

BAURECHTS-REPORT 10/2020

Aktuelle Baurechtsinformationen für die Praktiker am Bau

Wichtige Urteile

Nur Fertigstellungstermin vereinbart: Kann der Auftraggeber trotzdem Zwischenfristen setzen?

Das Problem

Ist im Bauvertrag nur ein Fertigstellungstermin vereinbart, fragt es sich, ob der Auftraggeber trotzdem später in den Bauablauf eingreifen und dem Auftragnehmer beispielsweise verbindliche Zwischenfristen setzen kann.

Fall:

Eine Gemeinde (AG) beauftragt einen Baubetrieb (AN) mit der Ausführung von Bauleistungen nach VOB/B, wobei in den Besonderen Vertragsbedingungen lediglich der Ausführungsbeginn und der Fertigstellungstermin genannt sind. Trotzdem legt der AG dem AN nach Vertragsabschluss einen detaillierten Bauzeitenplan des bauleitenden Architekten der Gemeinde zur Koordinierung der verschiedenen Gewerke vor, in dem auch für den AN verbindliche Zwischenfristen festgelegt sind. Da der AN

- diese Fristen nicht einhält, und
 - zum vereinbarten Termin für den Baubeginn lediglich mit Abbrucharbeiten beginnt,
- setzt ihm der AG eine Frist zur Einhaltung der im Bauzeitenplan genannten Fristen und erklärt, dass er den Vertrag nach fruchtlosem Fristablauf aus wichtigem Grund kündigen werde.

Gerät der Auftragnehmer durch Nichtbeachtung der im Bauzeitenplan des Architekten genannten Fristen bzw. aufgrund des verspäteten Baubeginns in Verzug?

Die Entscheidung

Das OLG Koblenz – Az.: 3 U 1895/19 – hat dies mit Beschluss vom 20. 03. 2020 **verneint**.

„Ein zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Grund ... könnte vorliegend ausschließlich im verzögerten Baubeginn gesehen werden (§ 5 Abs. 4 VOB/B), da die Parteien lediglich den Ausführungsbeginn und die Vollendung als verbindliche Fristen vereinbart haben.“

Soweit der AG die „Auffassung vertritt, sein Architekt sei befugt gewesen, auf Grundlage eines Bauzeitenplans zur Koordinierung der verschiedenen Gewerke verbindliche Fristen festzulegen, findet dies in den vertraglichen Vereinbarungen keine Stütze.“

„Möchte der Auftraggeber Einfluss auf den zeitlichen Ablauf einer Bauleistung nehmen, muss er verbindliche Zwischenfristen vereinbaren (§ 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B). Dies hat er vorliegend nicht getan.“

Auch ist dem Auftragnehmer kein verspäteter **Baubeginn** anzulasten, da es für die Einhaltung eines vereinbarten Ausführungsbeginns **ausreichend ist, mit „irgendwelchen“ im LV beschriebenen Arbeiten zu beginnen**, was hier durch den Beginn der Abbrucharbeiten erfüllt ist.

Es liegt also kein Grund zum Ausspruch einer Kündigung aus wichtigem Grund vor.

Baurechts-Report-Seminare
jetzt auch im Internet unter
www.baurechts-seminare.de

§ 5 Abs. 3 VOB/B,
§ 5 Abs. 4 VOB/B

Verzug
– bei fehlenden
Zwischenfristen

Will der Auftraggeber Einfluss auf den zeitlichen Ablauf einer Bauleistung nehmen, darf er sich nicht auf eine Frist zum Beginn und der Fertigstellung der vereinbarten Leistung beschränken, sondern er muss verbindliche Zwischenfristen vereinbaren.

§ 241 Abs. 2 BGB
Kalkulationsirrtum
– Leistungsverweigerungsrecht

Basiert das Angebot des Auftragnehmers auf einem schwerwiegenden Kalkulationsirrtum, sodass die Bauausführung für ihn unzumutbar ist, verstößt der öffentliche Auftraggeber gegen das Gebot der Rücksichtnahme (§ 241 BGB), wenn er dennoch den Zuschlag auf dieses Angebot erteilt.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Auftraggeber sollten bei Bauleistungen, deren Ausführung mit anderen Gewerken koordiniert werden muss, darauf achten, dass in den Verträgen mit allen Gewerken verbindliche und aufeinander abgestimmte Vertragsfristen vereinbart werden. Anderenfalls besteht gegenüber dem einzelnen Vertragspartner kein durchsetzbarer Anspruch auf einen koordinierten Bauablauf.
- ▶ Zwar kann ein Auftragnehmer auch ohne vereinbarte Zwischenfristen in Verzug geraten, wenn er zwar rechtzeitig mit den vereinbarten Arbeiten beginnt, seine weiteren Leistungen jedoch so unzureichend sind, dass die mit ihm vereinbarte Ausführungsfrist „offenbar nicht eingehalten werden kann“ (§ 5 Abs. 3 VOB/B). Hierfür ist der Auftraggeber dann allerdings beweispflichtig. (Siehe hierzu auch OLG Köln in Baurechts-Report 2015, Seite 38 f.)

– Rechtsanwalt Eckhard Frikell, Lehrbeauftragter für Baurecht, München –

Zuschlag trotz gravierender Kalkulationsfehler: Kann der Auftragnehmer die Vertragserfüllung verweigern?

Das Problem

Der Auftragnehmer trägt grundsätzlich das Kalkulationsrisiko. Unterläuft ihm bei der Ermittlung seines Angebotspreises ein Berechnungsfehler (sogenannter externer Kalkulationsirrtum), geht dies grundsätzlich zu seinen Lasten. Es fragt sich, ob es Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt:

Fall:

Bei einer öffentlichen Ausschreibung der Gemeinde G gibt der Auftragnehmer A mit einem Preis von 160.592,00 Euro netto das günstigste Angebot ab. Die Angebotspreise der beiden Mitbieter betragen 210.506,97 Euro netto bzw. 225.755,43 Euro netto. Sofort nach Durchführung des Eröffnungstermins schreibt A an G, dass sein Angebot auf einem Kalkulationsfehler beruhe. Ein fehlerhaftes Kalkulationsprogramm habe lediglich die Hälfte der erforderlichen Leistungsstunden kalkuliert. A bittet daher, sein Angebot von der Wertung auszuschließen. Dennoch erhält A den Zuschlag. Weil A sich weigert, den erhaltenen Auftrag auszuführen, erteilt G den Zuschlag auf das zweitgünstigste Angebot und verlangt von A Schadensersatz wegen Nichterfüllung des erteilten Auftrags. Dabei errechnet G den Schaden (64.938,18 Euro netto) aus den Mehrkosten, die durch die Bauausführung des Zweitbieters entstanden sind.

Hat G mit seiner Klage Erfolg?

Die Entscheidung

Das OLG Dresden hat diese Frage mit Beschluss vom 02. 07. 2019 – Az.: 16 U 975/19 verneint.

G hat durch die Annahme des Angebots von A seine nach § 241 Abs. 2 BGB bestehende „Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen“ seines Vertragspartners verletzt. „Es kann nämlich eine unzulässige Rechtsausübung darstellen, wenn der Empfänger ein Vertragsangebot annimmt, obwohl er wusste (oder sich treuwidrig der Kenntnisnahme entzog), dass das Angebot auf einem Kalkulationsirrtum des Erklärenden beruht ... Erforderlich dafür ist ein für den Auftraggeber erkennbarer erheblicher Kalkulationsirrtum und die Unzumutbarkeit der Durchführung des Auftrages für den betroffenen Bieter.“ Beide Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben.

Indiz für einen erkennbaren Kalkulationsirrtum ist zum einen der hier vorliegende hohe Preisabstand zum Zweitbieter (rund 24 %). Ein weiteres Indiz besteht in der Tatsache, dass hier „kein planvolles Vorgehen erkennbar ist“, wie dies bei einer gezielten Niedrigpreiskalkulation der Fall wäre. Auch das Verhalten von A nach der Angebotsöffnung (sofortige Offenlegung seines Irrtums) spricht gegen die Annahme eines gezielten Niedrigpreisangebots.

Somit hätte G den Zuschlag nicht an A erteilen dürfen. Er hat daher gegen A auch keinen Schadensersatzanspruch, sondern A kann die Erfüllung des Vertrages zu Recht verweigern.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die Pflicht, in solchen Fällen von einer Zuschlagserteilung abzusehen, besteht nicht nur dann, wenn es sich – wie hier – um einen Öffentlichen Auftraggeber handelt. Bei schwerwiegenden Kalkulationsfehlern des Bieters, bei schuldhafter Verletzung der Aufklärungspflicht des Auftraggebers sowie dessen Pflicht zur Rücksichtnahme ist dies auch bei privaten Bauaufträgen denkbar (BGH vom 07. 07. 1998 – Az.: X ZR 17/97).

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

VOB-Vertrag: Wann ist eine unwirksame Teilkündigung in eine Vollkündigung umzudeuten?

Das Problem

Ein Auftraggeber kann gegenüber seinem Auftragnehmer die Kündigung des Vertrages erklären, wenn dieser auf eine von ihm gesetzte Frist zur Beseitigung eines Mangels nicht reagiert (§ 5 Abs. 4 VOB/B). Die Kündigung muss sich dabei nicht auf den gesamten Vertrag erstrecken, sondern kann „auf einen in sich abgeschlossenen Teil der Leistung“ beschränkt werden (§ 8 Abs. 3 Satz 2 VOB/B). In der Praxis kommt es allerdings häufig zum Streit darüber, ob eine Kündigung wirksam ist, weil sie sich nach Meinung des Auftragnehmers nicht auf einen in sich abgeschlossenen Leistungsteil bezieht.

Fall:

Der Auftragnehmer (AN) hat in einem Schulgebäude einen schwimmenden Zementestrich mit anschließendem Aufbringen eines mineralischen Nutzbelags auszuführen. Nach der Fertigstellung der Leistung zeigen sich Mängel am Nutzbelag. Da der AN auf wiederholte Mängelrügen des Auftraggebers (AG) über einen längeren Zeitraum nicht reagiert, erklärt der AG schließlich die außerordentliche Kündigung des Leistungsteils „mineralischer Nutzbelag“. Gleichzeitig teilt er dem Auftragnehmer mit, dass er eine Abnahme der gesamten Leistung durchführen und ein Aufmaß erstellen werde, wobei er diesem freistellt, sich hieran zu beteiligen. Der AN ist der Auffassung, dass der AG keine wirksame Kündigung ausgesprochen hat, da sich diese nicht auf einen „in sich abgeschlossenen Teil der Leistung“ bezogen hat.

Wie ist die Rechtslage?

Die Entscheidung

Das OLG Karlsruhe – Az.: 19 U 66/16 – hat hierzu mit Urteil vom 17. 04. 2018¹⁾ festgestellt:

1. Eine **außerordentliche Teilkündigung des Nutzbelags scheidet aus**, da die Ausführung des mineralischen Nutzbelags **keinen „in sich abgeschlossenen Leistungsteil“** darstellt. Hierbei ist zu beachten, dass nach der maßgeblichen Rechtsprechung Leistungsteile innerhalb eines Gewerks grundsätzlich nicht als abgeschlossen angesehen werden können (siehe hierzu z. B. OLG Koblenz, Baurechts-Report 2015, Seite 37).
2. „Die Kündigung ist gemäß § 140 BGB in eine unbeschränkte außerordentliche Auftragsentziehung gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B **umzudeuten**.“

Das ergibt sich aus der Erklärung des Auftraggebers, die er im Zusammenhang mit seiner Kündigung abgegeben hat. Darin bringt er zum Ausdruck, dass er eine Abnahme der Gesamtleistung durchführen und ein Aufmaß der gesamten ausgeführten

¹⁾ Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss des BGH – Az.: VII ZR 112/18 – am 20. 04. 2020 zurückgewiesen.

§ 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B
In sich abgeschlossener Leistungsteil
– Teilkündigung

Eine außerordentliche Teilkündigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B ist nach der einschlägigen Rechtsprechung nicht wirksam, wenn es sich um Leistungsteile im Rahmen des selben Gewerks handelt. Im Einzelfall kann sie aber in eine Kündigung des gesamten Vertrages umgedeutet werden.

§ 650f BGB

Bauhandwerkersicherung – Art der Sicherheit

Die vom Auftraggeber zu gewährende Bauhandwerkersicherung muss insolvenzfest sein. Ein mit dem Auftraggeber geschlossener Darlehensvertrag in Höhe der vereinbarten Vergütung gibt dem Auftragnehmer lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung und ist somit nicht insolvenzfest.

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 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, 2020

Leistung erstellen werde. Aus dieser Erklärung ist zweifelsfrei erkennbar, dass der Auftraggeber die **Zusammenarbeit mit dem Auftragnehmer** in jedem Fall **insgesamt beenden** wollte.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die vom OLG Karlsruhe angenommene Umdeutung der unwirksamen Teilkündigung in eine Vollkündigung stimmt mit der einschlägigen Rechtsprechung des BGH zur Teilkündigung nach § 8 Abs. 3 VOB/B überein.
- ▶ Auftraggebern ist zu raten, vor dem Ausspruch einer Teilkündigung nach VOB/B kritisch zu überprüfen, ob die geplante Kündigung auf einen „in sich abgeschlossenen Leistungsteil“ beschränkt werden kann. Wenn das nicht eindeutig zu bejahen ist, sollten sie statt einer Teilkündigung eine Vollkündigung aussprechen, um damit eine spätere Vertragsauslegung zu vermeiden und für beide Vertragspartner von vorneherein für Rechtsklarheit zu sorgen.

– FRI –

Bauhandwerkersicherung: Ist ein Darlehensvertrag eine taugliche Sicherheit?

Das Problem

Nach § 650f BGB hat der Unternehmer das unverzichtbare Recht, Sicherheit auch für die in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen zu verlangen. Allerdings regelt das Gesetz nicht im Einzelnen, welche Voraussetzungen die vom Auftraggeber zu gewährende Sicherheit erfüllen muss.

Fall:

Der Auftragnehmer verlangt vom Auftraggeber vor Ausführungsbeginn eine Bauhandwerkersicherung. Der Auftraggeber bietet dem Auftragnehmer diesbezüglich den Abschluss eines Darlehensvertrags in Höhe der Vergütungsforderung an und zwar mit der Maßgabe, dass dieses Darlehen bei Fälligkeit der Schlussrechnung „zurückgezahlt“ wird. Der Auftragnehmer lehnt diese Sicherheit als nicht ausreichend ab.

Zu Recht?

Die Entscheidung

Das OLG Zweibrücken hat mit Beschluss vom 17. 07. 2018 – Az.: 1 U 86/17 –²⁾ die Meinung des Auftragnehmers bestätigt. **Eine Sicherheitsleistung nach § 650f BGB muss dem Auftragnehmer „einen insolvenzfesten unmittelbaren Zahlungsanspruch in Höhe des noch nicht gezahlten Werklohnanspruchs begründen.** Diesen Anforderungen genügt ein schuldrechtlicher Anspruch des Unternehmers gegen den Besteller auf Rückzahlung des Darlehens nicht ... In Betracht kommt hierfür insbesondere die Einräumung einer Hypothek oder Grundschuld am Baugrundstück. **Ein Anspruch auf Rückzahlung eines Darlehens ist demgegenüber schuldrechtlicher Natur und nicht insolvenzfest“.**

Hinweise für die Praxis

- ▶ In der Baupraxis ist üblich und gemäß § 650f Abs. 2 BGB auch ausreichend, dass dem Auftragnehmer eine Bankbürgschaft in Höhe von 110 % des zu sichernden Vergütungsanspruchs (§ 650f Abs. 1 Satz 1 BGB) gegeben wird.
- ▶ Der Auftragnehmer kann den Bauvertrag kündigen, wenn der Auftraggeber nicht in der Lage ist, innerhalb einer angemessenen Frist eine taugliche Sicherheit beizubringen. Die Folgen dieser Kündigung sind in § 650f Abs. 5 Satz 2 BGB geregelt.

– HO –

²⁾ Der BGH hat mit Beschluss vom 15. 04. 2020 – Az.: VII ZR 256/18 – die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen.