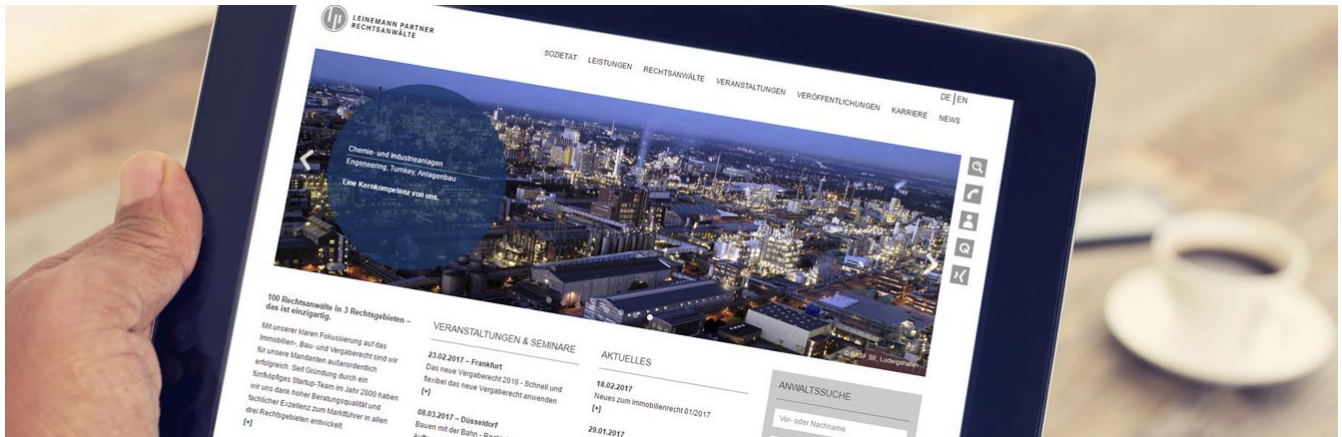




Neues zum Baurecht 05/2019



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 5. Ausgabe 2019 unseres Informationsdienstes "Neues zum Baurecht".

Mit dieser Ausgabe möchten wir Ihnen, ergänzend zu unserem vorherigen Newsletter, weitere Urteile der Oberlandesgerichte zu den HOAI-Regelsätzen sowie weitere praxisrelevante Entscheidungen vorstellen. Daneben möchten wir auf eine interessante Entscheidung des BGH zum Ausschluss im Vergabeverfahren aufmerksam machen.

Sollten Sie weitergehende Fragen haben, können Sie uns gerne unter [baurecht\(at\)leinemann-partner.de](mailto:baurecht(at)leinemann-partner.de) schreiben oder Ihren persönlichen Berater ansprechen. Viele weitere Urteile, Bücher, Seminare und Veranstaltungen zum Thema finden Sie auch auf unserer [Website](#).



In Zeiten eines beispiellosen Baubooms ist die sichere Orientierung über die rechtlichen Grundlagen von Bauverträgen wichtiger denn je. Wesentliche Basis eines Bauvertrags ist die VOB/B. Der neu aufgelegte **Leinemann-Kommentar** ist Dank eines renommierten Autorenteam eine Autorität auf dem Gebiet. Die 7. Auflage ist vor wenigen Wochen erschienen. **Bestellungen** sind direkt über die Website des Verlags möglich.

Wir möchten Sie an dieser Stelle noch auf unsere **Seminarreihe** im Herbst/Winter 2019/2020 zum Thema "**HOAI Ade? Die Folgen des EuGH Urteils für die Praxis**" sowie auf unsere Seminare zum Thema "**Nachträge und Bauzeit aus mangelhafter Ausschreibung**" aufmerksam machen.

Wir wünschen eine spannende Lektüre!

Themen

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Kein automatischer Ausschluss von Bietern mehr wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen

Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

Sonderwünsche nach Abschluss eines Bauträgervertrages müssen notariell beurkundet werden!

Deborah Koch, Hamburg

Feststellung zur Insolvenztabelle als Abnahme der Werkleistung?

Jantje Paetsch, Hamburg

Nachtragsberechnung anhand von Selbstkosten auch bei geänderten Leistungen nach § 2 Abs. 5 VOB/B?

Stefania Petersen, LL.M., Hamburg

Die Europarechtswidrigkeit der verbindlichen HOAI-Sätze ist durch die Gerichte von Rechts wegen zu beachten: Eine richtlinienkonforme Auslegung ist möglich!

Philipp Buslowicz, LL.M., Berlin

Fehlerhafte Leistungsbeschreibung schließt Mängelhaftung nicht aus!



Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Kein automatischer Ausschluss von Bietern mehr wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen

Mit Urteil vom 18.06.2019, X ZR 86/17 hat der BGH den Ausschlussgrund der Veränderung der Vergabeunterlagen nahezu abgeschafft. Angaben eines Bieters, die den Vergabeunterlagen widersprechen, müssen nach diesem neuen Urteil künftig immer aufgeklärt werden und können dann auch korrigiert werden.

Ein öffentlicher Auftraggeber verwendete in § 1 Abs. 1.3 seiner zusätzlichen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ZVBBau) eine Klausel, wonach Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des Bieters/AN von jeder Geltung ausgeschlossen sind. § 8.2 a) ZVBBau sahen ferner vor, dass Schlusszahlungen innerhalb von 30 Kalendertagen nach Abnahme und Stellung einer prüfbaren Schlussrechnung zu leisten seien.

Der Bieter hatte in seinem Angebot im Kurztext-LV einen Zusatz gemacht: „...zahlbar bei Rechnungserhalt ohne Abzug“. Weil diese Angabe mit der in den ZVBBau des AG vorgesehenen 30-Tages Frist in Widerspruch stand, schloss der AG das Angebot der Bieters aus, denn er habe durch die Einfügung eigener Zahlungsbedingungen die Vergabeunterlagen geändert.

Der AG führte als weitere Ausschlussgründe an, dass das Angebot nicht alle geforderten Preisangaben enthalten habe (§ 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A). Neben den separat ausgewiesenen Kosten der Baustelleneinrichtung habe der Bieter nicht wie gefordert die Kosten für das Vorhalten und Betreiben der Geräte, Anlagen und Einrichtungen einschließlich Mieten, Pacht, Gebühren und dergleichen kalkuliert. Der Bieter wandte sich zwar mit einer Rüge gegen den Ausschluss, leitete jedoch nach Rügezurückweisung kein Nachprüfungsverfahren ein. Er klagte später auf Schadensersatz, weil er zu Unrecht bei der Auftragsvergabe übergangen worden sei. Im Rahmen dieses Schadensersatzprozesses traf der BGH sein wegweisendes Urteil.

Wegen der vom Auftraggeber unter § 1 Abs. 1.3 ZVBBau verwendeten Abwehrklausel können sich die abweichenden Zahlungsbedingungen des Bieters gar nicht auswirken, so dass keine Änderung der Vergabeunterlagen vorliegt. Aber selbst ohne eine derartige Abwehrklausel liegt es nach Ansicht des BGH sehr nahe, dass die Einfügung der von den Ausschreibungsunterlagen abweichenden Zahlungsklausel in das Leistungsverzeichnis auf einem Missverständnis des Bieters beruhte. Deswegen bedarf es in jedem Fall einer Aufklärung nach § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A. Der BGH macht ausdrücklich deutlich, dass der Mieter im Rahmen der Aufklärung von seinen widersprüchlichen oder missverständlichen Zusätzen zu seinem Angebot Abstand nehmen kann.

Der BGH greift die Möglichkeit auf, um noch einige weitere, ihm wichtig erscheinende Punkte

besonders hervorzuheben. Das Gericht weist darauf hin, dass es sich aus § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nicht ableiten lässt, dass jede Position des LV nach den gleichen Maßstäben oder derselben Methodik kalkuliert sein müsse. Ebenso wenig muss der für eine Position verlangte Preis die bei dem Bieter dafür entstehenden Kosten abbilden. Im konkreten Fall durfte daher das Angebot nicht ausgeschlossen werden, weil es auch in der Kalkulation Kosten für das Vorhalten und Betreiben von Baustellengeräten, -anlagen und -einrichtung nicht enthielt. Der für jede Position verlangte Preis muss nach dem BGH nicht mindestens den hierfür entstehenden Kosten des Bieters entsprechen, so dass einzelne Kostenelemente eben auch unberücksichtigt bleiben könnten. Dies folge aus der Kalkulationsfreiheit des Bieters, die auch die Befugnis zur Unterkalkulation umfasse.

Der BGH greift sodann auf die weit verbreitete Ansicht zurück, dass eine Schadensersatzklage wegen fehlerhafter Vergabe nur erhoben werden könne, wenn der Bieter schon seinerzeit Vergabe Rechtsschutz nachgesucht habe. Nun steht eindeutig fest, dass es keine materielle Präklusion von Schadensersatzansprüchen gibt. Die Folgen eines fehlerhaften Vergabeverfahrens bleiben allein im Risikobereich des Auftraggebers. Der Auftraggeber kann jederzeit später auf Schadensersatz wegen eines fehlerhaften Vergabeverfahrens verklagt werden, auch wenn der Kläger damals im Vergabeverfahren weder gerügt noch ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet hatte.

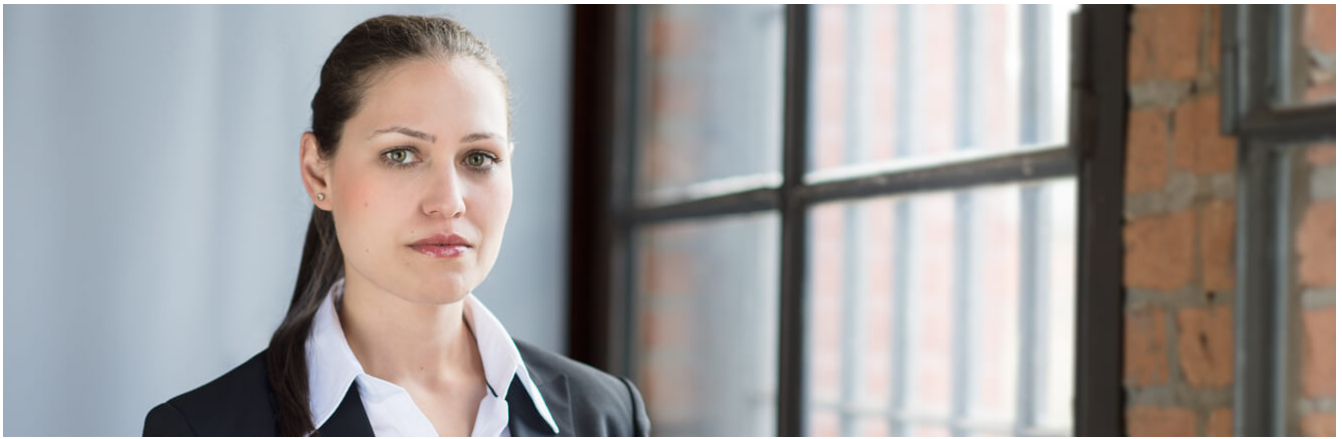
Praxishinweise:

Bisher schritten öffentliche Auftraggeber schon dann zum Angebotsausschluss, wenn irgendwelche Angaben im Angebot des Bieters einen Widerspruch zu den Vergabeunterlagen darstellten. Dieser Ausschlussgrund ist jetzt in der Regel nicht mehr haltbar. Auf jeden Fall muss eine Angebotsaufklärung vorangehen. Dabei ist interessant, dass der BGH es den Bietern gestattet, die aufgeklärten Abweichungen im Rahmen der Aufklärung als Versehen zurückzunehmen. Voraussetzung ist nur, dass das Angebot auch ohne die zurückgenommene Passage als vollständig und beauftragungsfähig anzusehen ist. Nur solche Bieter, die bewusst oder absichtlich von den Vergabeunterlagen abweichen, sind weiterhin auszuschließen.

Besonders interessant ist der deutliche Hinweis des BGH zur Kalkulationsfreiheit der Bieter. Immer wieder wurde in der Vergangenheit beanstandet, dass z. B. gleichartige Leistungen in verschiedenen Bauabschnitten mit ganz unterschiedlichen Preisen versehen werden. Nun steht fest, dass das nicht beanstandet werden kann. Der Bieter ist frei, auch unsystematische Preise anzubieten, die nicht durchweg derselben kalkulatorischen Systematik folgen. Auch zu niedrige Preise oder fehlende Kostenelemente können nicht beanstandet werden, wenn der Bieter erklärt, die Leistung für diesen Preis auszuführen. Mangelnde Plausibilität oder die Unvollständigkeit einer Kalkulation stellen keinen Ausschlussgrund dar. Der AG kann nur aufklären.

Nun steht auch fest, dass spätere Schadensersatzansprüche oder vertragsrechtliche Ansprüche nicht schon während des Vergabeverfahrens angegriffen werden müssen. Das gilt auch für unwirksame AGB, deren Unwirksamkeit der AN später geltend machen will. Das war vom OLG Celle schon einmal anders entschieden worden (Urt. v. 18.1.2018, 11 U 121/17, n. rechtskr.). Diese Entscheidung hat der BGH nun auch (als fehlerhaft) erledigt.

Die Entscheidung ist abrufbar
unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 1101902.



Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

Sonderwünsche nach Abschluss eines Bauträgervertrages müssen notariell beurkundet werden!

OLG München, Urteil vom 14.08.2019, 9 U 3345/17 Bau

Ein Bauträger verpflichtet sich mit notariellem Vertrag zur Errichtung einer Doppelhaushälfte nebst Tiefgarage zu einem Gesamtpreis in Höhe von EUR 1.160.500,00. In dem Bauträgervertrag mit den Erwerbern wurde unter anderem vereinbart, dass Sonderwünsche ausschließlich mit Zustimmung des Bauträgers zulässig sind und die dadurch verursachten Mehr- oder Minderkosten den geschuldeten Kaufpreis erhöhen oder vermindern. Nach Abschluss des Bauträgervertrages vereinbarten der Bauträger und die Erwerber die Ausführung weiterer Sonderwünsche sowie die dadurch entstehenden Sonderwunschkosten und die Folgen einer verspäteten Fertigstellung aufgrund von Sonderwünschen. Die Erwerber nahmen die Doppelhaushälfte im nachfolgenden ab und zahlten die bis zu diesem Zeitpunkt unstrittigen Kaufpreistraten an den Bauträger. Zudem wurde den Erwerbern der Besitz verschafft. Die Erwerber beehrten mit ihrer Klage die Auflassung und Grundbucheintragung. Der Bauträger trat dem entgegen und wendete unter anderem ein, dass die Sonderwunschvereinbarung nichtig sei, weil sie nicht notariell beurkundet wurde. Diese Nichtigkeit führe zur Nichtigkeit des Bauträgervertrages, weil die Auflassung nicht schon beurkundet worden und mit den Sonderwünschen die ursprüngliche Vereinbarung entfallen und ersetzt worden sei.

Das OLG München wies die Einwände des Bauträgers zurück. Es stellte klar, dass Sonderwünsche, die nach Abschluss eines Bauträgervertrages vereinbart werden, notariell zu beurkunden sind. Denn nachträgliche Zusatzleistungen führen zu einer Änderung und Ergänzung der ursprünglichen Leistung aus dem Bauträgervertrag und sind - soweit die Auflassung noch nicht erklärt wurde - grundsätzlich formbedürftig. Ein Verstoß gegen die Formbedürftigkeit und damit die Nichtigkeit von Sonderwunschvereinbarungen führt jedoch nicht zur Nichtigkeit des Bauträgervertrages, sondern nur zur Nichtigkeit der nachträglichen Vereinbarung. Das OLG stellt klar, dass es für die Ermittlung des hypothetischen Willens der Parteien und somit für die Wirksamkeit des Bauträgervertrages auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts ankommt, also auf den ursprünglichen Vertragsabschluss abzustellen ist. In diesem Zeitpunkt ist jedoch ein hypothetischer Wille dahingehend, dass der Vertrag nur im Zusammenhang mit der späteren Vertragsänderung gelten soll, denklogisch ausgeschlossen, weil die Parteien den Vertrag anderenfalls gar nicht mit diesem Inhalt geschlossen hätten. Im Gegenteil: Die Parteien haben in dem Bauträgervertrag ausdrücklich geregelt, dass Sonderwünsche mit Zustimmung des Bauträgers zulässig sind und wie mit den Kosten umzugehen ist und dadurch zum Ausdruck gebracht, dass auch bei nachträglichen Sonderwünschen der eigentliche Bauträgervertrag aufrechterhalten werden soll, wenn er zu einem späteren Zeitpunkt durch Sonderwünsche modifiziert wird.

Fazit:

Die Entscheidung ist sachgerecht und praxisnah. Denn nach Abschluss eines Bauträgervertrages werden für das noch zu errichtende Bauvorhaben regelmäßig Änderungen vereinbart. Solche Sonderwünsche werden als Abweichungen von dem als Standardausführung angebotenen Leistungspaket des Bauträgers beschrieben (vgl. Bast, der Bauträgervertrag, 9. Auflage 2017, Rn. 922) und können in der Form höherwertige Materialien oder auch in zusätzlichen Baumaßnahmen bestehen. Solche auch nur unwesentlichen Änderungen können jedoch keinen Einfluss auf den bereits formgerecht abgeschlossenen ursprünglichen Bauträgervertrag haben.



Deborah Koch, Hamburg

Feststellung zur Insolvenztabelle als Abnahme der Werkleistung?

OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 25.02.2019, 29 U 81/18

In der vorbehaltlosen, uneingeschränkten Feststellung einer Werklohnforderung zur Insolvenztabelle kommt auch die Abnahme der Werkleistung zum Ausdruck.

Die Klägerin (AN) plante, fertigte und baute als Nachunternehmerin der zwischenzeitlich insolventen A GmbH (AG) zwei Haustreppenanlagen in Einfamilienhausneubauten ein. Die Beklagte (Bürgin) verbürgte sich jeweils für die Vergütungsforderung des AN gegen den AG zur Erfüllung ihrer Sicherungspflicht nach § 648a BGB a.F. (§ 650f BGB in der seit 01.01.2018 gültigen Fassung). Beide Bürgschaftsurkunden geben in modifizierter Form die Zahlungsvoraussetzungen nach § 648a Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. wieder. Der AN erwirkte gegen den AG in einem vorherigen Verfahren ein Versäumnisurteil über seine Restwerklohnforderung für beide Treppenanlagen. Während der laufenden Einspruchsfrist gegen das Versäumnisurteil wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des AG eröffnet.

Der AN nahm die Bürgin daraufhin aus den Bürgschaften in Anspruch. Die Bürgin lehnte eine Zahlung ab. Der Insolvenzverwalter des AG stellte die Restwerklohnforderung des AN uneingeschränkt zur Insolvenztabelle fest. Das OLG verurteilte die Bürgin zur Zahlung Zug um Zug gegen Herausgabe der Bürgschaftsurkunden und Abtretung der Werklohnforderungen. Das Fälligkeitserfordernis des § 648a Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. und der Bürgschaften sei mit der Feststellung zur Insolvenztabelle erfüllt, die gemäß § 178 Abs. 3 InsO wie ein rechtskräftiges Urteil wirke.

Die Restwerklohnforderung sei auch fällig. Mit der Feststellung zur Insolvenztabelle werde - so das OLG - nicht nur die Werklohnforderung anerkannt, sondern auch zum Ausdruck gebracht, dass die zugrunde liegende Werkleistung als im Wesentlichen vertragsgerecht gebilligt und dementsprechend abgenommen worden sei. Auch dafür sei der Insolvenzverwalter zuständig und die Bürgin sei daran gebunden, weil die Abnahme zur planmäßigen Durchführung des Werkvertrages gehöre.

Fazit:

Nicht zu beanstanden ist die Auffassung des OLG, dass die Feststellung einer Forderung zur Insolvenztabelle gegenüber dem Insolvenzverwalter, allen Insolvenzgläubigern und dem Insolvensschuldner gemäß § 178 Abs. 3 InsO wie ein rechtskräftiges Urteil wirkt. Gemäß § 648a Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. darf der Bürge nur dann Zahlungen an den AN leisten, wenn der AG den

Vergütungsanspruch anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil auf Zahlung verurteilt worden ist - sog. formelle Fälligkeitsvoraussetzung. Damit wird der Bürge (und der AG) wirksam vor einer Inanspruchnahme der Sicherheit durch den AN vor der endgültigen Klärung der Höhe des Vergütungsanspruches geschützt.

Das OLG geht ebenfalls zutreffend davon aus, dass jeder selbstschuldnerische Bürge die Einwendungen des Hauptschuldners uneingeschränkt erheben kann, auch wenn die Forderung des Insolvenzgläubigers bereits zur Insolvenztabelle festgestellt wurde und erteilt damit der von dem LG München I (Urt. v. 27.04.2016 – 2 O 13555/15 = BeckRS 2016, 10930) und dem OLG Naumburg (Urt. v. 15.03.2007 – 2 U 5/07 = BeckRS 2008, 8747), vertretenen Mindermeinung eine klare Absage.

Unverständlich ist, wie das OLG nunmehr zu dem Schluss kommt, dass mit der Feststellung zur Tabelle auch die Billigung des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäß einhergehe. Die Rechtskraft der festgestellten Forderung gestaltet nicht das materielle Recht um, sondern entfaltet lediglich verfahrensrechtliche Wirkungen. Die Entscheidung des OLG lässt eine Begründung hierzu vermissen, obwohl dieser dogmatische Bruch zwischen formeller und materieller Fälligkeit eine solche zwingend erforderlich gemacht hätte.

Schließt man sich der herrschenden Meinung an, dass jeder selbstschuldnerische Bürge die Einwendungen des Hauptschuldners uneingeschränkt erheben kann und wird in der Feststellung der Forderung zur Insolvenztabelle richtigerweise keine rechtsgeschäftliche Abnahme der Leistungen des AN gesehen, wäre bei dem Einwand der Bürgin der mangelnden Fälligkeit wegen § 768 Abs. 2 BGB richtigerweise die abnahmereife Herstellung des Werkes zu überprüfen gewesen.



Jantje Paetsch, Hamburg

Nachtragsberechnung anhand von Selbstkosten auch bei geänderten Leistungen nach § 2 Abs. 5 VOB/B?

Kammergericht Berlin, Urteil vom 27.08.2019, Az.: 21 U 160/18

Im Anschluss an das wegweisende Urteil des BGH zur Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen nach § 2 Abs. 3 VOB/B vom 08.08.2019, Az.: VII ZR 34/18, sieht sich das Kammergericht in seiner Entscheidung vom 10.07.2018, Az.: 21 U 30/17, bestätigt und versucht nunmehr mit seinem Urteil vom 27.08.2019, Az.: 21 U 160/18 die Erwägungen des BGH auf die Ermittlung eines neuen Einheitspreises geänderter Leistungen nach § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B zu übertragen. Demnach seien Bemessungsgrundlage des Mehrvergütungsanspruchs aus § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B die tatsächlichen Mehr- und Minderkosten, die dem Auftragnehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen, sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben.

Im Einzelnen: Unter Einbeziehung der VOB/B schrieb der Auftraggeber (AG) Bauleistungen für den Umbau eines Bahnhofes aus. Die Auftragnehmerin (AN) unterbreitete dem AG für ein Teillos ein Angebot über rund 27,2 Mio Euro, für das sie im Jahr 2013 den Zuschlag erhielt. Die danach zu errichtende Brückenkonstruktion war nach dem Leistungsverzeichnis an ihren Außenseiten teilweise durch gesonderte Bauteile aus Stahlbeton, sog. Randkappen abzudecken. Im Laufe des Umbaus stellte sich heraus, dass diese nicht nur für Teilbereiche, sondern durchgehend erforderlich waren. Hierfür erstellte die AN ein Nachtragsangebot in Höhe von rund 31.000 Euro, die sie nunmehr klageweise geltend machte. Die Einheitspreise der Randkappen ermittelte die AN anhand der vertraglichen Einheitspreise für die im Leistungsverzeichnis teilweise vorgesehenen Abdeckungen, die sie hinsichtlich erhöhter Materialkosten aufgrund der vom Leistungsverzeichnis abweichenden Breiten anpasste.

Das Kammergericht gab der Klage hinsichtlich der o.g. Nachtragsvergütung statt. Hierzu führte es aus, dass die Grundlage des Mehrvergütungsanspruchs aus § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B die tatsächlichen Mehr- und Minderkosten seien, die dem Unternehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen. Allerdings sei zu berücksichtigen, dass die Kalkulation der AN grundsätzlich dazu diene, die Kosten anzugeben, die dieser durch die Vertragsdurchführung entstehen. Es sei daher zu vermuten, dass die aufgrund der Kalkulation errechnete Mehrvergütung auf Grundlage der tatsächlichen Mehrkosten ermittelt sei. Hierbei übersieht das Kammergericht aber, dass der BGH in seiner, durch das Kammergericht in Bezug genommenen Entscheidung vom 08.08.2019, Az.: VII ZR 34/18 eben gerade nicht ausschließlich auf tatsächliche Kosten abstellt. Vielmehr nimmt er eine differenzierte, zweigeteilte Betrachtung vor, nach der die Mehrmengen nach § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B (Mengen der Kalkulation zzgl. 10 %) nach der ursprünglichen Kalkulation angesetzt und allein die

darüber hinausgehenden Mehrmengen gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B anhand der tatsächlichen Kosten nebst angemessener Zuschläge ermittelt werden. Damit trägt er dem Grundsatz ergänzender Vertragsauslegung Rechnung, nach dem ermittelt wird, welche Regelung die Parteien getroffen hätten, wenn sie die unvorhergesehenen Mehrmengen von Beginn an bedacht hätten. Damit wird keine der Parteien über Gebühr belastet und ein angemessener Interessenausgleich herbeigeführt.

Fazit:

Dass die Heranziehung von Selbstkosten auch bei § 2 Abs. 5 VOB/B zu einem angemessenen Interessenausgleich führt, dürfte zweifelhaft sein. Denn die Preisermittlung für geänderte Leistungen nach § 2 Abs. 5 VOB/B gestaltet sich entscheidend anders. Hier ist eine zweigeteilte Betrachtung - wie sie der BGH bei den Mehrmengen vornimmt - nicht möglich. Schließlich basiert das Erfordernis der Festlegung eines gänzlich neuen Einheitspreises allein auf dem Umstand, dass die ursprünglich von den Parteien vereinbarte Leistung aus dem Leistungsumfang herausgenommen und durch die geänderte Leistung ersetzt wird. Zöge man für die Ermittlung des Einheitspreises der geänderten Leistung nach § 2 Abs. 5 VOB/B nunmehr ausschließlich die tatsächlichen Kosten heran, so bliebe der ursprünglich auf dem freien Markt vereinbarte Preis gänzlich außer Betracht. Das Ergebnis erscheint daher auch im Lichte der in Bezug genommenen oberstgerichtlichen Rechtsprechung nicht sachgerecht, weil es die potentiellen tatsächlichen Interessen der Parteien außer Acht lässt. So eröffnet diese Rechtsprechung dem Auftraggeber die Möglichkeit geänderte Leistungen, unter Ausblendung der ursprünglich verhandelten Konditionen, zum Selbstkostenpreis zu erlangen. Umgekehrt sieht sich dieser der Gefahr ausgesetzt, dass die Auftragnehmer bei Beauftragung von Nachtragsleistungen keine guten Preise mehr verhandeln. Die Heranziehung tatsächlicher Mehrkosten birgt demnach die Gefahr, dass eine der Parteien erheblich über Gebühr belastet wird. Vor diesem Hintergrund scheint eine Übertragung der Erwägungen des BGH zu § 2 Abs. 3 VOB/B auf die Ermittlung des Preises geänderter Leistungen nach § 2 Abs. 5 VOB/B ausgesprochen zweifelhaft. Die Revision wurde durch das Kammergericht nicht zugelassen. Es bleibt daher abzuwarten, wie und wann sich der BGH zur Bemessungsgrundlage des Mehrvergütungsanspruchs aus § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B äußern wird. Bis dahin bleibt es in der Praxis jedenfalls ratsam, diese ausdrücklich von Beginn an vertraglich zu vereinbaren.



Stefania Petersen, LL.M., Hamburg

Die Europarechtswidrigkeit der verbindlichen HOAI-Sätze ist durch die Gerichte von Rechts wegen zu beachten: Eine richtlinienkonforme Auslegung ist möglich!

OLG Celle, Urteil vom 14.08.2019 – 14 U 198/18

Ein Ingenieur macht eine Honorarnachforderung in Höhe von EUR 441.004,89 aus fünf Ingenieurverträgen mit Pauschalpreisvereinbarung geltend, die bereits Jahre zuvor mit Schlussrechnungen in Höhe von insgesamt EUR 75.550,04 abgerechnet und durch den Auftraggeber (AG) bezahlt wurden. Er beruft sich auf eine unzulässige Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI 2009. Der AG wies die Nachzahlungsaufforderung zunächst außergerichtlich zurück, woraufhin der Ingenieur Zahlungsklage vor dem Landgericht erhob. Die Klage wurde abgewiesen. Zum einen sei das zugrunde liegende Gutachten über den Nachforderungsbetrag fehlerhaft, wodurch der Ingenieur seiner Darlegungs- und Beweislast bzgl. der Mindestsatzunterschreitung nicht genügt habe. Zum anderen verstoße die Aufforderung zur Nachzahlung gegen Treu und Glauben gem. § 242. Mit der Berufung verfolgte der Ingenieur die Verurteilung des AG insbesondere unter Berufung auf dessen Darlegungs- und Beweislast bzgl. der Einhaltung der Mindestsätze der HOAI weiter.

Ohne Erfolg! Das OLG Celle wies die Berufung des Ingenieurs zurück, ließ aber die Revision zu. Es schloss sich der Entscheidung des Landgerichts hinsichtlich der Unschlüssigkeit der Klage als auch in Bezug auf eine Verletzung des § 242 BGB an. Darüber hinaus verwies es auf die vom EuGH festgestellte Europarechtswidrigkeit der verbindlichen Höchst- und Mindestsätze der HOAI. Es stellte fest, dass die nationalen Gerichte wegen des Anwendungsvorrangs des Europarechts nunmehr verpflichtet sind, die bisher verbindlichen HOAI-Sätze bereits in laufenden Verfahren nicht mehr anzuwenden. Dies begründete es wie folgt:

Eine an den Vorschriften des Rechts der Europäischen Union zu messende Norm ist nur nach Maßgabe ihrer Auslegung durch den EuGH anzuwenden. Dieser hat mit Feststellungsurteil vom 04.07.2019, Rs. C-377/17, eine Verletzung der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG durch die verbindlichen Honorarsätze festgestellt. Entgegen der Ansicht des OLG Hamm (OLG Hamm, Urteil vom 23.07.2019, 21 U 24/18) ist die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG unter Zugrundelegung der durch den EuGH konstituierten Voraussetzungen unmittelbar anwendbar und bedarf somit keines nationalen Umsetzungsaktes. Eine Verletzung der Richtlinie ist somit unverzüglich zu berücksichtigen. Anders als privatrechtsgestaltende Richtlinien, für die der EuGH eine unmittelbare Anwendbarkeit im Wesentlichen ausschließt, dient die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG der Beseitigung von europarechtswidrigen Beschränkungen der Niederlassungs- und

Dienstleistungsfreiheit. Sie richtet sich somit, vergleichbar mit den Grundfreiheiten, an die Mitgliedstaaten und dient nicht der Harmonisierung bestimmter Aspekte des Privatrechts. Im Übrigen ist die Umsetzungsfrist für die bestimmten und vorbehaltlosen Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG bereits am 28.12.2006 abgelaufen. Sie ist somit bereits seit diesem Zeitpunkt unmittelbar anwendbar.

Das Feststellungsurteil des EuGH und die unmittelbare Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG begründen nach Ansicht des OLG Celle die sofortige Berücksichtigung der festgestellten Europarechtswidrigkeit. Dies hat nach dem Umsetzungsgebot des Art. 288 Abs. 3 AEUV und dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue gem. Art. 4 Abs. 3 EUV unverzüglich durch Außerachtlassung der Höchst- und Mindestsätze der HOAI zu erfolgen, ohne eine Anpassung durch den Gesetzgeber abzuwarten.

Anders als das OLG Hamm sieht sich das OLG Celle in Folge des europäischen Urteils auch nicht an einer richtlinienkonformen Auslegung der HOAI Vorschriften aufgrund eines entgegenstehenden Willens des Gesetzgebers gehindert. Aus den Gesetzesmaterialien zur Fassung der HOAI 2009 ergibt sich ausdrücklich der Wille des Gesetzgebers zu einer europarechtskonformen Gestaltung der HOAI. Eine Abweichung hiervon hat das OLG Celle im Rahmen der Aktualisierung der HOAI im Jahre 2013 nicht festgestellt. Auch das mit den Höchst- und Mindestsätzen verfolgte Ziel einer Qualitätssicherung von Planungsleistungen vermag nach Ansicht des OLG Celle einen entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers nicht zu begründen, solange die Erbringung von Planungsleistungen selbst keinen Qualitätsstandards unterliegt.

Fazit:

Das Urteil des OLG Celle ist zu begrüßen. Es greift die wesentlichen Argumente des OLG Hamm auf und vermag diese im Lichte einer europarechtskonformen Argumentation zu entkräften. Es steht im Einklang mit dem Urteil des EuGH, das sowohl auf die unmittelbare Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG als auch auf die Verfehlung des mit den HOAI-Sätzen verfolgten Ziels einer Qualitätssicherung der Planungsleistungen hinweist. Die zwingende Anwendung der HOAI-Sätze entbehrt unter Zugrundelegung der aktuellen Gesetzeslage somit erheblicher, sachlich gerechtfertigter Gründe, die festgestellte Beschränkung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit durch die verbindlichen HOAI-Sätze zu rechtfertigen. Die Entscheidung des OLG Celle wird von dem OLG Düsseldorf bekräftigt. Der dortige Senat stellt mit Urteil vom 17.09.2019 (23/U 155/18) klar, dass der verbindliche Preisrahmen der HOAI auch in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten nicht angewendet werden darf. Denn aus der Feststellung des EuGH folgt für den verurteilten Mitgliedsstaat, den Verstoß zu beenden. Diese Pflicht treffe sämtliche Stellen des verurteilten Staates, mithin auch die Gerichte.

Das OLG Celle hat vor dem Hintergrund der obergerichtlichen Uneinigkeit die Revision zugelassen. Es ist zu erwarten, dass der BGH im Falle einer Revision der überzeugenden Rechtsauffassung des OLG Celle folgen und entgegen der Rechtsprechung des OLG Hamm eine sofortige Berücksichtigung der Europarechtswidrigkeit feststellen wird.



Philipp Buslowicz, LL.M., Berlin

Fehlerhafte Leistungsbeschreibung schließt Mängelhaftung nicht aus!

OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.3.2019 – 21 U 118/16

Der Auftragnehmer ist zur Beseitigung von Mängeln verpflichtet, selbst dann, wenn der Mangel zumindest teilweise auf eine für ihn nicht erkennbare Ursache im Baugrund zurückzuführen ist. Es ist eine entsprechende Abwägung des jeweiligen Verschuldensbeitrags vorzunehmen.

Die Klägerin (Auftraggeberin) macht gegen die Beklagte (Auftragnehmerin) einen Anspruch auf Mängelbeseitigungskosten sowie Schadensersatz geltend. Die Klägerin beauftragte die Beklagte u. a. mit der Ausführung einer Schottertragschicht als Untergrund für den Bau eines neuen Krangleises. Die Geltung der VOB/B wurde vertraglich vereinbart. Nach Ausführung wurden die Arbeiten durch die Klägerin abgenommen und bezahlt. Im Anschluss daran wurden auf der Schottertragschicht durch einen Dritten Betonelemente mit Gleisen verlegt. Nach Inbetriebnahme des Krans traten Schäden an den Betonteilen auf, die auf ein Absacken des Untergrunds zurückzuführen waren. Daraufhin forderte die Klägerin die Beklagte erfolglos zur Beseitigung der Mängel auf und rügte eine nicht ausreichende Verdichtung des Untergrundes als Mangel. In der ersten Instanz wurde die Klage abgewiesen. Nach Beweiserhebung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens wurde das Urteil in der Berufungsinstanz aufgehoben und die Beklagte zur Zahlung von ca. 55 % der Klageforderung verurteilt.

Der Senat bejahte das Vorliegen von drei Mängeln i.S.d. § 13 Abs.1 VOB/B bei den durch die Klägerin durchgeführten Arbeiten. Bei zwei dieser Mängel konnte der Senat kein Mitverschulden der Klägerin erkennen. Hier war der Beklagten insbesondere vorzuwerfen, dass sie die vertraglich geschuldete Tragfähigkeitsuntersuchung nicht ordnungsgemäß durchgeführt hat, welche die Unstimmigkeiten im LV bzw. Bodengutachten hätte zumindest teilweise hätte aufdecken können. Bei dem dritten Mangel, einer fehlerhaft ausgeführten Drainage unter der Schotterfläche, war die Planung der Klägerin bereits mangelhaft. Die Beklagte konnte nicht nachweisen, dass sie rechtzeitig Bedenken angezeigt hatte. Hier muss nach Ansicht des OLG eine Abwägung zwischen den beidseitigen Verschuldensbeiträgen analog § 254 BGB vorgenommen werden. Nach einer solchen Abwägung kommt das OLG hier zu einer Gleichwertigkeit der Beiträge. Gleichzeitig stellte der Senat fest, dass es für die Pflicht der Beklagten zur Beseitigung der Mängel nicht darauf ankomme, dass sich möglicherweise ein für alle Beteiligten nicht erkennbares Baugrundrisiko realisiert hat. Denn das durch die Klägerin bei Vertragsschluss vorgelegte Baugrundgutachten war ordnungsgemäß erstellt worden. Die Klägerin durfte sich folglich auf dieses verlassen.

Fazit:

Es ist erkennbar, dass sich das OLG hier gegen die grundlegende Tendenz stellt, dass Planungsfehler schwerer wiegen als Fehler bei der Ausführung, was in den meisten Fällen zu einer Verdrängung der Verursachungsbeiträge auf Seiten der Bauausführenden führt.