

EDITORIAL

Ihre Meinung ist gefragt!

Während die Vergaberechtsreform nunmehr in die letzte Runde geht, hat sich bei der VOB/B seit Jahren nichts mehr getan. Dies ist bedauerlich, weil wir an vielen Stellen Änderungsbedarf sehen. Um dies gegenüber dem DVA zu untermauern, starten wir mit diesem Newsletter eine Umfrageaktion (siehe nebenstehende Info). Der Reformstau bei der VOB/B ist auch Thema unseres nächsten Unternehmergesprächs.



Rechtsanwalt
Dr. Ulrich
Dieckert

Ansonsten haben wir wie immer wichtige Entscheidungen aus der Rechtsprechung (z. B. zu den Anforderungen für eine Teilkündigung) und der Normgebung (z. B. zur Änderung der Wohnungslüftungsnorm DIN 1946-6) kommentiert. In unserem Update geht es um den gerichtlichen Zwischenstand zum Thema „sittenwidrige Einheitspreise“. Des Weiteren besprechen wir die Entscheidung der Vergabekammer Bund zum Berliner Schloss und blicken auf das WRD-Sommerfest am 10.09.2009 zurück. Schließlich stellen wir Ihnen unser Schulungsprogramm für das Winterhalbjahr 2009/2010 vor.

AUS DEM INHALT:

Vorsicht bei Teilkündigung **Seite 3**

WRD-Schulungen Winterhalbjahr 2009/2010 **Seite 8**

IHRE MEINUNG ZÄHLT!

WRD-Umfrage 2009/2010 Reformstau bei der VOB/B?

Die letzte Überarbeitung der VOB/B liegt mittlerweile mehr als drei Jahre zurück. Inhaltliche Änderungen wurden damals kaum vorgenommen. Obwohl ursprünglich mit großen Ambitionen gestartet, verkam die Neufassung der VOB/B im Jahre 2006 zu einem „Reformchen“. Auch der nunmehr vorliegende Entwurf der VOB/B 2009 enthält keine inhaltlichen Änderungen. Vorgesehen sind allein redaktionelle Modifikationen, vornehmlich bei der Nummerierung der Absätze.

Besteht also kein Änderungsbedarf? Wir sehen das anders! In unserer anwaltlichen Tätigkeit zeigt sich allzu häufig, dass sich Streitigkeiten der Bauvertragsparteien mit den Werkzeugen der VOB/B nicht immer angemessen lösen lassen. So sind z. B. die Anforderungen an den Nachweis der ordnungsgemäßen Kalkulation von Nachträgen so hoch, dass es Auftraggebern immer wieder gelingt, Verhandlungen über Nachträge zeitlich zu strecken und den Auftragnehmer (AN) auf diese Weise mürbe zu machen. Das führt häufig zu - für den AN - nachteiligen Vergleichen.

AG beklagen, dass die VOB/B kein zeitliches Anordnungsrecht vorsieht. Ist die Baustelle (aus Gründen, die der AN nicht zu vertreten hat) in Verzug geraten, so hat der AG keine Möglichkeit, den AN zu Beschleunigungsmaßnahmen zu zwingen. Das gilt selbst dann, wenn der AG bereit ist, diese Maßnahmen gesondert zu vergüten. Nach herrschender Meinung kann der AG zwar Planungsänderungen anordnen (§ 1 Nr. 3 VOB/B), aber keine Anordnungen zur Bauzeit treffen.

Uns interessiert, welchen Änderungsbedarf die Bauwirtschaft an der VOB/B sieht. Wir haben uns daher entschieden, hierzu eine Umfrage zu initiieren. Diesem Newsletter haben wir einen Fragebogen beigelegt, in dem wir die aus unserer Sicht dringendsten Änderungen vor-

stellen und Ihre Meinung dazu erfragen.

Das Ausfüllen des Fragebogens wird Sie nur wenige Minuten kosten. Wir dürfen Sie herzlich bitten, sich an der Aktion zu beteiligen. Je mehr Antworten wir erhalten, umso repräsentativer wird die Umfrage. Uns interessiert zudem, für wie dringlich Sie die betreffenden Änderungen der VOB/B halten. Das können Sie für jede Frage individuell angeben. Die Fragebogenaktion ist natürlich anonym, uns interessiert allerdings, aus welcher Sicht Sie den Änderungsbedarf beurteilen. Deshalb bitten wir um zwei Angaben zur Größe und Funktion Ihres Unternehmens/Ihrer Institution. Diese Informationen werden von uns nicht personen- oder unternehmensbezogen gespeichert. Den Fragebogen finden Sie auch noch einmal auf unserer

Fragebogen zum Änderungsbedarf bei der VOB/B

Internetseite www.bauleiterschulung.de im Menüpunkt „VOB-Umfrage“. Das Umfrageergebnis werden wir Ihnen voraussichtlich bereits im nächsten Newsletter mitteilen. Wir werden die gewonnenen Erkenntnisse auswerten und die Ergebnisse veröffentlichen.

Passend zum Thema werden wir am 12.11.2009 ein Unternehmergespräch zur VOB/B und den notwendigen Änderungen durchführen. Im rechtlichen Teil dieses Gespräches wird es darum gehen, wie man schon jetzt die Lücken der VOB/B sachgerecht füllt. Die Einladungen zum Unternehmergespräch erfolgen gesondert.

UNTERNEHMERSGESPRÄCH

Datum: 12.11.2009, 14:00 Uhr bis 17:00 Uhr

Thema: Reformstau bei der VOB/B?

Ort: Leipziger Platz 15, 10117 Berlin

Referenten: Felix Pakleppa (ZDB), Hendrik Bach (WRD Berlin) und Bernd Kimmich (WRD Berlin)

Anmeldung: telefonisch unter 030 278707 oder per E-Mail an berlin@wrd.de

GUT GEBRÜLLT, LÖWE!
Was man so alles widerrufen kann ...

Dem Eigentümer eines Einfamilienhauses waren in einem Prozess gegen einen Bauunternehmer € 5.000,00 wegen Mängeln zugesprochen worden. Daraufhin suchte der Geschäftsführer des Bauunternehmens den Eigentümer persönlich auf und bat darum, die Mängel beseitigen zu dürfen, statt Zahlung leisten zu müssen. Der Eigentümer stimmte zu, die Parteien schlossen eine schriftliche Vereinbarung.

Der Eigentümer bereute danach aber die Einigung; er wollte nun doch lieber die Zahlung. Sein Anwalt stand vor dem Problem, dass die Parteien eine wirksame Vereinbarung getroffen hatten. Da kam ihm der entscheidende Geistesblitz: Die Vereinbarung war in den Räumlichkeiten seines Mandaten zustande gekommen, und zwar aufgrund eines Besuches des Geschäftsführers des Bauunternehmens. Der Anwalt erklärte daraufhin den Widerruf der Vereinbarung auf Basis des „Haustürwiderrufgesetzes“.

In diesen Vorschriften geht es an sich darum, dass Verbraucher vor dem „Überrumpfungseffekt“ von Vertretern geschützt werden sollen, die unaufgefordert an der Haustür klingeln. Eigentlich geht es also um den Schutz vor Drückerkolonnen und Staubsaugervertretern. Nach dem Wortlaut des § 312 BGB sind die Widerrufsvorschriften allerdings auch auf die hiesige Vereinbarung anzuwenden, da diese aufgrund eines Besuches des Geschäftsführers in den Räumlichkeiten des Eigentümers abgeschlossen wurde. Tatsächlich entschied das Landgericht Münster in der Sache zugunsten des Eigentümers. Für seinen Anwalt gilt: „Gut gebrüllt, Löwe!“.

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Persönliche Haftung der Geschäftsleitung!

Wird der Gewährleistungseinbehalt abredewidrig nicht auf ein Sperrkonto eingezahlt, haftet der Vorstand bzw. der Geschäftsführer im Falle der Insolvenz des Bauunternehmens persönlich.

OLG Jena, Urteil vom 20.05.2009 – 4 U 73/08

Die Parteien eines VOB/B-Bauvertrages hatten einen Gewährleistungseinbehalt vereinbart. Der Einbehalt sollte – insoweit vertraglich ausdrücklich geregelt – auf ein Konto bei der Sparkasse Erfurt eingezahlt werden. Trotz Nachfristsetzung kam der Auftraggeber, eine Aktiengesellschaft, dieser Verpflichtung nicht nach. Als der Auftraggeber wenig später Insolvenz anmelden muss, nimmt der Auftragnehmer den Vorstand der Aktiengesellschaft persönlich in Anspruch. Die Nichteinzahlung auf das Sperrkonto stelle für den AG-Vorstand eine Untreue i. S. d. § 266 StGB dar, deshalb haften er gemäß § 823 Abs. 2 BGB persönlich.

Der Sicherheitseinbehalt ist eine gefährliche Haftungsfalle

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Die Klage des Auftragnehmers wird in erster Instanz abgewiesen. Die Berufung ist erfolgreich, das OLG verurteilt den Vorstand der AG zur Zahlung. Es ist der Ansicht, dass die Vereinbarung eines Sicherheitseinbehaltes, zusammen mit der Pflicht zur Einzahlung auf ein Sperrkonto (§ 17 Nr. 6 VOB/B), eine vertragliche Hauptpflicht und damit eine Vermögensbetreuungspflicht i. S. d. § 266 StGB sei.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Das Urteil mag sich auf eine Aktiengesellschaft beziehen, für den Geschäftsführer einer GmbH aber gilt nichts anderes (so schon OLG München, Beschluss vom 15.11.2005, XIV ZS 3006/05). Für die Geschäftsleitung eines Bauunternehmens ist der Sicherheitseinbehalt damit eine Haftungsfalle. Wird der Einbehalt nicht auf ein Sperrkonto eingezahlt und fällt das Bauunternehmen in Insolvenz, dann kann sich die Geschäftsführung einerseits strafbar machen, andererseits persönlich für den Ge-

währleistungseinbehalt haften. Hier kommen – auch bei mittelständischen Bauunternehmen – leicht einige € 100.000 zusammen.

Aus den Urteilsgründen könnte sich indes eine Lösung des Problems abzeichnen. So ist das OLG Jena der Ansicht, dass eine strafbare Untreue nicht allein dadurch vorliege, dass der Sicherheitseinbehalt nun durch die Insolvenz nicht mehr ausgezahlt werden kann. Das OLG Jena stellt entscheidend darauf ab, dass der Auftraggeber seiner Pflicht zur Einzahlung auf das Sperrkonto nicht nachgekommen sei. Allerdings kann vertraglich vereinbart werden, dass – abweichend von § 17 Nr. 6 VOB/B – der Sicherheitseinbehalt *nicht* auf ein Sperrkonto einzuzahlen ist. Eine solche Vereinbarung kann

auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffen werden (BGH, IBR 2004, 67). Erfolgt der Ausschluss, so kann man der Geschäftsleitung aus unserer Sicht im Insolvenzfall nicht die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht vorwerfen. Wir machen allerdings ausdrücklich

darauf aufmerksam, dass eine dementsprechende Gerichtsentscheidung noch nicht vorliegt. Wir können also keinerlei Gewähr dafür übernehmen, dass ein Gericht der von uns hier vertretenen Rechtsauffassung folgt. Schaden aber kann der Ausschluss des Sperrkontos jedenfalls nicht.

Es soll nicht unerwähnt bleiben, dass die maßgebliche Rechtsfrage des Falls streitig ist. So hat etwa das LG Ellwangen in seinem Urteil vom 07.07.2009 – 4 O 64/09 entschieden, dass die Pflicht zur Einzahlung auf ein Sperrkonto (§ 17 Nr. 6 VOB/B) rechtlich schon keine Vermögensbetreuungspflicht darstelle. Das Gericht hat dementsprechend eine Untreue i. S. v. § 266 StGB verneint und die Haftung der Geschäftsführung im Ergebnis abgelehnt. Es bleibt also abzuwarten, wie der Bundesgerichtshof die Frage abschließend entscheiden wird. ■

AKTUELLES

Vorsicht bei Teilkündigungen!

Wenn sich ein Auftragnehmer im Verzug mit der Leistungserbringung befindet oder Mängel innerhalb gesetzter Fristen nicht beseitigt, ist nach entsprechender Kündigungsandrohung eine Kündigung aus wichtigem Grund (§ 8 Nr. 3 VOB/B) zulässig. Gerade in Fällen des Verzuges mit der Leistungserbringung ist es häufig so, dass der betreffende Auftragnehmer zu wenig Personal hat, ansonsten aber ordentlich arbeitet. In diesen Fällen wird in der Regel eine Teilkündigung des Vertrages ausgesprochen und ein weiterer Nachunternehmer damit beauftragt, die gekündigten Teilleistungen fertig zu stellen.

Die VOB trifft hierzu in § 8 Nr. 3 Abs. 1 die Regelung, dass die Kündigung auf einen „in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung beschränkt werden“ kann.

Die Mehrheit der Baujuristen hat dies bisher dahin verstanden, dass es sich um abgrenzbare Teilleistungen handeln muss, die man in der Abrechnung nach Kündigung vernünftig voneinander trennen kann. Eine Minderheit hat hingegen den Standpunkt vertreten, der Begriff „in sich abgeschlossene Leistungen“ würde bedeuten, dass es sich um solche Leistungen handeln muss, für die der Auftragnehmer gemäß § 12 Nr. 2 VOB/B eine Teilabnahme verlangen kann. In dieser Vorschrift wird ebenfalls der Begriff „in sich abgeschlossene Teile der Leistung“ verwendet.

In der Praxis hat sich diese Auffassung nicht durchgesetzt, weil sie darauf hinausläuft, dass Teilkündigungen fast unmöglich sind. Eine Teilabnahme kann nämlich nur dann verlangt werden, wenn der betreffende Leistungsfall von der Gesamtleistung funktionell trennbar und unabhängig von den übrigen Leistungen selbstständig gebrauchsfähig ist. Das ist etwa dann der Fall, wenn eine Firma eine Heizungsanlage und eine Sanitärinstallation im Auftrag hat und die Heizungsanlage fertig ist, während die Sanitärinstallation noch nicht beendet ist. In solchen Fällen kann dann nach § 12 Nr. 2 VOB/B eine Teilabnahme der Heizungsanlage verlangt werden, wenn die Teilabnahme nicht vertraglich ausgeschlossen ist. Sanitärinstallationen in einzelnen Etagen oder Wohnungen sind nach all-

gemeiner Ansicht nicht teilabnahmefähig.

Auch wenn ein Auftragnehmer beispielsweise Wärmedämmungsarbeiten an einem großen Gebäude im Auftrag hat, sind die einzelnen Fassaden des Gebäudes keine selbstständig abnahmefähigen Leistungen. Folglich wäre dann eine Teilkündigung hinsichtlich einzelner Fassadenteile nicht zulässig.

Der Bundesgerichtshof hat sich leider dieser praxisfernen Auffassung angeschlossen (BGH, IBR 2009, 570). In dem entschiedenen Fall hatte ein Auftraggeber eine Teilkündigung von WDVS-Arbeiten für die Bauabschnitte 2 und 3 wegen Terminverzuges ausgesprochen. Den Bauabschnitt 1 sollte der teilgekündigte Auftragnehmer fertig stellen. Dieser weigerte sich jedoch unter Hinweis auf die Unwirksamkeit der Teilkündigung und sprach seinerseits eine Kündigung des Vertrages aus und verlangte eine Entschädigung vom Auftraggeber.

Im Ergebnis entschied der Bundesgerichtshof, dass die Teilkündigung des Auftraggebers nach § 8 Nr. 3 unwirksam war.

Warum die Kündigung nicht in eine „freie“ Teilkündigung umgedeutet wurde, kann man dem Urteil nicht entnehmen. Der BGH meint jedenfalls, dass der Auftragnehmer aufgrund der unberechtigten Teilkündigung berechtigt gewesen ist, seinerseits den Vertrag zu kündigen.

In dem entschiedenen Fall hatte der Auftragnehmer gekündigt, also auch den ersten Bauabschnitt nicht mehr fertig gestellt. Allerdings wies der BGH darauf hin, dass der Auftragnehmer durch seinen Terminverzug die unwirksame Teilkündigung selbst provoziert hat und im Ergebnis wohl keine Entschädigung beanspruchen kann. Jedoch kann auch der Auftraggeber keinen Schadensersatz gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B wegen der Mehrkosten der Fertigstellung verlangen, da seine Teilkündigung unberechtigt war.

Der Bundesgerichtshof begründet seine Entscheidung damit, dass in der VOB/B der Begriff „in sich abgeschlossene Leistungen“ mehrmals verwendet wird, nämlich bei der Teilab-

nahme und bei der Teilkündigung. Solche mehrfach verwendeten Begriffe müssten dann aber auch einheitlich ausgelegt werden. Im Kern wirft der BGH deshalb dem Verdingungsausschuss, der die VOB ausarbeitet, vor, dass die Regelung zur Teilkündigung in § 8 Nr. 3 VOB/B juristisch schlecht bzw. falsch formuliert ist. Der Vorwurf ist nicht ganz unberechtigt, denn der Auslegungstreit ist seit einigen Jahren bekannt.

Was bedeutet dies nun für die Praxis: Alle Baufirmen, die Nachunternehmer beschäftigen, müssen dringend ihre Verträge ändern. In den Bauverträgen muss eine Regelung aufgenommen werden, dass die Teilkündigung für beliebige in der Abrechnung voneinander abgrenzbare Teilleistungen ausgesprochen werden kann, ohne dass es auf eine Teilabnahmefähigkeit ankommt. Da die Teilkündigungsfälle praktisch täglich auftreten können, ist eine solche Vertragsanpassung dringend geboten, wenn man als Auftraggeber keine rechtlichen Nachteile erleiden will.

Anhand dieser Entscheidung wird im Übrigen auch deutlich, dass es sinnvoll ist, die eigenen Vertragsmuster regelmäßig zu aktualisieren. Der Aufwand hierfür ist verhältnismäßig gering, der mögliche Schaden bei Verwendung veralteter Vertragsmuster hingegen hoch. ■

Eine Überarbeitung der Bauverträge ist erforderlich

Neue BGH-Entscheidung sorgt für Aufregung!

INTERDISZIPLINÄRES SEMINAR STÖRUNGEN IM BAUABLAUF

Datum: 23.03.2010

Dauer: 1 Tag

Ort: Hotel „Pullmann Berlin Schweizerhof“

Anmeldung: über IBR-Seminare, Tel. 0621 1203218

Teilnehmer: 10 bis max. 20 Personen

Adressatenkreis: Bau- und Projektleiter, Baukaufleute, bauüberwachende Architekten und Projektsteuerer, öffentliche Bauherren, Bauträger, Baujuristen, Sachverständige und Auftragnehmer aus der Bauwirtschaft

Referenten: Bernd Kimmich, Frank A. Bötzes

Seminarunterlagen:

Bauleiter-Handbuch „VOB für Bauleiter“

Konditionen: € 280,00 zzgl. USt

AKTUELLES

Keine Haftung des Prüfstatikers

In der Vergangenheit wurden die Prüfstatiker in der Regel von den zuständigen Behörden beauftragt, so dass außer Frage stand, dass eine vertragliche Haftung des Prüfstatikers gegenüber dem Bauherrn nicht besteht.

Seit einigen Jahren sind die Behörden dazu übergegangen, den Bauherrn aufzufordern, selbst den Prüfstatiker zu beauftragen. Nunmehr wird also der Vertrag direkt zwischen dem Bauherrn und dem Prüfstatiker abgeschlossen, allerdings auf Veranlassung der zuständigen Baubehörde.

Das Landgericht Bonn hat nun entschieden, dass der Prüfstatiker auch dann nicht dem Bauherrn haftet, wenn der Bauherr den Prüfstatiker direkt beauftragt hat (LG Bonn, Urteil vom 20.05.2009 – IBR-online).

Das Gericht begründet seine Entscheidung damit, dass der Prüfstatiker hoheitliche Aufgaben wahrgenommen habe und deshalb auf das Auftragsverhältnis die Regelungen über den Werkvertrag nicht angewendet werden könnten. Die öffentlich-rechtlichen Normen über das Erfordernis einer einzuholenden Prüfstatik bezweckten nur den Schutz der Allgemeinheit vor Schäden. Eine Haftung des Prüfstatikers für fehlerhafte Entscheidungen könne hieraus nicht hergeleitet werden.

Das Urteil ist unbefriedigend. Derzeit bestehen auch keine Amtshaftungsansprüche gegen den Prüfstatiker, wenn „nur“ ein Vermögensschaden bei der Baufirma oder beim Bauherrn eintritt (BGH, NJW 1963, 1821). Der Prüfstatiker ist also für die finanziellen Folgen seines Tuns nicht verantwortlich.

AKTUELLES

Änderung der Wohnungs-Lüftungsnorm DIN 1946-6

Die DIN 1946 regelt die Ausführung von Lüftungsanlagen und ist bereits seit 1998 in Kraft. Hinsichtlich der Lüftungsanlagen für Wohnungen war in der DIN 1946 jedoch immer nur von „Empfehlungen“ die Rede.

Seit Anfang 2006 lag ein überarbeiteter Normentwurf zur Neuregelung der hier relevanten Regelungen zur Wohnungslüftung vor. Dieser Entwurf ist nun im Frühjahr 2009 offiziell verabschiedet worden.

Wir empfehlen daher, die Mitarbeiter technisch weiterzubilden und besondere Aufmerksamkeit auf diesen Bereich zu richten. Wir halten es für möglich, dass das Thema „Lüftung“ in den kommenden Jahren ebenso wichtig wird, wie es lange Jahre der Schallschutz war. Die Norm umfasst nun 123 Seiten, statt bisher 18 Seiten. Ob Planer und Ausführende mit dieser Regelungsdichte überfordert sind, bleibt abzuwarten.

Im Unterschied zu der bisher geltenden Fassung der DIN 1946 schreibt die neue DIN nunmehr ausdrücklich vor, dass eine Wohnung so geplant und ausgeführt werden muss, dass auch bei Abwesenheit des Nutzers und geschlossenen Fenstern keine erhöhte Raumluftfeuchte und Schimmelpilzbildung auftreten kann. Das „Lüftungsrisiko“, das bisher aufgrund der ungeklärten Zuständigkeiten zum Großteil beim Nutzer lag, verschiebt sich somit auf den Planer bzw. Vermieter einer Immobilie.

In erster Linie gelten diese Anforderungen für Neubauten. Jedoch sind die Anforderungen auch bei der Sanierung von Bestandsgebäuden zu beachten, wenn beispielsweise die Fenster ausgetauscht werden und dadurch die freie permanente Lüftung über Fensterfugen wegfällt.

Bei der aufgrund der Energieeinsparverordnung zwingend herzustellenden luftdichten Gebäudehülle ist der nunmehr explizit vorgeschriebene Luftwechsel über eine reine Fugenlüftung in der Regel nicht mehr zu erbringen. Die Einhaltung des Außenluftvolumenstromes ist demnach durch Berechnungen sicherzustellen und anschließend ist eine Lüftungsplanung

durchzuführen, etwa mit Nachströmöffnungen in der Außenwand, Nachströmöffnungen in den Türen und einer zentralen Abluft.

In diesem Zusammenhang sind weitere Konflikte mit den Käufern/Nutzern von Wohnungen vorprogrammiert. Wenn beispielsweise eine freie Nachströmung von Luft zwischen verschiedenen Räumen gewährleistet werden soll, kann dies durch einen sogenannten „Unterschnitt“ an den Türen geschehen, also einen Luftspalt, wie er heute schon bei Badezimmer-türen üblich ist. Allerdings verschlechtert solch ein Luftspalt ganz erheblich den Schallschutz. Zumindest im hochwertigen Wohnungsbau wird man daher erwarten müssen, dass die Nachströmung zwischen verschiedenen Räumen auf andere Art und Weise sichergestellt wird, so dass die betreffenden Zimmertüren mit

einem „Schall-Ex“ schalldicht abgedichtet werden können, anstatt dort einen Luftspalt vorzusehen. Der Architekt muss deshalb frühzeitig den TGA-Planer an der Planung beteiligen.

Der Verzicht auf eine ordnungsgemäße Lüftungsplanung kann Bauträger, Planer oder

Baufirmen teuer zu stehen können, da die nachträgliche Herstellung von Lüftungsmaßnahmen in der Regel mit erheblichen Mehrkosten gegenüber einer Herstellung während der Bauphase mit sich bringt. Jeder Fensterbauer und jeder Generalunternehmer muss bei einem Fensteraustausch zukünftig Bedenken anmelden. ■

Achtung Planer: Lüftungsrisiko neu geregelt

UNSER AUTOR:

Rechtsanwalt Hendrik Bach



DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Anerkenntnis durch Zahlung einer Abschlagsrechnung?

Wenn der Auftraggeber eine Abschlagsrechnung vorbehaltlos und vollständig bezahlt, kann darin aufgrund der Umstände des Einzelfalls eine rechtsgeschäftliche Erklärung liegen.

KG, Urteil vom 12.02.2008 -21 U 155/06 -

W Weil sich die Fertigstellung des Bauvorhabens verzögerte, kamen Ansprüche des Auftragnehmers (AN) gegenüber dem Auftraggeber (AG) auf Ersatz von Mehrkosten wegen Bauzeitverlängerung in Betracht. Dies räumte der AG gegenüber dem AN mit Schreiben vom 18.11.1998 ein und erbat weitere Angaben. Mit Schreiben vom 05.03.1999 kam der AN dem nach und bezifferte insbesondere die Mehrkosten, worüber die Parteien anschließend diskutierten. Der AN unterbreitete dem AG mit Schreiben vom 05.07.1999 ein Nachtragsangebot zu den Mehrkosten und bot weitere Verhandlungen an. Der AG überprüfte das Nachtragsangebot, woraufhin eine Besprechung zwischen den Parteien stattfand. Auf der Grundlage der Besprechung übersandte der AN mit Schreiben vom 25.10.1999 ein überarbeitetes Nachtragsangebot und kündigte wegen der andauernden Verzögerung bereits ein weiteres Nachtragsangebot an, welches er schließlich mit Schreiben vom 30.11.1999 unterbreitete. Beide Nachträge waren Gegenstand der Abschlagsrechnung vom 25.01.2000, die der AG im Mai 2000 vorbehaltlos und vollständig bezahlte. Später meint der AG, der AN habe die Kosten der Bauzeitverlängerung selbst zu tragen. Der AN beansprucht nun klageweise gegenüber dem AG diese Mehrkosten wegen Bauzeitverlängerung.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Mit Erfolg! Nach Auffassung des Kammergerichts konnte und durfte der AN nach dem dargestellten Gang der Verhandlungen gemäß dem objektiven Empfängerhorizont die vorbehaltlose und vollständige Begleichung der Abschlagsrechnung vom 25.01.2000 so verstehen,

als nehme der AG das in der Rechnungsüber-sendung liegende wiederholte Angebot zu den Kosten der Bauzeitverlängerung an. Dass der AG auf eine Abschlagsrechnung zahlte, stehe einer abschließenden Vereinbarung über die Mehrkosten nicht entgegen.

Zwar gilt, dass Abschlagszahlungen nur vorläufiger Natur sind und der Auftragnehmer die endgültige Vergütung durch eine Schlussabrechnung festzustellen hat, was in der Regel erst nach Beendigung der Leistung möglich ist. Dies schließt es nach der Rechtsprechung des BGH regelmäßig aus, Abschlagszahlungen als Anerkenntnis der ihnen zugrunde liegenden Leistungen durch den Auftraggeber zu werten.

Indessen ist es auch nach der Rechtsprechung des BGH nicht ausgeschlossen, dass eine Abschlagszahlung aufgrund der Umstände des Einzelfalls einen rechtsgeschäftlichen Erklärungswert hat. Dabei kommen Vergleich oder Schuldanerkenntnis nicht nur bei einer ausdrücklichen Vereinbarung in Betracht, sondern

auch dann, wenn „ganz eindeutige Anzeichen zweifelsfrei eine entsprechende Schlussfolgerung rechtfertigen“. Letzteres sei nach Auffassung des Kammergerichts hier der Fall.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Dass Abschlagszahlungen im Ergebnis zu einem Anerkenntnis führen, bleibt die Ausnahme von der Regel! Der eingangs – nicht ohne Grund ausführlich – dargestellte Sachverhalt zeigt, dass es hier vor der Zahlung der Abschlagsrechnung eine Reihe von Vorfällen gegeben hat, die das Gericht dazu bewegt haben, in der vorbehaltlosen und vollständigen Zahlung eine abschließende Vereinbarung über die Mehrkosten zu sehen. Der Zahlung gingen insbesondere lang andauernde Verhandlungen voraus, die sogar von Seiten des AG initiiert wurden.

In der Praxis werden Abschlagsrechnungen oftmals ohne weitere Prüfung „durchgewunken“. Daraufhin getätigte Abschlagszahlungen führen regelmäßig nicht zu einem Anerkenntnis der Leistung. ■

Ein Anerkenntnis setzt Angebot und Annahme voraus

AKTUELLES

Berliner „Luft“-Schloss

Bekanntlich hat die Vergabekammer des Bundes den mit dem Architekten Stella geschlossenen Planungsvertrag für nichtig erklärt und dem Bund aufgegeben, das Verfahren ab dem Zeitpunkt der Preisgerichtsentscheidung zu wiederholen. Bereits in politischer Hinsicht stellt diese Entscheidung eine schwere Schlappe für das Bauministerium dar. Umso erschreckender ist jedoch, dass im Rahmen dieses Verfahrens gravierende vergaberechtliche Fehler gemacht wurden. So hätte die Vergabestelle die im Architektenwettbewerb unterliegenden Preisträger gemäß § 13 der Vergabeordnung (jetzt § 101 a GWB) über die beabsichtigte Vergabe der Planungsleistungen informieren müssen. Denn das ausgeschriebene Wettbewerbsverfahren war mit der Vergabe der Preise nicht zu Ende. Vielmehr hat die Vergabestelle unter Anwendung des § 25 Abs. 9 VOF nach der Entscheidung des Preisgerichtes Verhandlungen über den Abschluss eines Planungsvertrages mit dem ersten Preisträger aufgenommen.

Im Rahmen dieser Verhandlungen stellte sich heraus, dass der Architekt nicht über die nötigen Kapazitäten verfügt. Der zweite Fehler der Vergabestelle lag darin, dass dem Architekten Planungsbüros beiseite gestellt wurden, die im vorangegangenen Architektenwettbewerb ohne Preise geblieben waren. Nach Auffassung der Vergabekammer kommt dies einer Auswechslung des Vertragspartners gleich, weil der eigentliche Wettbewerbsgewinner in der Planungsgemeinschaft nur noch eine untergeordnete Rolle spielen sollte. Es bleibt abzuwarten, wie das OLG Düsseldorf in zweiter Instanz entscheidet. Bis dahin hängt die Realisierung des Berliner Stadtschlusses weiterhin in der Luft.

AKTUELLES

WRD-Sommerfest am 10.09.2009

Es gibt immer wieder gute Gründe, ein Fest zu feiern. In unserem Fall haben wir am 10.09.2009 den Neuanfang als WRD-Berlin sowie die Neuauflage unseres Handbuchs „VOB für Bauleiter“ begangen. Die zahlreichen Gäste und Mandanten erlebten einen angenehmen Abend im Innenhof des Mosse-Palais am Leipziger Platz. Dabei ließ der Gründer der Berliner Kanzlei, Herr Rechtsanwalt Dr. Dieckert, in einer launigen Ansprache die letzten 19 Jahre des Berliner Büros Revue passieren. Er stellte in diesem Zusammenhang seine Partner und Kollegen vor, insbesondere die Rechtsanwälte Kimmich und Bach als Autoren des o. a. Bauleiter-Handbuchs, dessen 3. Auflage es zu feiern gab.



In ungezwungener Atmosphäre ging es dann zum italienischen Buffet, bevor der Abend mit Musik und guten Gesprächen seinen Ausklang nahm. Für die guten Wünsche und Grüße zu unserem Fest (auch zum runden Geburtstag von Dr. Dieckert) dürfen wir uns an dieser Stelle nochmals bedanken. Wir freuen uns auf eine Wiederholung im Jahre 2010.



UPDATE

Extrem überhöhte Einheitspreise: sittenwidrig?

Im Newsletter April 2009 hatten wir auf Seite 15 die wegweisende Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu überhöhten Einheitspreisen vorgestellt. Es ging um die Frage, ob ein vereinbarter, aber extrem überhöhter Einheitspreis im Falle von Nachträgen oder Mehrmengen fortgeschrieben werden muss (§ 2 Nrn. 3, 5 und 6 VOB/B). Bejaht man dies, so würde der Auftragnehmer auch für die Nachtragsleistung einen entsprechend (im Fall des BGH 800fach) überhöhten Einheitspreis erhalten. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtes kann ein überhöhter Einheitspreis allerdings ein Indiz für ein sittenlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers (AN) sein. Das kann zur Sittenwidrigkeit führen, mit der Folge, dass die Nachträge nicht nach dem überhöhten Einheitspreis, sondern nach der ortsüblichen Vergütung kalkuliert werden müssen. Der BGH hatte den Fall damals zur weiteren Aufklärung des „sittenlich verwerflichen Gewinnstrebens“ des AN an das OLG Jena zurückverwiesen. Das OLG sollte klären, warum der AN ursprünglich einen derart hohen Einheitspreis angeboten hatte. Sei dies absichtlich, also unter Ausnutzung einer Schwäche der Ausschreibung, erfolgt, so liege ein sittenlich verwerfliches Gewinnstreben mit der Folge der Sittenwidrigkeit vor.

Die Entscheidung des OLG Jena ist unseres Erachtens nicht minder beachtenswert als das BGH-Urteil. In dem Verfahren nämlich konnte der AN tatsächlich beweisen, dass er die Einheitspreise nicht absichtlich bzw. spekulativ überhöht hatte. Es war für ihn nachweislich zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht ersichtlich, dass es überhaupt zu dem Nachtrag kommen werde. Der AN konnte nachweisen, dass er sich hinsichtlich der Kalkulation der Einheitspreise keine weitergehenden Gedanken gemacht hatte. Die Position machte bei einem Gesamtpreis von knapp 50 Mio. Euro gerade einmal etwas mehr als 1 % der Gesamtvergütung aus. Der Mitarbeiter des AN hatte sich deshalb bei der Kalkulation der Position schlichtweg nicht lange überlegt, sondern eine

willkürliche Summe angesetzt.

Das OLG kommt deshalb zu dem (Zwischen-)Ergebnis, dass ein sittenlich verwerfliches Gewinnstreben nicht vorliege. Der AN habe zwar einen extrem überhöhten Einheitspreis angeboten, dies aber nicht in böser Absicht.

Der Rechtsstreit lief also für den AN durchaus positiv. Schwer muss es ihn getroffen haben, als seine Klage dennoch im Ergebnis abgewiesen wurde. Das OLG Jena nämlich mochte dem AN trotz allem die Vergütung für den Nachtrag nicht zusprechen. Dabei stützt es sich allerdings auf folgende, höchst zweifelhafte Begründung: Der AN hatte zum Nachweis der Kalkulation der Nachtragsvergütung nachträglich eine Kalkulation der Haupt- bzw. Bezugsposition einge-

reicht. Dabei hatte er eingeräumt, dass es sich nicht um die Ursprungskalkulation handelte, da er sich ja gerade bei dieser Position keinerlei Gedanken gemacht hatte. Zu diesem Ergebnis war auch das OLG Jena zwischenzeitlich gekommen (siehe oben). Dennoch weist das OLG

Es ging
um einen
800fach
überhöhten
(Einheits-)Preis

Jena die Klage mit der Begründung ab, die Kalkulation der Ursprungsposition sei „nicht plausibel“. Auf einer solchen Grundlage könnte die Nachtragsvergütung nicht berechnet werden.

Ein klassischer Zirkelschluss! Natürlich ist es dem AN nicht möglich, nachträglich eine plausible Kalkulation einzureichen, wenn er einen nicht plausiblen (weil extrem überhöhten) Einheitspreis angeboten hat. Dass der ursprüngliche Einheitspreis letztendlich willkürlich und ohne kalkulative Grundlage angesetzt worden war, hatte der AN freimütig eingeräumt. Das OLG Jena sah dies gerade als Grund dafür an, dass ein sittenlich verwerfliches Gewinnstreben nicht vorliege. Die fehlende und damit unplausible Kalkulation dem AN dann aber letztendlich doch vorzuwerfen, ist widersprüchlich. Es ist verständlich, dass sich der AN mit dieser Entscheidung nicht zufrieden geben will und nun wieder den Bundesgerichtshof angerufen hat. Wir werden also weiter über die Sache berichten können. ■

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Pflicht zur losweisen Vergabe: aber nicht um jeden Preis!

Bei einer Losvergabe sind die Lose so zuzuschneiden, dass der Forderung nach Berücksichtigung mittelständischer Interessen hinreichend genügt wird. Eine für den Mittelstand angemessene Loseiteilung kann durch ein Zulassen von Bietergemeinschaften und der Möglichkeit eines Einsatzes von Nachunternehmern nicht ersetzt werden. Mittlere Unternehmen müssen nach dem Zweck des § 97 Nr. 3 GWB in geeigneten Fällen in die Lage versetzt werden, sich eigenständig zu bewerben.

VK Nordbayern, Beschluss vom 19.05.2009

Stehen wirtschaftliche oder technische Belange einer Losaufteilung entgegen, muss der Auftraggeber sein Interesse an einer einheitlichen Ausschreibung nicht zugunsten der Mittelstandsförderung opfern.

VK Hessen, Beschluss vom 19.02.2009

In den durch die Vergabekammern zu entscheidenden Fällen ging es beide Male um Briefdienstleistungen. Die Vergabekammer Nordbayern musste über die Rüge eines Bieters entscheiden, der sich aufgrund des überdimensionierten Zuschnittes eines regionalen Loses gehindert sah, ein Angebot abzugeben. Die Vergabekammer Hessen hatte sich mit dem Versand von Wahlsendungen zu befassen, die bundesweit sowohl befördert, als auch zugestellt werden sollten, was ein Bieter ebenfalls als überdimensioniert rügte. Zwar ging es beide Male um Leistungen nach der VOL/A; die Problemlage ist jedoch auf Bauaufträge nach VOB/A übertragbar.

DIE ENTSCHEIDUNGEN DER VERGABEKAMMERN

Die Vergabekammer Nordbayern schloss sich der Auffassung des Bieters an und hob das Vergabeverfahren auf. Die Vergabestelle hätte hier die Lose kleinteiliger aufteilen können. Wirt-

schaftliche Gründe, die dagegensprechen, seien nicht vorgetragen worden. Auch habe keine Interessenabwägung in Bezug auf die Losaufteilung stattgefunden. Dies sei jedenfalls aus den Vergabeunterlagen nicht ersichtlich.

Die Vergabekammer Hessen wies hingegen die Rüge ab. Das Gebot der Losaufteilung diene nicht der Marktöffnung um jeden Preis, vielmehr sei die Verpflichtung zur losweisen Vergabe begrenzt durch die Erreichung des Vertragszwecks. Bei der Behandlung von Wahlsendungen in verschiedene Lose seien Fehler nicht auszuschließen, die das Wahlverfahren gefährden könnten. Der Auftraggeber habe das staatliche Interesse an der ordnungsgemäßen Durchführung von Wahlen nachvollziehbar und ermessensfehlerfrei gegen das Interesse der Bieter abgewogen. Losweise Vergabe müsse nicht um jeden Preis erfolgen.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen war ein zentrales Thema bei der Reform des GWB. In Verstärkung der bisherigen Regelung in § 97 Abs. 3 sind diese Interessen nunmehr „vornehmlich“ zu berücksichtigen. Ob dies zu einer Änderung der bisherigen Praxis führt, bleibt abzuwarten. Denn die beiden o. a. Entscheidungen machen deutlich, dass dem Auftraggeber ein bestimmter Ermessensspielraum verbleibt. Unterlässt er es jedoch, die Entscheidung für den losweisen Zuschnitt hinrei-

Auftraggeber hat die Interessen- abwägung zu dokumentieren

chend zu dokumentieren, riskiert er die Aufhebung des Verfahrens. Sind keine „wirtschaftliche oder technische Gründe“ für eine mittelstandsfeindliche Aufteilung ersichtlich, hat der Bieter dies unverzüglich nach Kenntnisnahme der Ausschreibung zu rügen. Hilft die Vergabestelle dieser Rüge nicht ab, so muss der Bieter nach dem neu geregelten § 107 Abs. 4 GWB binnen 15 Kalendertagen die Vergabekammer anrufen, um sein Nachprüfungsrecht zu wahren. Die Abgabe eines Angebotes ist in diesem frühen Stadium des Verfahrens nicht erforderlich. ■

IMPRESSUM

Herausgeber:

RA Dr. Ulrich Dieckert

WITT ROSCHKOWSKI DIECKERT

Steuerberater, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer

WRD Berlin

Leipziger Platz 15

10117 Berlin

Telefon: 030 278707

Telefax: 030 278706

E-Mail: berlin@wrd.de

Redaktion / Beiträge:

RA Dr. Ulrich Dieckert

RA Bernd Kimmich

RA Hendrik Bach

RA Markus Fiedler

RA Konstantin Trakis

RA Tobias Sommer

RA Stephan Becker

StBin Dr. Annette Funk

Niederlassungen WRD:**WRD Hamburg**

Alte Rabenstraße 32

20148 Hamburg

Telefon: 040 180401-0

Telefax: 040 180401-150

E-Mail: hamburg@wrd.de

WRD Schwerin

Dr. Hans-Wolf-Straße 15

19056 Schwerin

Telefon: 0385 59003-0

Telefax: 0385 59003-33

E-Mail: schwerin@wrd.de

WRD Dresden

Königstraße 4

01097 Dresden

Telefon: 0351 21117-60

Telefax: 0351 21117-77

E-Mail: dresden@wrd.de

WRD Frankfurt a. M.

Friedrich-Ebert-Anlage 56

60325 Frankfurt am Main

Telefon: 069 75699-0

Telefax: 069 75699-105

E-Mail: frankfurt@wrd.de

www.wrd.de

www.bauleiterschulung.de

AKTUELLES

Neue Rechnung nach Vergleich?

Uns wird häufig die Frage gestellt, ob die Ausstellung einer neuen (Schluss-)Rechnung notwendig ist, wenn Auftraggeber und Auftragnehmer sich nachträglich auf bestimmte Rechnungsabzüge geeinigt haben. Das OLG Dresden hat diese Frage nun in seinem Beschluss vom 27.10.2008 (11 U 1002/08) eindeutig beantwortet. Eine neue Rechnung ist nach einer vergleichweisen Regelung weder aus zivilrechtlichen noch aus steuerlichen Gründen notwendig.

Das OLG hatte dabei einen geradezu schultypischen Fall zu entscheiden: Der Auftragnehmer hatte eine - auch in steuerlicher Hinsicht - formell einwandfreie Rechnung gelegt. Der Auftraggeber hatte die Rechnung gekürzt und Gegenansprüche, etwa wegen der Vertragsstrafe, geltend gemacht. Hiernach verhandeln die Parteien und einigen sich am Ende auf bestimmte Abzüge von der Rechnung. Dennoch verweigerte der Auftraggeber die Zahlung des Vergleichsbetrages und forderte zunächst die Ausstellung einer Rechnung über den Vergleichsbetrag.

Darauf hat er nach der Entscheidung des OLG Dresden keinen Anspruch. Aus werkvertraglicher Sicht liege eine ordnungsgemäße Abrechnung vor, auch wenn sie nun nicht in voller Höhe aufrechterhalten werde. Auch steuerlich sei eine neue Rechnung nicht erforderlich, da der Umsatzsteuerausweis in der Schlussrechnung in Verbindung mit der Vergleichsvereinbarung eine umsatzsteuerrechtlich hinreichende Rechnung nach § 14 UStG sei. Natürlich ist aber darauf zu achten, dass die Einigung auch schriftlich fixiert wird, damit sie - zusammen mit der Schlussrechnung - als Nachweis akzeptiert wird.

WWW.BAULEITERSCHULUNG.DE

WRD-Schulungen im Winterhalbjahr 2009/2010

Auch im Herbst/Winter 2009 bieten wir wieder unsere erfolgreichen Sammelschulungen an. Aus Platzgründen können wir Ihnen hier nur eine Übersicht über die Seminare bieten. Den jeweiligen genauen Inhalt entnehmen Sie bitte unserer Internetseite www.bauleiterschulung.de. Sämtliche genannten Schulungen bieten wir natürlich auch als Inhouse-Seminare an. Die Schulung findet in diesem Fall speziell für Ihr Unternehmen und in Ihren Räumlichkeiten statt. Natürlich kann der Inhalt dann konkret auf die Bedürfnisse Ihres Unternehmens angepasst werden.

NACHTRÄGE PRÜFBAR ABRECHNEN

Datum: 10.11.2009 **Dauer:** 1 Tag
Teilnehmer: 10 bis max. 20 Personen
Adressatenkreis: Geschäftsführer, Projektleiter und Bauleiter, kaufmännische Angestellte
Referent: Hendrik Bach
Seminarunterlagen: ausführliche Gliederung
Konditionen: € 220,00 zzgl. USt

AUFTRAGSVERHANDLUNG MIT GENERALUNTERNEHMERN

Datum: 18.11.2009 **Dauer:** 1 Tag
Teilnehmer: 10 bis max. 25 Personen
Adressatenkreis: Geschäftsführer, Projektleiter und Bauleiter, kaufmännische Angestellte
Referent: Hendrik Bach
Seminarunterlagen: ausführliche Gliederung, GU-Mustervertrag nebst Checkliste über die wichtigsten Verhandlungspunkte
Konditionen: € 220,00 zzgl. USt

VOB/B FÜR KAUFLEUTE

Datum: 26.11.2009 **Dauer:** 1 Tag
Teilnehmer: 10 bis max. 25 Personen
Adressatenkreis: kaufmännische und geschäftsführende Mitarbeiter der Baubranche
Referent: Markus Fiedler
Seminarunterlagen: Buch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 220,00 zzgl. USt

BAULEITER-SCHULUNG

Datum: 12./13.01.2010 **Dauer:** 2 Tage
Teilnehmer: 10 bis max. 20 Personen
Adressatenkreis: Projekt- und Bauleiter, Poliere, kaufmännische Mitarbeiter
Referenten: Bernd Kimmich, Markus Fiedler
Seminarunterlagen: Buch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 400,00 zzgl. USt

MÄNGELMANAGEMENT

Datum: 26.01.2010 **Dauer:** 1 Tag
Teilnehmer: 10 bis max. 20 Personen
Adressatenkreis: Bau- und Projektleiter, Poliere, bauleitende Architekten
Referent: Markus Fiedler
Seminarunterlagen: Buch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 220,00 zzgl. USt

VOB FÜR POLIERE

Datum: 04.02.2010 **Dauer:** 1 Tag
Teilnehmer: 10 bis max. 20 Personen
Adressatenkreis: Poliere und Vorarbeiter
Referent: Markus Fiedler
Seminarunterlagen: Buch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 220,00 zzgl. USt

NACHTRAGSMANAGEMENT

Datum: 11.02.2010 **Dauer:** 1 Tag
Teilnehmer: 10 – 20 Personen
Adressatenkreis: Geschäftsführer, Bau- und Projektleiter, Poliere, kaufmännische Mitarbeiter und Mitarbeiter aus dem Bereich Angebotsbearbeitung und Kalkulation
Referent: Bernd Kimmich
Seminarunterlagen: Buch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 220,00 zzgl. USt

Die **Anmeldung** zum Seminar ist denkbar einfach: Entweder per Telefon (030 278707), per Fax (030 278706), per E-Mail (berlin@wrdd.de) oder über unsere Internetseite www.bauleiterschulung.de. Für Rückfragen stehen Ihnen die jeweiligen Referenten in unserem Berliner Büro gern zur Verfügung. ■