

BAURECHTS-REPORT 11/2019

Aktuelle Baurechtswisinformationen für die Praktiker am Bau

Wichtige Urteile

Verlängerte Gewährleistungsfrist: Wann muss sich der Generalunternehmer eigenes Organisationsverschulden oder die Arglist eines Subunternehmers zurechnen lassen?

Das Problem

Die Regelgewährleistungsfrist im VOB-Vertrag beträgt 4 Jahre seit Abnahme. Allerdings haftet der Unternehmer bis zu 10 Jahre (§§ 634a, 195, 199 Abs. 3 BGB), wenn er bei der Abnahme den Mangel arglistig verschwiegen hat oder ihm ein so genannter Organisationsmangel anzulasten ist. Die einzelnen Voraussetzungen für diese Tatbestände beschäftigen immer wieder die Gerichte.

Fall:

Der Auftraggeber (AG) beauftragt den Generalunternehmer (GU) mit der schlüsselfertigen Herstellung eines Gebäudes. Vertragsgrundlage ist die VOB/B. Der vom GU eingesetzte Subunternehmer (SU) für Sanitärleistungen verursacht gravierende Mängel, die allerdings erst nach Ablauf der VOB-Gewährleistungsfrist festgestellt und gerügt werden. Der GU wendet daher gegenüber dem AG Verjährung ein. Der AG hält dem entgegen, dass die Mängel auf einem Organisationsverschulden des GU oder auf einem dem GU zurechenbaren arglistigem Verhalten des SU beruhen.

Welche Voraussetzungen müssen vorliegen, um hier eine verlängerte Verjährungsfrist annehmen zu können?

Die Entscheidung

Das OLG Köln hat hierzu mit Beschluss vom 14. 09. 2018 – Az.: 16 U105/17 –¹⁾ Folgendes ausgeführt:

1. Organisationsverschulden des GU

„Der Unternehmer, der ein Bauwerk arbeitsteilig herstellen lässt, muss die organisatorischen Voraussetzungen schaffen, um sachgerecht beurteilen zu können, ob dieses bei Ablieferung mangelfrei ist. Unterlässt er dies und hätte der Mangel bei richtiger Organisation entdeckt werden können, gilt die verlängerte Gewährleistungsfrist“. **Dabei ist zu beachten, dass einem „Generalunternehmer, der das Werk durch Nachunternehmer herstellen lässt, ein Verschulden nicht allein deshalb angelastet werden kann, weil der Nachunternehmer die Herstellung des ihm übertragenen Werks seinerseits nicht richtig organisiert“.** Der GU haftet nur für eigenes Organisationsverschulden.

2. Arglistiges Verhalten des Subunternehmers

Arglistig handelt, wer „bewusst einen offenbarungspflichtigen Umstand verschweigt“. Dabei muss sich der ausführende Unternehmer nur die Kenntnis solcher Mitarbeiter zurechnen lassen, „deren er sich bei der Erfüllung seiner

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

§ 13 Abs. 4 VOB/B,
§ 195 BGB

Verjährungsfrist
– bei Arglist
– bei Organisationsmängeln

Es gilt eine Gewährleistungsfrist bis zu 10 Jahren, wenn der GU nicht die organisatorischen Voraussetzungen dafür schafft, um sachgerecht beurteilen zu können, ob das Werk des Subunternehmers bei Abnahme mangelfrei ist oder ein arglistiges Verhalten anzunehmen ist.

¹⁾ Der BGH hat mit Beschluss vom 22. 05. 2019 – Az.: VII ZR 207/18 – die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen.

Vertragspflichten bedient (§ 278 BGB), dem Besteller die Mängel seiner Leistung zu offenbaren“. Erfüllungsgehilfe in diesem Sinne ist in der Regel derjenige, der mit der Ablieferung des Werks an den Besteller betraut ist oder dabei mitwirkt, **also z. B. der zur Überwachung eingesetzte Bauleiter. Dabei ist zu beachten, dass der GU auch für das arglistige Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen, also hier des Bauleiters seines Subunternehmers haftet.**

Hinweise für die Praxis

- ▶ Der Auftraggeber hat das Problem, dass er die Darlegungs- und **Beweislast** für behauptete Organisationsmängel oder arglistiges Verhalten trägt.
- ▶ Für die Voraussetzungen einer **Organisationspflichtverletzung** muss der Auftraggeber grundsätzlich Tatsachen vortragen, aus denen sich **eine Fehlorganisation der Überwachung des Bauherstellers** ergibt. Ob sich dabei allein aus der **Schwere eines Mangels** der Anschein einer Organisationspflichtverletzung ergeben kann, ist derzeit in der Rechtsprechung noch nicht eindeutig geklärt.
- ▶ Auch für **arglistiges Verhalten** des GU oder dessen Subunternehmer trägt der AG die Beweislast. Im Einzelfall kann sich die **Beweislast zu Gunsten des Auftraggebers umkehren**, „wenn nämlich der **Mangel so auffällig** ist, dass der Unternehmer oder seine Repräsentanten ihn nach der Lebenserfahrung erkannt und als Mangel eingeordnet haben“. **Allerdings:** „Das Vorhandensein eines besonders schweren Mangels reicht für sich genommen nicht für die Annahme eines Organisationsverschuldens aus“.

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

§ 2 Abs. 6 VOB/B Nachtragspreise – Berechnung

VOB/B-Vertrag: Nach welcher Methode sind Nachtragspreise zu berechnen?

Das Problem

Die Vergütung einer im VOB-Vertrag nicht vorgesehenen Leistung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung (§ 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B).

Hierbei fragt sich, ob die Vergütung für einen Nachtrag aus der Preiskalkulation des ursprünglichen Vertrages oder anhand der tatsächlichen Kosten der geforderten Nachtragsleistung herzuleiten ist.

Fall:

Im Rahmen der Errichtung einer Eisenbahnbrücke hat der Auftragnehmer (AN) u. a. nach den im LV genannten Einheitspreisen eine festgelegte Anzahl von Abdeckungen für Kabelkanäle zu erstellen, während in den vom Auftraggeber (AG) beigefügten Plänen noch weitere, im LV nicht genannte Abdeckungen eingezeichnet sind. Für diese zusätzlichen Abdeckungen legt der AN ein Nachtragsangebot in Höhe von 30.499,13 Euro vor. Die Nachtragspreise leitet er aus seiner Auftragskalkulation her.

Hat der Auftragnehmer die Nachtragspreise nach dieser Methode zutreffend berechnet?

Die Entscheidung

Das Kammergericht – Az.: 21 U 160/18 – spricht dem Auftragnehmer die geforderte Nachtragsvergütung mit Urteil vom 27. 08. 2019 in vollem Umfang mit folgender Begründung zu:

Zwar hat der Auftragnehmer seine Nachtragspreise auf der Grundlage seiner ursprünglichen Kalkulation ermittelt, statt sie an den tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten der Nachtragsleistung zu orientieren.

Denn „die Preiskalkulation des Unternehmers ist nur ein Hilfsmittel... Ist die Preisermittlung zwischen den Parteien **umstritten**, kommt es nicht auf die Kosten an, die der Unternehmer in seiner Kalkulation angesetzt hat“..., sondern auf denjenigen Aufwand, der ihm **aufgrund der Leistungsänderung tatsächlich entsteht**.

Dies ist jedoch für die Entscheidung nicht relevant, da der Auftraggeber nicht behauptet hat, dass der kalkulatorische Preisansatz des Auftragnehmers vom tatsächlichen Kostenaufwand der Nachtragsleistung abweicht. Deshalb ist davon auszugehen, dass

Für die Berechnung eines Nachtragspreises nach VOB/B ist die Preiskalkulation des AN nur ein Hilfsmittel. Maßgeblich sind diejenigen Kosten, die für die geänderte Leistung tatsächlich entstanden sind.

die vom Auftragnehmer kalkulierten Kosten des ursprünglichen Angebots mit dem tatsächlich anfallenden Aufwand der Nachtragsleistung übereinstimmen.

Hinweise für die Praxis

- Der im Urteil festgestellte Grundsatz, dass für die Bildung eines Nachtragspreises nicht der Kalkulationsansatz der ursprünglichen Preisberechnung, sondern die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten der geänderten Leistung maßgeblich sind, gilt nach Auffassung des Kammergerichts nicht nur für einen Nachtrag aufgrund einer zusätzlichen Leistung nach § 2 Abs. 6 VOB/B, sondern **auch für die Preisermittlung aufgrund einer vom Auftraggeber angeordneten Leistungsänderung nach § 2 Abs. 5 VOB/B**. Es bleibt allerdings abzuwarten, ob der Bundesgerichtshof diese nicht unbestrittene Meinung des Kammergerichts bestätigen wird.

– Rechtsanwalt Eckhard Frikell, Lehrbeauftragter für Baurecht, München –

Öffentlicher Auftrag: (Wann) hat der Auftragnehmer bei unklarer Ausschreibung Mehrkostenansprüche?

Das Problem

Der Öffentliche Auftraggeber ist dazu verpflichtet, die zu vergebenden Bauleistungen so auszuschreiben, dass den Bietern „kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet wird“ und sie „ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können“ (§ 7 VOB/A). Ist eine Ausschreibung unklar, so kann der Auftragnehmer nach der einschlägigen BGH-Rechtsprechung grundsätzlich auch dann die hieraus folgenden Mehrkosten als Nachtrag geltend machen, wenn er diese Unklarheit vor Abgabe seines Angebots nicht aufgeklärt hat (siehe BGH vom 12. 09. 2013 – Baurechts-Report 11/2013, S. 1–).

Fall:

Der Auftraggeber (AG) schreibt in „einem Paket“ zwei Teile einer Baumaßnahme, nämlich den „Straßenbau“ und die „Straßenentwässerung“ aus. Der Bereich „Straßenbau“ betrifft die Erneuerung der Fahrbahn, der Bereich „Straßenentwässerung“ besteht u. a. aus Straßenabläufen und Regenwasserleitungen. Der Auftragnehmer (AN) erhält für beide Vorhaben, die gleichzeitig durchzuführen sind, den Zuschlag.

Im LV für die **Straßenbauarbeiten** heißt es: *„Herstellen der Fahrbahn unter Vollsperrung“*. Aus dem beigefügten „Regelplan“ ist allerdings ersichtlich, dass nur eine Sperrung des jeweils zu bearbeitenden Teiles der Straße erfolgt.

Im LV für die **Stadtentwässerung** wurde formuliert: *„Der Stadtbahnverkehr bleibt im Betrieb“*. Während der Durchführung der Straßenbauarbeiten fühlt sich der AN durch den in „der Mitte der Straße verlaufenden Stadtbahnverkehr stark behindert. Aufgrund des zitierten LV-Textes **„Vollsperrung“** habe er davon ausgehen dürfen, dass während der Straßenbauarbeiten auch kein Stadtbahnverkehr stattfinden würde. Der AN macht daher in einem Nachtrag Mehrkosten in Höhe von rund 348.000 Euro geltend und beruft sich zur Begründung auf das oben zitierte BGH-Urteil.

Mit Erfolg?

Die Entscheidung

Das OLG Celle hat diese Frage mit Urteil vom 02. 10. 2019 – Az.: 14 U171/18 – **verneint**.

Der Bieter/Auftragnehmer hat sich bei Auslegung des Vertrages an dem Teil zu orientieren, der die Leistung **konkret beschreibt, wobei dem Wortlaut des LV als dem in der Regel speziellsten Vertragsteil „große Bedeutung“ zukommt. Wenn es im LV für Straßenbauarbeiten heißt, dass die „Fahrbahn unter Vollsperrung“ zu erneuern ist, so ist aus diesem Wortlaut zu entnehmen, dass lediglich eine Vollsperrung der von den Arbeiten betroffenen Fahrbahn anzunehmen war. Der Gleiskörper gehörte nicht zu den von den Arbeiten betroffenen Bereichen**. Ergänzend ist festzuhalten, dass der AN auch aus dem Regelplan, der dem LV beigefügt war, entnehmen konnte, dass nur eine Vollsperrung der von den Arbeiten betroffenen Fahrbahn anzunehmen war.

Weil sich somit aus der Auslegung des Vertrags keine den geltend gemachten Nachtrag stützende Begründung ergibt, bleibt der AN hier mit seinem Anspruch erfolglos.

§ 7 VOB/A,
§ 2 Abs. 6 VOB/B
Auslegung
– Unklares LV

Bei öffentlichen Aufträgen hat der Auftragnehmer nur bei objektiv falschen kalkulationserheblichen Vertragsunterlagen gegenüber dem Auftraggeber eine Hinweispflicht. Versäumt er dies, so ist der AN gehindert, Zusatzforderungen zu stellen.

§ 195 BGB,
§ 16 Abs. 3 VOB/B
Schlussrechnung
– unzutreffende
Bezeichnung

Eine fälschlicherweise
als Abschlagsrechnung
bezeichnete Schluss-
rechnung verliert nicht
die Wirkungen einer
Schlussrechnung.

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: 32,28 Euro pro Jahr
(einschl. MwSt., zzgl. Versand)

Wiedergabe des Inhalts – auch auszugs-
weise – 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, 2019

Hinweise für die Praxis

- ▶ Das Gericht weist darauf hin, dass der Bieter verpflichtet ist, den Auftraggeber darauf **hinzuweisen**, wenn die **Vergabe- und Vertragsunterlagen bei kalkulationserheblichen Angaben „offensichtlich falsch“** sind. Unterlässt er dies, so führt dies zu einem Verlust eventueller Mehrkostenansprüche.
- ▶ Hier war die Ausschreibung nicht „offensichtlich falsch“, sondern auslegungsbedürftig, wobei die Unklarheit durch eine objektive Auslegung zu beseitigen war. Der Bieter hatte somit hier keine Hinweispflicht. Generell ist jedoch dem Bieter/Auftragnehmer zu empfehlen, auch dann den ausschreibenden Auftraggeber auch dann um Aufklärung zu bitten, wenn seines Erachtens in der Ausschreibung Unklarheiten vorhanden sind.

– HO –

Kann eine Forderung verjähren, obwohl der Auftragnehmer nur eine „Abschlagsrechnung“ gestellt hat?

Das Problem

Die Verjährungsfrist für Vergütungsansprüche des Auftragnehmers aus einer Bauleistung beträgt 3 Jahre nach Zugang der Schlussrechnung (§ 195 BGB). Dabei kann es in Einzelfällen zweifelhaft sein, wann von einer Schlussrechnung auszugehen ist.

Fall:

Der Auftragnehmer (AN) führt für eine Gemeinde Abbrucharbeiten am Gemeindezentrum aus. Am **10. 03. 2011** stellt er eine mit „2. Abschlagsrechnung“ bezeichnete Rechnung, die sämtliche ausgeführten Leistungspositionen erfasst, außerdem eine Mengenermittlung und Stundennachweise enthält. Der Architekt der Gemeinde prüft diese Rechnung und sendet sie mit dem handschriftlichen Vermerk „Schlussrechnung“ an den AN zurück. Am **08. 10. 2012** legt der AN der Gemeinde erneut eine Rechnung vor, die er diesmal als „Schlussrechnung“ bezeichnet und die wiederum die gleiche Mengenermittlung mit Stundennachweisen enthält. Da die Gemeinde keine Zahlung leistet, beantragt der AN am **17. 12. 2015** den Erlass eines Mahnbescheids.

Rechtzeitig?

Die Entscheidung

Das OLG Koblenz erklärt die Forderung des Auftragnehmers mit Beschluss vom 11. 05. 2017 – Az.: 4 U 1307/16 – als **verjährt**.²⁾

Die im März 2011 gestellte Rechnung stellt trotz ihrer Bezeichnung als „2. Abschlagsrechnung“ eine Schlussrechnung dar.

Denn in dieser Rechnung sind sämtliche erbrachten Leistungen unter Beifügung einer Mengenermittlung und der Stundennachweise enthalten. Daraus ist zu entnehmen, dass der Auftragnehmer die gesamte von ihm erbrachte Leistung abrechnen will.

Dass dies auch der Auftraggeber so verstanden hat, ergibt sich schon aus dessen handschriftlich angefügtem Vermerk „Schlussrechnung“.

Die lediglich unzutreffende Bezeichnung der am 10. 03. 2011 zugegangenen „2. Abschlagsrechnung“ ändert an ihrem Charakter als Schlussrechnung nichts. Deshalb hat die Verjährung der Forderung am 01. 01. 2012 begonnen und ist am 31. 12. 2014 abgelaufen. Die am 08. 10. 2012 erneut mit gleichem Inhalt vorgelegte Rechnung verlängert die Verjährungsfrist nicht.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die Fälligkeit der Forderung aus einer Schlussrechnung setzt die Abnahme der Leistung voraus. Diese Voraussetzung war hier erfüllt.

– FRI –

²⁾ Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss des BGH vom 24. 07. 2019 – Az.: VII ZR 134/17 – zurückgewiesen.