NU das Recht gehabt, eine Abnahme seiner Leistungen zu verlangen. Wenn aber der NU keine Abnahme verlangt, hat man das Problem, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes Mängelansprüche überhaupt erst mit der Abnahme entstehen. In den meisten Fällen ist es demzufolge sinnvoll, dass man als Auftraggeber nach der Kündigung freiwillig ein Abnahmeprotokoll erstellt, dort alle Mängel hineinschreibt und sich im Abnahmeprotokoll die Mängelrechte wegen dieser Mängel vorbehält. Anschließend setzt man nochmals eine Frist zur Mängelbeseitigung, und wenn diese erfolglos abgelaufen ist, sind jedenfalls die formalen Voraussetzungen für die Geltendmachung von Kostenvorschuss oder Schadenersatz gegeben.

Vorliegend gab es aber keine Kündigung. Auch eine Abnahme der Leistungen war nicht erfolgt. Wenn es keine Kündigung gibt, dann gibt es auch keine Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrages, und wenn es keine Abnahme gibt, kann es keine Gewährleistungsansprüche geben. Außerdem kann eine Mangelrüge vor Abnahme nicht eine Mangelrüge nach Abnahme ersetzen. Da der Nachunternehmer (sehr geschickt) immer wieder seine Bereitschaft zur Un-

tersuchung der Mangelursachen erklärt hatte, lag auch keine endgültige Erfüllungsverweigerung vor. Daher blieb der Generalunternehmer auf dem Schaden sitzen.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

Ausschluss aus dem Vergabeverfahren muss gut begründet werden

Pflichtverletzungen in früheren Aufträgen müssen detailliert nachgewiesen werden. Vor einem Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ist der Auftraggeber verpflichtet, das betreffende Unternehmen anzuhören, damit dieses die Möglichkeit erhält, die Vorwürfe zu widerlegen oder mögliche Selbstreinigungsmaßnahmen darzulegen.

(VK Sachsen, Beschluss vom 04.08.2022 – 1/SVK/013-22)

Ein öffentlicher Auftraggeber schließt einen Gerüstbauer von einem europaweit ausgeschriebenen Vergabeverfahren aus. Da der ausgeschlossene Bieter den günstigsten Preis angeboten hatte, hätte er ohne Ausschluss den Zuschlag erhalten müssen.

Der Auftraggeber hatte dem Bieter zuvor mitgeteilt, dass man seine Eignung wegen Vertragsverletzungen bei drei früheren Aufträgen prüfe. Der Bieter antwortete, dass bei dem ersten Bauvorhaben nach seiner Überzeugung eine freie Kündigung durch den Auftraggeber erfolgt sei. Er sei berechtigt gewesen, zusätzliche Leistungen abzulehnen, weil diese für die Erbringung seines Auftrages nicht erforderlich gewesen seien (§ 1 Abs. 4 VOB/B). Obwohl in dem Beschluss keine genauen Zahlen genannt werden, kann man dem Sachverhalt entnehmen, dass sich der Auftrag des Gerüstbauers aufgrund der vom AG angeordneten und vom AN verweigerten Zusatzleistungen vermutlich mehr als verdoppelt hätte.

Auch bei dem zweiten Bauvorhaben würde eine freie Kündigung vorliegen. Bei dem dritten Auftrag handele es sich um ein laufendes Vorhaben. Über die strittigen Nachtragsforderungen habe es zwischenzeitlich eine Einigung gegeben.

Das Gericht entnimmt der Vergabeakte, dass der Auftraggeber zunächst insgesamt fünf konkrete frühere öffentliche Aufträge benannt habe, in denen er der Antragstellerin ein erhebliches bzw. fortdauerndes Fehlverhalten vorgeworfen hatte. Das Aufklärungsschreiben habe aber nur drei der fünf früheren öffentlichen Aufträge zum Gegenstand gehabt. Im Nachprüfungsverfahren beschränkte sich der Vortrag des Auftraggebers lediglich noch auf den ersten früheren öffentlichen Auftrag, zu dem ein Rechtsstreit anhängig ist, in dem der Bieter seine Schlussrechnungsforderung einklagt, und der Auftraggeber mit Gegenansprüchen aufrechnet.

Der Bieter erklärt, er erbringe seine Gerüstbauleistungen zu mehr als 90 % für öffentliche Auftraggeber, und die Vergabesperre hätte für ihn gravierende Folgen. Eine derart weitreichende Konsequenz allein auf Grundlage eines streitigen Sachverhaltes zu stützen, sei mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vereinbar.

Die Entscheidung der Vergabekammer

Die Vergabekammer gibt dem Antrag statt, und erklärt den Ausschluss für unrechtmäßig und verpflichtet den Auftraggeber, die Angebote unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin erneut zu werten und dabei die Rechtsauffassung der Vergabekammer hinsichtlich des Ausschlusses zu beachten.

Zwar sei es nicht erforderlich, dass die Tatsachen, auf die die Ausschlussentscheidung nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB bzw. § 6e VOB/A EU gestützt werden, unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sein müssen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 – Verg 7/18 m. w. N.). Da solche Verfahren viele Jahre in Anspruch nehmen, müsse der Auftraggeber auch Ausschlussgründe geltend machen können, über die noch nicht gerichtlich entschieden worden sei.

Ebenfalls nicht erforderlich sei es nach Auffassung der Vergabekammer, dass der öffentliche Auftraggeber bezüglich der erheblichen oder fortdauernd mangelhaften Vertragserfüllung bei früheren Aufträgen absolute Gewissheit erlangt haben müsse. Die abweichende Ansicht anderer Gerichte (z. B. OLG Düsseldorf, Verg 7/18) erachtet die Vergabekammer Sachsen als zu streng.

Die VK Sachsen hält es für einen Ausschluss wegen vorangegangener Schlechtleistung nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB auch als ausreichend an, wenn der öffentliche Auftraggeber Indiztatsachen vorbringt, die von einigem Gewicht sind, auf gesicherten Erkenntnissen aus seriösen Quellen basieren und die die Entscheidung des Auftraggebers zum Ausschluss des Bieters nachvollziehbar erscheinen lassen. Das sei der Fall, wenn eine hohe, jedenfalls aber überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür bestehe, dass es tatsächlich zu einer entsprechenden Pflichtverletzung gekommen ist und der Auftraggeber aus wichtigem Grund schadenersatzbegründend gekündigt habe.

Allerdings sah die Vergabekammer diese Voraussetzungen in dem entschiedenen Fall als nicht gegeben an.

Wesentlicher Streitpunkt in dem Verfahren war die Weigerung des Gerüstbauers, bei einem Sanierungsbauvorhaben zusätzliche Gerüste aufzustellen. Die Vergabekammer erörtert im Detail Voraussetzungen des §§ 1 Abs. 4 VOB/B und erklärt, dass sie im Rahmen des Vergabeverfahrens die Frage, ob die zusätzlich angeordneten Gerüste im Sinne von § 1 Abs. 4 VOB/B „erforderlich“ für die Vertragserfüllung gewesen sein, nicht beantworten könne. In dem Vergütungsrechtsstreit habe das Landgericht festgestellt, dass die Frage, ob es sich um erforderliche zusätzliche Leistungen gemäß § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B handelt, nur durch einen Sachverständigen geklärt werden könnte. Der Ausgang des Verfahrens vor dem Landgericht sei daher vollkommen offen. Die Vergabekammer könne im Nachprüfungsverfahren selbst nicht feststellen, dass eine hohe jedenfalls überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass es sich um erforderliche zusätzliche Leistungen gehandelt habe, deren Erbringung der Gerüstbauer zu Unrecht verweigert habe. Ebenso könne im Nachprüfungsverfahren nicht beurteilt werden, ob der Gerüstbauer wegen der erheblichen Erweiterung des Auftrages berechtigt gewesen wäre, sich darauf zu berufen, dass sein Betrieb auf eine derartige Auftragserweiterung nicht eingerichtet war.

Bezüglich der weiteren vier früheren öffentlichen Aufträge habe der Auftraggeber schon nicht hinreichend dargelegt, dass die Antragstellerin eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung dieser früheren öffentlichen Aufträge erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat.

Unabhängig hiervon sei so, dass in dem Anhörungsschreiben lediglich drei Bauvorhaben genannt waren, während der Auftraggeber seine Ausschlussentscheidung offensichtlich auf angebliche Pflichtverletzungen bei fünf früheren Bauvorhaben gestützt hat. Die zwei Projekte zu denen der Bieter nicht angehört worden sei, könnten von vornherein nicht zur Begründung des Ausschlusses herangezogen werden.

Praxishinweis

Auch wenn das Nachprüfungsverfahren für den Auftraggeber verloren ging, sind die grundsätzlichen Erwägungen der VK Sachsen für die Auftraggeberseite positiv zu werten. Es gibt häufig eine große Unsicherheit, wie mit Pflichtverletzungen von Bietern in früheren Projekten umzugehen ist. Nach der Rechtsprechung hierzu ist klar, dass nicht abgewartet werden muss, ob über die angenommenen Pflichtverletzungen in Verfahren vor den Zivilgerichten schon entschieden worden ist. Ebenso muss im Vergabeverfahren kein vollständiger Beweis der Pflichtverletzungen geführt werden, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit reicht aus.

Man braucht für die Darlegung aber konkrete wiederholte Pflichtverletzungen, die zu Schäden beim AG geführt haben. Dass jemand Zusatzleistungen in einem erheblichen Umfang nicht ausführen will, kann eine Pflichtverletzung sein, muss es aber nicht. Erst recht ist das Stellen überhöhter Nachtragsforderungen keine Pflichtverletzung, weil das Nachtragsangebot letztlich die einseitigen Preisvorstellung des Auftragnehmers beinhaltet. Der Auftraggeber ist ja nicht verpflichtet, solche überhöhten Angebote zu beauftragen. Auch der Umstand, dass ein Auftragnehmer Mängel nach Fristsetzung nicht behoben hat, muss nicht zwingend eine Pflichtverletzung sein. Möglicherweise beruft sich der Auftragnehmer auf planerisches Mitverschulden oder Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigung. Solche Dinge können de facto nur von Sachverständigen geklärt werden. Das funktioniert im Nachprüfungsverfahren nicht.

Stattdessen sollten sich Auftraggeber darauf konzentrieren, nachweisbare Pflichtverletzungen darzulegen, die rechtlich eindeutig sind. Das können etwa wiederholte und gezielt fehlerhafte Abrechnungen sein, dass kann eine eindeutig unbegründete Leistungsverweigerung sein und ähnliche Dinge. Es muss wegen dieser Pflichtverletzungen nicht unbedingt zu einer Kündigung gekommen sein, es reicht aus, wenn dem Auftraggeber Schäden entstanden sind. Die Pflichtverletzungen und die Schäden müssen sauber dokumentiert sein, bestenfalls durch bauleitende Architekten, die hierüber Vermerke anfertigen. Dann kann der Ausschluss auch vor der Vergabekammer Bestand haben.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

Maklers Müh ist oft umsonst

- 1. Ein im Nachgang zu einem bereits bestehenden Immobilienmaklervertrag geschlossener Reservierungsvertrag stellt eine Nebenabrede zum Maklervertrag dar, wenn zwischen den beiden in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen geschlossenen Verträgen eine unmittelbare Verbindung besteht.**
 - 2. Die in AGB vereinbarte Verpflichtung eines Maklerkunden zur Zahlung einer Reservierungsgebühr für das zeitlich begrenzte exklusive Vorhalten einer Immobilie zu seinen Gunsten stellt eine unangemessene Benachteiligung des Kunden i.S.v. § 307 BGB dar, wenn die Rückzahlung der Reservierungsgebühr ausnahmslos ausgeschlossen ist und sich aus der Reservierungsvereinbarung für den Kunden weder nennenswerte Vorteile ergeben, noch seitens des Immobilienmaklers eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen ist (Bestätigung von BGH, IMR 2010, 536).**
- (BGH, Urteil vom 20.04.2023 – I ZR 113/22)

Ein Ehepaar suchte ein Hausgrundstück, und beauftragte einen Makler. Etwas mehr als ein Jahr später wies der Makler ein interessantes Objekt nach und schlug den Abschluss einer "Reservierungsvereinbarung" vor, mit welcher er den Eheleuten die "Reservierung" der Immobilie für die Dauer von einem Monat gegen eine Reservierungsgebühr von 4.200 € zusagte. Die Kaufinteressenten zahlten die Reservierungsgebühr, konnten jedoch keine Finanzierung für das Objekt abschließen. Nachdem der Kauf gescheitert war, verlangten die Kunden die Reservierungsgebühr zurück. Amtsgericht und Landgericht hatten die Klage abgewiesen. Das Landgericht hatte die Revision zugelassen.

Entscheidung des Gerichts

Der Bundesgerichtshof gibt der Klage statt. Zur Begründung erklärt der BGH, dass eine Reservierungsvereinbarung als Zusatzvereinbarung (Nebenabrede) zum Maklervertrag anzusehen ist, auch dann, wenn sie erst Monate nach dem Abschluss des Maklervertrages abgeschlossen wurde. Eine solche Nebenabrede zum Hauptvertrag sei unwirksam, wenn sie die Kaufinteressenten unangemessen benachteiligt (§ 307 BGB).

Andere Gerichte hatten in der Vergangenheit solche Reservierungsvereinbarungen als eigenständige Vereinbarungen angesehen, mit denen jeweils bestimmte Leistungspflichten vereinbart werden, die nicht der "Inhaltskontrolle" nach dem AGB-Vorschriften unterliegen würden (so etwa KG, Urteil vom 19.10.2017 – 23 U 154/16). Insgesamt war die Rechtsprechung sehr uneinheitlich.

Im ersten Schritt erklärt der Bundesgerichtshof, dass in der Reservierungsvereinbarung die Parteien als „Makler“ und „Kaufinteressent“ bezeichnet wurden. Der Makler solle als Leistung die Immobilie einen Monat lang niemand anderem anbieten. Außerdem sei die Reservierungsgebühr im Falle des Kaufes auf die Provision anzurechnen. Hiernach könne kein Zweifel bestehen, dass die Reservierungsvereinbarung eine Zusatzvereinbarung zum Maklervertrag sei, und keine völlig eigenständige neue Vereinbarung.

Das gesetzliche Leitbild des Maklervertrages sei, dass der Makler nur im Erfolgsfall eine Vergütung erhält. Der Reservierungsvertrag stelle letztlich den Versuch des Maklers dar, sich für den Fall des Scheiterns seiner Vermittlungsbemühungen gleichwohl eine Vergütung zu sichern, ohne dass gewährleistet wäre, dass sich für die Kunden aus dieser entgeltspflichtigen Reservierungsvereinbarung nennenswerte Vorteile ergeben würden oder seitens der Beklagten eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen sei.

Zwar sei das Versprechen der Beklagten, die Immobilie nicht mehr anderweitig anzubieten, für die Kaufinteressenten von einem gewissen Interesse. Allerdings könnte in der Zwischenzeit der Verkäufer der Immobilie seine Verkaufsabsicht aufgeben oder anderweitig veräußern. Dann wäre die Reservierungsgebühr nutzlos aufgewandt. Der Nutzen der Vereinbarung für den Kunden sei mithin sehr eingeschränkt. Der Makler würde auch keine geldwerte Gegenleistung erbringen. Ein Objekt einen Monat lang nicht anderweitig anzubieten, sei bei der geringen Dauer der Reservierungszeit von einem Monat nicht mit der Gefahr einer Verdiensteinbuße für den Makler verbunden. Die einseitige Benachteiligung der Kaufinteressenten würde noch dadurch verstärkt, dass das Reservierungsgeld auch dann nicht zurückgezahlt werde, wenn die Kaufinteressenten das Nichtzustandekommen eines Vertragsschlusses nicht zu vertreten haben, sondern die Beklagte selbst oder ein Dritter für das Scheitern des Kaufs verantwortlich sei.

Praxishinweis

Es ist fraglich, ob solche Reservierungsvereinbarungen überhaupt "AGB-fest" ausgestaltet werden können. Jedenfalls müsste die Dauer der Reservierung so lange sein, dass der Makler einen ernsthaften Nachteil erleiden könnte, der dann durch die Reservierungsgebühr kompensiert werden soll. Zweitens müsste eine solche Vereinbarung Regelungen dazu enthalten, dass die Reservierungsgebühr zurückzuzahlen ist, wenn die "Schuld" am Nichtzustandekommen des Kaufvertrages nicht bei den Kaufinteressenten liegt.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

AGB-Recht

Leistungsortbestimmung und Gefahrübergang: AGB Klausel zur Vereinbarung einer Schickschuld im Kauf-, Werk- und Mietrecht

Bei gemischten Verträgen, also Verträgen mit Vertragselementen aus mehreren Rechtsbereichen, muss der konkrete Leistungsort immer nach dem jeweilig abzugrenzenden Leistungsabschnitt bestimmt werden. Lässt sich allerdings ein überwiegender Vertragstyp im Kern feststellen, so muss ein allgemeiner Leistungsort für diesen Schwerpunkt des Vertrages festgelegt werden.

Die Bestimmung des Leistungsortes hat der Gesetzgeber in § 269 BGB geregelt. Dort heißt es im ersten Absatz: *„Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Ort zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte.“*

Bezogen auf Kaufverträge hat dies zur Folge, dass der Käufer die Sache grundsätzlich beim Verkäufer abholen muss, weil die Übergabe der verkauften Sache am Sitz des Verkäufers geschuldet ist. § 269 Abs. 1 BGB gestattet es aber auch, einen anderen Leistungsort zu vereinbaren, wie z.B. den Sitz des Käufers. Solches kann individualvertraglich oder in den AGB geschehen. Man spricht dann von einer Bring- oder Schickschuld.

Aber aufgepasst: Allein aus der Tatsache, dass der Verkäufer nach Vertrag die Kosten der Versendung zu übernehmen hat, folgt noch lange nicht, dass der Ort, nach dem die Versendung zu erfolgen hat, auch der Leistungsort sein soll (siehe § 269 Abs. 3 BGB). Wird eine solche Änderung des Leistungsortes (und damit des Ortes des Gefahrübergangs) beabsichtigt, dann muss dies auch nachvollziehbar aus der vertraglichen Vereinbarung hervorgehen.

Auf einem anderen Blatt steht die Frage, welche rechtlichen Folgen der zufällige, weder vom Verkäufer, noch vom Käufer zu vertretende Untergang der verschickten Kaufsache, hat?

Denn bei einer Schickschuld wäre der Verkäufer zwar von seiner Leistungspflicht nach § 326 Abs. 1 BGB befreit, aber auch der Käufer von seiner Zahlungspflicht. Gemäß § 326 Abs. 2 BGB besteht die Zahlungspflicht des Käufers nur dann fort, wenn er für die Herbeiführung der Unmöglichkeit allein oder weit überwiegend die Verantwortung trägt. Damit trägt der Verkäufer bei der Schickschuld grundsätzlich das Risiko, die Vergütung des Käufers nicht zu erhalten, wenn die Leistung unmöglich wird. Das ist anders beim Versandkauf gemäß § 447 BGB, der zwar der Hauptan-

wendungsfall der Schickschuld ist, aber nicht dieselben rechtlichen Folgen hat. In § 447 Abs. 1 heißt es: *„Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.“*

Nach dem Absenden des Vertragsgegenstandes z. B. in Form von der Übergabe an die Transportperson, ist der Verkäufer zwar ebenso, wie bei der Schickschuld, von seinen vertraglichen Pflichten befreit. Allerdings geht hier auch die Vergütungsgefahr an den Empfänger über, was zur Konsequenz hat, dass beim zufälligen Untergang der Sache die Gegenleistungspflicht des Käufers (Zahlung der Vergütung) weiterhin erhalten bleibt. Ein Versendungskauf kann allerdings nur dann vereinbart werden, wenn der Käufer dies ausdrücklich wünscht und es sich bei beiden Parteien um Unternehmer handelt. Handelt es sich um einen Verbraucher, so ist dies nach § 475 Abs. 2 BGB ebenfalls möglich, die zur Ausführung der Versendung bestimmte Person muss aber durch den Käufer beauftragt worden sein und der Verkäufer darf dem Käufer diese Person oder Anstalt nicht zuvor benannt haben.

Im Werkrecht wird es im Übrigen durch § 644 Abs. 2 BGB dem Hersteller eines Werkes ebenso ermöglicht, die Vorschrift des Versendungskaufs im Rahmen des Werkvertrages anzuwenden. Allerdings bestehen keine Schutzpflichten des Unternehmers über die Abnahme hinaus, was impliziert, dass das Werk bei Versendung bereits abgenommen sein muss. Fraglich ist jedoch, ob die Vereinbarung einer Schickschuld (mit der damit verbundenen Verlagerung des Gefahrübergangs) auch im Mietrecht möglich ist?

Liegt nämlich ein Mietvertrag oder ein typengemischter Vertrag mit mietrechtlichen oder überwiegend mietrechtlichen Elementen über bewegliche Sachen vor, so gehört zu den vertraglichen Verpflichtungen nicht nur die bloße Gebrauchsüberlassung einer Sache, die mit Anlieferung einmalig erledigt ist. Er beinhaltet vielmehr weitergehende Pflichten, wie die Instandsetzung und Instandhaltung seitens des Vermieters, die über die gesamte Mietzeit zu erfüllen sind und somit den Kerngehalt des Mietvertrages bilden. Die Risiken des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der Sache soll der Vermieter während der gesamten Mietzeit tragen. Er hat außerdem die Mietsache in einem mangelfreien Zustand gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB zu halten. Damit kann es keinen Gefahrübergang im Mietrecht geben.

Folgerichtig kann bei Mietverträgen über bewegliche Sachen lediglich eine Hol- oder Bringschuld vereinbart werden. Würde man mit dem Mieter in den AGB eine Schickschuld (Versendung der Mietsache auf Verlangen des Mieters) vereinbaren, so würde die Gefahr mit Übergabe an die beauftragte Übermittlungsperson bereits auf den Mieter übergehen. Dies stünde den Vorschriften des Mietrechts entgegen, weil sodann der Vermieter entweder kein Risiko der Verschlechterung der Sache während der Mietzeit mehr tragen würde oder die Gefahr bei Ankunft der vermieteten Sache am Zielort wieder auf den Vermieter übergehen müsste, damit dieser seinen über die Mietzeit laufenden vertraglichen Verpflichtungen nachkommen kann.

Es wäre jedoch im Mietrecht nicht plausibel, dass die Gefahr mit dem Vereinbaren einer Schickschuld rein hypothetisch für die Zeit des Transports auf den Mieter wechselt, jedoch aufgrund der mietrechtlichen Verpflichtungen wieder auf den Vermieter übergeht, sobald die Sache am Zielort eintrifft. Dieses Vorgehen wäre nur eine rein künstlich geschaffene juristische Konstruktion, die nicht nur im Widerspruch zum Mietrecht steht, sondern auch dem Sinn des Gefahrübergangs zuwiderlaufen würde.

Folglich findet sich unter den mietrechtlichen Regelungen im Gesetz auch keine dem Versen-

dingkauf ähnliche Vorschrift oder ein Verweis wie im Werkrecht (§ 644 Abs. 2 BGB), der die Annahme begründen würde, auch im Mietrecht einen Versendungskauf zulassen zu wollen. In der logischen Konsequenz lässt sich festhalten, dass vom Gesetzgeber eine im Mietrecht gleichlaufende Handhabung zum Versendungskauf, eine Art „Versendungsmiete“, gerade nicht gewollt wurde. Denklogisch kann vom Gesetzgeber im Mietrecht aufgrund des gleichen Kerngedankens bei einer Vereinbarung einer Schickschuld nichts Anderes gelten. Solch eine beliebige Leistungs-ortbestimmung, die der Natur des Schuldverhältnisses zuwiderläuft, wird auch in Rechtsprechung und Literatur deshalb als unwirksam angesehen. Fallen, wie bei der Miete, Leistungs- und Erfolgsort zusammen, so ergibt sich allein aufgrund der Natur des Schuldverhältnisses schon keine Möglichkeit zur Annahme einer Schickschuld. Gleiches gilt beispielsweise bei einem Kauf mit Montageverpflichtung vor Ort (vgl. BGH Urteil vom 06.11.2013, Az. VIII ZR 353/12).

Aufgrund dieser rechtlichen Gegebenheiten ist es nicht nur unsachgemäß, eine Schickschuld zu vereinbaren, die den Gefahrübergang auf den Mieter zur Folge hätte, sondern es besteht bei Verträgen mit mietrechtlichem Schwerpunkt oder einem hohen Anteil an mietrechtlichen Verpflichtungen gerade die Besonderheit, dass bezüglich der Bestimmung des Leistungs- und Erfüllungsorts keine freie Wahl besteht. Vielmehr wäre eine Übertragung der Gefahren auf den Mieter eine unangemessene Benachteiligung, was zur Folge hätte, dass die Klausel unwirksam wäre und einer AGB-Kontrolle nicht standhalten würde. Im Mietrecht muss mangels Gefahrübergang die Haftung für die Gefahrenquellen sachlogisch auch während des Transports beim Vermieter verbleiben.

Chantal Hasselbach und Hannah Scholz