

BAURECHTS-REPORT 4/2012

Aktuelle Baurechtsinformationen für die Praktiker am Bau

Wichtige Urteile

Unberechtigte Teilkündigung des Auftraggebers: Wie kann der Auftragnehmer reagieren?

Das Problem

Spricht der Auftraggeber die Teilkündigung eines Bauvertrages aus, ohne dass die Voraussetzungen hierfür vorliegen, fragt sich, wie der Auftragnehmer hierauf reagieren kann.

Fall:

Der Auftragnehmer ist im Rahmen eines VOB-Vertrages mit der Ausführung von Wärmedämmarbeiten an der Fassade eines Gebäudes beauftragt. Die Arbeiten sind zwar in drei Bauabschnitte aufgeteilt, inhaltlich jedoch identisch. Da es schon beim ersten Bauabschnitt zu Verzögerungen kommt, spricht der Auftraggeber für die noch nicht begonnenen Bauabschnitte 2 und 3 eine Kündigung aus. Der Auftragnehmer ist der Auffassung, dass diese Kündigung unberechtigt ist, da es sich um eine unzulässige Teilkündigung handelt. Er kündigt nun seinerseits den Vertrag und verlangt vom Auftraggeber den Ersatz seines Schadens.

Zu Recht?

Die Entscheidung

Der BGH – Az.: VII ZR 118/10 – gibt dem Auftragnehmer mit Urteil vom 08. 03. 2012 dem Grunde nach Recht.

1. Der Auftraggeber hat den Vertrag nicht insgesamt gekündigt, sondern hat nur eine **Teilkündigung** ausgesprochen. Die dafür in der VOB/B genannten Voraussetzungen liegen jedoch nicht vor.

Eine Teilkündigung ist nur zulässig, wenn sie sich auf einen „in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung“ bezieht (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B). Leistungsteile **desselben Gewerks** stellen grundsätzlich **keinen in sich abgeschlossenen Teil der Leistung** dar, auf den die Entziehung des Auftrags nach **§ 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B** beschränkt werden kann.

Die drei „Bauabschnitte“ sind vielmehr als einheitliche Leistung zu werten. Eine Aufteilung in „in sich abgeschlossene Teile“ im Sinne der genannten VOB-Regelung ist nicht möglich.

2. Da die Voraussetzungen für die vom Auftraggeber ausgesprochene Teilkündigung also nicht vorliegen, und die Kündigung damit unzulässig ist, steht dem **Auftragnehmer** nun seinerseits das Recht zu, den Vertrag **aus wichtigem Grund zu kündigen** und vom Auftraggeber **Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB** zu verlangen.

Der diesbezügliche Schaden des Auftragnehmers besteht aus der vereinbarten Vergütung für die nicht erbrachten Leistungsteile, abzüglich der durch die unterbliebene Ausführung ersparten Aufwendungen. Hierbei muss sich der Auftragnehmer anrechnen lassen, was er durch „anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebs erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt“ (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B).

Jetzt alle Baubücher auch im Internet unter www.vob-buecher.de

§ 8 Abs. 3 VOB/B
§ 280 Abs. 1 BGB

Schadensersatz
– wegen unberechtigter Auftraggeber-Teilkündigung

Wenn die Voraussetzungen für eine vom Auftraggeber ausgesprochene Teilkündigung nicht vorliegen, kann der Auftragnehmer nun seinerseits den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen und Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB verlangen.

B Bauinnung
München

Information für Mitglieder

§ 634a Abs. 3 BGB
§ 195 BGB

Arglistige Täuschung
– Voraussetzungen

Ein Bauunternehmer verschweigt einen Gründungsmangel arglistig, wenn er in Kenntnis seiner dahingehenden vertraglichen Verpflichtungen die zur Vermeidung einer fehlerhaften Gründung gebotenen Bodenuntersuchungen nicht vorgenommen hat und er den Besteller bei der Abnahme des Hauses darauf und auf die damit verbundenen Risiken nicht hinweist.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Es entspricht ständiger Rechtsprechung des BGH¹⁾, dass „in sich abgeschlossene Teile der Leistung“ desselben Gewerks im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B nur bei klarer **räumlicher oder zeitlicher Trennung** anzunehmen sind. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Leistungen an **verschiedenen Gebäuden** auszuführen sind.
- ▶ Die Vertragspartner können sich allerdings darauf **einigen**, einen Teil der vereinbarten Leistung unter Ausschluss von Schadensersatzansprüchen entfallen zu lassen. Es ist dann allerdings dringend zu empfehlen, eine solche Vereinbarung eindeutig zu formulieren und in schriftlicher Form abzufassen.

– Rechtsanwalt Eckhard Frikell, Lehrbeauftragter für Baurecht, München –

Verlängerte Gewährleistungsfrist: Wann handelt der Auftragnehmer „arglistig“?

Das Problem

Die gesetzliche Regelverjährungsfrist für Baumängel beträgt bekanntlich fünf Jahre. Sie kann sich allerdings auf bis zu zehn Jahre verlängern, wenn der Auftragnehmer „arglistig“ gehandelt hat (§ 634a Abs. 3 BGB, § 195 BGB). Die Frage, wann von „arglistigem Handeln“ gesprochen werden muss, ist häufig nicht einfach zu beurteilen.

Fall:

Nach dem abgeschlossenen Werkvertrag zum Bau einer Reihenhäuseranlage ist der Auftragnehmer verpflichtet, Bodenuntersuchungen vorzunehmen, um das Risiko einer fehlerhaften Gründung gering zu halten. Hierzu sind Baugrunduntersuchungen bis zu einer Tiefe von 6 m erforderlich.

Der Auftragnehmer weiß, dass im Baugebiet (einer ehemaligen Industriebrache) mit unterschiedlichen Bodenverhältnissen zu rechnen ist und dass auf dem zu bebauenden Grundstück breite und tief gehende Fundamentreste vorhanden sind. Trotzdem unterlässt er die genannten Bodenuntersuchungen, weil er glaubt, dass es ausreiche, nach Aushebung der Baugrube und Entfernung der Fundamentreste eine Schotter- und Sandschicht von etwa 50 cm Stärke einzubringen und zu verdichten und die Reihenhäuser auf einer ca. 25 cm starken, in zwei Teilen gegossenen Stahlbetonplatte zu gründen.

Mangels tauglicher Gründung kommt es zu gravierenden Rissebildungen an den Gebäuden.

Handelte der Auftragnehmer arglistig?

Die Entscheidung

Der BGH hat diese Frage mit Urteil vom 08. 03. 2012 – Az.: VII ZR 116/10 – **bejaht**.

„Ein Unternehmer verschweigt einen offenbarungspflichtigen Mangel arglistig, wenn ihm dieser bei der Abnahme bekannt ist und er ihn dennoch nicht offenbart. Dabei reicht es für die Kenntnis des Mangels aus, dass der Unternehmer die für den Mangel ursächliche, vertragswidrige Ausführung der Werkleistung erkannt hat.“

Wenn ein Unternehmer trotz Kenntnis der problematischen Bodenverhältnisse von einer erforderlichen Baugrunduntersuchung Abstand nimmt, verstößt er vorsätzlich gegen die anerkannten Regeln der Technik. Im Hinblick auf die „überragende Bedeutung“ einer mangelfreien Gründung ist in diesem Verstoß ein arglistiges Handeln zu sehen, wenn er den Auftraggeber nicht auf das damit verbundene Risiko hinweist.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Nach Ansicht des BGH ändert sich an diesem Ergebnis nichts, wenn der Auftragnehmer bei der Vertragsdurchführung angenommen hat, dass das von ihm gewählte Gründungsverfahren ausreichend sei. „Denn für die Annahme des arglistigen Verschweigens eines Mangels ist es nicht erforderlich, dass der Unternehmer bewusst die Folgen der vertragswidrigen Ausführung in Kauf genommen hat. Es reicht aus, dass er die Vertragswidrigkeit der Ausführung und das sich daraus

¹⁾ BGH vom 20. 08. 2009 – Az.: VII ZR 212/07 – in Baurechts-Report 2010, Seite 21.

ergebende Risiko erkannt und seinem Vertragspartner treuwidrig nicht mitgeteilt hat.“ Die bloße „Hoffnung“, das in seinem Handeln liegende Risiko werde nicht eintreten, lässt den Vorwurf der Arglist nicht entfallen.

– Rechtsanwalt Dr. Olaf Hofmann, Lehrbeauftragter für Baurecht, München –

Verzögerter Zuschlag: Welche Mehrkosten kann der Auftragnehmer verlangen?

Das Problem

Verzögert sich bei einem öffentlichen Auftrag der Zuschlag durch ein von einem Mitbieter eingeleitetes Vergabenaachprüfungsverfahren, so trägt der Auftraggeber das hierdurch entstandene Verzögerungsrisiko und muss einer Preisanpassung nach den Grundsätzen des § 2 Abs. 5 VOB/B (Vertragsänderung) zustimmen.²⁾ Die Frage, welche Mehrkosten der Auftragnehmer verrechnen darf, führt dabei immer wieder zu Streitigkeiten.

Fall:

Die Zuschlagsfrist ist in den Ausschreibungsunterlagen auf den 31. 03. 2003 festgesetzt. Durch Bieter Einsprüche wird die Zuschlagsfrist mehrfach und zuletzt auf den 30. 11. 2003 verlängert, sodass der günstigste Bieter erst am 03. 11. 2003 den Zuschlag erhält und am 17. 11. 2003 mit den Arbeiten beginnt. Der Fertigstellungstermin wird entsprechend verschoben. Der Auftragnehmer fordert als Mehrkosten

– zum einen die Personalvorhaltekosten für die Zeit bis zum 17. 11. 2003 und

– zum anderen die Mehrkosten während der Bauzeit.

Zu Recht?

Die Entscheidung

Das OLG Düsseldorf hat hierzu mit Urteil vom 23. 11. 2011 – Az.: U (Kart) 12/11 – Folgendes ausgeführt:

Bei Ermittlung der Mehrkosten ist sorgfältig zwischen den vorvertraglichen Kosten und dem Mehraufwand während der Bauzeit zu unterscheiden:

- Soweit es um die **vorvertraglichen Mehrkosten (bis zur Zuschlagserteilung am 03. 11. 2003)** geht, kann der Auftragnehmer nur dann Ersatz verlangen, wenn der Auftraggeber beim Auftragnehmer das „Vertrauen“ erweckt hat, dass er mit einer „unmittelbar zu erwartenden Beauftragung“ rechnen könne (§ 241 Abs. 2 BGB, § 280 Abs. 1 BGB, § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Nur dann hatte der Auftragnehmer Veranlassung, sofort Vorkehrungen zu treffen, sich durch Vorhaltung von Personal leistungsbereit zu halten. Die bloße Mitteilung des Auftraggebers, er beabsichtige, an den Auftragnehmer den Zuschlag zu erteilen, reicht nicht aus, um einen solchen „Vertrauenstatbestand“ anzunehmen.
- Soweit es um die **Mehrkosten während der Vertragsabwicklung** geht, sind diese in entsprechender Anwendung von § 2 Abs. 5 VOB/B erstattungsfähig. Allerdings ist hierbei zu beachten, dass der Auftragnehmer bei der Mehrkostenberechnung nicht einfach seinen kalkulierten Angebotspreis den tatsächlichen Mehrkosten gegenüberstellen und die Differenz verlangen kann. **Für die Vergleichsrechnung sind vielmehr die Preise „maßgebend, die der Auftragnehmer bei Einhaltung der geplanten Bauzeit hätte zahlen müssen“.** Bei Gegenüberstellung mit den tatsächlichen Mehrkosten ist zu beachten, dass die Preisrisiken, die ausschließlich während der Laufzeit der Bindefrist entstehen, vom Auftragnehmer selbst zu tragen sind.³⁾

Hinweise für die Praxis

- ▶ Der Auftragnehmer ist verpflichtet, im Falle eines Rechtsstreits diese Mehrkosten konkret darzulegen. Weil dies im Einzelfall nicht einfach ist, wird sich häufig anbieten, hierzu einen einschlägigen Sachverständigen einzuschalten.

– HO –

²⁾ BGH vom 11. 05. 2009, Baurechts-Report 2009, Seite 17.

³⁾ BGH vom 10. 09. 2009, Baurechts-Report 2009, Seite 34.

§ 2 Abs. 5 VOB/B

Zuschlag

– Verzögerung

Bei Ermittlung der Mehrkosten wegen einer Zuschlagverzögerung ist zwischen den vorvertraglichen Kosten und den Mehrkosten während der Bauzeit zu unterscheiden. Dabei sind die vorvertraglichen Mehrkosten nur dann vergütungsfähig, wenn der Auftraggeber beim Auftragnehmer das Vertrauen erweckt hat, dass er mit einer unmittelbar zu erwartenden Beauftragung rechnen könne.

Eine wirksame Beanstandung der Prüffähigkeit einer Schlussrechnung nach VOB/B muss erkennen lassen, dass der Auftraggeber nicht dazu bereit ist, in die sachliche Rechnungsprüfung einzutreten, solange ihm der Auftragnehmer keine nachvollziehbare Abrechnung vorlegt.

BAURECHTS-REPORT

Druck+Verlag Ernst Vögel GmbH
Kalvarienbergstr. 22 · 93491 Stamsried
Tel. (09466)9400-0 · Fax (09466)1276
Internet: <http://www.vob-buecher.de>
<http://www.voegel.com>
E-Mail: voegel@voegel.com

Verantwortlich für den Inhalt:
RA Eckhard Frikell und Dr. Olaf Hofmann

Erscheint 1x monatlich
Bezugspreis: 29,40 Euro pro Jahr
(einschl. MwSt., zzgl. Versand)

Wiedergabe des Inhalts – auch auszugsweise – nur mit Genehmigung des Verlags
Trotz gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge kann keine Haftung für deren Inhalt übernommen werden.

ISSN 1433-4127

© VOB-Verlag Ernst Vögel OHG,
D-93491 Stamsried, 2012

VOB-Vertrag: In welcher Form muss der Auftraggeber die mangelnde Prüfbarkeit einer Rechnung rügen?

Das Problem

Nach der Rechtsprechung des BGH und nunmehr auch nach dem Wortlaut von § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B⁴⁾ tritt bei einem VOB-Vertrag – Abnahme vorausgesetzt – die Fälligkeit des Werklohns auch dann ein, wenn die Schlussrechnung zwar objektiv nicht prüfbar ist, der Auftraggeber diesen Einwand aber nicht innerhalb von 2 Monaten nach Zugang der Rechnung erhoben hat.

Für den Auftraggeber stellt sich deshalb die Frage, wie der Einwand mangelnder Prüfbarkeit zu formulieren ist.

Fall:

Innerhalb der Frist von 2 Monaten nach Zugang der Schlussrechnung beanstandet der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer in schriftlicher Form, dass er die Rechnung beanstande und für nicht fällig halte, da sie „wegen der Lage des Gebäudes in einem Sanierungsgebiet keine detaillierte Auflistung“ enthält. Der Auftragnehmer reagiert hierauf erst nach Ablauf der 2-monatigen Prüffrist mit dem Hinweis, dass die Rechnung nun zur Zahlung fällig sei.

Die Entscheidung

Das OLG Brandenburg – Az.: 4 U 7/10 – gibt dem Auftragnehmer mit Urteil vom 25. 01. 2012 Recht.

Zwar ist beim VOB-Vertrag zum Eintritt der Fälligkeit eines Werklohnsanspruchs neben der Abnahme grundsätzlich die Vorlage einer prüffähigen Schlussrechnung erforderlich (§ 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B).

Um eine wirksame Beanstandung der Prüffähigkeit einer Rechnung zu erheben, muss der Auftraggeber dem Auftragnehmer aber innerhalb der Frist von 2 Monaten nach Rechnungszugang **„verdeutlichen, dass er nicht bereit ist, in die sachliche Auseinandersetzung einzutreten, solange er keine prüffähige Rechnung erhalten hat“**.

Vorliegend erschöpft sich der Erklärungswert des Schreibens des Auftraggebers jedoch auf den Hinweis darauf, dass aus seiner Sicht die vereinbarten Fälligkeitsvoraussetzungen nicht gegeben sind.

Dies stellt jedoch **keine hinreichend konkrete Erklärung** dar, aus der sich ergibt, dass der Auftraggeber **zu einer Rechnungsprüfung nicht bereit** ist.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Der Auftraggeber sollte sich nicht auf den Hinweis beschränken, mangels Prüfbarkeit nicht bereit zu sein, in eine Rechnungsprüfung einzutreten. Er sollte dem Auftragnehmer zusätzlich auch **mitteilen, weshalb die Rechnung für ihn nicht prüfbar ist**.
- ▶ Auch wenn sich der Auftraggeber mangels rechtzeitigen Hinweises nicht mehr auf die fehlende Prüfbarkeit der Rechnung berufen kann, bedeutet dies nicht, dass er nach Ablauf der 2-Monatsfrist mit inhaltlichen Einwendungen gegen die Rechnung ausgeschlossen ist.

Der unterbliebene Hinweis führt nur dazu, dass die **Rechnung trotz mangelnder Prüffähigkeit fällig** ist. Inhaltliche Einwendungen – beispielsweise wegen überhöht abgerechneter Mengen – kann der Auftraggeber auch jetzt noch erheben.

– FRI –

Berichtigung

Im Baurechts-Report 3/12 auf Seite 10, „Die Entscheidung“ vorletzter Absatz, vorletzte Zeile muss es heißen, dass dem **Verkäufer** kein Recht zur Verweigerung der Nacherfüllung zusteht.

⁴⁾ Ab der VOB/B, Fassung 2006.