

EDITORIAL



VON RECHTSANWALT  
DR. ULRICH DIECKERT

In unserem Newsletter für das dritte Quartal 2006 haben wir den Schwerpunkt auf die Kommentierung aktueller Gerichtsentscheidungen gelegt. Dabei befassen wir uns neben dem privaten Baurecht (Annahme eines Nachtragsangebotes, Anrechnung ersparter Aufwendungen im Falle der Kündigung, Eigenverwendung des Sicherheitseinhaltes, Vertragsaufhebung bei § 648 a BGB) auch mit dem Architektenrecht (Rechtscheinhaltung angestellter Architekten) und dem AGB-Recht (Neubeginn der Verjährung bei Nachlieferung?). Zum Vergaberecht wird nicht nur die Problematik der Mehrfachbewerbung in einer Urteilsbesprechung erörtert, sondern auch vom aktuellen Stand zum Vergaberechtschutz unterhalb der Schwellenwerte berichtet. Des Weiteren haben die CRP Bauingenieure einen Beitrag zum Mängelmanagement im Bauwesen verfasst.

Darüber hinaus liegt diesem Newsletter ein Anmeldeformular zu der von uns angebotenen Bauleiter-Sammlerschulung bei. Wir können diese Weiterbildungsveranstaltung zur neuen VOB 2006 nur empfehlen.

Berlin, im Oktober 2006  
Dr. Ulrich Dieckert

## Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

### Beteiligung an Vergabeverfahren als Bieter und Subunternehmer eines anderen Bieters zulässig?

Der Umstand, dass ein Bieter ein eigenes Angebot abgibt und gleichzeitig in dem Angebot eines anderen Bieters als Subunternehmer aufgeführt ist, erfüllt nicht den Tatbestand der unzulässigen Doppelwerbung.

*OLG Düsseldorf vom 13.04.2006*

#### Worum geht es?

An einer öffentlichen Ausschreibung beteiligt sich ein Bieter in zweifacher Weise. Zum einen gibt er ein eigenes Angebot ab. Zum anderen lässt er sich in dem Angebot

eines anderen Bieters als Subunternehmer benennen, mit dem er gesellschaftsrechtlich verbunden ist. Hierüber beschwert sich ein Mitbewerber und bekommt im Nachprüfungsverfahren Recht. Denn

die Vergabekammer ist der Auffassung, dass eine unzulässige Doppelbewerbung vorliege, welche gegen die Grundsätze des geheimen Wettbewerbes verstoße.

#### Die Entscheidung des Gerichts:

Das OLG Düsseldorf sieht die Sache anders. Der Geheimwettbewerb könne nur verletzt sein, wenn der eine Bieter das Angebot des anderen Bieters kennen würde. Dies sei jedoch nicht nachgewiesen worden. Der Umstand allein, dass beide Bieter gesellschaftsrechtlich miteinander verbunden seien,

reiche für die Annahme einer Kenntnis nicht aus. Dies käme nur in Betracht, wenn der eine Bieter den anderen im Sinne der §§ 36 Abs. 2 GWB, 17, 18 AktG beherrschen würde. Aber auch die Tatsache, dass der eine Bieter bei dem anderen Bieter zugleich als Subunternehmer fungieren würde, ließe nicht auf eine Kenntnis

von dessen Angebotspreisen schließen, da der „Doppelbieter“ in seiner Rolle als Subunternehmer andere Preise anbieten würde als gegenüber der ausschreibenden Stelle. Insofern sei ihm nicht notwendigerweise bekannt, welche Preise der andere Bieter anbieten wird.

#### Hinweis für die Praxis:

Die Entscheidung des OLG kann nicht gänzlich überzeugen. Denn gerade bei verbundenen Unternehmen liegt nahe, dass bei einer Bewerbung in der vorliegenden Konstellation vorher über die Preisgestaltung gesprochen wird. Das OLG will jedoch die „Unschuldsvermutung“ gelten lassen und legt es daher dem rügenden Bieter auf, den Beweis darüber zu führen, dass derartige Absprachen tatsächlich stattgefunden haben. Dies dürfte im Einzelfall schwer fallen, weil ein außenstehender Bieter in die Willensbildung seiner konzernrechtlich verbundenen Konkurrenten keinen Einblick hat.

Trotz dieser Entscheidung sollten sich konzernverbundene Unternehmen mit der

Abgabe von Angeboten in dieser oder ähnlichen Konstellationen zurückhalten. Denn erst kürzlich hat die zweite Vergabekammer des Landes Brandenburgs ein Unternehmen aus dem Wettbewerb ausgeschlossen, dessen Tochtergesellschaft in einem vorgelegten Vergabeverfahren den Zuschlag für die Lieferung von Baumaterial erhalten hat, das vom Gewinner der streitgegenständlichen Ausschreibung hätte zwingend bezogen werden müssen. Die Ausschreibung erfolgte in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb. Die Vergabekammer war der Auffassung, dass der Vergabestelle in einem solchen Fall eine gesonderte Obliegenheit bestünde, eine zukünftige, drohende

Wettbewerbsverzerrung durch die Bieterauswahl im Vorfeld des Wettbewerbes zu vermeiden bzw. ihr entgegenzuwirken. Insofern hätte sie die Muttergesellschaft des Baustofflieferanten nicht zur Teilnahme am Wettbewerb auffordern dürfen.

Erst recht nicht hätte der Lieferant des Baumaterials im nachfolgenden Verfahren beteiligt werden dürfen, weil dieser in seiner Doppelfunktion den anderen Bietern gegenüber massiv im Vorteil gewesen wäre. Wir werden diese Entscheidung an gesonderter Stelle noch einmal besprechen.

## Aktuelles

### Handlungsbedarf im Unternehmen wegen der Umsatzsteuererhöhung zum 01.01.2007

Bereits in unserem Newsletter vom Juli 2006 hatten wir auf die bevorstehende Umsatzsteuererhöhung hingewiesen und etwaigen Handlungsbedarf aufgezeigt. Anpassungen sind insbesondere auch in der Buchhaltung und im Rechnungswesen vorzunehmen, um die gesonderte Erfassung von Umsätzen zum alten und zum neuen Steuersatz zu gewährleisten. Auch die Datenverarbeitungsprogramme sind entsprechend umzustellen.

### Prüfung von Dauerleistungsverträgen

Bei Dauerleistungen (Vermietung, Verpachtung, Lizenzen) erfolgt der Vorsteuerabzug oft aufgrund eines Ausweises der Umsatzsteuer in den zugrunde liegenden Verträgen. Daher ist ein Beleg austausch mit den neuen Steuersätzen unter Bezugnahme auf die Altverträge notwendig. Wichtig ist, dass ein infolge der Erhöhung des Steuersatzes geänderter Vertrag für Zwecke des Vorsteuerabzuges des Leistungsempfängers alle nach § 14 Abs. 4 UStG erforderlichen Pflichtangaben enthalten muss. Altverträge gilt es also um die Steuernummer/UST-Id.-Nr. des leistenden Unternehmers und eine fortlaufende Nummer (Rechnungsnummer) zu ergänzen. Weitere Anpassungsnotwendigkeiten im Unternehmen gilt es im Einzelfall zu prüfen ist.

## Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

### Unter welchen Voraussetzungen kann ein Nachtragsangebot stillschweigend angenommen werden?

1. Das Schweigen des Auftraggebers auf ein Nachtragsangebot ist zwar regelmäßig nicht als Zustimmung zu werten. Anders ist dies jedoch dann, wenn nach Treu und Glauben ein Widerspruch des Auftraggebers erforderlich gewesen wäre.
2. Ein Widerspruch gegen ein Nachtragsangebot ist insbesondere geboten, wenn diesem einverständliche und alle wichtigen Punkte betreffende Verhandlungen vorausgegangen sind.

*OLG Jena, Urteil vom 12.01.2006 – 1 U 921/04*  
*BGH, Beschluss vom 08.06.2006 – VII ZR 37/06*

#### Worum geht es?

Der Auftragnehmer (AN) reicht für ein Baulos 1 am 08.11.1999 ein Nachtragsangebot mit einem neuen Einheitspreis wegen einer vom Auftraggeber (AG) angeordneten Änderung der Stärke einer Stahlbetonwand in Höhe von € 268,00 ein. Nach Verhandlungen über die dem AG

zur Verfügung gestellte Kalkulation nimmt der AG dieses Angebot am 17.04.2000 an. Am 18.05.2000 unterbreitet der AN hinsichtlich des Bauloses 2 ein weiteres Nachtragsangebot, das mit demjenigen für das Baulos 1 inhaltlich weitgehend vergleichbar ist. Die Arbeiten am Los 2 beginnen bereits am 14.04.2000.

Der AG reagiert auf das zweite Nachtragsangebot zunächst nicht und lehnt es erst am 25.06.2001 ab, nachdem die Arbeiten längst ausgeführt worden sind. Der AN klagt seinen Werklohnanspruch auf der Grundlage des zweiten Nachtragsangebotes ein.

#### Die Entscheidung des Gerichts:

Der Auftragnehmer gewinnt den Prozess in voller Höhe. Das OLG Jena geht davon aus, dass der AG das zweite Nachtragsangebot jedenfalls durch schlüssiges (konkludentes) Verhalten angenommen habe, weil er die angebotene Werkleistung ausführen ließ,

ohne das Nachtragsangebot bzw. dem darin aufgeführten Einheitspreis ausdrücklich zu widersprechen.

Da der Nachtrag für das Los 2 technisch mit demjenigen für das Los 1 vergleichbar war und diesbezüglich alle wichtigen Punkte besprochen und vom AG auch ausdrück-

lich akzeptiert worden sind, wäre er nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, hinsichtlich des Nachtrages für das Los 2 seinen abweichenden Willen zu äußern bzw. hinsichtlich der Höhe des Nachtrages zumindest einen ausdrücklichen Prüfungsvorbehalt zu erklären.

#### Hinweis für die Praxis:

Die Entscheidung befasst sich mit einem typischen Nachtragsproblem: Der AG schweigt auf ein Nachtragsangebot, lässt die Arbeiten aber „sehenden Auges“ ausführen und behauptet erst im Rahmen der Schlussrechnungsprüfung, dass der Nachtrag entweder bereits dem Grunde oder jedenfalls der Höhe nach nicht berechtigt sei.

Auch wenn das Urteil aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles zutreffend sein mag, darf es nicht zu Fehlschlüssen verleiten. Denn regelmäßig ist das Schweigen im Rechtsverkehr gerade keine ausdrückliche Zustimmung zu

einem Angebot.

Der AN sollte sich deshalb nie auf stillschweigende oder konkludente Anordnungen bzw. Beauftragungen des AG verlassen. Stattdessen sollte er auf Klarheit und Eindeutigkeit bestehen; denn falsch verstandene „Rücksichtnahme“, auch auf Architekten, schaden am Ende in aller Regel dem AN. Reagiert der AG auf ein Nachtragsangebot nicht, sollte der AN vor der Ausführung nachfragen und gegebenenfalls darauf hinweisen, dass er die Nachtragsleistungen vor einer ausdrücklichen Beauftragung - jedenfalls dem Grunde nach - nicht ausführen werde. Dieses Schreiben kann mit einem

Hinweis auf mögliche Behinderungsfolgen für den Fall der nicht fristgemäßen Beauftragung verbunden werden.

Besonders gefährlich ist die Situation dann, wenn Nachtragsangebote aus eigener Initiative des AN eingereicht und die Arbeiten vor einer ausdrücklichen Angebotsannahme ausgeführt werden. Denn dann fehlt es nicht nur an einer Annahme des Angebotes, sondern bereits an einer *Forderung* des AG nach der Ausführung zusätzlicher Leistungen (§ 2 Nr. 6 VOB/B) bzw. einer *Änderungsanordnung* des AG nach § 2 Nr. 5 VOB/B.

**Update**

**Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte?**

Wir hatten in den vergangenen Newslettern über die unterschiedlichen Entscheidungen von Oberverwaltungsgerichten zum Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte berichtet. Zwischenzeitlich sind wiederum zwei divergierende Entscheidungen hinzugekommen. Während das **OVG Nordrhein-Westfalen** mit einer neuerlichen Entscheidung vom 11.08.2006 seine bereits im letzten Jahr vertretene Linie bestätigte, dass für Vergabesachen unterhalb der Schwellenwerte der Verwaltungsrechtsschutz gegeben ist, hat dies das **OVG Berlin-Brandenburg** in einem Beschluss vom 28.07.2006 verneint. Entgegen der Auffassung anderer Oberverwaltungsgerichte ist das OVG Berlin-Brandenburg der Meinung, dass sich das Vergabeverfahren nicht durch die sog. „Zweistufentheorie“ in eine öffentlich-rechtlich einzuordnende Vergabeentscheidung und den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages aufteilen lässt. Denn es fehle hier an einer Mehrphasigkeit bei der Erteilung des Zuschlages. Der Vertragsabschluss sei vielmehr einheitlich als zivilrechtlich zu beurteilen. Insofern sei der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet. Diese Entscheidung ist besonders für Unternehmen aus dem Raum Berlin-Brandenburg misslich, weil bei nationalen Vergabeverfahren in diesen Bundesländern vorerst kein effektiver Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte gegeben ist. →

**Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals**

**Welche ersparten Aufwendungen muss sich der Auftragnehmer im Falle einer freien Kündigung abziehen lassen?**

1. Als ersparte Kosten sind solche abzuziehen, die bei der Durchführung des Auftrages zum Zeitpunkt der Ausführung tatsächlich angefallen wären.
2. Änderungen der Bezugspreise für das Material im Vergleich zum Zeitpunkt der Kalkulation sind ebenso zu berücksichtigen wie Änderungen in dem Personalbestand.
3. Die Personalkosten der fest angestellten Mitarbeiter sind – anders als die der freien Mitarbeiter – nicht erspart, soweit sie nicht kurzfristig abbaubar sind, beispielsweise weil das Arbeitsverhältnis beendet wird.

*OLG Hamm, Urteil vom 23.11.2003 – 24 U 195/01*

**Worum geht es?**

Noch vor Beginn der Ausführung kündigt der Generalunternehmer (GU) den mit seinem Subunternehmer (SubU) abgeschlossenen Stahlbauvertrag. Der SubU rechnet die volle Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen bzw. Kosten ab und verlangt aus

der ursprünglichen Auftragssumme von € 48.800,00 noch € 29.900,00.

Der GU lehnt die Zahlung ab und verweist darauf, dass der SubU bei Ausführung der Leistungen einen Verlust erwirtschaftet hätte. Darüber hinaus seien die abzuziehenden Kosten höher als vom

SubU angegeben, beispielsweise weil es auf die Materialpreise zum Zeitpunkt der Auftragserteilung ankäme. Darüber hinaus müsse sich der SubU die Personalkosten in voller Höhe in Abzug bringen lassen.

**Die Entscheidung des Gerichts:**

Das OLG Hamm verurteilt den GU zur Zahlung von € 20.100,00. Im Ergebnis bestätigt es damit ein Urteil des BGH, in dem entschieden wurde, dass nur solche Kosten abzuziehen sind, die bei der Ausführung der Leistungen auch tatsächlich angefallen wären.

Es kommt infolgedessen darauf an, zu welchen Preisen der SubU das Material bei seinem Lieferanten tatsächlich bezogen hätte. Hinsichtlich

der Personalkosten hat der SubU vorgetragen, dass er die Leistungen zu 80 % durch seine eigenen Mitarbeiter und zu 20 % durch freie Mitarbeiter ausgeführt hätte. Nur deren Kosten sind erspart, die der fest angestellten nicht, weil die Löhne und Abgaben unabhängig vom Bestand des Bauvertrages weiter gezahlt werden müssen.

Weil der GU im Rechtsstreit die Angaben des SubU, die im Übrigen durch ein Sachverständigengutachten im We-

sentlichen bestätigt worden sind, nicht widerlegen konnte, gewinnt der SubU den Rechtsstreit weitgehend.

Auch auf die Frage, ob der SubU bei Durchführung des Vertrages einen Verlust erwirtschaftet hätte, kommt es nicht an. Denn der Vergütungsanspruch im Rahmen einer Kündigungsabrechnung nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B ist nicht mit dem entgangenen Gewinn identisch.

**Hinweis für die Praxis:**

Auftragnehmer übersehen häufig, dass ein Auftraggeber den Bauvertrag jederzeit und ohne Angabe wichtiger Gründe kündigen kann (§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B).

Der Ausgleich für dieses „grundlose“ Kündigungsrecht ist aber, dass der Auftraggeber für die kündigungsbedingt nicht mehr ausgeführten Leistungen die volle vertragliche Vergütung unter Abzug der konkret ersparten Aufwen-

dungen bezahlen muss (§ 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B).

Solche Kündigungsabrechnungen scheitern häufig daran, dass der Auftragnehmer die durch die Nichtausführung ersparten Kosten nicht konkret und prüfbar darlegt.

Das Urteil stellt in Übereinstimmung mit dem Bundesgerichtshof nochmals klar, dass es nicht auf abstrakte Kosten – z. B. Preislisten – oder auf kalkulatorische Annahmen, die später von der Wirklichkeit

überholt werden, ankommt. Entscheidend ist der tatsächliche Aufwand, der bei einer Ausführung der Leistungen angefallen wäre. Das gilt natürlich auch umgekehrt für den Auftraggeber.

Wichtig ist ferner: Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), durch die dem AN Ansprüche nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B abgeschnitten werden sollen, sind nach allgemeiner Ansicht unwirksam.

## →Fortsetzung von S. 3

Ansonsten hängt der unterschwellige Vergaberrechtsschutz derzeit davon ab, in welchem Bundesland das Bauvorhaben ausgeschrieben ist. Nach dem jetzigen Stand der Dinge ist der Vergaberrechtsschutz in folgenden Bundesländern gegeben:

- Rheinland-Pfalz
- Nordrhein-Westfalen
- Sachsen

Ein Primärrechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten wird in folgenden Bundesländern verneint:

- Berlin-Brandenburg
- Niedersachsen
- Baden-Württemberg

In anderen Bundesländern liegen derzeit noch keine Entscheidungen von Obergerichten vor, so dass der Antrag auf einstweilige Anordnung vor einem Verwaltungsgericht einer Lotterie gleichen dürfte.

Was den weiteren Gesetzgebungsprozess angeht, dürfte eine erst jetzt veröffentlichte **Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts** vom 13.06.2006 maßgeblichen Einfluss haben. Danach verletzt es nicht den Gleichheitssatz, wenn der Gesetzgeber den Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte anders gestaltet als den gegen Vergabeentscheidungen, die die Schwellenwerte übersteigen. Nach dieser Entscheidung wird die Bundesregierung wohl keinen Anlass mehr sehen, den Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte besser auszugestalten als bisher. Welchen Einfluss dies auf die künftigen Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte hat, bleibt abzuwarten. Wir werden über diese Entscheidung noch einmal ausführlich berichten.

**Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals****Eigenverwendung des Sicherheitseinbehaltes kann strafbar sein!**

Zahlt der Auftraggeber den Sicherheitseinbehalt nicht auf ein Sperrkonto ein und kann er den Restwerklohn infolge seiner Insolvenz nicht mehr auszahlen, so kann dies den Straftatbestand der Untreue (§ 266 StGB) erfüllen.

*OLG München, Beschluss vom 23.02.2006*

**Worum geht es?**

Der Auftragnehmer (AN) zeigt den Geschäftsführer des Auftraggebers (AG) wegen Untreue gemäß § 266 StGB an. Der Geschäftsführer hatte den Sicherheitseinbehalt nicht auf ein Sperrkonto eingezahlt, sondern anderweitig verwendet. Da der AG mittlerweile in Insolvenz gefallen ist, ist der

Einbehalt für den AN verloren. Die Staatsanwaltschaft erhebt zunächst keine Anklage, weil sie in der Nichteinzahlung auf ein Sperrkonto keine Untreue sieht. Diese setze voraus, dass der AG „fremdes Vermögen“ zu betreuen habe. Das sei hinsichtlich des Sicherheitseinbehaltes nicht der Fall. Der AN legt beim zu-

ständigen OLG Rechtsmittel ein, um die Anklageerhebung zu erzwingen. Der Geschäftsführer des AG beruft sich darauf, dass die Einzahlung auf ein Sperrkonto nach dem Vertrag ausgeschlossen war.

**Die Entscheidung des Gerichts:**

Das OLG München bestätigt zunächst, dass es sich bei der Pflicht zur Einzahlung des Sicherheitseinbehaltes auf ein Sperrkonto sehr wohl um eine Vermögensbetreuungspflicht handele. Der Sicherheitseinbehalt werde immerhin über Jahre einbehalten. Die Pflicht zur Einzahlung auf ein Sperr-

konto gemäß § 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B zeige zudem, dass das einbehaltene Geld nicht (mehr) zum Vermögen des AG gehöre. Es sei vielmehr getrennt auf einem Sperrkonto aufzubehalten. Es gelte deshalb als Fremdgeld.

Daran ändere auch der Abschluss des Sperrkontos im Vertrag nichts. Die Klausel

war nämlich wegen des Verstoßes gegen das AGB-Recht unwirksam. Das allerdings wusste der Geschäftsführer nicht (jedenfalls konnte ihm entsprechende Kenntnis nicht nachgewiesen werden). Deshalb hat das Rechtsmittel des AN im Ergebnis keinen Erfolg.

**Hinweis für die Praxis:**

Das Urteil ist für Inhaber und Geschäftsführer von Bauunternehmen höchst relevant.

Die Entscheidung hat vor allem für den Geschäftsführer einer GmbH nicht nur strafrechtliche, sondern auch zivilrechtliche Folgen. Nach § 823 Abs. 2 BGB kann der Geschäftsführer persönlich in Anspruch genommen werden, wenn er ein so genanntes „Schutzgesetz“ verletzt. Der Untreuetatbestand des § 266 StGB schützt – in Bezug auf den Sicherheitseinbehalt – den AN. Deshalb kann der AN den Geschäftsführer persönlich haftbar machen, wenn der Sicherheitseinbehalt pflichtwidrig nicht auf ein Sperrkonto eingezahlt wurde und es infolgedessen nicht mehr zur Auszahlung des Sicherheits-

einbehaltes kommen kann.

Es gibt allerdings einen Ausweg aus dem Dilemma: Der BGH hat bereits am 13.11.2003 entschieden, dass auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Pflicht zur Einzahlung auf ein Sperrkonto ausgeschlossen werden kann. Das hatte der AG auch im hiesigen Fall versucht, aber eben nicht wirksam. Die Regelung ist jedoch nur wirksam, wenn dem AN ein anderer angemessener Ausgleich zusteht. Dieser besteht regelmäßig in der Ablösbarkeit des Sicherheitseinbehaltes durch eine Bürgschaft (keine Bürgschaft auf erstes Anfordern!). Wird also vereinbart, dass der Sicherheitseinbehalt zwar nicht auf ein Sperrkonto einzuzahlen ist, aber nach Stellung einer Bürgschaft ausgezahlt wird,

dann ist damit das Sperrkonto wirksam ausgeschlossen.

Dann verbleibt es allein bei der Pflicht des AG, den Sicherheitseinbehalt nach Stellung einer Bürgschaft bzw. Ablauf der vereinbarten Frist auszuzahlen. Diese Pflicht ist allerdings nach Ansicht des OLG München keine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB. Deshalb macht sich der Geschäftsführer nicht strafbar, wenn er den Sicherheitseinbehalt (etwa infolge Insolvenz) nicht auszahlt.

Deshalb sei allen Geschäftsführern von Bauunternehmen dringend empfohlen, die Sicherungsabreden in den Subunternehmerverträgen zu prüfen.

**Termine**

**Unternehmergespräch am 29.11.2006**

Wie üblich führen wir auch im zweiten Halbjahr 2006 ein Unternehmergespräch durch. Dabei befassen wir uns mit der **Umsatzsteuererhöhung sowie weiteren steuerrechtlichen Fragen rund um Bau und Immobilie.**

Zu den Auswirkungen der Umsatzsteuererhöhung werden RA Dr. Dieckert aus baurechtlicher und Steuerberaterin Dr. Funk aus steuerlicher Hinsicht Stellung nehmen. Für die Erörterung weiterer baurelevanten Steuerthemen (z. B. Abschreibung von Anschaffungsaufwand, Herstellungskosten und anschaffungsnaher Aufwendungen) haben wir als Referenten einen Mitarbeiter des Finanzamtes gewinnen können.

Die Veranstaltung findet statt am **Mittwoch, dem 29.11.2006.** Einladungen hierzu gehen – wie immer – gesondert heraus.

**VOB-Tag zu Störungen im Bauablauf**

**Referent:**  
RA Dr. Ulrich Dieckert

**Ort/Termin:**  
05.12.2006 in Berlin

**Anmeldung:**  
WEKA Media Verlag  
Kundenservice  
Tel.: 08233 234001

**IBR-Bauleiterschulung**

**Referent:**  
RA Bernd Kimmich

**Ort/Termin:**  
15.11.2006 in Berlin

**Anmeldung:**  
IBR-Verlag  
Frau Stassen  
Tel. 0621 1203218

**Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals**

**§ 648 a BGB: Vertragsaufhebung nur bei ausdrücklicher Kündigungsandrohung**

Fordert der Auftraggeber (AG) nach Abnahme den Auftragnehmer (AN) zur Mängelbeseitigung auf, kann der AN diese von der Stellung einer Sicherheit gemäß § 648 a BGB in Höhe des noch offenen Werklohns abhängig machen. Verstreicht eine zur Stellung der Sicherheit gesetzte angemessene Frist erfolglos, kann der AN durch eine Nachfristsetzung ein Abrechnungsverhältnis herbeiführen. Dafür genügt es jedoch nicht, wenn der AN lediglich ankündigt, nach Ablauf einer weiteren Frist vom Recht zur Erfüllungsverweigerung Gebrauch zu machen.

*OLG Naumburg, Urteil vom 08.06.2005 - 12 U 90/03  
§ 641 Abs. 3, §§ 643, 648a BGB*

**Worum geht es?**

Der AN verlangt nach Abnahme und Schlussrechnung restlichen Werklohn vom AG. Dieser will nur Zug um Zug gegen Beseitigung unstrittig vorhandener Mängel zahlen. Der AN fordert vor Mängelbeseitigung die Stellung einer Sicherheit nach § 648 a BGB innerhalb einer angemessenen Frist. Er kündigt an,

nach Fristablauf vom dem Recht zur Erfüllungsverweigerung Gebrauch zu machen. Der AG stellt die Sicherheit nicht. Aufgrund dessen ist der AN der Auffassung, dass der Vortrag als aufgehoben gilt und der AG kein Zurückbehaltungsrecht mehr habe, da nunmehr ein Abrechnungsverhältnis entstanden sei. Der AG müsse daher den Werk-

lohn abzüglich der einfachen Mängelbeseitigungskosten auszahlen. Der AG ist hingegen der Auffassung, dass kein Abrechnungsverhältnis entstanden sei und er den Werklohn weiterhin bis zur Durchführung der Mängelbeseitigung in dreifacher Höhe der voraussichtlichen Kosten zurückhalten könne.

**Die Entscheidung des Gerichts:**

Das Gericht gibt dem AG Recht. Dieser kann weiterhin die Mängelbeseitigung verlangen und bis dahin den Werklohn in dreifacher Höhe der zu erwartenden Kosten gemäß § 641 Abs. 3 BGB zurückhalten. Insbesondere hat der AN durch das Sicherungsverlangen nach § 648 a BGB unter Nachfristsetzung nicht die Aufhebung des Vertrages herbeigeführt. Denn die bloße Ankündigung, vom Recht zur Erfüllungsverweigerung nach Ablauf einer weiteren Frist

Gebrauch zu machen, genügt zur Herbeiführung eines Abrechnungsverhältnisses nicht. Nach Ablauf einer ersten Frist steht dem AN ein Wahlrecht zu. Er kann die weitere Vertragsdurchführung in der Schwebe halten, ohne dass er die Mängel beseitigt und seinen vollen Vergütungsanspruch verlangen kann. Er kann aber auch durch eine weitere Nachfristsetzung mit Androhung der Vertragsaufhebung gemäß § 643 Abs. 1 BGB die Beendigung der Vertragsbeziehung herbeifüh-

ren. Dies hätte zur Folge, dass sein Werklohnanspruch – gekürzt um den mangelbedingten Minderwert in einfacher Höhe – fällig wird.

Dies muss für den AG aber zweifelsfrei erkennbar sein und erfordert eine ausdrückliche Kündigungsandrohung. Der bloße Vorbehalt einer Kündigung genügt hierfür nicht. Vielmehr muss der AG deutlich erkennen können, dass die Vertragsaufhebung nur noch vom Ablauf der Nachfrist abhängt.

**Hinweis für die Praxis:**

Die Mängelbeseitigung kann grundsätzlich auch nach erfolgter Abnahme von der Stellung einer Sicherheit gemäß § 648 a BGB in Höhe des restlichen Vergütungsanspruches abhängig gemacht werden. Die nach ergebnislosem Ablauf einer ersten angemessenen Frist eintretende „Pattsituation“ kann der AN dadurch auflösen, dass er eine weitere Nachfrist, verbunden

mit einer ausdrücklichen Kündigungsandrohung setzt. Nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist gilt der Vertrag automatisch als aufgehoben. Einer weiteren Kündigungserklärung bedarf es nicht. Von der Kündigungsandrohung sollte also nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn die Vertragsaufhebung tatsächlich gewünscht ist. Denn im Einzelfall kann die Mängelbeseitigung wirtschaftlich günstiger

sein.

Voraussetzung ist stets, dass die Kündigung bzw. Leistungsverweigerung ernsthaft angedroht und nicht lediglich vorbehalten wird. Formulierungen wie: „Nach nochmaligem Fristablauf riskieren Sie eine Kündigung“ genügen nicht. Vielmehr sollte es beispielsweise heißen: „Nach Fristablauf werden wir den Vertrag kündigen/ beenden/ die Mängelbeseitigung endgültig verweigern.“

## Aktuelles

### Die HOAI vor dem Ende?

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat die Vorlage eines Referentenentwurfes der HOAI-Novelle angekündigt. Es muss mit folgenden – tiefen – Einschnitten gerechnet werden:

Grundlage der Honorarabrechnung soll zukünftig nicht mehr die tatsächlichen Baukosten sein, sondern die zwischen den Parteien „frühzeitig“ (d. h. wohl vor Baubeginn) festgelegten Kosten.

Der Anwendungsbereich der HOAI wird auf die Leistungsphasen 1 – 5 reduziert.

Die HOAI wird voraussichtlich zukünftig nur noch kleinere Projekte erfassen. Es ist von einem Tafelendwert im Hochbau von 5 Mio. € die Rede, ebenso von dem Verzicht auf Honorarzonen.

Zur Disposition steht auch die Mindestsatzregelung, denn von Seiten der EU-Kommission werden erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der Regelung mit dem EU-Recht geäußert. Die Mindestsatzregelung sei geeignet, ausländische Wettbewerber am deutschen Markt zu verhindern. Sie widerspreche damit dem Europarecht. Die von den Befürwortern ins Felde geführten Ziele der Mindestsatzregelung (vor allem Wahrung eines Qualitätsstandards) müssten auf anderem Wege gewährleistet werden.

Die weitere Diskussion der HOAI bleibt abzuwarten, der angekündigte Referentenentwurf wird die weitere Richtung zeigen. Wir berichten.

## Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

### Architektenhaftung: Rechtsscheinhaftung angestellter Architekten

1. Der Scheingesellschafter eines Architektenbüros, welches im Rechtsverkehr den Anschein einer BGB-Gesellschaft erweckt, haftet nach § 128 HGB analog persönlich.
2. Für die Frage des Vorliegens einer Scheingesellschaft kommt es auf den Kenntnisstand und die Sicht des konkreten Auftraggebers an.

*LG Hamburg, 325 O 104/05 vom 03.08.2006*  
**§ 128 HGB**

#### Worum geht es?

Die Kläger beauftragten das Projektplanungsbüro Architekten A./B. mit der Durchführung von diversen Architektenleistungen. A. ist Inhaber des Büros, B. nur angestellt. Dem Architekturbüro unterlaufen Planungsfehler, weshalb die Kläger Schadensersatz geltend machen. Die Schäden sind zwischen den Parteien unstrittig. Unstrittig ist weiter, dass A. als Inhaber

des Büros haftet. Fraglich ist allein, ob auch die Beklagte B. den Klägern haftet, obwohl sie nur Angestellte des Büros war.

Die Kläger sind der Ansicht, dass das Projektplanungsbüros nach Außen als BGB-Gesellschaft aufgetreten sei und eine sog. Rechtsscheinhaftung bestehe. So enthielt etwa das Briefpapier des Projektplanungsbüros, auf dem der Architektenvertrag abgedruckt ist, den Briefkopf „Projektpla-

nungsbüro Architekten A./B.“. Im Internet war das Planungsbüro unter „[www.A...B...de](#)“ zu finden.

Die Beklagte wendete ein, sie habe zwar Kenntnis von der Verwendung des Briefkopfs und des Internetauftritts gehabt, allerdings sei sie nur Angestellte gewesen. Ihre Namensangabe auf dem Briefkopf diene nur der Hervorhebung ihrer Qualifikation.

#### Die Entscheidung des Gerichts:

Das Landgericht urteilte, dass die Beklagte für den den Klägern entstandenen Schaden nach § 128 HGB analog haftet und damit wie eine Gesellschafterin des Büros. Die Beklagte hat nach Außen hin den Anschein erweckt, eine BGB-Gesellschaft zu betreiben. Sowohl auf dem zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verwendeten Brief-

kopf als auch der Homepage der Beklagten ist ohne jeden weiteren Hinweis auf die rechtliche Form der Zusammenarbeit vom Projektplanungsbüro A.-B. die Rede. Auch wird darauf hingewiesen, dass beide genannten Personen Architekten sind. Hiermit wird der Eindruck erweckt, dass beide Personen gleichberechtigt tätig sind und am Rechtsverkehr teilnehmen

können. Da ein Hinweis auf eine andere Gesellschaftsform fehlt, wird der Eindruck einer BGB-Gesellschaft erweckt.

Nach ihren eigenen Angaben wusste die Beklagte auch, dass der Briefkopf und die Homepage verwendet wurden. Sie hat jedoch nichts unternommen, um den damit erweckten Anschein zu erschüttern.

#### Hinweis für die Praxis:

Das Urteil des Landgerichts ist die folgerichtige Konsequenz der BGH-Rechtsprechung zur Rechtsscheinhaftung angestellter Rechtsanwälte. Für Rechtsanwälte galten die o. g. Grundsätze schon seit jeher.

Wenn ein Architekt oder Rechtsanwalt nach außen hin wie ein Mitglied einer BGB-Gesellschaft in Erscheinung tritt, muss er sich nach den Grundsätzen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht festhalten lassen, wenn und soweit eine Schutzbedürftig-

keit des auf den Rechtsschein vertrauenden Dritten festzustellen ist.

Auch Architekten kann daher nur empfohlen werden, bei der Namensnennung ihrer Büros, Namensangaben auf Briefköpfen und Internetauftritten Vorsicht walten zu lassen, um keinen Rechtsschein und damit eine personelle Erweiterung der Haftung zu schaffen.

Von der Aufnahme nur angestellter Architekten in den Namen eines Büros möchten wir generell abraten. Werden

Architekten auf dem Briefkopf genannt, dann sollte klarstellend hervorgehoben werden, ob es sich dabei nur um angestellte Architekten handelt.

## Impressum

### Herausgeber:

RA Dr. Ulrich Dieckert  
ROGGELIN WITT WURM  
DIECKERT  
Wirtschaftsprüfer, Steuer-  
berater, Rechtsanwälte

### R.W.W.D. Berlin

Wallstraße 27  
10179 Berlin  
Telefon: 030 278707  
Telefax: 030 278706  
E-Mail: berlin@roggelin.de

### Redaktion / Beiträge:

RA Dr. Ulrich Dieckert  
RA Bernd Kimmich  
RA Markus Fiedler  
RA Martin Hintze  
StB in Dr. Annette Funk  
RA Dr. Jörn Kreuzfeld

### Weitere Nieder- lassungen RWWD:

#### R.W.W.D. Hamburg

Alte Rabenstraße 32  
20148 Hamburg  
Telefon: 040 53028-0  
Telefax: 040 53028-150  
E-Mail: hamburg@roggelin.de  
RA Dr. Jörn Kreuzfeld  
RA Nicolaus Wurm

#### R.W.W.D. Schwerin

Alexandrinstraße 2  
19055 Schwerin  
Telefon: 0385 59003-0  
Telefax: 0385 59003-33  
E-Mail: schwerin@roggelin.de  
RA Wolfgang Leibing  
RA Christoph Schütz

#### R.W.W.D. Dresden

Königstraße 4  
01097 Dresden  
Telefon: 0351 21117-60  
Telefax: 0351 21117-77  
E-Mail: dresden@roggelin.de  
RA in Corinne Ruser

www.roggelin.de

## Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

### AGB gegenüber Baustofflieferanten: Neubeginn der Verjährung bei Nachlieferung?

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Baumarktbetreibers, die zum Abschluss von Kaufverträgen mit Lieferanten verwendet werden, ist folgende Klausel unwirksam: „Für im Wege der Nachlieferung durch den Lieferanten neu gelieferte oder nachgebesserte Teile beginnt die Verjährungsfrist neu zu laufen.“

BGH, Urteil vom 05.10.2005 – VIII ZR 16/05  
§§ 307, 212, 203 BGB

#### Worum geht es?

Ein Baumarktbetreiber verwendet in seinen Allgemeinen Einkaufs- und Zahlungsbedingungen gegenüber seinen Baustofflieferanten die im Leitsatz genannte Klausel. Er wird auf Unterlassung der Verwendung dieser Klausel in

Anspruch genommen. In den ersten beiden Instanzen wird die Klausel mit der Begründung für wirksam erklärt, dass sich die dort geregelte Rechtsfolge ohnehin aus dem Gesetz ergebe, wonach die Verjährung erneut beginnt, wenn der Schuldner den Anspruch

anerkennt (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Da aber kaum Fälle vorstellbar seien, in denen die Nacherfüllung mangelhafter Ware nicht zugleich ein Anerkenntnis des Lieferanten zu sehen sei, sei die Klausel nicht zu beanstanden.

#### Die Entscheidung des Gerichts:

Dieser Argumentation folgt der BGH nicht und erklärt die Klausel unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten für unwirksam. Mangelbeseitigungsmaßnahmen des Verkäufers bzw. Baustofflieferanten können nur dann als Anerkenntnis der Mangelbeseitigungspflicht angesehen werden, wenn er erkennbar nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung des Streits, sondern in dem Bewusstsein handelt, zu den Mangelbeseitigungsmaßnahmen verpflichtet zu sein. Zu berücksichtigen sind dabei vor allem auch der

Umfang, die Dauer und die Kosten der Mangelbeseitigungsarbeiten. Sofern lediglich ein geringfügiger Mangel vorliegt und ohne nennenswerten Aufwand beseitigt werden kann, ist dies nach den äußeren Umständen nicht automatisch als Anerkenntnis einer Mangelbeseitigungspflicht zu werten. Zudem ist denkbar, dass der Lieferant den Mangel nur beseitigt, um die Geschäftsbeziehung nicht zu belasten. Diese Fallgestaltungen berücksichtigt die beanstandete Klausel nicht. Vielmehr soll nach ihrem Wortlaut grundsätzlich jede

Neulieferung oder Nachbesserung die Verjährungsfrist neu in Gang setzen, und zwar unabhängig von Umfang, Dauer und Kosten der Beseitigungsmaßnahmen. Selbst bei einem ausdrücklichen Vorbehalt des Lieferanten wird dem Wortlaut der Klausel nach der Neubeginn der Verjährung nicht verhindert. Aus diesem Grund benachteiligt diese Regelung die Lieferanten des Baumarktes unangemessen und ohne hierfür einen entsprechenden Ausgleich zu gewähren.

#### Hinweis für die Praxis:

Sowohl Lieferanten als auch Bauunternehmer sollten grundsätzlich bedenken, dass eine Neulieferung oder Nachbesserung als Anerkenntnis des Mangels gewertet werden und somit die Verjährung auch ohne vertragliche Regelung neu (also von vorne) beginnen lassen kann (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Sofern die Mangelbeseitigungsmaßnahmen lediglich aus Kulanz und ohne Anerkennung einer Rechts-

pflcht erfolgen, sollte dies ausdrücklich und schriftlich klargestellt werden.

Bei einem VOB/B-Vertrag ist § 13 Nr. 5 Satz 3 VOB/B beachten. Nach dieser Regelung beginnt eine Verjährungsfrist von zwei Jahren nach Abnahme der Mangelbeseitigungsleistungen neu, und zwar unabhängig davon, ob ein Anerkenntnis vorliegt oder nicht.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die VOB/B in § 13

Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 eine Möglichkeit zur Unterbrechung der Verjährung durch erste schriftliche Mängelrüge enthält. Deshalb verjährt der Mangelbeseitigungsanspruch in Bezug auf die gerügten Mängel frühestens innerhalb von zwei Jahren nach Zugang der schriftlichen Mängelrüge.

### Mängelmanagement im Bauwesen

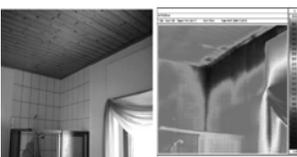
#### Die Gebäudethermografie - Baumängel zerstörungsfrei erkennen

Pünktlich zum Beginn der kälteren Jahreszeiten werden Mängel am Wärme- und Feuchteschutz unserer Gebäude wieder verstärkt Anwälte und Gutachter beschäftigen. Bevor mit großem Aufwand zerstörende Untersuchungen an der Bausubstanz durchgeführt werden, bietet es sich häufig an, mit Hilfe der Gebäudethermografie zerstörungsfrei und kostenschonend Mängel aufzuspüren und beweiskräftig zu dokumentieren.

Seit etwa 30 Jahren wird die Infrarot-Thermografie als zerstörungsfreie Untersuchungs- und Prüfmethode im Bauwesen angewandt.

#### Anwendungen der Bauthermografie

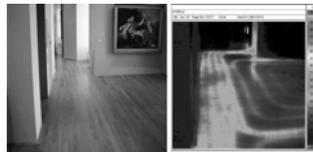
Ziel der Thermografie ist in der Regel die Anfertigung von Momentaufnahmen, mit denen die Oberflächentemperatur bzw. -verteilung in einem Bild dargestellt wird. Aufbauend auf der festgestellten Oberflächentemperaturverteilung wird ermittelt, wo wärmetechnische Unregelmäßigkeiten, beispielsweise infolge von Wärmebrücken, unterschiedlichen Feuchtegehalten der Baustoffe oder ungewollten Luftströmungen, vorhanden sind.



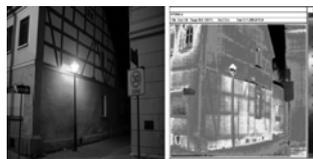
Auswirkung eines ungedämmten Ringbalkens auf die Innenoberflächentemperatur (Kombination einer geometrischen und stofflichen Wärmebrücke)

Als weiteres Anwendungs-

gebiet kann die Thermografie zur Lokalisierung von Konstruktionseinzelheiten dienen. Dies kann zum Beispiel Fragestellungen zur Lage und Funktionsfähigkeit von Fußbodenheizungen, die Lage metallischer Ankerkonstruktionen bei mehrschichtigen Außenwandkonstruktionen oder die Sichtbarmachung von Fachwerkstrukturen betreffen



Heizleitungen zeichnen sich auf dem Parkettfußboden ab



Sichtbarmachung verputzter Fachwerkstrukturen mit Hilfe der Thermografie

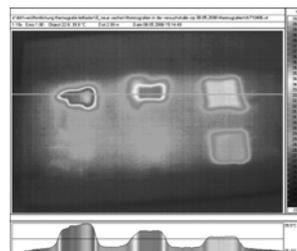
#### Anwendung aktiver Thermografie (Impulsthermografie)

Im Rahmen von in unserem Hause durchgeführten Versuchsreihen wurden auch Untersuchungen zur Anwendung der aktiven Infrarotthermografie im Bauwesen initiiert. Von aktiver Thermografie spricht man, wenn die in einem Objekt gespeicherte Wärmeenergie für die thermografische Erkennung nicht oder zu gering vorhanden ist und somit das Untersuchungsmaterial aktiv aufgewärmt oder abgekühlt werden muss. Hierbei wird ein Temperaturgradient oder Wärmefluss auf der Oberfläche in das Material hinein erzeugt. Im einfachsten Fall kann eine

Erwärmung z. B. durch kurzzeitiges Bestrahlen mit Hochleistungsscheinwerfern erfolgen. Hierdurch kann die Thermografie auch in den wärmeren Jahreszeiten angewandt werden. Die Möglichkeiten dieser aktiven Thermografie kann an folgendem Beispiel des Detektierens von Wassereinschlüssen unterhalb einer Abdichtung (z. B. Flachdach) dargestellt werden:

In einem Probekörper aus Polystyrol wurden verschieden tiefe Hohlkammern eingeschnitten. In einige Kammern wurde Wasser eingebracht, andere Kammern blieben leer. Abschließend wurden die Kammern durch eine durchsichtige Folie abgedeckt und anschließend thermografiert.

Die Auswirkung einer aktiven Wärmezufuhr (z. B. durch Sonnenenergie beim Flachdach, beim Versuch durch Heizstrahler) ist im folgenden Thermogramm gezeigt. Durch die höhere Wärmespeicherfähigkeit weist das Wasser nach der Erwärmung gegenüber der umgebenden Abdichtung eine höhere Temperatur auf, dies lässt sich im Thermogramm sehr gut darstellen. Diesen Effekt nutzt man auch beim Thermografieren von Flachdächern mit oberflächennahen Feuchteinschlüssen aus.



Thermogramm zeigt das gegenüber der Abdichtung wärmere Wasserservoir

#### Anwendung in Verbindung mit der Blower-Door

Zur Aufdeckung und Verifizierung von Undichtigkeiten an der Gebäudehülle ist das Differenzdruckverfahren (umgangssprachlich: Blower-Door-Verfahren) entwickelt worden. Eine thermografische Untersuchung mit Unterstützung durch das Blower-Door-Verfahren ist sehr gut geeignet, vorhandene Luftdichtigkeiten viel intensiver zu Tage treten zu lassen und somit Fehlstellen einfacher und schneller aufzudecken. Hierzu wird mit Hilfe der Blower-Door beispielsweise im Überdruckverfahren innen ein größerer Druck als außen aufgebaut. An potentiellen Fehlstellen durchströmt die warme Innenluft die Konstruktion und tritt an der Außenseite aus. Hierbei erwärmt sich diese Stelle und kann durch die bildgebende Thermografie auf der Außenseite sichtbar gemacht werden. Hierbei sei angemerkt, dass die CRP Bauingenieure auch über ein Nebelgerät verfügen, mit dem Prüfrauch durch die potentiellen Fehlstellen nach außen gedrückt werden kann. Diese Methode ist optisch meist sehr anschaulich.

CRP Ingenieurgesellschaft  
Cziesielski, Ruhnu  
+ Partner GmbH  
Max-Dohm-Straße 10  
10589 Berlin  
Tel.: 030/349906-0  
Fax: 030/349906-999  
E-Mail: crp@crp-berlin.de  
www.crp-bauingenieure.de

