

EDITORIAL

Ansprüche in der Leistungskette

Nach bisheriger Rechtsprechung konnte ein Auftraggeber seine Nachunternehmer wegen Leistungsstörungen in Anspruch nehmen, auch wenn er vom Bauherrn wegen derselben Fehler nicht zur Verantwortung gezogen wird. Dieser Grundsatz ist durch eine neue Entscheidung des BGH, die wir auf



Rechtsanwalt
Dr. Ulrich
Dieckert

Seite 2 besprechen, ins Wanken geraten. Danach sollen Mängelansprüche nicht mehr durchsetzbar sein, wenn der Bauherr diesbezüglich gegenüber dem Hauptauftragnehmer verzichtet. Es bleibt abzuwarten, ob dieses Beispiel Schule macht, etwa im Falle von Ansprüchen aus Verzug (z. B. Vertragsstrafe).

Ansonsten haben wir wieder einige interessante Entscheidungen zum Bau- und Vergaberecht besprochen. Dies betrifft z. B. den Primärrechtsschutz bei Vergaberechtsverstößen unterhalb der Schwellenwerte, der nach Auffassung einiger Gerichte auch vor den Landgerichten möglich sein soll. Schließlich stellen wir auf S. 8 das weitere Seminarangebot unserer Sozietät vor, hier zum Thema „Claim-Management“.

AUS DEM INHALT:

Mängelansprüche in einer Leistungskette	Seite 2
Seminarangebot RWWD (Teil 2)	Seite 8

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Schadenersatz bei fehlerhaften Regeln der Technik?

Es liegt kein Verschulden des Werkunternehmers bei Beachtung des Standes der Technik vor, selbst wenn in der Wissenschaft Zweifel diskutiert werden.

OLG München, Urteil vom 24.07.2007
- 9 U 5022/06

Ein Auftragnehmer (AN) hat im Jahr 2000 in einem Kellerraum einen mit Aluminiumgeflecht ummantelten Schlauch eingebaut. Das Aluminium rostete, so dass der Schlauch im Jahr 2003 platzte. Nachdem die Versicherung den Wasserschaden regulierte, nahm sie den AN wegen der entstandenen Kosten in Höhe von ca. € 11.500,00 in Regress. Sie vertritt die Auffassung, der Installateur hätte im Jahr 2000 keinen aluminiumummantelten Schlauch einbauen dürfen, weil bereits zu dieser Zeit in der Wissenschaft Zweifel über dessen Korrosionsbeständigkeit aufgekommen waren.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Nachdem das LG München I den AN noch zur Zahlung verurteilt hatte, hob das OLG München dieses Urteil auf und wies die Klage ab.

Nach den Ausführungen des vom Gericht beauftragten Sachverständigen entsprach die verwendete Aluminiumummantelung noch bis 2003 dem Stand der Technik. Erst ab diesem Zeitpunkt ist die Korrosionsanfälligkeit bekannt geworden. Dass bereits im Jahr 2000 in der wissenschaftlichen Diskussion Zweifel an der Eignung des Aluminiumgeflechts aufgekommen sind, ändert daran nichts. Denn nicht jede wissenschaftliche Diskussion führt zu einer Änderung der anerkannten Regeln der Technik. Von einem Fachbetrieb kann auch nicht verlangt werden, jede wissenschaftliche Diskussion zu kennen und eigenständig Konsequenzen daraus zu ziehen. Deshalb fehlte es an einem Ver-

schulden des AN, so dass eine Schadenersatzverpflichtung nicht bestand.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung ist zutreffend. Klarzustellen ist jedoch, dass ein Werkunternehmer nach der VOB/B nur die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten hat, nicht aber den weitergehenden „Stand der Technik“ (§ 13 Nr. 1 VOB/B). Wenn die anerkannten Regeln der Technik unrichtig sind, ist das Werk des Unternehmers zwar mangelhaft, so dass er im Rahmen seiner Mängelhaftung grundsätzlich kostenlos nachbessern muss (§ 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B). Der AN ist jedoch nicht zum Ersatz von Mangelgeschäden verpflichtet, da es in solchen Fällen regelmäßig an dem hierfür notwendigen Verschulden fehlt (§ 13 Nr. 7 VOB/B).

Schadenersatzanspruch setzt bei Mängeln Verschulden voraus

Denn der AN darf sich prinzipiell auf die Richtigkeit der anerkannten Regeln der Technik verlassen. Da der Schadenersatzanspruch im Gegensatz zum Mangelbeseitigungsanspruch aber stets von einem Verschulden des AN abhängt, war er im vorliegenden Fall für den Wasserschaden nicht haftbar zu machen.

Kommen einem AN gegen vorgeschriebene Materialien Bedenken, sollte er seinen AG entsprechend informieren (§ 4 Nr. 3 VOB/B), um eine sichere Haftungsfreistellung nach § 13 Nr. 3 VOB/B zu erreichen. Der Hinweis der Bedenken muss inhaltlich so abgefasst sein, dass der AG über die Sachlage richtig, vollständig und zweifelsfrei informiert wird. Er muss so eindeutig sein, dass auch die Tragweite einer Nichtbefolgung hinreichend klar wird. Vor mündlichen Bedenkenhinweisen ist aus Beweisgründen dringend abzuraten. Auch hier gilt der Grundsatz: *Wer schreibt, der bleibt!* ■

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Mängelansprüche in einer Leistungskette

Steht aufgrund eines Vergleiches fest, dass der Hauptunternehmer von seinem Auftraggeber wegen Mängeln nicht mehr in Anspruch genommen wird, ist er unter Umständen gehindert, seinerseits Ansprüche wegen dieser Mängel gegen seinen Nachunternehmer geltend zu machen.

BGH, Urteil vom 28.06.2007 – VII ZR 8/06

Ein Nachunternehmer (NU) erbringt im Auftrag eines Generalunternehmers (GU) Pflasterarbeiten auf dem Parkplatz eines Einkaufszentrums. Der GU behauptet, die Beseitigung der dabei aufgetretenen Mängel sei nur durch eine komplette Neupflasterung möglich, wodurch Kosten in Höhe von ca. 116.000 € entstünden. Mit diesem Betrag rechnet er gegen die Werklohnforderung des NU auf. Der GU hat sich wegen dieser Mängel mit seinem Auftraggeber über eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf 10 Jahre, die Stellung einer weiteren Bürgschaft von 20.000 € sowie einen finanziellen Ausgleich in Höhe von ca. 48.000 € geeinigt. Kann er dennoch die vollen Mängelbeseitigungskosten von ca. 116.000 € von der Werklohnforderung abziehen?

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Prinzipiell: Nein! Nur im Ausgangspunkt vertritt der BGH die Auffassung, dass bei der Schadensberechnung auf die Mängelbeseitigungskosten abzustellen ist. Die Höhe eines Schadens ist also im Grundsatz nicht davon abhängig, ob und in welchem Umfang die Mängel tatsächlich beseitigt werden bzw. ob sich der GU später mit seinem Auftraggeber auf eine niedrigere Ausgleichszahlung geeinigt hat.

Allerdings ist der Gedanke der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen. Dieser beruht darauf, dass dem Geschädigten in gewissem Umfang diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm im konkreten Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Dadurch soll ein gerechter Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden, so dass der Geschädigte im Ergebnis nicht besser ge-

stellt wird, als er ohne das schädigende Ereignis gestanden hätte.

Der GU war im vorliegenden Fall lediglich eine „Zwischenstation“ innerhalb der werkvertraglichen Leistungskette. Die finanzielle Einbuße, die er durch die vom NU verursachten Mängel erleidet, richtet sich wirtschaftlich gesehen danach, in welchem Umfang er von seinem Auftraggeber in Anspruch genommen wird. Deshalb erscheint es nach Treu und Glauben sowie dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung angemessen, dass Berücksichtigung findet, ob bzw. in welchem Umfang sein Auftraggeber wegen der Mängel keine Ansprüche gegen ihn erhebt.

Bei dieser Abwägung ist aber zu berücksichtigen, ob der GU zukünftig noch von seinem Auftraggeber in Anspruch genommen werden kann. Im vorliegenden Fall musste folglich in die Betrachtung einbezogen werden, dass der GU neben der Zahlung des Ausgleichsbetrages von 48.000 € eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf 10 Jahre akzeptiert sowie eine gesonderte Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 20.000 € gestellt hat. Dadurch - so der BGH - könne der auszugleichende Vorteil vollständig ausgeschlossen sein. Nur wenn feststeht, dass keine Ansprüche gegen den GU mehr bestehen können, spricht dies für eine volle Anrechnung im Rahmen der Vorteilsausgleichung. Der BGH hat den Fall deshalb nicht abschließend entschieden, sondern zur weiteren Sachaufklärung zurück verwiesen.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Auch wenn das Ergebnis der Entscheidung gerecht erscheint, ist das Urteil in der baurechtlichen Literatur kritisiert worden. Es gibt der Praxis *Steine statt Brot*.

Denn es fehlt an klaren Kriterien, wie der Inhalt des Vergleichs zwischen dem GU und dessen Auftraggeber wirtschaftlich zu bewerten ist. Immerhin wurde die Gewährleistungsfrist auf 10 Jahre verlängert, so dass der GU Gefahr läuft, lange nach Abschluss des Bauprozesses mit seinem NU wegen der Pflastermängel noch

einmal in Anspruch genommen zu werden. Hinzu kommt, dass nicht die Höhe der zukünftigen eventuell noch entstehende Gewährleistungsansprüche gedeckelt, sondern lediglich eine betragsmäßig auf 20.000 € begrenzte Gewährleistungsbürgschaft übergeben wurde. Das kann den gegenwärtigen Vorteil der Zahlung des Betrages in Höhe von lediglich 48.000 € zukünftig um ein erhebliches überschreiten.

Möglicherweise liegt die Lösung dieser *Zukunftsrissen* darin, dass der NU in gleicher Weise für eine Absicherung dieses Risikos gegenüber dem GU Sorge trägt.

Vergleichbare Fragen stellen sich, wenn der Nachunternehmer im Werklohnprozess behauptet, die Gewährleistungsansprüche des Bauherren gegen den GU seien bereits verjährt, so dass keine Inanspruchnahme mehr drohe. Wie soll dies im Werklohnprozess des Nachunternehmers verbindlich festgestellt werden? Insofern denke man nur an die verlängerte Haftung des GU im Fall des arglistigen Verschweigens von Mängeln oder an die Hemmung der Verjährungsfrist bei Verhandlungen von unklarer Dauer (§ 203 BGB).

Zukünftig werden insbesondere Generalunternehmer reiflich überlegen müssen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen sie sich mit ihrem Auftraggeber wegen Mängeln ihrer Nachunternehmer einigen. Grundsätzlich sind sie gut beraten, wenn sie das beabsichtigte Ergebnis vor einem verbindlichen Vergleich mit dem Auftraggeber an den Nachunternehmer rechtsicher durchstellen, so dass sie nicht mit den Unwägbarkeiten und Risiken einer unsicheren Vorteilsausgleichung konfrontiert werden.

Ein ähnliches Problem entsteht übrigens, wenn sich der GU mit seinem Bauherren auf eine Minderung der Vergütung wegen Mängeln einer NU-Leistung einigt, ohne diesem zuvor Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben zu haben. Auch hier empfiehlt es sich dringend, vorher eine entsprechende Vereinbarung mit dem NU zu treffen. ■

Vorsicht bei
Vergleichen
zwischen GU
und dessen
Auftraggeber

Vorteilsausgleichung kann
Mängelansprüche des AG
begrenzen

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Haftung für Mängel an vorgeschriebenen Materialien?

1. Der Auftragnehmer kann sich grundsätzlich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des vom Auftraggeber bzw. dessen Erfüllungsgehilfen (Architekt oder Sonderfachmann) stammenden Leistungsverzeichnisses verlassen.

2. Im Rahmen des Zumutbaren trifft den Auftragnehmer eine Prüfungspflicht. Diese Prüfungspflicht hat ihre Grenzen in der Fachkenntnis, die von einem ordnungsgemäßen Auftragnehmer des maßgeblichen Berufszweiges verlangt werden kann und muss.

3. Der Auftragnehmer wird von seiner Mängelbeseitigungspflicht frei, wenn der Auftraggeber die Verwendung eines bestimmten Materials verbindlich vorschreibt und dem Auftragnehmer hiergegen bei sorgfältiger Prüfung keine Bedenken kommen müssen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 09.05.2007
- 13 U 103/03

Der Auftragnehmer (AN) tauscht auf der Grundlage eines von Sonderfachleuten des Auftraggebers (AG) erstellten Leistungsverzeichnisses (LV) Stahlheizkörper gegen solche aus Aluminium aus. Bereits nach kurzer Zeit kommt es zu Korrosionserscheinungen. Der AN lehnt die Mängelbeseitigung ab. Der vom Gericht bestellte Sachverständige kommt zu dem Ergebnis, dass die Korrosion auf die Mischinstallation von Stahl- und Aluminiumheizkörpern zurückzuführen sei, diese Erkenntnisse zum Zeitpunkt der Ausführung aber noch nicht vorgelegen hätten. Vielmehr habe der AN seine Leistungen nach den geltenden VDI-Richtlinien und den anerkannten Regeln der Technik erbracht.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Obwohl die Mängelbeseitigungspflicht des AN grundsätzlich verschuldensunabhängig ist, hat er den Prozess gewonnen. Nach Auffassung des Gerichts lag die Ursache der Mängel im allei-

nigen Verantwortungsbereich des AG, weil er die Verwendung von Aluminiumheizkörpern bindend vorgeschrieben hatte (§ 13 Nr. 3 VOB/B). Das allein reichte aber für eine Haftungsfreistellung noch nicht aus. Denn nach § 4 Nr. 3 VOB/B ist der AN zur Prüfung des LV, insbesondere der Materialvorgaben, verpflichtet. Diese Prüfungspflicht hat jedoch ihre Grenzen in der Fachkenntnis, die von einem durchschnittlich sorgfältig handelnden Auftragnehmer verlangt werden kann. Nach den Ausführungen des Sachverständigen musste der AN hier keine Bedenken haben, zumal es zum Zeitpunkt der Ausführung kein gesichertes Wissen über die Korrosionsanfälligkeit von Aluminiumheizkörpern gab. Deshalb hat der AN die Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht nach § 4 Nr. 3 VOB/B nicht schuldhaft verletzt und war deshalb nicht zur kostenlosen Nachbesserung verpflichtet.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung ändert nichts an dem Grundsatz, dass der AN für Mängel der Leistung verschuldensunabhängig einzustehen hat. Ausnahmsweise ist der AN von der Mangelverantwortung aber frei, wenn die Ursachen aus dem alleinigen Verantwortungsbereich Dritter resultieren (fehlerhafte Planung, fehlerhafte Materialauswahl oder mangelhafte Vorunternehmerleistung). Wenn der AN diese Fehler bei durchschnittlich sorgfältiger Prüfung erkennen kann, ist er hinweispflichtig. Die Mitteilung muss konkret, unverzüglich und aus Beweisgründen schriftlich erfolgen. Unterlässt der AN den erforderlichen Bedenkenhinweis, ist er in der Mithaftung. Dennoch muss auch in solchen Fällen das Mitverschulden des AG bzw. seiner Erfüllungsgehilfen (Planer) berücksichtigt werden. Denn diese sind bei einem Planungsfehler primär verantwortlich. In der Praxis führt dies regelmäßig zu einer Quotenhaftung, wobei der AN im Normalfall nicht mehr als ein Drittel der Kosten zu tragen hat. ■

Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht hat Grenzen in der Fachkenntnis

TERMINE

Wir dürfen nachfolgend auf Veranstaltungen hinweisen, bei denen Rechtsanwälte und Steuerberater unserer Kanzlei als Referenten auftreten:

Nachträge nach VOB 2006

Referent: RA Markus Fiedler
Termin/Ort: 26.02.2008 in Erfurt
Anmeldung: WEKA-Media Verlag, Kundenservice
Tel.: 08233-234001

Zahlung nach VOB 2006

Referent: RA Markus Fiedler
Termin/Ort: 14.03.2008 in Berlin
Anmeldung: WEKA-Media Verlag, Kundenservice
Tel.: 08233-234001

Die Eignungsprüfung im Vergaberecht

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort: 13.02.2008 in Berlin
Anmeldung: FG Bau Berlin-Brandenburg
Tel.: 030 860004-0

Risiken für Auftragnehmer bei (teil-)funktionalen Ausschreibungen

Referent: RA Bernd Kimmich
Termine/Orte:
12.02.2008 in Hamburg
13.02.2008 in Berlin
26.02.2008 in München
Anmeldung: MC Bauchemie
Tel.: 02041 101131

Aktuelles zum Vergaberecht

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Planertage der Bosch Sicherheitssysteme GmbH
Termin/Ort:
21.02.2008 in Nürnberg
27./28.02.2008 in München
Anmeldung:
Tel.: 089 6290-1872

Unternehmergespräch am 10.04.2008 in Frankfurt/M.
(auf Einladung)

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Primärrechtsschutz vor den Landgerichten?

1. Gegen willkürliche Verstöße des öffentlichen Auftraggebers im Vergabeverfahren ist den Bietern die Möglichkeit des Primärrechtsschutzes durch Antrag auf Erlass einer einstweiligen (Unterlassungs-)Verfügung nach §§ 935/940 ZPO vor den ordentlichen Gerichten eröffnet..

LG Cottbus, Urteil vom 24.10.2007,
LG Frankfurt/Oder, Urteil vom 14.11.2007

2. Der Gesetzgeber verweist Bieter im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte auf den Sekundärrechtsschutz.

LG Potsdam, Beschluss vom 14.11.2007,
LG Arnberg, Beschluss vom 19.10.2007

Weder einmal gibt es zur Frage des Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte unterschiedliche Entscheidungen. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht den einstweiligen Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten für unzulässig erklärt hat, wird dieser nun vor den Landgerichten gesucht. In dem vom LG Frankfurt/Oder zu entscheidenden Fall hatte ein Bieter einstweiligen Rechtsschutz gegen die drohende anderweitige Zuschlagserteilung begehrt, weil die Leistungsbeschreibung derart fehlerhaft sei, dass eine Vergleichbarkeit der auf ihr basierenden Angebote nicht möglich gewesen wäre. Das LG Cottbus hatte über den Unterlassungsanspruch eines Bieters zu entscheiden, der sich ebenfalls auf unzureichende Ausschreibungsunterlagen

stützte. Diese würden nur denjenigen Bietern eine verlässliche Kalkulation erlauben, die aufgrund ihrer Abrechnungspraxis mit der Vergabestelle aus vergangenen Aufträgen Erfahrungen besitzen.

Das Landgericht Potsdam musste über das Begehren eines Bieters entscheiden, der die Aufhebung eines erneut eingeleiteten Ausschreibungsverfahrens begehrt, weil diese rechtswidrig gewesen sei und er in den vorangegangenen Verfahren den Zuschlag hätte erhalten müssen. Das LG Arnberg sollte auf Antrag eines Bieters der Vergabestelle die Zuschlagserteilung einstweilen verbieten.

DIE ENTSCHEIDUNG DER GERICHTE

Das Landgericht Cottbus und das Landgericht Frankfurt/Oder gaben den Anträgen der Bieter statt und verboten den Vergabestellen im Wege der einstweiligen Verfügung die Vergabeverfahren fortzusetzen bzw. Zuschläge zu erteilen. Nach Auffassung des Landgerichts Cottbus muss eine gerichtliche Überprüfung von Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte wegen des Gebotes des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19) durch die Zivilgerichte möglich sein. Das aus Art. 3 Grundgesetz folgende Recht des Bieters auf Wahrung der Chancengleichheit sei bei einer groben Verletzung des Gleichheitsgebotes (hier durch die unklare Ausschreibung) höher zu bewerten, als die Interessen der Vergabestelle an einer Fortführung des Verfahrens. Das Landgericht Frankfurt/Oder kommt zum selben Ergebnis, begründet dies jedoch etwas differenzierter. Nicht jeder Verstoß gegen Vergabevorschriften könne einen Unterlassungsanspruch begründen. So sei § 9 VOB/A (Grundsätze der Leistungsbeschreibung) kein Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB. Vorliegend sei jedoch das Gleichheitsgebot (Art. 3 GG) verletzt, weil der öffentliche Auftraggeber willkürlich Vergabevorschriften verletzt habe und dem Bieter deswegen ein Schaden drohe.

Denn die Leistungsbeschreibung sei in einem solchen Maße fehlerhaft gewesen, dass eine Vergleichbarkeit der auf ihr basierenden Angebote nicht möglich gewesen sei. Außerdem habe der Bieter die Vergabestelle zuvor erfolglos zu einer Nachbesserung aufgefordert.

Das LG Potsdam und das LG Arnberg haben sich in ihren Entscheidungen mit derartigen Fragen gar nicht befasst. Die Verletzung vorvertraglicher Fristen (in der Anbahnungsphase des Vergabeverfahrens) führen nur zu einem Schadenersatz, nicht jedoch zu einem Unterlassungsanspruch im laufenden Vergabeverfahren. Der Gesetzgeber habe den Primär-

rechtsschutz ausdrücklich auf Verfahren oberhalb der Schwellenwerte beschränkt (geregelt im GWB). Daraus folge, dass unterhalb der Schwellenwerte nur der Sekundärrechtsschutz möglich sei.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Den Entscheidungen des LG Potsdam und des LG Arnberg kann nicht gefolgt werden. Aus der Tatsache, dass das GWB einen Primärrechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte gewähr-

leistet, folgt noch lange nicht, dass dies unterhalb der Schwellenwerte gesetzgeberisch verboten sei. Vielmehr gelten hier - wie auch durch die Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts festgestellt, die Rechtsschutzmöglichkeiten des Zivilrechtes. Für

einen Unterlassungsanspruch im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens muss daher ein Verfügungsgrund und eine Eilbedürftigkeit vorliegen. Ein Verfügungsgrund ist immer dann gegeben, wenn gegen Schutzgesetze zugunsten des Betroffenen verstoßen wurde. Hier liegt die Latte allerdings recht hoch, weil die Berufung auf die Verletzung des Gleichheitsgebotes aus Art. 3 erhebliche (willkürliche) Verstöße voraussetzt. Des Weiteren - und auch hier ist dem LG Frankfurt/Oder zu folgen - muss der Bieter andere Möglichkeiten der Korrektur (etwa durch Rügen oder Aufklärungsgespräche mit der Vergabestelle ausgeschöpft haben. Hält die Vergabestelle jedoch an ihrer willkürlichen (weil das Gleichheitsgebot verletzenden) Entscheidung fest, muss es dem Bieter möglich sein, im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens „die Notbremse“ zu ziehen.

Noch ist jedoch das letzte Wort über den Primärrechtsschutz vor den Landgerichten nicht gesprochen, weil die Entscheidungen der Instanzgerichte abzuwarten sind. Unserer Meinung nach sollte von der Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes jedenfalls dann Gebrauch gemacht werden, wenn eindeutige und gleichheitswidrige Vergaberechtsverstöße gegeben sind. ■

Bieter muss zuvor Korrekturmöglichkeiten erfolglos ausgeschöpft haben

Einstw. Rechtsschutz bei grober Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes

AKTUELLES

Versicherungsvertragsgesetz 2008: Wichtige Neuerungen

Das neue Versicherungsvertragsgesetz ist zum 01.01.2008 in Kraft getreten. Es wurde vollständig neu gegliedert. Die tatsächlichen Eingriffe für die Baurechtspraxis sind folgende:

Eine wichtige Neuerung in der Haftpflichtversicherung ist die Abschaffung des Abtretungs- und Anerkenntnisverbots. Eine Vereinbarung, nach welcher der Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet ist, wenn ohne seine Einwilligung der Versicherungsnehmer den Dritten befriedigt oder dessen Anspruch anerkennt, ist nunmehr unwirksam. Nach wie vor kann sich der Versicherer allerdings darauf berufen, dass der Versicherungsnehmer eine höhere Summe anerkannt hat, als tatsächlich ohne das Anerkenntnis hätte geleistet werden müssen. Ferner kann zukünftig in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) die Abtretung des Freistellungsanspruches gegen den Versicherer an den geschädigten Dritten nicht mehr ausgeschlossen werden. Dies ist insbesondere für die Vertragsgestaltung von Bedeutung.

Nachdem im ursprünglichen Gesetzentwurf noch vorgesehen war, dass ähnlich wie in der Kfz-Haftpflicht ein Direktanspruch des Geschädigten gegen den Versicherer eingeführt wird, ist dies in dem nunmehr in Kraft getre-

tenen Gesetz nicht mehr vorgesehen. Allerdings wurde ein Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer für den Fall der Insolvenz des Versicherungsnehmers aufgenommen. Auch dies ist für die Baupraxis nicht unwichtig. Bereits bei Vertragsabschluss sollte sich der Auftraggeber allerdings durch Vorlage einer Kopie der Haftpflichtversicherungspolice den Namen und die Versicherungsnummer verschaffen.

Schließlich ist das so genannte „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ weggefallen. Bisher konnte sich der Haftpflichtversicherer im Falle von Obliegenheitsverletzungen des Versicherungsnehmers auf vollständige Leistungsfreiheit berufen. Zukünftig ist der Versicherer nur noch berechtigt, seine Leistungen in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen, wobei bei vorsätzlichem Verstoß gegen Obliegenheitspflichten nach wie vor Leistungsfreiheit eintritt. In der Praxis bedeutsam sind jedoch in der Regel die Fälle des fahrlässigen Verstoßes gegen Obliegenheitsverletzungen. Hier wird durch die gesetzliche Neuregelung die Lage des Versicherungsnehmers deutlich verbessert. ■

INFO

Keine Umsatzsteuer auf nicht erbrachte Leistungen

Im Falle einer freien Kündigung des Bauvertrages muss der Werkunternehmer eine zweigeteilte Schlussrechnung erstellen. Im ersten Teil werden die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen abgerechnet. Im zweiten Teil der Rechnung wird die Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen abzüglich der ersparten Aufwendungen und eines evtl. anderweitigen Verdienstes abgerechnet. Lange Zeit war strittig, ob auf den nicht erbrachten Leistungsteil Umsatzsteuer zu berechnen ist oder nicht. Diese Frage wurde nun-

mehr durch den BGH dahingehend beantwortet, dass auf die anteilige Vergütung für nicht erbrachte Leistungen keine Umsatzsteuer zu berechnen ist. Der BGH stützt sich hier auf ein Urteil des EuGH vom 18.07.2007 zur Auslegung der 6. Umsatzsteuerrichtlinie. Soweit die Vergütung auf die nicht erbrachten Leistungen entfällt, hat sie nur Entschädigungscharakter und scheidet als Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer aus (BGH, Urteil vom 22.11.2007 – VII ZR 83/05).

IMPRESSUM

Herausgeber:

RA Dr. Ulrich Dieckert
ROGGELIN WITT WURM DIECKERT
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater,
Rechtsanwälte

R.W.W.D. Berlin

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

Redaktion / Beiträge:

RA Dr. Ulrich Dieckert
RA Bernd Kimmich
RA Hendrik Bach
RA Markus Fiedler
RA Martin Hintze
RA Thorsten Krull
RA Konstantin Trakis
StBin Dr. Annette Funk

Niederlassungen RWW:

R.W.W.D. Hamburg
Alte Rabenstraße 32
20148 Hamburg
Telefon: 040 53028-0
Telefax: 040 53028-150
E-Mail: hamburg@rwwd.de

R.W.W.D. Schwerin

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

R.W.W.D. Dresden

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

R.W.W.D. Frankfurt a. M.

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

www.rwwd.de

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Vergütungsklausel bei freier Kündigung

1. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers enthaltene Klausel, wonach bei einer freien Kündigung des Auftraggebers nur die erbrachten Leistungen des Auftragnehmers vergütet und weitergehende Ansprüche ausgeschlossen werden, benachteiligt den Auftragnehmer entgegen Treu und Glauben unangemessen und ist unwirksam.

2. Die Verweisung in einem Einheitspreisvertrag zwischen dem Generalunternehmer und seinem Nachunternehmer auf Bedingungen des Pauschalpreisvertrages zwischen dem Generalunternehmer und seinem Auftraggeber, die eine Beschränkungen des Werklohns für den Fall der Nichtinanspruchnahme der Leistung vorsehen, kann überraschend und damit ebenfalls unwirksam sein.

BGH, Urteil vom 12.07.2007
– VII ZR 154/06

Ein Generalunternehmer (GU) verpflichtet sich gegenüber seinem Auftraggeber zur schlüsselfertigen Errichtung eines Mehrfamilienhauses. Mit den erforderlichen Parkettarbeiten beauftragt er einen Nachunternehmer (NU), der nach dem Leistungsverzeichnis 2095 m² Parkett und 1036 m Sockelleisten verlegen soll.

Der Nachunternehmervertrag sah in einer Ziffer 1.3 vor, dass auch die Bedingungen „zwischen AG (GU) und Bauherr“

gelten sollen. Dieser Vertrag beinhaltete eine Pauschalpreisabrede sowie eine funktionale Leistungsbeschreibung. Gleichzeitig war der Bauherr – je nach Vermarktung der Wohneinheiten – berechtigt, einzelne Leistungen zurückzustellen oder ganz herauszunehmen. Im Falle der Herausnahme einzelner Leistungen sollte sich der Pauschalpreis „auf der Basis der Preisabfragen für einzelne Bauelemente“ entsprechend reduzieren.

Da sich tatsächlich nur wenige Käufer für einen Parkettboden entschieden haben, führte der NU nur 244 m² Parkett und 185 m Sockelleisten aus. Der NU verlangte wegen der nicht ausgeführten Arbeiten entgangenen Gewinn in Höhe von ca. 22.000 €.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Der BGH gab der Klage – entgegen der Vorentscheidung des OLG Oldenburg – statt. Dabei sei nicht entscheidend, ob die Regelungen des GU-Vertrages Inhalt des NU-Vertrages geworden sind. Eine Klausel, die in ihrer Rechtsfolge Wirkung einen Vergütungsanspruch des AN im Falle einer freien Kündigung nach § 649 Satz 2 BGB bzw. § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B ausschließt, ist als vom AG gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam.

Denn das „freie“ Kündigungsrecht des AG bei Nichtvorliegen besonderer Umstände ist nur gerechtfertigt, wenn dem AN dadurch wirtschaftlich keine Nachteile entstehen. Deshalb hat der AN in einem solchen Fall Anspruch auf die vereinbarte Vergütung und muss sich nur anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt. Wird dieser Anspruch ausgeschlossen, entfällt der ausgewogene Ausgleich der widerstreitenden Interessen, so dass der AN im Ergebnis unangemessen benachteiligt wird. Die gleichen Erwägungen gelten auch, soweit die Klausel auf eine einvernehmliche Vertragsauf-

hebung anzuwenden ist, die auf Initiative des AG vorgenommen wird und demselben Ziel wie eine „freie“ Kündigung dient.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung ist insbesondere deshalb interessant, weil der BGH – so der zweite Leitsatz – die pauschale Einbeziehung des GU-Vertrages in das Nachunternehmerverhältnis AGB-rechtlich für überraschend und damit für unwirksam hält (§ 305 c Abs. 1 BGB). Das begründet er damit, dass lediglich durch eine Ziffer 1.3 des Verhandlungsprotokolls formelmäßig der

Hinweis erfolgte, die „Vertragsbedingungen zwischen AG und Bauherr“ seien Vertragsgegenstand des Nachunternehmervertrages. Zudem sollten die dortigen Regelungen nur nachrangig zum Verhandlungsprotokoll zwischen den Vertragsparteien gelten. Diese Vertragsgestaltung – so der BGH – sei derart ungewöhnlich, dass der NU damit nicht rechnen musste. Man hätte dieses Ergebnis auch mit einem Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) begründen können. Denn vertrag-

liche Regelungen müssen aus sich heraus klar und verständlich sein. Das ist aber unter Umständen nicht mehr der Fall, wenn mehrere Regelwerke mit (teil-)identischen Bestimmungen Vertragsinhalt werden sollen. Deshalb raten wir prinzipiell davon ab, den gesamten

Bauvertrag mit dem AG zum Inhalt der Nachunternehmerverträge zu machen. Regelmäßig ist es besser, nur das technische Bausoll (LV, Pläne etc.) durchzustellen, den rechtlichen Rahmen (Abnahme, Gewährleistung, Vertragsstrafe etc.) aber durch eigene Bedingungen zu regeln. Dadurch kann sichergestellt werden, dass keine AGB-rechtlich unwirksamen Regelungen aus dem Hauptvertrag durchgereicht werden.

Der erste Leitsatz der Entscheidung entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH. Deshalb muss der AN bei Ausübung des freien Kündigungsrechts nach § 8 Nr. 1 VOB/B im wirtschaftlichen Ergebnis so stehen, wie er bei vertragsgemäßer Leistungsausführung gestanden hätte.

Dem GU wäre zu empfehlen gewesen, einen so genannten Abrufvertrag mit einem Einheitspreis pro m² zu schließen und keine Vordersätze über die voraussichtlichen Ausführungsmengen vorzugeben. Dann hätte der GU zwar abrufen können aber nicht eine bereits beauftragte Leistung kündigen müssen. Der daraus möglicherweise resultierende Nachteil eines höheren Einheitspreises wäre im Ergebnis mit Sicherheit kleiner gewesen, als die Kündigungsvergütung, die der GU zuzüglich der Kosten für drei Instanzen am Ende zu zahlen hatte. ■

Durchstellen“
von Vertragsbedingungen kann
überraschend
und damit un-

Freie Kündigung
darf den AN
nicht unangemessen benachteiligen

AKTUELLES

Bald Erfolgshonorare für Rechtsanwälte?

Die Bundesrechtsanwaltsordnung untersagt bislang Rechtsanwälten die Vereinbarung von Erfolgshonoraren. Vergleichbare Regelungen bestehen für Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Patentanwälte. Das Bundesverfassungsgericht hatte Ende 2006 entschieden, dass ein vollständiges Verbot von Erfolgshonoraren verfassungswidrig ist, weil es Ausnahmefälle gibt, bei denen die Vereinbarung eines Erfolgshonorars für den Mandanten die einzige Möglichkeit darstellt, überhaupt Rechtsschutz zu erhalten. Denkbar sind hier insbesondere Konstellationen, wo der Mandant zur Aufbringung der Anwaltskosten nicht in der Lage ist und auch kein Anspruch auf Prozesskostenhilfe besteht. In solchen Fällen fördert die Unzulässigkeit anwaltlicher Erfolgshonorare nicht die Gewährung effektiven Rechtsschutzes, sondern erschwert den Weg dorthin.

Das Bundesverfassungsgericht hat den Gesetzgeber aufgefordert, eine Neuregelung zu schaffen. Hierzu liegt seit Dezember 2007 ein Entwurf der Bundesregierung vor. Danach darf ein Erfolgshonorar ausnahmsweise und nur für den Einzelfall vereinbart werden, wenn damit besonderen Umständen der konkreten Angelegenheit Rechnung getragen wird. Dies gilt insbesondere, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde. Mit der Verwendung des Wortes „insbesondere“ bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass durchaus auch andere Ausnahmefälle denkbar sind. In jedem Falle muss die Vereinbarung über ein Erfolgshonorar schriftlich getroffen werden. Die Vereinbarung muss enthalten, wie hoch die voraussichtliche Vergütung nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz oder die erfolgsunabhängige vertragliche Vergütung wäre, zu der der Rechtsanwalt den Auftrag ohne Vereinbarung eines Erfolgshonorars übernehmen würde, die genaue Formulierung der Bedingungen für das Erfolgshonorar sowie dessen Höhe. Außerdem

müssen in der Vereinbarung die wesentlichen tatsächlichen Umstände und rechtlichen Erwägungen kurz dargestellt werden, auf denen die Einschätzung der Erfolgsaussichten beruht. Das bedeutet, dass der Mandant vom Anwalt in diesen Fällen eine inhaltliche Kurzeinschätzung der Erfolgsaussichten seines Falles bekommt, weil diese zwingend in die Vereinbarung über das Erfolgshonorar aufgenommen werden muss. Schließlich hat der Gesetzgeber ausdrücklich verboten, dass sich Anwälte dazu verpflichten, Gerichtskosten, Gutachterkosten oder Kosten der Gegenseite im Unterliegensfall zu übernehmen. Das Gesetz wird voraussichtlich zum 01.07.2008 in Kraft treten. Nach unserer Einschätzung wird sich die Vereinbarung

Vereinbarung eines Erfolgshonorars wird für Ausnahmefälle zugelassen

von Erfolgshonoraren zunächst tatsächlich auf Ausnahmefälle beschränken. Im Baubereich ist hierbei etwa an Liquidationsgesellschaften zu denken, bei denen die Insolvenzeröffnung mangels Masse abgelehnt wurde, gleichwohl aber noch Werklohnforderungen als Vermögenswert vorhanden sind. Dabei werden sowohl der Mandant als auch der Anwalt prüfen müssen, unter welchen Bedingungen sich ein Erfolgshonorar für beide Seiten „rechnet“. Eine reine Quotenregelung dürfte in den wenigsten Fällen sinnvoll sein. Vielfach wird es sich anbieten, dass ein zu vereinbarendes Sockelbetrag ohne Erfolgsbeteiligung bleibt, dafür aber die Erfolgsbeteiligung an darüber hinaus erzielten Beträgen prozentual höher ausfällt. Gerade bei solchen Vereinbarungen ist aber eine realistische und nicht auf Wunschvorstellungen basierende Einschätzung der Sach- und Rechtslage erforderlich.

Die Sozietät RWWD wird über die Neuregelungen und deren Anwendung noch vor Inkrafttreten in einer gesonderten Veranstaltung informieren. Bei Interesse melden Sie sich bitte bei unserer Frau Goltz, Tel. 030 278707, damit wir entsprechende Einladungen aussprechen können. ■

DAS RWWD-TEAM

Rechtsanwalt Konstantin Trakis



Rechtsanwalt Trakis ist seit 2001 als Rechtsanwalt in Berlin tätig, davon vier Jahre als freier Mitarbeiter von Rechtsanwalt Hendrik Bach, mit dem er Anfang 2007 in unsere Kanzlei gewechselt ist. Herr Trakis ist vornehmlich im Privaten Baurecht tätig. Er betreut im Wesentlichen Bauunternehmen, Bauträger und Erwerber von Immobilien bei der Durchsetzung ihrer Interessen. Herr Trakis war bereits bei größeren Bauvorhaben in Berlin und im Berliner Umkreis in baubegleitender Beratung tätig. Er steht unseren Mandanten von der Vertragsanbahnung über die Durchführung des Bauvorhabens bis zum Projektabschluss beratend zur Seite. Sein primäres Ziel ist die Streitvermeidung bzw. die außergerichtliche Streitbeilegung. Hierbei kann er auf seine langjährige Erfahrung in baurechtlichen Angelegenheiten zurückgreifen. Herr Trakis ist aber auch ein wichtiger Pfeiler der Prozessabteilung unseres Baurechts-Teams. Hier bearbeitet er umfangreiche und komplexe Mandate kompetent und zeitnah.

ANZEIGE:

IBR
Erläuterungen, Praxisbeispiele, Checklisten, Musterbriefe, 2. stark erw. u. überarb. Auflage 2007, id Verlag Mannheim, 660 Seiten,
kartoniert, ISBN 978-3-938854-03-7, € 42,-

WWW.BAULEITERSCHULUNG.DE

Baurechtliches Seminarangebot RWWD (II)

Wir hatten im letzten Newsletter mit der Vorstellung unseres baurechtlichen Seminarangebotes begonnen. Dabei ist insbesondere die von uns angebotene Bauleiter-Schulung (VOB/B in der Praxis) auf Interesse gestoßen. So werden wir aufgrund von Anfragen neben einer Sammelschulung in unserem Hause auch mehrere Inhouse-Schulungen bei größeren Unternehmen durchführen.

Heute wollen wir Ihnen unsere Spezialschulungen zum „Claim-Management“ vorstellen. Denn es hat sich gezeigt, dass die Standardprobleme auf dem Bau (Mängel, Behinderungen und Nachträge) nur bei vertiefter Kenntnis der einschlägigen Rechtsvorschriften beherrschbar sind. Folgende Schulungen werden von uns angeboten:

I. NACHTRAGSMANAGEMENT

Inhalte: Angeblich wird heutzutage auf dem Bau nur noch durch Nachträge Geld verdient. Diese Möglichkeit wird jedoch erschwert, wenn - wie häufig - Pauschalverträge abgeschlossen worden sind. In dem Spezialseminar wird vermittelt, in welchen Fallgestaltungen gleichwohl die Stellung von Nachträgen möglich ist.

Folgende **Schwerpunkte** werden im Rahmen der Schulung behandelt:

- Vertragstypen und Risikozuweisungen
- Auslegungsgrundsätze bei unklarem Bausoll
- Anordnungsrechte des Auftraggebers
- Nachtragsansprüche gemäß § 2 Nr. 5 und 6 VOB/B
- Nachträge beim Detail- bzw. Global-Pauschalpreisvertrag
- Wie wird die Höhe der Nachtragsvergütung prüfbar dargelegt?

Dauer: 1 Tag

Teilnehmer: 8 bis max. 15 Personen

Adressatenkreis: Projektleiter, kaufmännisches Personal, Geschäftsführer

Referenten: Bernd Kimmich, Hendrik Bach,

Seminarunterlagen: Auszüge aus dem Handbuch VOB für Bauleiter, 2. Auflage sowie Musterbriefe und Gerichtsentscheidungen

II. BEHINGERUNGSMANAGEMENT

Inhalte: Da die Begriffe Verzug und Behinderung im Baualltag häufig undifferenziert gebraucht werden, erfolgt im Seminar zunächst eine Klärung der unterschiedlichen Fallkonstellationen und der jeweiligen Ansprüche der Vertragsparteien. Sodann wird erörtert, welche Voraussetzungen der Auftragnehmer erfüllen und welche Behauptungen er beweisen muss, um Mehrkostenansprüche aus Behinderungen geltend machen zu können. Darüber hinaus werden alle in der Praxis relevanten Probleme zum gestörten Bauablauf besprochen.

Folgende **Schwerpunkte** werden im Rahmen der Schulung behandelt:

- Ausführungsfristen und Überschreitung
- Ansprüche des AG bei Fristüberschreitungen
- Behinderung durch Störung des Bauablaufs
- Ansprüche des AN auf Fristverlängerung
- Finanzielle Ansprüche des AN bei Behinderungen
- Durchführung von Beschleunigungsmaßnahmen
- Richtiges Verhalten in Konfliktsituationen

Dauer: 1 Tag

Teilnehmer: 8 bis max. 15 Personen

Adressatenkreis: Bau- und Projektleiter, kaufmännische Mitarbeiter

Referenten: Bernd Kimmich, Hendrik Bach,

Seminarunterlagen: Auszüge aus dem Handbuch VOB für Bauleiter, 2. Auflage sowie Musterbriefe und Gerichtsentscheidungen

III. MÄNGELMANAGEMENT

Inhalte: Ohne die Kenntnis der zentralen Vorschriften der VOB/B (§ 4 Nr. 7 und § 13 Nr. 5) lässt sich ein rechtssicheres Mängelmanagement nicht leisten. Dabei geht es um Mängel vor bzw. nach Abnahme sowie Definition eines Mangels im Rechtssinne. Darüber hinaus muss ein Bau- und Projektleiter seine Hinweispflichten bei Bedenken kennen und wissen,

wann aufgrund von Mängeln Kündigungen bzw. Ersatzvornahmen möglich sind.

Folgende **Schwerpunkte** werden im Rahmen der Schulung behandelt:

- Der Mangelbegriff nach § 13 Nr. 1 VOB/B
- Mängelansprüche vor der Abnahme (§ 4 Nr. 7 VOB/B)
- Mängelansprüche nach der Abnahme (§ 13 Nr. 5 - 7 VOB/B)
- Die Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht gemäß § 4 Nr. 4 VOB/B
- Verjährungsfristen für Mängelansprüche
- Mitverantwortung des Auftraggebers bzw. seines Planers für Mängel

Dauer: 1 Tag

Teilnehmer: 8 bis max. 15 Personen

Adressatenkreis: Bau- und Projektleiter, kaufmännische Mitarbeiter

Referenten: Hendrik Bach, Markus Fiedler

Seminarunterlagen: Auszüge aus dem Handbuch VOB für Bauleiter, 2. Auflage sowie Musterbriefe und Gerichtsentscheidungen

IV. ANMELDUNG

Weitere Einzelheiten zu unserem Schulungsprogramm entnehmen Sie bitte unserer Internet-Plattform www.bauleiterschulung.de. Dort können Sie auch Ihr Interesse für bestimmte Schulungen bekunden oder Sie rufen gleich bei unserer Mitarbeiterin, Frau Goltz, an, die das Schulungswesen koordiniert (Tel. 030 278707).