



Inhalt

BAUVERTRAGSRECHT

- 2 OLG Hamm, Urteil v. 03.07.2017 – 5 U 104/16
- 4 OLG Hamm, Urteil v. 12.07.2017 – 12 U 156/16
Fertigstellungstermin verschoben:
Was ist mit der Vertragsstrafe?
- 5 BGH, Urteil v. 20.07.2017 – VII ZR 259/16
Unwirksamkeit einer Klausel, welche Festpreise für die gesamte Vertragsdauer als verbindlich vorschreibt
- 8 BGH, Urteil v. 25.07.2017 – X ZR 71/16
Vereinbarungen von Vorauszahlungen in AGB
- 9 OLG Düsseldorf, Urteil v. 30.08.2016 – 21 U 8/16; BGH
Beschluss vom 29.03.2017 – VII ZR 221/16
Aufforderung zur Mängelbeseitigung: Auftraggeber muss für geeignete Vorleistung sorgen
- 10 BGH, VII ZR 242/13, 16.02.2017
Architekt und Baumängelbeseitigung

VERGABERECHT

- 13 OLG München, Beschluss 13.03.2017
Addition von Planungsleistungen bei der Auftragswertberechnung: Funktionale Betrachtung ist entscheidend

Vorwort

Bauverträge werden ebenso wie die Autowäsche oder das Anbringen eines Hufbeschlages als Werkverträge eingestuft. Dies verwundert im Lichte hoch technologisierter Bauabläufe, kunstvoller architektonischer Meisterwerke und unübersichtlicher Großbauprojekte, zumal in der Folge für den Bauvertrag eines Großbauprojektes mit einem Auftragsvolumen von mehreren Millionen Euro die gleichen Rechtsvorschriften gelten wie für das Backen einer Hochzeitstorte.

Bereits seit vielen Jahren haben daher namenhafte Baurechtsspezialisten, etwa im Rahmen des Deutschen Baugrechtstages, Empfehlungen für ein neues Bauvertragsrecht ausgegeben. Diese Initiativen hat der Gesetzgeber aufgegriffen und ein auf Bauverträge ausgelegtes Regelwerk verfasst. Dieses ab dem 01.01.2018 geltende Bauvertragsrecht (BauVG) sowie seine Auswirkungen auf die Praxis stellen wir in unserer Sonderausgabe 2018 der „BAURECHT AKTUELL – Das Magazin des Netzwerkes Bauanwälte“ vor.

Im Rahmen dieses Newsletters präsentieren wir Ihnen einige wegweisende Urteile des vergangenen Jahres.

Besonders beachten sollten *Auftraggeber* eine Entscheidung des OLG Hamm vom 12.07.2017, wonach Vertragsstrafen, für den Fall der Nichteinhaltung des vereinbarten Fertigstellungstermins, gegenstandslos werden können, wenn die Vertragsparteien den Fertigstellungstermin einvernehmlich verschieben. *Auftragnehmern* empfehlen wir ein Urteil des BGH vom 25.07.2017, nach dem ein Auftragnehmer in seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) Vorauszahlungen durch den Auftraggeber aufnehmen kann, wenn der Auftragnehmer Aufwendungen erbringen und finanzieren muss, die zeitlich vor dem eigentlichen Leistungsaustausch liegen (bspw. Planungs- und Beratungsleistungen).

Viel Freude bei der Lektüre wünscht Ihnen

Dr. Christoph Halfmann

Rechtsanwalt und Fachanwalt für

Bau- und Architektenrecht, Oldenburg

Pfusch des Bauunternehmers an Grenzwand zu Nachbarn – Haftung des Eigentümers?

Vorsicht beim Abriss von Gebäuden mit gemeinsamer Grenzwand: in einer überraschenden Entscheidung hat das OLG Hamm mit Urteil vom 03.07.2017 die höchstrichterlich bisher anders beantwortete Frage, ob auf das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis die Vorschriften des Schuldrechts Anwendung finden, bejaht (OLG Hamm, Urt. v. 03.07.2017 – 5 U 104/16). Wer nun glaubt, im Nachbarschaftsverhältnis sei die Haftungssituation aufgrund der möglichen Inanspruchnahme zweier Parteien (Bauunternehmer und Bauherr) deutlich verbessert, dem kann nur geraten werden, die vorstehende Entscheidung mit Vorsicht anzuwenden. Zum einen ist bereits mit dem Urteil des OLG die Anwendung schuldrechtlicher Vorschriften auf gemeinschaftliche Grenzeinrichtungen beschränkt und zum anderen ist die Revision zum BGH zugelassen, der in der vorgenannten Frage in der Vergangenheit anders entschieden hat.

Ausgangslage

Im Verhältnis von Grundstücksnachbarn fehlt regelmäßig das für ein gesetzliches Schuldverhältnis typische Geflecht wechselseitiger Duldungs-, Mitwirkungs- und Leistungspflichten. Zwischen ihnen gelten vielmehr die Vorschriften der §§ 905 ff. BGB, die Ausgestaltungen des Grundsatzes sind, dass jeder Eigentümer mit seiner Sache nach Belieben verfahren kann (§ 903 BGB). Sie konkretisieren zwar die nachbarliche Pflicht gegenseitiger Rücksichtnahme, bilden aber keine selbständige Grundlage für Rechte und Pflichten, wie es für ein gesetzliches Schuldverhältnis kennzeichnend ist (BGH, Urt. v. 15.07.2011 – V ZR 277/10, Rn. 7 m.w.N.).

Von der grundsätzlichen Nichtanwendbarkeit der schuldrechtlichen Vorschriften auf das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis hat der BGH im Jahr 1964 noch keine Ausnahme bei einer halbscheidigen Grenzbebauung mit einer ge-

meinsamen Giebelmauer angenommen (BGH, Urt. v. 25.11.1964 – V ZR 185/62, Rz. 10).

Bereits im Jahr 1997 hat der BGH jedoch Zweifel angemeldet, ob die Nichtanwendung des § 278 BGB auf das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis in Anbetracht der mittlerweile diesem Verhältnis angediehenen Bewertung aufrechterhalten werden könne (BGH, Urt. v. 18.04.1997 – V ZR 28/96, Rn. 20).

Für den Fall, dass ein von dem Nachbarn beauftragter Bauunternehmer eine im Miteigentum des anderen Nachbarn stehende Grenzbebauung schuldhaft beschädigt, konnte der geschädigte Nachbar, bei Unmöglichkeit der Inanspruchnahme des Bauunternehmers, etwa aufgrund von Insolvenz, daher ohne durchsetzbaren Anspruch dastehen.

Der Anspruch aus § 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB scheidet in der Regel am fehlenden Verschulden des abreißenden Nachbarn, da dieser seiner Verpflichtung durch die Beauftragung eines Fachunternehmens in der Regel genügt. Ein Anspruch aus § 831 BGB besteht grundsätzlich mangels Weisungsgebundenheit des Bauunternehmers nicht.

Jedenfalls im Rahmen der Grenzbebauung fehlt es an einer Grenzüberschreitung, sodass auch ein Anspruch analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB ausscheidet.

Ein Anspruch aus §§ 1004, 921 BGB scheidet jedenfalls dann, wenn nicht die Folgenbeseitigung für die Zukunft, sondern Schadensersatz für die Vergangenheit verlangt wird.

Dieses Ergebnis empfand das OLG Hamm im vorliegend zu entscheidenden Fall nicht für sachgerecht.

Der Fall des OLG Hamm

Die Parteien sind Grundstücksnachbarn, deren Grundstücke ursprünglich mit vollständig aneinandergrenzenden Doppelhaushälften, die durch eine gemeinsame Giebelwand voneinander getrennt waren, bebaut waren. Nach Erwerb ihres Grundstücks ließen die Beklagten ihre Doppelhaushälfte von einem Bauunternehmer teilweise abreißen und neu errichten. Im

Zuge der Bauarbeiten wurde die ehemals an die Haushälfte ihres Gebäudes grenzende Wand der Doppelhaushälfte des Klägers freigelegt und war Witterungseinflüssen ausgesetzt. Abdichtungs- oder sonstige Schutzmaßnahmen wurden nicht vorgenommen. In der Folge stellte der Kläger Feuchtigkeiterscheinungen und Anzeichen von Schimmelbildung im Bereich dieser Wand fest. Der gerichtlich beauftragte Sachverständige stellte fest, dass diese Schäden tatsächlich vorliegen und dass sie durch Schlagregenbelastung der freigelegten gemeinsamen Wand begründet seien. Der Kläger forderte insgesamt 10.522,98 EUR von den Beklagten. Der Bauunternehmer war in der Zwischenzeit insolvent geworden.

Das LG Bochum hatte die Klage abgewiesen, da dem Kläger gegen die Beklagten kein Anspruch auf den geforderten Betrag zustünde, insbesondere auch nicht aufgrund eines Schuldverhältnisses in Verbindung mit §§ 280 ff. BGB, da das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis kein Schuldverhältnis darstelle.

Hiergegen wandte sich der Kläger mit seiner Berufung zum OLG Hamm und griff die Verneinung eines Anspruchs aus § 906 Abs. 2 BGB analog und aus § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB an.

Das Urteil des OLG Hamm

Die gegen das erstinstanzliche Urteil eingelegte Berufung des Klägers war erfolgreich. Das OLG Hamm hat dem Kläger den geltend gemachten Schadensersatzanspruch zugesprochen, jedoch nicht aufgrund der mit der Berufung angegriffenen verneinten Anspruchsgrundlagen, sondern vielmehr aus §§ 921, 922 S. 4, 741 ff., 280 Abs. 1 BGB, da die Beklagten für die Pflichtverletzung des Bauunternehmers in Gestalt der unterbliebenen Abdichtungsmaßnahmen gem. § 278 BGB einzustehen hätten.

Dabei stellte das OLG maßgeblich darauf ab, dass es sich bei einer Nachbarwand um eine gemeinschaftliche Grenzeinrichtung handle, die dazu bestimmt sei, von jedem der beiden Nachbarn in Richtung seines eigenen Grundstückes benutzt zu werden und je zur Hälfte im Miteigentum der beiden Grundstücksnachbarn stünde.

Nach einem Verweis auf § 922 S. 4 BGB, der im Übrigen die Vorschriften über die Gemeinschaft

(§§ 741 ff. BGB) für anwendbar erklärt und auf den Umstand, dass der BGH bereits die gemeinschaftliche Anbahnung eines Rechtsverhältnisses für die Begründung von Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten ausreichen lässt (vgl. BGH, Urt. v. 07.07.1980 – II ZR 199/79) und für die Gemeinschaft daher nicht grundsätzlich etwas anderes gelten könne, stellt das OLG Hamm ferner darauf ab, dass die Beklagten als Nachbarn durch den Abriss ihres Gebäudes ohne gleichzeitige Vornahme derjenigen Maßnahmen, die zur Verhinderung oder Beseitigung nachteiliger Auswirkungen im Interesse des Klägers geboten waren, die Ursache für den Schaden ihres Nachbarn gesetzt hätten. Die Beklagten treffe daher möglicherweise kein Verschulden, jedoch läge die Verhinderung von Nutzungseinschränkungen für den Kläger in ihrer Sphäre bzw. ihrem Verantwortungsbereich.

Im Ergebnis war für das OLG wohl ausschlaggebend, dass es bei dem Vorhandensein einer gemeinschaftlichen Grenzeinrichtung jedenfalls in Bezug auf diesen Bauteil sachgerecht erscheint, die Anwendbarkeit der §§ 278 ff. BGB zu bejahen.

Ausblick

Das OLG Hamm hat, wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Frage, ob die §§ 278 ff. BGB auf nachbarliche Beziehungen in Bezug auf eine gemeinschaftliche Grenzeinrichtung anzuwenden sind, die Revision zum BGH zugelassen. Sollte Revision eingelegt werden, bleibt abzuwarten, ob der BGH in dieser Frage tatsächlich von seiner Rechtsprechung abweicht. Dies erscheint nicht undenkbar, da in Zeiten immer stärkerer baulicher Verdichtung die Bedeutung des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses beständig gestiegen ist und jedenfalls in Bezug auf gemeinschaftliche genutzte bzw. im Miteigentum stehende Grenzbebauung ein über die ansonsten im nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis ausreichende bloße Rücksichtnahmepflicht hinausgehendes Pflichtenbündel erforderlich sein könnte. ■

Laura Boecking

Rechtsanwältin

Auswirkungen der Verschiebung eines Termins zur Fertigstellung auf eine vereinbarte Vertragsstrafe

Das Oberlandesgericht Hamm hat mit Urteil vom 12.07.2017 – Az. 12 U 156/16 – entschieden, dass eine wirksam vereinbarte Vertragsstrafenregelung gegenstandslos werden kann, wenn die Parteien einen vereinbarten Fertigstellungstermin einvernehmlich verschieben, ohne dabei die Vertragsstrafenregelung anzupassen.

Sachverhalt

Der Auftragnehmer wurde mit der Errichtung einer Fernwärmeleitung beauftragt. Dabei wurde die VOB/B 2002 vereinbart. Weiterhin hatten sich die Parteien auf eine Fertigstellung zum 28.07.2006 geeinigt. In der Folge kam es zu Verzögerungen im Bauablauf, woraufhin die Parteien den Termin zur Fertigstellung auf den 15.07.2008 verlegten. Nachdem erst Ende des Jahres 2014 die Abnahme erfolgte, stellte der Auftragnehmer kurz darauf die Schlussrechnung. Daraufhin brachte der Auftraggeber 5 % der Auftragssumme als Vertragsstrafe in Abzug. Die Frage, ob die Vertragsstrafe zu zahlen sei, war Gegenstand des Rechtsstreites. Das Landgericht hatte dies bejaht.

Urteil des OLG Hamm

Das Oberlandesgericht teilt die Auffassung des Landgerichtes nicht. In Übereinstimmung mit der übrigen obergerichtlichen Rechtsprechung (etwa OLG Düsseldorf, BauR 2012, 1421, Rz 12) führt das Gericht aus, dass sich eine Vertragsstrafe auf einen einvernehmlich verschobenen Fertigstellungstermin nur dann beziehe, wenn sie ausdrücklich auch für diesen verschobenen Termin vereinbart worden ist – unabhängig davon, ob dies gesondert oder durch Bezugnahme auf den Ursprungsvertrag geschieht.

Dabei wirke es sich auch nicht aus, dass die Vertragsstrafenregelung im Vertrag terminneutral ausgestaltet war. Das Gericht begründet dies damit, dass die Verschiebung des Fertigstellungstermins um ca. zwei Jahre in Relation zur

ursprünglich geplanten Bauzeit (vier Monate) als erheblich anzusehen sei.

Ohne, dass es darauf noch ankam, äußert sich das Gericht zur Wirksamkeit der vereinbarten Höhe der Vertragsstrafe. Die Parteien hatten eine Strafe in Höhe von 1 % der Auftragssumme für jede angefangene Woche der Terminüberschreitung vereinbart, insgesamt jedoch höchstens 5 %. Obwohl die höchstrichterlich als kritisch angesehene Vertragsstrafe in Höhe von 0,3 % pro Tag hier überschritten wurde, hielt das Gericht die Vereinbarung unter AGB-Gesichtspunkten für wirksam. Zwar träfe es zu, dass bereits bei einer Verzögerung von nur einem Tag eine Strafe in Höhe von 1 % verwirkt wäre. Es käme aber nicht so sehr auf die (isolierte) Höhe des Tagessatzes der Vertragsstrafe an, sondern auf die Höhe der Vertragsstrafe insgesamt sowie darauf, wie schnell der Höchstbetrag der Vertragsstrafe erreicht werde. Maßgeblich sei daher das Zusammenspiel zwischen Tagessatz, Gesamthöhe der Vertragsstrafe und Zeiteinheit, in der sich der zu zahlende Betrag jeweils erhöht.

Praxistipp

Im Falle von Verschiebungen von Fertigstellungsterminen sollte ein Auftraggeber stets darauf achten, dass auch eine etwaig vereinbarte Vertragsstrafenregelung beibehalten bzw. angepasst wird. Umgekehrt hat ein Auftragnehmer bei späteren Verzögerungen im Bauablauf zu prüfen, ob die Vertragsstrafenregelung möglicherweise hinfällig geworden ist.

Abzuwarten bleibt allerdings, ob sich die Ansicht des Oberlandesgerichts Hamm, eine Vertragsstrafe von 1 % sei bei einem Verzug von lediglich einem Tag unproblematisch, durchsetzen kann. Nach Auffassung des Verfassers sprechen jedoch gute Argumente dafür: Dadurch, dass bereits am ersten Tag des Verzuges eine Strafe von 1 % verwirkt würde, wäre ein besonderer Anreiz geschaffen, den Fertigstellungstermin einzuhalten. Denn unabhängig von der Gesamtdauer des Verzuges stellt gerade der erste Tag des Verzuges die Verwirklichung einer Vertragsverletzung dar, während die folgenden Tage eine Aufrechterhaltung der Vertragsverletzung darstellen. Dass für die Überschreitung dieser Schwelle zum Vertragsbruch eine moderat höhere Vertragsstrafe verwirkt wird, als sie grundsätzlich mit 0,3 % pro

Tag zulässig ist, erscheint daher vertretbar – insbesondere, wenn im Laufe der folgenden Tage eine (errechnete) Degression der Vertragsstrafe pro Tag einsetzt. ■

Matthias Bergmann

Rechtsanwalt

Eine Festpreisklausel des Auftraggebers benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen – Nur “grundsätzlich” kann die Preisanpassung gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B ausgeschlossen werden

In seiner Entscheidung vom 20.07.2017 hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass eine in einem Einheitspreis-Bauvertrag vom Auftraggeber verwendete Klausel, „*die dem Angebot des Auftragnehmers zugrunde liegenden Preise sind grundsätzlich Festpreise und bleiben für die gesamte Vertragsdauer verbindlich*“, den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt und somit unwirksam ist.

Ausgangslage

Soweit der vom Bauunternehmer als Auftragnehmer in seinem Vertragsangebot vorgeschlagene Einheitspreis vereinbart wird, ist er für die Parteien verbindlich. Eine Anpassung der vereinbarten Einheitspreise ist jedoch bei einem VOB-Bauvertrag nachträglich trotzdem möglich.

Die erste Möglichkeit bietet § 2 Abs. 3 VOB/B, wenn die tatsächlich ausgeführte Menge von der im Vertrag vorgesehene Menge um mehr als 10 % nach oben oder nach unten abweicht. In diesem Fall ist auf Verlangen einer Partei ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.

Die zweite Möglichkeit ergibt sich nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB. Dessen Voraussetzungen für eine Preisanpassung sind jedoch deutlich enger als für eine Preisanpassung über § 2 Abs. 3 VOB/B, da die Schwelle zum Vorliegen des Wegfalls der

Geschäftsgrundlage höher anzusetzen ist als die in § 2 Abs. 3 VOB/B genannte Abweichung von 10% der im Vertrag vorgesehenen Mengen. Eine Anpassung des Vertrags kommt hier nur in Betracht, wenn eine schwerwiegende Abweichung von den wesentlichen Vorstellungen zu den im Vertrag vereinbarten Mengen vorliegt, sodass ein Festhalten an der ursprünglichen Regelung zu einem untragbaren Ergebnis führen würde und das Festhalten an der ursprünglichen Regelung für die betroffene Partei nicht mehr zumutbar ist. Zudem muss festgestellt werden, dass die Parteien eine Preisvereinbarung nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wäre ihnen ihre Fehlvorstellung über die Mengen bewusst gewesen. Bei diesen Voraussetzungen wird vom Bundesgerichtshof das Abstellen auf den Einzelfall betont. Eine starre Grenze, wann es zu einer schwerwiegenden Abweichung kommt, kann daher nicht allgemein angegeben werden.

Um eine Preisanpassung zu verhindern, kann der Auftraggeber diese ausschließen. Ein Ausschluss im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist jedoch nur bezüglich der Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 VOB/B möglich, da dieser nach Auffassung des Bundesgerichtshofes den Auftragnehmer nicht unangemessen benachteiligt (Urteil vom 08.07.1993 – VII ZR 79/92).

Den Ausschluss einer Preisanpassung nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage hält der Bundesgerichtshof dagegen für den Auftragnehmer unangemessen benachteiligend eine Klausel, welche die Preisanpassung insgesamt ausschließt, damit für unwirksam (Beschluss vom 04.11.2015 – VII ZR 282/14).

Die Begründung dieser Unterscheidung liegt darin, dass bei einem Ausschluss der Anpassung des Preises nach den Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage an den unveränderten Vertragspreisen festgehalten werden würde, obwohl dies für den Auftragnehmer unzumutbar und mit einschneidenden Nachteilen verbunden ist.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 20.07.2017

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Bundesgerichtshof über einen Anspruch der Auftragnehmerin auf Preis-

anpassung von Einheitspreisen gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B zu befinden.

Zu den Vertragsgrundlagen des zwischen den Parteien geschlossenen Einheitspreisvertrages gehören gemäß Ziffer 1.3 der allgemeinen Vertragsbedingungen sowohl „diese allgemeinen Vertragsbedingungen“ als auch nach Ziffer 1.5 „die VOB Teile B [...] in der jeweils neusten Fassung“. Bei Widersprüchen gilt für die Auslegung die im Vertrag festgelegte Reihenfolge, hier also die allgemeinen Vertragsbedingungen vor der VOB/B.

Die streitgegenständliche Festpreisklausel ist unter Ziffer 3.1 der allgemeinen Vertragsbedingungen verfasst worden und lautet: „Die dem Angebot des Auftragnehmers zugrunde liegenden Preise sind grundsätzlich Festpreise und bleiben für die gesamte Vertragsdauer verbindlich.“

Während noch die Berufungsinstanz diese Klausel für wirksam gehalten hat, hat sie der Prüfung des Bundesgerichtshofes nicht mehr stand gehalten, mit der Folge, dass § 2 Abs. 3 VOB/B zur Anwendung gelangt ist.

Dazu stellt das Gericht zunächst fest, dass der Inhalt der Ziffer 3.1 der allgemeinen Vertragsbedingungen mit der über Ziffer 1.5 des Vertrags zur Anwendung kommenden Regelung aus § 2 Abs. 3 VOB/B in Widerspruch steht. Zur Begründung führt der Bundesgerichtshof aus, dass der in Ziffer 3.1 verwendete Begriff „grundsätzlich“ zwar dahin verstanden werden kann, dass die Regelung nur im Allgemeinen mit dem Vorbehalt bestimmter Ausnahmen gelten soll. Dass diese Ausnahmen jedoch die Fälle des § 2 Abs. 3 VOB/B sind, kann dem Wortlaut der Klausel dagegen nicht entnommen werden. Es gibt keine ausreichenden Umstände die darauf hindeuten, dass ein durchschnittlicher Auftragnehmer die Klausel dahingehend verstehen könnte, dass sie gerade die Massenänderung von mehr als 10% des im Vertrag gewählten Mengenansatzes nicht betreffen soll. Ziffer 3.1 der allgemeinen Vertragsbedingungen erfasst somit inhaltlich den Regelungsbereich des § 2 Abs. 3 VOB/B.

Der im Vertrag bei Widersprüchen vorgesehene Anwendungsvorrang zugunsten der Ziffer 3.1 kann dahinstehen, da laut Bundesgerichtshof der

Inhalt der Ziffer 3.1 den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt und daher die Klausel gemäß § 307 BGB unwirksam ist.

Die Unwirksamkeit begründet der Bundesgerichtshof damit, dass der Wortlaut der Ziffer 3.1 auch eine Anpassung der Vergütung über die Regeln des Wegfalls der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB ausschließt. Dabei legt der Bundesgerichtshof gemäß § 305c Abs. 2 BGB die verwenderfeindlichste Auslegung der Klausel zugrunde, sodass diese zur Unwirksamkeit der Klausel führt und dadurch den Auftragnehmer begünstigt.

Dazu führt der Bundesgerichtshof aus, dass als typische Anpassung des Vertrages gerade eine Anpassung der Vergütung in Betracht kommt. Dieser Anpassung würde entgegenstehen, wenn die Preise für die gesamte Vertragsdauer verbindlich blieben. Der Wortlaut der Klausel bezieht sich dabei ausdrücklich nicht nur auf die Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 VOB/B.

Außerdem schränkt auch die Verwendung des Begriffs „grundsätzlich“ die Reichweite der Klausel nicht ein, da dieser Begriff außerhalb der juristischen Terminologie häufig auch im Sinne von „ausnahmslos“ genutzt wird, was hier im Sinne der verwenderfeindlichsten Auslegung angenommen werden muss.

Als Folge der Unwirksamkeit der Klausel ist nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes für die Preisanpassung die Regelung des § 2 Abs. 3 VOB/B anzuwenden. Der Auftragnehmer wird damit also nicht nur auf die gesetzlichen Vorschriften verwiesen.

Dazu führt der Bundesgerichtshof aus, dass die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers nicht regeln, was im Falle der Unwirksamkeit einer Klausel in Bezug auf das Rangverhältnis zwischen den allgemeinen Vertragsbedingungen und der VOB/B passiert. Unter den dabei in Betracht kommenden Möglichkeiten ist dabei laut Bundesgerichtshof diejenige Auslegung des Vertragstextes zu wählen, die sich unter Berücksichtigung des § 305c Abs. 2 BGB für den Klauselverwender zum Nachteil auswirkt. Dies ist hier die Auslegung, die dem Auftragnehmer die Möglichkeit eines Anspruches nach § 2 Abs. 3 VOB/B

eröffnet, also die im Vertrag vereinbarte Geltung der VOB/B weiter zuzulassen.

Dem steht auch nicht die Regelung des § 306 Abs. 2 BGB entgegen. Zwar ist es grundsätzlich so, dass die Unwirksamkeit einer Bestimmung dazu führt, dass sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Regelungen richtet. Eine hiervon abweichende Bestimmung des Klauselverwenders ist regelmäßig ihrerseits wegen eines Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Der Bundesgerichtshof hält es dabei schon für fraglich, ohne sich diesbezüglich festzulegen, ob § 306 Abs. 2 BGB nach seinem Zweck überhaupt zur Anwendung gelangt, wenn eine im Vergleich zum Gesetz günstigere Ersatzklausel zur Verfügung steht.

Dies lässt der Bundesgerichtshof aber offen, da sich der Auftraggeber als Klauselverwender nicht auf die Unwirksamkeit seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen berufen kann und die Inhaltskontrolle ausschließlich dem Schutz des Vertragspartners des Klauselverwenders dient.

Fazit

Mit dieser Entscheidung setzt der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von Festpreisklauseln fort, soweit sie eine Preisanpassung nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ausschließen. Zugleich gilt die verwenderfeindlichste Auslegung der Klauseln, sodass schon die Verwendung des Begriffs „grundsätzlich“ mit Risiken für den Klauselverwender verbunden ist. Hier gilt für den Klauselverwender also weiterhin auf eine genaue Wortwahl zu achten.

Dies gilt auch für die Regelung des Falls der Unwirksamkeit einer Klausel. Denn das Aufwerfen der Frage nach der Anwendbarkeit des § 306 Abs. 2 BGB bei Vorliegen einer neben den gesetzlichen Regelungen noch günstigeren Ersatzklausel könnte dazu führen, dass der Bundesgerichtshof in Zukunft bei einer Auswahlmöglichkeit stets die für den Klauselverwender nachteiligere Alternative wählen wird. ■

Christian Romer

Rechtsanwalt

Vorauszahlung per AGB-Klausel des Werkunternehmers möglich?

Häufig besteht seitens des Auftragnehmers das Bedürfnis – ja geradezu die wirtschaftliche Notwendigkeit – vom Auftraggeber Zahlungen zu erhalten, bevor mit den nach dem Bauvertrag geschuldeten Werkleistungen begonnen wird. Hintergrund sind Liquiditätsgesichtspunkte. So muss ein ausführendes Unternehmen, um überhaupt arbeiten zu können, regelmäßig Baustoffe einkaufen und ggf. weitere „Vorleistungen“ erbringen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteil vom 07.03.2013 – VII ZR 162/12, BauR 2013, 946 ff.) unterliegt eine Klausel, welche als Allgemeine Geschäftsbedingung des Auftragnehmers eine Pflicht des Auftraggebers zu Vorauszahlungen regelt, der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB. Derartige Regelungen seien – je nach Ausgestaltung – mit wesentlichen Grundgedanken der §§ 641 Abs. 1 S. 1, 320 Abs. 1 S. 1 BGB nicht in Einklang zu bringen. Insbesondere die Vereinbarung einer vollständigen Zahlung, bevor der Unternehmer mit der von ihm geschuldeten Bauleistung als Hauptleistungspflicht begonnen habe, führe zu einer Vorleistungspflicht des Auftraggebers, die mit der synallagmatischen Verknüpfung der Hauptleistungspflichten schlechterdings nicht vereinbar sei. Zudem sei der Besteller (abgesehen von Abschlagszahlungen) gemäß § 641 Abs. 1 S. 1 BGB erst zur Zahlung verpflichtet, wenn das Werk vollständig hergestellt sei.

Vor diesem Hintergrund sei eine Vorleistungspflicht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Auftragnehmers allenfalls und nur dann wirksam, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sei, der auch bei Abwägung mit den hierdurch für den Auftraggeber entstehenden Nachteilen Bestand habe (so bereits BGH, Urteil vom 10.03.1999 – VIII ZR 204/98, BGHZ 141, 108, 114 im Hinblick auf Kaufverträge).

Jüngst (Urteil vom 25.07.2017 – X ZR 71/16, Ibr 2017, 682 ff.) hat der Bundesgerichtshof bestätigt, dass in diesem Zusammenhang Aufwendungen eine Rolle spielen können, welche der Verwender (= Auftragnehmer) bereits vor dem eigentlichen Leistungsaustausch erbringen und finanzieren muss. Insbesondere hat der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang Beratungs- und Planungsleistungen genannt. Dies gelte auch dann, wenn die Planung „ausgelagert“ werde.

Es bleibt abzuwarten, ob die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung diese Grundsätze (der Bundesgerichtshof hatte über die Regelungen in einem Reisevertrag zu entscheiden) auf Bauverträge übertragen wird, wenn der Auftragnehmer für die Ausführung notwendige Planungsleistungen nicht vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt bekommt, sondern selber – ggf. sogar unter Einschaltung eines externen Dritten – erbringen muss. ■

Andreas Bollig

Rechtsanwalt und Fachanwalt für
Bau- und Architektenrecht

Wenn die Vorleistung mangelhaft ist oder Fallstricke bei der Aufforderung zur Mangelbeseitigung

OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.08.2016 – 21 U 8/16; BGH, Beschluss vom 29.03.2017 – VII ZR 221/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Der Bundesgerichtshof hatte sich bereits in der bekannten Blockheizkraftwerkentscheidung (BGH, Urteil vom 08.11.2007 – VII ZR 183/05) mit der Frage beschäftigt, welche Anforderungen an eine Mangelbeseitigungsaufforderung gegenüber dem Werkunternehmer zu stellen sind, wenn Mängel an dessen Gewerk entstanden sind, weil bauseitig gestellte Stoffe, Bauteile, Vorleistungen anderer Unternehmer bzw. Eigenleistungen mangelhaft waren.

Die bekannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs bezog sich insoweit nicht nur auf die Möglichkeit des Werkunternehmers sich zu enthaften, wenn er der ihm obliegenden Prüfungs- und Hinweispflicht nachgekommen ist, was vielfach übersehen wird. Im Rahmen der vorbenannten Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof bereits dargestellt, dass eine Mängelbeseitigungsaufforderung wirkungslos ist, wenn der Beklagte diejenigen Mitwirkungshandlungen nicht vorgenommen oder jedenfalls angeboten hat, die die Erstellung eines funktionstauglichen Gewerks erfordert (BGH, NJW 2008, 511; NJW 1996, 1745).

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die vorbenannten Anforderungen an die Fristsetzung zur Mängelbeseitigung noch einmal bestätigt. Im dortigen Fall war es unstrittig, dass die für die Aufbringung von Wärmedämmarbeiten an einer Fassade erforderlichen Vorarbeiten an der Unterkonstruktion durch den Besteller zu besorgen waren. Die Unterkonstruktion war nicht tauglich, hierauf ein Wärmedämmverbundsystem anzubringen. Das dennoch aufgebrachte Wärmedämmverbundsystem war deshalb mangelhaft.

Der Besteller hatte insofern den Werkunternehmer zur Mangelbeseitigung aufgefordert, ohne eine taugliche Unterkonstruktion erstellt oder aber dessen Erbringung angeboten zu haben. Nach Fristablauf hat der Besteller im Wege der Ersatzvornahme die Mängel beseitigen lassen.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat – zu Recht – die Klage auf Erstattung der Aufwendungen für die Ersatzvornahme abgewiesen.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in seiner Entscheidung – im Einklang mit der dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – Folgendes ausgeführt (zeitgleich auch zweiter Leitsatz der Entscheidung):

„Eine solche Fristsetzung ist jedoch wirkungslos, wenn der Besteller diejenigen Mitwirkungshandlungen nicht vorgenommen oder jedenfalls angeboten hat, die dem Werkunternehmer die Erbringung der geschuldeten Leistung ermöglichen.“

Dogmatisch angeknüpft wurde wegen der unterbliebenen Mitwirkungshandlung an § 642 BGB.

Der Bundegerichtshof hat die gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen und damit noch einmal bekräftigt, dass er von den aufgestellten Anforderungen an eine Aufforderung zur Mangelbeseitigung in dargestellten Fallgestaltungen nicht abgerückt ist.

Um daher in einer solchen Fallkonstellation rechtssicher eine Ersatzvornahme durchführen zu können – und hierbei nicht den Ersatzanspruch aufs Spiel zu setzen –, ist entweder darauf zu achten, dass im Zeitpunkt der Mängelrüge die zu erbringenden Vorarbeiten mängelfrei erstellt worden sind, was ggf., wenn der technische Sachverstand fehlt, höchstvorsorglich auch gutachterlich zu klären wäre, oder aber zumindest anzubieten, dass die für eine mängelfreie Werkleistungen notwendigen Vorarbeiten erbracht werden würden. Besondere Vorsicht ist vor allem in den Fällen geboten, wenn der Werkunternehmer – zu Recht – auf die wirkungslose Fristsetzung gar nicht reagiert hat, sodass immer bei Vorarbeiten zu hinterfragen ist, ob diese tatsächlich mängelfrei bzw. tauglich sind, um hiermit

ein mangelfreies Folgegewerk zu erstellen. ■

Dominik Bachmann

Rechtsanwalt

Selbsteintrittsrecht des Architekten bei Baumängeln?

Urteil des BGH vom 16.02.2017 – VII ZR 242/13

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Urteil vom 16.02.2017 (Az.: VII ZR 242/13) entschieden, dass ein formularvertraglich vereinbartes Selbsteintrittsrecht des Architekten zur Schadensbeseitigung von Bauwerksmängeln unwirksam ist und den Auftraggeber unangemessen benachteiligt. Das Gericht hat mit seiner Entscheidung Unsicherheiten zur Zulässigkeit von formularvertraglichen Vereinbarungen zum Nacherfüllungsrecht des Architekten weitestgehend beseitigt. Zunächst soll in diesem Beitrag in groben Zügen die Rechtslage zum Nacherfüllungsrecht des Architekten dargestellt werden und welche Auswirkungen das zitierte Urteil des BGH auf die Vertragsgestaltung haben wird.

Nacherfüllungsrecht bei Planungsfehlern?

Da auf den Architektenvertrag die Regelungen zum werkvertraglichen Nacherfüllungsrecht des § 635 BGB anwendbar sind, ist der Architekt grundsätzlich berechtigt und verpflichtet, erkannte Planungsfehler zu beseitigen. Das gesetzliche Nacherfüllungsrecht des Architekten besteht für sämtliche Arten von Planungsfehlern (und wohl auch Bauüberwachungsfehlern), solange sich diese noch nicht im Bauwerk realisiert haben (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 8.5.2008 - 12 U 124/06; OLG Hamm, Urt. v. 2.2.1995 - 17 U 162/92). Denn unstreitig ist zwischen dem (geistigen) Architektenwerk und dem Bauwerk begrifflich scharf zu trennen. Die „geistige“ (Fehl-) Leistung des Architekten (oder anderer Sonderfachleute) lässt sich nach der Verwirklichung im Bauwerk nicht mehr beheben. Der Planungsfehler hat sich nämlich dann bereits im Bauwerk verwirklicht. Als Grundsatz kann daher festgehalten werden: Haben sich die Planungsfehler im Bauwerk noch nicht verkörpert, ist grundsätzlich vom Nacherfüllungsrecht des Architekten auszugehen.

Nacherfüllungsrecht bei Mängeln des Bauwerks?

Nach der Rechtsprechung des BGH ist das Nacherfüllungsrecht des Architekten auf das durch ihn erstellte „geistige Werk“ in Form seiner Planungs- und Bauüberwachungsleistungen beschränkt. Das auf Grundlage dieser Leistungen entstandene körperliche Bauwerk stellt jedenfalls nicht das „Werk“ des Architekten dar, sodass dieser auch keine Nacherfüllung in Bezug auf entstandene Baumängel schulden kann. Aus diesem Grund handelt es sich bei einem Bauwerksmangel auch um einen sogenannten Mangelfolgeschaden, der sich nicht durch die Nachbesserung des Planungs- und/oder Bauüberwachungsfehlers beseitigen lässt. Daher scheidet nach Auffassung des BGH in diesen Fällen regelmäßig eine Nacherfüllung des Architekten für Planungs- und/oder Bauüberwachungsfehler aus.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Fachliteratur existieren allerdings auch Stimmen, die das für keinesfalls zwingend erachten (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 10.1.2012 - 11 U 50/10; OLG Celle, Urt. v. 25.11.1998 - 14a (6) U 205/97; Kniffka/Krause-Allenstein, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2017*, Stand 21.08.2017, § 635 Rn. 79; Krause-Allenstein, *r+s* 2006, 372 f.; Schmalzl/Krause-Allenstein, *Berufshaftpflichtversicherung des Architekten und Bauunternehmers*, Rn. 513). Denn zum einen hat oftmals der Auftraggeber ein eigenes (wirtschaftliches) Interesse daran, dass der Architekt auch in diesen Fällen die mangelhafte Planungsleistung nachbessert, weil der Auftraggeber anderenfalls die Nachbesserung der Planung auf einen anderen Planer übertragen müsste. Auch dürfe man dem Architekten das Nacherfüllungsrecht seiner eigenen Planungsleistungen nicht verwehren, weil er für Kosten, die durch die Nachbesserung seiner eigenen Planung entstehen, in vielen Fällen keinen Versicherungsschutz genießt. Mit derselben Argumentation dürfte das auch für den Fall gelten, dass dem Architekten das Recht zustehen muss, die Arbeiten des Bauunternehmers zur Beseitigung der entstandenen Baumängel selbst zu überwachen.

In Ausnahmefällen soll der Architekt sogar nach dem BGH dazu berechtigt sein, im Rahmen seiner Verantwortlichkeit für die entstandenen Baumängel selbst für die Mängelbeseitigung zu

sorgen, während der Auftraggeber gegen die Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 S. 1 BGB verstoßen kann, wenn er dem Architekten hierzu keine Gelegenheit gibt (OLG Brandenburg, Urteil vom 10.01.2012 - 11 U 50/10; BGH, Beschluss vom 01.02.1965 - GSZ 1/64; BGH, Urteil vom 07.05.1962 - VII ZR 7/61; BGH, Urteil vom 12.07.1991 - VII ZR 239/69; BGH, Urteil vom 15.06.1978 - VII ZR 15/78). Ein solcher Ausnahmefall soll aber nur dann vorliegen, wenn der Architekt nachweisen kann, dass er z.B. in der Lage gewesen wäre, die entstandenen Baumängel mit wesentlich geringeren Kosten beseitigen zu lassen, oder er seine Haftung anerkennt, sich zur Beseitigung des entstandenen Mangels bereit erklärt und Kontakt zu einem Dritunternehmer hat, der die Mängel vorschriftsmäßig und kostengünstig beseitigt (vgl. BGH, a.a.O.). Die von dem Architekten vorgeschlagenen Mängelbeseitigungsmaßnahmen müssen auch erfolgversprechend sein, wobei die Frage der Zumutbarkeit für den Auftraggeber eine maßgebliche Rolle bei der Entscheidung spielt (vgl. BGH, a.a.O.).

Vertraglich vereinbartes Nacherfüllungsrecht?

Abweichend vom Grundsatz kann sich ein Nacherfüllungsrecht zum verwirklichten Baumangel aus einer vertraglichen Vereinbarung der Parteien ergeben. Individualvertraglich dürfte das bedenkenlos zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden. Aber auch in vorformulierten Architektenverträgen ist ein solches Nacherfüllungsrecht regelmäßig zu finden. Dazu hieß es beispielhaft in einem inzwischen von der Bundesarchitektenkammer zurückgezogenen Einheitsarchitektenvertrag (1994):

„Wird der Architekt wegen eines Schadens am Bauwerk auf Schadensersatz in Geld in Anspruch genommen, kann er vom Bauherrn verlangen, dass ihm die Beseitigung des Schadens übertragen wird.“

Diese Klausel ist nun Gegenstand des zitierten Urteils des BGH vom 16.02.2017 (VII ZR 242/13) gewesen.

Urteil des BGH vom 16.02.2017

Der für das Werkvertrags- und Architektenrecht zuständige 7. Zivilsenat des BGH hat entschieden, dass die im Formulararchitektenvertrag ent-

haltene Klausel, die ein Selbsteintrittsrecht des Architekten für entstandene Baumängel vorsieht, gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB verstoße und somit AGB-rechtlich unwirksam sei. Nach Ansicht des BGH räume das Selbsteintrittsrecht dem Architekten zwar weder das Recht ein, die Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen (§ 308 Nr. 4 BGB), noch beschränke sie das Recht des Auftraggebers auf Nacherfüllung, da die Klausel zugunsten des Architekten ein Optionsrecht gewähre, den auf Geld gerichteten Schadensersatzanspruch des Auftraggebers wegen eines am Bauwerk eingetretenen Schadens in einen auf Naturalrestitution gerichteten Anspruch umzuwandeln. Dies stelle aber nach Auffassung des Gerichts keinen Verstoß gegen § 309 Nr. 8 b) bb) BGB dar.

Ferner werde auch die Haftung des Architekten für weitere Schäden dadurch nicht eingeschränkt, weil sich die Klausel dem Wortlaut nach nur auf Schäden am Bauwerk bezieht. Davon unberührt bleiben aufgrund des gewählten Wortlauts alle sonstigen Ersatzansprüche des Auftraggebers.

Die Selbsteintrittsklausel benachteilige den Auftraggeber aber entgegen Treu und Glauben unangemessen aus folgendem Grund: Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH schuldet der Architekt wegen von ihm zu vertretender Planungs- und/oder Bauüberwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits realisiert haben, grundsätzlich nicht die Beseitigung dieser Mängel, sondern Schadensersatz in Geld. Dies ergebe sich daraus, dass es sich in der Sache um einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB handele, da die Mängel des Bauwerks durch die Nacherfüllung der fehlerhaften Architektenleistung nicht beseitigt werden. Durch die formularvertragliche Vereinbarung der Selbsteintrittsklausel wird aber dieser Anspruch des Auftraggebers beschränkt, ohne ihm dafür einen angemessenen Ausgleich oder das Recht zu gewähren, die Ausübung der Selbstbeseitigungsoption gegenüber dem Architekten ablehnen zu können. Die Selbsteintrittsklausel erfasse schließlich auch Fallkonstellationen, in denen der Auftraggeber eine Beseitigung des Mangels am Bauwerk gar nicht mehr vornehmen will und sich mit dem Schadensersatz als wirtschaftlichem Ausgleich für den eingetretenen Minderwert des Bauwerks begnügen will.

Ferner sei die Selbsteintrittsklausel auch dann anwendbar, wenn der Auftraggeber in Folge der mangelhaften Leistungen des Architekten das Vertrauen in dessen fachliche Kompetenz und Leistungsfähigkeit verloren habe und aus seiner Sicht eine Beseitigung der eingetretenen Bauwerksmängel durch den Architekten nicht zumutbar wäre. Schließlich verkürze das Selbsteintrittsrecht auch das dem Auftraggeber zustehende Recht, den mit der Beseitigung der Bauwerksmängel zu beauftragenden Unternehmer selbst auswählen zu können.

Damit hat sich der BGH erstmals mit der Wirksamkeit einer vorformulierten Selbsteintrittsklausel in einem Architektenvertrag beschäftigt. Dabei haben sich die Richter intensiv mit dem Anspruchsumfang des Bauherrn bei fehlerhaften Planungs- und/oder Bauüberwachungsleistungen auseinandergesetzt und entschieden, dass ein als Allgemeine Geschäftsbedingung ausgestaltetes Selbsteintrittsrecht des Architekten diesen Anspruch zu Lasten des Auftraggebers unangemessen beschränken würde.

Fazit

Die BGH-Entscheidung ist konsequent. Denn durch die formularvertragliche Vereinbarung eines Selbsteintrittsrechts werden die Rechte des Auftraggebers erheblich verkürzt, ohne dass ihm ein entsprechender Ausgleich gewährt wird. Aus Sicht des Architekten verbleibt aber weiterhin die Möglichkeit, ein Selbsteintrittsrecht individuell mit dem Auftraggeber zu vereinbaren oder im Rahmen eines vorformulierten Architektenvertrages die Entscheidung über den Selbsteintritt auf den Auftraggeber zu verlagern.

Weiterhin zu beachten sind aber die Fallkonstellationen, in denen der Architekt unter gewissen Voraussetzungen ausnahmsweise zu einer Beseitigung von Baumängeln berechtigt sein kann (s. o.). Dieses „besondere Nacherfüllungsrecht“ des Architekten wird aus § 254 BGB hergeleitet. Danach soll der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Architekt dem Auftraggeber ein Mitverschulden in Form eines Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 BGB) entgegenhalten können, wenn der Auftraggeber dem Architekten es nicht ermöglicht hat, selbst für die Mängelbeseitigung zu sorgen (und die sonstigen zuvor genannten Voraussetzungen

vorliegen). Die hier besprochene Entscheidung des BGH vom 16.02.2017 steht damit auch in keinem Widerspruch, da es sich dabei nicht um eine Verkürzung des Mängelrechts des Auftraggebers handelt, sondern um einen Einwand des Architekten, der sich nur auf die Höhe des Schadensersatzanspruchs aus § 280 Abs. 1 BGB auswirken könnte. ■

Timo Siemer, LL.M.

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Beschluss des OLG München vom 13.03.2017 zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungsauftragung

Der Beschluss des Oberlandesgerichts München vom 13.03.2017 stellt einen wesentlichen Einschnitt in die vergaberechtliche Praxis dar. Das Gericht entschied als erstes deutsches Obergericht überhaupt, dass eine Addition verschiedener Planungsleistungen bei der Berechnung des EU Schwellenwerts zu erfolgen habe. Demnach sind nun Leistungen der Objektplanung, der Tragwerksplanung und der Planung der technischen Gebäudeausrüstung für ein einheitliches Bauvorhaben als gleichartige Leistungen zu bewerten, sodass diese für die Schwellenwertberechnung zu addieren sind.

Mit der Frage, ob Planungsleistungen unterschiedlicher Leistungsbilder bei der Schwellenwertberechnung zu addieren sind, setzt sich die vergaberechtliche Praxis bereits seit einigen Jahren auseinander. Im Mittelpunkt der Diskussion stand dabei lange der § 3 Abs. 7 S. 3 VgV a.F., der noch auf Teilaufträge derselben Leistung abstellte. Die neue Rechtsprechung stützt sich nun auf die Vorschrift des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV, nach der die Werte gleichartiger Planungsleistungen zusammenzurechnen sind.

Ausgangslage des Beschlusses des Oberlandesgerichts Münchens war eine vom Auftraggeber durchgeführte Ausschreibung zur stufenweisen Beauftragung von Leistungen für die Tragwerksplanung eines Neubaus des Verwaltungsgebäudes eines Energieversorgungsunternehmens. Dabei wurde in der Auftragsbekanntmachung vermerkt, dass einelückenlose Abstimmung und Optimierung zwischen den Planungsdisziplinen der Tragwerksplanung, der technischen Ausrüstung, der thermischen Bauphysik und der Objektplanung erfolgen müsse. Daraufhin wurden im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer verschiedene Vergaberechtsverstöße

gerügt. Da der errechnete Auftragswert jedoch den Schwellenwert nicht erreichte, wurde der Nachprüfungsantrag durch die Vergabekammer zunächst verworfen.

Die Antragstellerin des Nachprüfungsantrags erhob gegen den Beschluss der Vergabekammer dann diesofortige Beschwerde und begründete diese damit, dass der Schwellenwert überschritten sei, weil eine Addition aller für den Bau erforderlichen Dienstleistungsaufträge zu erfolgen habe. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin hatte Erfolg. Das OLG München ging mittlerweile davon aus, dass folgende Punkte gegen die frühere Rechtsprechung (die eine Addition ablehnte) sprechen würden:

Zunächst sei nach der amtlichen Begründung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV bei der Bewertung der Gleichartigkeit von Planungsleistungen ein funktionaler Zusammenhang entscheidend. Auch die Rechtsprechung des EuGH in Sachen „Aulhalle Niedernhausen“, wonach die Addition unterschiedlicher Planungsleistungen dann angezeigt sei, wenn die Leistungen vorhabenbezogen in einem funktionalen Zusammenhang stehen, also eine innere Kohärenz zueinander aufweisen, würde gegen die frühe Auffassung sprechen. Gleiches gelte für das Verständnis der EU-Kommission. Diese vertrat im Rahmen des mittlerweile gegen die Bundesrepublik Deutschland eingestellten Vertragsverletzungsverfahrens in Sachen „Freibad Stadt Elze“ die Auffassung, dass Planungsleistungen auch dann zu addieren seien, wenn die jeweiligen Leistungen einer unterschiedlichen Spezialisierung bedürfen und verschiedene Preisregeln Anwendung finden.

In der Folge wurde nun durch den Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm München klargestellt, dass jedenfalls bei einer funktionalen, wirtschaftlichen und technischen Einheit von Planungsleistungen eine Addition der Auftragswerte für die Schwellenwertberechnung zu erfolgen habe.

Hinweis für die Praxis:

Nach der Entscheidung des Oberlandesgerichts München wird in praktischer Hinsicht nun die separate Vergabe einzelner Leistungsbilder nach der HOAI deutlich erschwert. Durch die Pflicht des Auftraggebers zur Addition von Auftragswerten aller in einem funktionalen Zusammenhang stehenden Planungsleistungen ist davon auszu-

gehen, dass der einschlägige Schwellenwert zukünftig häufiger erreicht und überschritten wird. Planungsleistungen werden folglich vermehrt in einem europaweiten Verfahren zu vergeben sein. Auftraggeber sollten deshalb nun besonders darauf achten, den Schwellenwert nicht zu knapp zu berechnen. Bei Zweifeln über das Erreichen des Schwellenwerts, sollte vorsorglich ein europaweites Vergabeverfahren durchgeführt werden. Insbesondere gilt dies, wenn ein Vorhaben eine Förderung durch Zuwendungen erhält. Sollte das Vergaberecht in solchen Fällen keine Beachtung finden, kann dies zu Kürzungen oder auch zu einer Rückforderung der erhaltenen Mittel führen. ■

Mathias Sohns

Rechtsanwalt



Das 2003 gegründete „Netzwerk Bauanwälte“ ist ein Zusammenschluss von Anwaltskanzleien, deren Arbeitsschwerpunkt im Baurecht liegt, im privaten Bau- und Architektenrecht, Vergaberecht und/oder im öffentlichen Baurecht. Ziel der Netzwerkarbeit ist es, das Beratungsangebot der angeschlossenen Kanzleien kontinuierlich auf sehr hohem Niveau zu halten und so für die Mandanten eine exzellente anwaltliche Leistung im Baurecht sicherzustellen. Nach außen tritt das Netzwerk durch Veröffentlichungen hervor, die auf gemeinsamer Diskussion beruhen und Einfluss auf die Rechtsentwicklung nehmen sollen. Hierzu gehört auch dieses regelmäßig erscheinende Magazin „Baurecht Aktuell“.

1 Prof. Dr. Hans Ganten

c/o Ganten Hünecke Bieniek & Partner mbB,
Bremen, Ostertorstraße 32, 28195 Bremen,
T 0421 329070
www.ghb-law.de

**2 KOENEN BAUANWÄLTE,
Essen/Hannover/Münster/Bielefeld**

Il. Hagen 7, 45127 Essen, T 0201 43953-0
Hohenzollernstr. 40, 30161 Hannover,
T 0511 898402-0
Picassoplatz 3, 48143 Münster, T 0251 7038989-0
Ravensberger Straße 12b, 33602 Bielefeld,
T 0521 9676638-0
www.bauanwaelte.de

3 RJ Anwälte Jochem

Partnerschaftsgesellschaft mbB, Wiesbaden
Wilhelmstraße 7, 65185 Wiesbaden,
T 0611 3081436-7
www.rj-anwaelte.de

**4 GESSNER RECHTSANWÄLTE PartGmbH,
Saarbrücken**

Berliner Promenade 16, 66111 Saarbrücken,
T 0681 936390
www.rechtsanwaelte-gessner.de

5 IRMLER & COLLEGEN Rechtsanwälte, Schwerin

Heinrich-Mann-Straße 15, 19053 Schwerin,
T 0385 593600
www.irmler.org

**6 Leinen & Derichs Anwaltssozietät,
Köln/Berlin/Brüssel**

Clever Straße 16, 50668 Köln, T 0221 77209-0
Littenstr. 108, 10179 Berlin (Mitte),
T 030 91456817
www.leinen-derichs.de

**7 Einfeld Halfmann Biernoth Rechtsanwälte,
Oldenburg**

Marschweg 36, 26122 Oldenburg, T 0441 350995-0
www.kanzlei-ehb.de

**8 MUFFLER KITTLER KRIEGER HAHNE PartmbB
Partnerschaftsgesellschaft
mit beschränkter Berufshaftung**

Goethestraße 25a, 80336 München,
T 089 5508945-0
www.mlk-partner.de

9 Kanzlei Prof. Dr. Jörg Zeller, Koblenz

Neustadt 8, 56068 Koblenz, T 0261 20178644
www.baurecht-architektenrecht.info

**10 Deubner & Kirchberg Rechtsanwälte |
Partnerschaft mbB, Karlsruhe**

Mozartstr. 13, 76133 Karlsruhe, T 0721 98548-0
www.deubnerkirchberg.de

11 Steiger, Schill & Kollegen Rechtsanwälte

Innere Neumatten 15, 79219 Staufen,
T 07633 93337-0
www.rae-steiger.de