

Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB Rechtsanwaltsgesellschaft

Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht, Architekten- und Ingenieurrecht

Baurecht

Grundsatzurteil des BGH zur Vertragsstrafe

BGH, U.v. 15.02.2024 - VII ZR 42/22

LEITSATZ

Zur Unwirksamkeit der vom Auftraggeber in einem Einheitspreisvertrag verwendeten Vertragsstrafenklausel

"2.1 Der Auftragnehmer hat bei Überschreitung ... der Frist für die Vollendung als Vertragsstrafe für jeden Werktag des Verzugs zu zahlen: [...] 0,2 v.H. der im Auftragschreiben genannten Auftragssumme ohne Umsatzsteuer; [...]

2.2 Die Vertragsstrafe wird auf insgesamt 5 v.H. der im Auftragschreiben genannten Auftragssumme (ohne Umsatzsteuer) begrenzt."

nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (Fortführung von BGH, Versäumnisurteil vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, juris Rn. 58 ff.)

PRAXISHINWEIS

Mit diesem Grundsatzurteil vom 15.02.2024 hat der BGH entschieden, dass die seit August 2014 im Vergabehandbuch des Bundes (VHB Bund) verwendete Vertragsstrafenklausel den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt und daher unwirksam ist. Auftraggeber können bei Verwendung dieser Klausel keine Vertragsstrafen mehr verlangen. In der Vergangenheit deswegen gekürzte Schlussrechnungsbeträge könnten Auftragnehmer nun nachfordern, soweit sie noch nicht verjährt sind.

Zur Begründung verweist der BGH darauf, dass bei einem Einheitspreisvertrag die tatsächlich zu zahlende Vergütung erst nach dem Aufmaß feststeht. Die Abrechnungssumme könne daher auch niedriger sein als die bei Vertragsschluss vorläufig ermittelte Auftragssumme.

Inhalt

Aktuelles aus der Rechtsprechung	1
Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft	
➤ Schneller-Bauen-Gesetz im Land Berlin	3
➤ Referentenentwurf zum Gebäudetyp-E	5
➤ HOAI 202X	7
➤ Alternatives Beschaffungskonzept	9
TSP – Intern	11
Auf einen Blick	
Checkliste: Prüfung der Bürgschaftsurkunde	12

Editorial

Mit der aktuellen Ausgabe unseres TSP-Newsletters informieren wir Sie wie gewohnt in komprimierter Form über wichtige neue Entscheidungen und Entwicklungen im Bau-, Immobilien- und Vergaberecht.

Hervorzuheben ist die nebenstehende Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs zu Vertragsstrafenklauseln. Danach sind die im Vergabehandbuch des Bundes (VHB) verwendeten Vertragsstrafenklauseln unwirksam. Dies betrifft die Fassungen des VHB ab 2014 bis 2023. Auftraggeber sollten daher ihre Vertragsstrafenklauseln umgehend überprüfen und gegebenenfalls anpassen.

In unserer Rubrik „Auf einen Blick“ finden Sie eine Checkliste, was bei Erhalt einer Vertragserfüllungs- oder Mängelansprüchebürgschaft in der Regel zu prüfen ist.

Eine interessante Lektüre wünscht Ihnen

TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB
Rechtsanwaltsgesellschaft

Impressum

TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB
Rechtsanwaltsgesellschaft
(Herausgeber)

Palais am Bundesrat
Leipziger Platz 11
10117 Berlin

Telefon (030) 399776-0
Telefax (030) 399776-22

Berlin@ts-law.de
www.ts-law.de

Partnerschaftsgesellschaft mbB
AG Charlottenburg PR 431 B

In diesem Fall würde jedoch die vom BGH geforderte Gesamthöhe der Vertragsstrafe von 5 % überschritten. Maßgebliche Bezugsgröße für die vorgenannte 5 %-Grenze ist nach der Rechtsprechung des BGH die Abrechnungssumme in ihrer objektiv richtigen Höhe.

Auch der Umstand, dass die endgültige Abrechnungssumme zum Zeitpunkt des Auftragschreibens noch nicht feststeht, soll nicht die Gefahr begründen, dass eine Regelung unklar und damit intransparent ist. Nach Ansicht des BGH ist den Parteien bei der Vereinbarung eines Prozentsatzes von vornherein klar, dass die Höhe der Vertragsstrafe kein feststehender Betrag ist. Besteht Streit darüber, welche Abrechnungssumme der Auftragnehmer zu Recht beanspruchen kann, muss dies - so der BGH - gegebenenfalls gerichtlich geklärt werden.

Vertragsstrafenklauseln sollten daher an eine Obergrenze von maximal 5 % der „Abrechnungssumme“ anknüpfen, wobei darauf zu achten ist, dass dieser Begriff der „Abrechnungssumme“ im Vertrag einheitlich verwendet wird. Vor dem Hintergrund dieses Grundsatzurteils kann Auftraggebern nur dringend empfohlen werden, ihre Vertragsstrafenklauseln umgehend zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen.

Insolvenzantrag des AN: Keine Aufrechnung des Auftraggebers mit Forderungen aus anderem Bauvorhaben zulässig

BGH, U.v. 19.10.2023 - IX ZR 249/22

LEITSATZ

- a) Führt eine vom Auftraggeber ausgesprochene Kündigung eines Bauvertrags aus wichtigem Grund dazu, dass sich die Forderung des Auftragnehmers auf Werklohn und eine Gegenforderung auf Schadensersatz wegen Fertigstellungsmehrkosten aus einem anderen Vertragsverhältnis aufrechnen gegenüberstehen, ist die Herstellung der Aufrechnungslage gläubigerbenachteiligend und damit anfechtbar nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO.
- b) Die Wirksamkeit der Kündigung nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B steht der Anfechtbarkeit der Herstellung der Aufrechnungslage nicht entgegen.

PRAXISHINWEIS

Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine Aufrechnung des Auftraggebers mit Schadensersatz-

ansprüchen aus insolvenzrechtlichen Gründen unzulässig. Im Falle des Eigeninsolvenzantrages des Auftraggebers steht dem Auftraggeber zwar ein Sonderkündigungsrecht nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B zu. Nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B sind nach erfolgter Kündigung die erbrachten Leistungen abzurechnen und der Auftraggeber kann vom Auftragnehmer grundsätzlich auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung der noch ausstehenden Restleistung verlangen. Der Auftraggeber kann jedoch nach Ansicht des BGH nicht mit einem Mehrkostenerstattungsanspruch aus einem anderen Vertrag gegen die Werklohnforderung des Auftragnehmers aufrechnen. Denn die Aufrechnungslage wird erst durch die Kündigung des Bauvertrages geschaffen. Nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ist die Aufrechnung allerdings unzulässig, wenn der Insolvenzgläubiger die Möglichkeit zur Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat. Dies ist nach Auffassung des BGH hier der Fall. Durch die Aufrechnung mit einer Gegenforderung gegen die Restwerklohnforderung steht die Forderung der Insolvenzmasse im Umfang der Aufrechnung nicht mehr der Gesamtheit der Gläubiger zur Verteilung zur Verfügung. Dies stellt eine objektive Gläubigerbenachteiligung dar. Der Insolvenzverwalter kann sich daher unmittelbar auf die Unwirksamkeit der Aufrechnung nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO berufen und den Auftraggeber auf Zahlung der offenen Restwerklohnforderung in voller Höhe in Anspruch nehmen. Die vom Auftraggeber erklärte Aufrechnung mit Gegenansprüchen wegen Fertigstellungsmehrkosten aus einem anderen Bauvorhaben ist daher unbeachtlich.

Die Kündigung des Vertrages nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B, durch die die Aufrechnungslage erst geschaffen wird, ist nach der Entscheidung des BGH also selbständig anfechtbar, soweit die Kündigung gläubigerbenachteiligend wirkt. Die Kündigung selbst bleibt jedoch wirksam.

Die Entscheidung betrifft den Fall, dass die zur Aufrechnung gestellte Forderung aus einem anderen Vertragsverhältnis stammt. Wenn die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung aus demselben Vertragsverhältnis resultiert, hatte der BGH in seinem Urteil vom 23.06.2005 - VII ZR 197/03 - noch entschieden, dass es in dieser Konstellation an einer Gläubigerbenachteiligung fehle und die Aufrechnung daher wirksam sei. Es bleibt abzuwarten, ob der 7. Zivilsenat des BGH angesichts der aktuellen Entscheidung des 9. Zivilsenats an dieser alten Rechtsprechung festhält.

SCHNELLER-BAUEN-GESETZ IM LAND BERLIN BESCHLOSSEN

Der Berliner Senat hat am 20. August 2024 das „Schneller-Bauen-Gesetz“ beschlossen. Es umfasst mehr als 50 Gesetzesänderungen in zehn Landesgesetzen und einer Rechtsverordnung. So sollen beispielsweise Bauantragskonferenzen für größere Bauvorhaben eingeführt und in der Bauordnung verankert werden. Ziel ist es, frühzeitig Hemmnisse abzubauen und gemeinsam mit den beteiligten Behörden das Baugenehmigungsverfahren zu beschleunigen. Des Weiteren ist geplant, zusätzliche Fristen einzuführen, Zuständigkeiten neu zu regeln, den Wohnungsbau in einzelnen Rechtsvorschriften zu privilegieren und Rechtsnormen an das Bundesrecht anzugleichen. Außerdem soll das Vorkaufsrecht des Landes Berlin für Grundstücke in Landschaftsschutzgebieten gestärkt werden, um den Bedarf an Ausgleichsflächen zu decken.

Darüber hinaus hat der Berliner Senat ein über 70 Punkte umfassendes untergesetzliches Maßnahmenpaket beschlossen. Ziel ist es, die Verwaltungsarbeit weiter zu digitalisieren, zu beschleunigen und zu vereinheitlichen sowie die Rahmenbedingungen für das Bauen in Berlin insgesamt zu verbessern.

Der Entwurf des „Schneller-Bauen-Gesetzes“ wurde dem Abgeordnetenhaus zugeleitet und soll bis Dezember 2024 in Kraft treten. Die vom Senat beschlossenen untergesetzlichen Maßnahmen gelten ab sofort.

Aufrechnung mit Vorschussanspruch?

KG, U.v. 18.06.2024 - 21 U 20/23

LEITSATZ

1. - 2. (...)
3. Die Aufrechnung mit einem Anspruch auf Vorschuss für Mängelbeseitigungskosten gegenüber dem Vergütungsanspruch des Unternehmers ist nicht möglich, da es eine solche Aufrechnungslage nicht geben kann.
4. Behält der Werkbesteller die noch offene Vergütung des Unternehmers wegen der Kosten einer Mängelbeseitigung ein, so erhebt er damit die Dolo-agit-Einrede.

PRAXISHINWEIS

Das Kammergericht hatte die Frage zu klären, ob der Auftraggeber mit einem Vorschussanspruch in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten gegen den Restwerklohnanspruch des Auftragnehmers aufrechnen kann. Ein Vorschussanspruch besteht grundsätzlich nicht, wenn sich der Auftraggeber aus dem einbehaltenen Werklohn befriedigen kann (vgl. BGH, U.v. 20.1.2000 - VII ZR 224/98). Denn dann steht ihm das Geld für die Mängelbeseitigung zur Verfügung. Allerdings hält der BGH eine Aufrechnung mit dem Vorschussanspruch gegen die Restwerklohnforderung trotz der Zweckgebundenheit und Abrechnungsbedürftigkeit des Vorschusses gleichwohl für zulässig (BGH, U.v. 13.7.1970 - VII ZR 176/68). Das Kammergericht sieht dies anders. Danach ist es schon grundsätzlich nicht möglich, mit einem Vorschussanspruch aus § 637 Abs. 3 BGB gegen einen Werklohnanspruch aufzurechnen. Der Vorschuss soll den Auftraggeber in die Lage versetzen, die Mängel beseitigen zu lassen, ohne dafür eigene Mittel aufwenden zu müssen. Der Vorschuss dient also dazu, den Auftraggeber so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Bauvertrages stünde. Deshalb ist der Auftraggeber aber auch verpflichtet, einbehaltenen Werklohn, der dem Auftragnehmer bei mangelfreier Leistung zustehen würde, für die Mängelbeseitigung aufzuwenden. Nur wenn und soweit ein solcher Einbehalt zur Deckung der Mängelbeseitigungskosten nicht ausreicht, hat der Auftragnehmer einen Vorschuss zu leisten, der sich dann auf die Höhe der Differenz zwischen den Mängelbeseitigungskosten und der offenen Vergütung beläuft. Die Aufrechnung mit einem Vorschussanspruch gegen einen Vergütungsanspruch ist nach Ansicht des Kammergerichts deshalb ausgeschlossen, weil es eine solche Aufrechnungslage nicht geben kann, denn wenn und soweit die Vergütung des Auftragnehmers noch offen ist, hat der Auftraggeber schon keinen Anspruch auf Vorschuss.

Dennoch kann der Auftragnehmer auch nach Ansicht des Kammergerichts nicht die Zahlung seines Restwerklohns verlangen. Zwar kann der Auftraggeber nicht aufrechnen. Er kann aber die Zahlung des Restwerklohnanspruchs in Höhe der Beseitigungskosten nach § 242 BGB verweigern. Das Kammergericht kommt also zum gleichen Ergebnis, aber mit einer anderen Begründung.

Ist eine Verzugsmitteilung des Auftraggebers eine Anordnung nach § 2 Abs. 5 VOB/B?

KG, U.v. 27.08.2024 - 21 U 128/23

LEITSATZ

1. Ordnet der Besteller eines VOB-Vertrags gegenüber dem Unternehmer an, seine Leistung vollständig oder in Teilen nicht zur vertraglich vorgesehenen Zeit, sondern später zu erbringen, und ist dem Besteller dabei erkennbar, dass dem Unternehmer dadurch Mehrkosten entstehen können, so liegt hierin eine „andere Anordnung“ i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B, die eine Mehrvergütung zu Gunsten des Unternehmers auslösen kann.
2. Dies kann grundsätzlich auch dann gelten, wenn sich die Anordnung der Zeitverschiebung nicht auf den Zeitpunkt der Leistung selbst, sondern auf Vorbereitungshandlungen bezieht.

PRAXISHINWEIS

Bei Preissteigerungen nach Wegfall der durch einen Vorunternehmer verursachten Behinderung helfen dem betroffenen Auftragnehmer die bei Bauablaufstörungen einschlägigen Anspruchsgrundlagen auf Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 VOB/B und auf Entschädigung nach § 642 BGB nicht weiter. § 6 Abs. 6 VOB/B ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH bereits bei fehlenden oder mangelhaften Vorunternehmerleistungen nicht anwendbar. § 642 BGB erfasst nach Ansicht des BGH keine Preissteigerungen nach Wegfall der Behinderung.

Rettung für den Auftragnehmer könnte in solchen Fällen § 2 Abs. 5 VOB/B sein. Allerdings setzt § 2 Abs. 5 VOB/B eine Anordnung des Auftraggebers voraus. Da der Auftraggeber dem Auftragnehmer häufig die Störung des Bauablaufs mitteilt, stellt sich die Frage, ob eine solche sog. Verzugsmitteilung des Auftraggebers eine Anordnung des Auftraggebers im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B darstellt.

Das Kammergericht hat dies bereits in seinem Urteil vom 29.01.2019 - 21 U 122/18 - bejaht. Daran hält das Kammergericht auch in der vorliegenden Entscheidung fest. Zwar könne allein die Störung der Vertragsdurchführung durch den Annahmeverzug des Auftraggebers nicht als Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B angesehen werden. Teilt der Auftraggeber dem Auftragnehmer jedoch seinen eigenen Annahmeverzug oder die verspätete Überlassung einer Mitwirkungshandlung mit und muss der Auftragnehmer dem aufgrund der

Macht des Faktischen zwingend Folge leisten, tritt neben den Annahmeverzug des Auftraggebers gerade seine verbindliche Mitteilung, also seine Anordnung gegenüber dem Auftragnehmer. Der so vom Auftraggeber kommunizierte Annahmeverzug geht nach Ansicht des Kammergerichts über eine bloße Störung der Vertragsabwicklung hinaus.

Darüber hinaus verweist das Kammergericht auf die Rechtsprechung des BGH, wonach einem Auftragnehmer auch dann eine „in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B“ zu ermittelnde Mehrvergütung zustehen kann, wenn die in einem Bauvertrag vorgesehene Bauzeit wegen einer Verzögerung bei der öffentlichen Vergabe angepasst werden muss (vgl. BGH, U.v. 11.05.2009 - VII ZR 11/08). Der BGH spricht dem Auftragnehmer also auch dann eine Mehrvergütung in Höhe eines Anspruchs aus § 2 Abs. 5 VOB/B zu, wenn der Auftraggeber die Verschiebung der Bauzeit bereits vor Vertragsschluss, nämlich im Vergabeverfahren, veranlasst hat. Eine Mehrvergütung nach dieser Vorschrift muss dann aber erst recht in Betracht kommen, wenn die Gründe für die Verschiebung der Ausführungszeit für den Auftragnehmer erst nach Vertragsschluss eintreten, z.B. wegen des erst dann eintretenden Verzugs von Vorunternehmern.

Unerheblich ist nach Auffassung des Kammergerichts, dass der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer grundsätzlich keine terminlichen Verpflichtungen hat und bei Verzug eines Vorunternehmers nicht nach §§ 280, 286 oder § 6 Abs. 6 VOB/B haftet. Eine Mehrvergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B kann auch Risiken des Auftraggebers erfassen, die sich aus von ihm nicht zu vertretenden Verzögerungen ergeben. Es gibt - so das Kammergericht - kein „Verschuldensprinzip“, an dem die Auslegung des § 2 Abs. 5 VOB/B zu messen wäre.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das OLG Köln im Urteil vom 21.12.2023 - 7 U 68/22 - genau die gegenteilige Rechtsauffassung vertritt. Danach soll eine Verzugsmitteilung des Auftraggebers gerade keine Änderungsanordnung des Auftraggebers sein.

Letztlich wird nur der BGH diese Frage endgültig klären können. Bis dahin sollten sich Auftraggeber gut überlegen, ob sie den Auftragnehmer auf mögliche Behinderungen hinweisen.

REFERENTENENTWURF EINES GESETZES ZUR ZIVILRECHTLICHEN ERLEICHTERUNG DES GEBÄUDEBAUS (GEBÄUDETYP-E-GESETZ)

Der Wohnungsneubau in Deutschland ist aus einer Vielzahl von Gründen schwieriger geworden. Die hohen Baukosten sind auch darauf zurückzuführen, dass die Baustandards in den letzten Jahrzehnten stetig gestiegen sind und weiter steigen. Unter dem Schlagwort „Gebäudetyp E“ wird daher gefordert, einfacheres, innovativeres und kostengünstigeres Bauen zu ermöglichen. Anders als der Begriff vermuten lässt, steht „Gebäudetyp E“ jedoch nicht für einen bestimmten, technisch spezifizierten Gebäudetyp, sondern für den Wunsch nach flexibleren Planungsmöglichkeiten.

Die Bauministerkonferenz der Länder hat auf diese Forderung für das öffentliche Recht bereits reagiert und in § 67 der Musterbauordnung (MBauO) eine Mustervorschrift geschaffen, nach der vereinfacht von bauordnungsrechtlichen Anforderungen abgewichen werden kann. Die Länder haben diese Vorschrift in ihren Landesbauordnungen bereits umgesetzt oder werden dies noch tun.

Für das Zivilrecht sind Änderungen durch den vom Bundesministerium der Justiz am 29.07.2024 veröffentlichten Referentenentwurf eines Gesetzes zur zivilrechtlichen Erleichterung des Gebäudebaus (Gebäudetyp-E-Gesetz) vorgesehen.

Danach soll in § 650a BGB in einem neuen Absatz 3 erstmals eine Regelung zu den anerkannten Regeln der Technik geschaffen werden. Für sicherheitsrelevante Normen wird eine neue gesetzliche Vermutung geschaffen, dass diese zu den anerkannten Regeln der Technik gehören. Für Komfort- und Ausstattungsmerkmale wird umgekehrt vermutet, dass sie nicht den anerkannten Regeln der Technik angehören. Darüber hinaus soll ein neues Kapitel 4 „Gebäudebauverträge zwischen fachkundigen Unternehmern“ speziell für den „Gebäudetyp E“ eingefügt werden. Der neue § 650o Absatz 1 BGB-E regelt den Anwendungsbereich. § 650o Absatz 2 BGB-E regelt neu eine Ausnahme von der bisherigen Aufklärungspflicht: Bei Verträgen zwischen fachkundigen Unternehmern über Bauleistungen an Gebäuden und Außenanlagen soll künftig keine Pflicht mehr bestehen, über Risiken und Folgen eines Abweichens von den anerkannten Regeln der Technik aufzuklären. Damit wird eine Vielzahl von Verträgen im Baubereich vereinfacht. § 650o Abs. 3 BGB-E sieht weitere Abweichungen vom Sachmangel (§ 633 BGB) vor. Stellt der Unternehmer ein funktionstaugliches Werk unter Abweichung von den anerkannten Regeln der Technik her, soll die bloße Abweichung keinen Sachmangel mehr begründen, wenn die Sicherheit und dauerhafte Gebrauchstauglichkeit des Werks auf andere Weise gleichwertig gewährleistet ist und der Unternehmer den Besteller vor Ausführung der Arbeiten auf die Abweichung hinweist.

Demgegenüber sollen Verbraucher, aber auch nicht fachkundige Unternehmer, aufgrund ihrer fehlenden Branchenkenntnisse weiterhin den Schutz genießen, den das geltende Recht gewährleistet. Für sie soll die Neuregelung des § 650o BGB-E daher nicht gelten. Zwar können auch sie Bauverträge zum Gebäudetyp E abschließen, also von den anerkannten Regeln der Technik abweichen oder eine gleichwertige Ausführung im Zuge der Bauausführung akzeptieren. Für eine solche Vereinbarung soll es aber bei der bisherigen Rechtsprechung bleiben, wonach der Auftraggeber grundsätzlich über die Risiken und Folgen der Abweichung aufzuklären ist. Auch bleibt es bei den allgemeinen Regelungen zum Sachmängelrecht im Werkvertrag (§ 633 BGB).

Der Entwurf soll im Herbst 2024 vom Kabinett beschlossen werden. Anfang 2025 soll das Gesetz in Kraft treten.

Ermittlung der Nachtragsvergütung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B

OLG Düsseldorf, U.v. 18.12.2023 - 22 U 98/23

LEITSATZ

Für die Bemessung der Nachtragsvergütung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B kommt es auf die tatsächlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge an.*

PRAXISHINWEIS

Mit Grundsatzurteil vom 08.08.2019 - VII ZR 34/18 - hatte der BGH entschieden, dass bei einer (nicht willkürlichen) Überschreitung des Mengenansatzes nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B auf Verlangen

* Kein amtlicher Leitsatz

ein neuer Preis unter Berücksichtigung der tatsächlich erforderlichen Mehr- oder Minderkosten zuzüglich angemessener Zuschläge zu vereinbaren ist. Da die Regelung des § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B insoweit nahezu wortgleich ist, liegt es nahe, die Rechtsprechung des BGH zu § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B auf geänderte Leistungen i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B zu übertragen.

Genau dies hat das OLG Düsseldorf in der vorliegenden Entscheidung getan. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf kommt es auch bei § 2 Abs. 5 VOB/B auf die tatsächlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge an. Das vom BGH zu § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B entwickelte Verständnis sei auf die im Wesentlichen gleichlautende Regelung des § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B zu übertragen. Entsprechendes gilt, wenn dem Auftragnehmer Ansprüche nach § 2 Abs. 6 VOB/B zustehen sollten. Auch in diesem Fall käme es auf die tatsächlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge an. Dies wird inzwischen auch von zahlreichen anderen OLG-Senaten so gesehen (vgl. OLG Köln, U.v. 03.02.2021 - 11 U 136/18; KG, U.v. 27.08.2019 - 21 U 160/18; OLG Brandenburg, U.v. 22.04.2020 - 11 U 153/18; OLG Frankfurt, U.v. 21.09.2020 - 29 U 171/19). Eine abschließende Entscheidung des BGH zu dieser Frage steht allerdings noch aus.

Damit findet nach Auffassung des OLG Düsseldorf auch bei zusätzlichen oder geänderten Leistungen keine vorkalkulatorische Preisfortschreibung mehr statt. Der bisherige Grundsatz "Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis" gilt nicht mehr. Allerdings können die Parteien weiterhin eine vorkalkulatorische Preisfortschreibung in Nachtragssituationen vertraglich vereinbaren oder sich nachträglich hierauf verständigen.

Architektenrecht

Welche Leistungen schuldet ein Planer?

OLG Celle, U.v. 07.02.2024 - 14 U 12/23

LEITSATZ

1. Im Bereich der Grundlagenermittlung und Vorplanung (Leistungsphasen 1 und 2 gem. § 34 HOAI 2013) hat der Architekt zunächst die Wünsche des Bauherrn auszuloten, diesen zu beraten und ein Konzept zu erstellen. Eine baurechtliche Genehmigungsfähigkeit der Grundlagenermittlung

und Vorplanung ist in der Regel aber keine Voraussetzung für den Honoraranspruch des Architekten für diese Leistungsphasen.

2. Erst ab der Entwurfsplanung (Leistungsphase 3 gem. § 34 HOAI) hat der Architekt eine genehmigungsfähige Planung zu erstellen. Die rechtliche Vertretung der Genehmigungsplanung gegenüber Behörden und Gerichten befreit den Architekten regelmäßig nicht von dieser vertraglichen Pflicht.

3. - 4. (...)

PRAXISHINWEIS

In der Praxis gibt es immer wieder Streit darüber, welche Planungsleistungen der Architekt bzw. Ingenieur schuldet. Zu Recht weist das OLG Celle darauf hin, dass nicht die in der HOAI genannten Leistungsbilder maßgeblich sind, sondern die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Was ein Architekt oder Ingenieur vertraglich schuldet, ergibt sich aus dem geschlossenen Vertrag, in der Regel also aus dem Werkvertragsrecht. Der Inhalt dieses Architekten-/Ingenieurvertrages ist nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB auszulegen und zu ermitteln. Die HOAI enthält keine normativen Vorgaben für den Inhalt von Architekten- und Ingenieurverträgen. Die in der HOAI geregelten „Leistungsbilder“ sind Empfehlungen für die Berechnung des Honorars der Höhe nach. Ob ein Honoraranspruch dem Grunde nach besteht oder nicht, kann daher nicht mit Honorartatbeständen der HOAI begründet werden. Daraus folgt nach Auffassung des OLG Celle, dass es sich bei den Regelungen des § 34 Abs. 3 HOAI und der Anlage 10.1 HOAI nicht um eine abschließende Darstellung, sondern vielmehr um eine Auslegungshilfe handelt. Insofern sind nicht alle in der Anlage 10.1 HOAI aufgeführten Grundleistungen für einen vollen Honoraranspruch zwingend zu erbringen, wenn dies für den vereinbarten Leistungsumfang nicht erforderlich ist. Dies ergibt sich nach Auffassung des OLG Celle auch aus § 3 Abs. 2 Satz 1 HOAI, wonach die in den Leistungsbildern erfassten Grundleistungen in der Regel zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Auftrags erforderlich sind. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass nicht immer alle in der jeweiligen Leistungsphase aufgeführten Grundleistungen zwingend zur Lösung der jeweiligen konkreten Planungsaufgabe erbracht werden müssen. Sind bestimmte Grundleistungen zur Lösung der konkreten Planungsaufgabe nicht erforderlich, so führt die Nicht-Erbringung dieser - nicht erforderlichen - Leistungen nicht zu einer Honorarkürzung.

HOAI 202X – ENDBERICHT ZUR EVALUIERUNG UND FORTENTWICKLUNG DER LEISTUNGSBILDER VERÖFFENTLICHT

Am 17.01.2024 wurde das Fachgutachten zur Evaluierung und Fortentwicklung der Leistungsbilder der HOAI 202X veröffentlicht. Der Verordnungstext der HOAI, die Leistungsbilder mit den Grundleistungen und Besonderen Leistungen sowie die Objektlisten werden darin vollständig überarbeitet. Der Endbericht ist Grundlage für das anschließende Honorargutachten und das weitere Ordnungsverfahren. Der Endbericht kann auf unserer Homepage abgerufen werden. Die wesentlichen Ergebnisse der Evaluation sind:

BIM-Regelprozess und Digitalisierung

Es wird ein neuer Regelprozess BIM entworfen, der Grund- und Besondere Leistungen umfasst. Zudem wird BIM in § 2 HOAI definiert.

Bauen im Bestand

Umbauten, Modernisierungen, Instandsetzungen und Instandhaltungen werden als „Objekte im Bestand“ zusammengefasst. Entsprechende Abgrenzungen können damit entfallen.

Nachhaltigkeit

Im Sinne der Nachhaltigkeit werden bei der Evaluierung ökonomische, ökologische und soziale Aspekte verstärkt berücksichtigt. Die Leistungsbilder werden dahingehend überarbeitet.

Klimaschutz

Belange des Klimaschutzes sowie die Ressourcenschonung werden besonders gestärkt.

Leistungsänderung (§ 10 HOAI 2021)

Die Berechnung des Honorars bei Änderungen des Leistungsumfangs, die aktuell in § 10 HOAI 2021 geregelt ist, wird überarbeitet.

Zielfindungsphase gemäß § 650p BGB

Konkretisierungen zu den Regelungen in § 650p BGB zur Erstellung einer Planungsgrundlage werden einheitlich in die Grundleistungen der Leistungsbilder aufgenommen.

Ausrichtung der Vorplanung auf konzeptionelle Leistungen

Bei allen Leistungsbildern wird bei der Überarbeitung der zweiten Leistungsphase die konzeptionelle Ausrichtung betont und in die Formulierung der Grundleistungen aufgenommen.

Bauverfahren

„Überlegungen zu Bauverfahren“ werden als Grundleistung in der zweiten Leistungsphase des Leistungsbilds „Gebäude und Innenräume“ aufgenommen.

Besondere Leistungen

Die Abgrenzung zwischen Grund- und Besonderen Leistungen werden präzisiert.

Kostenermittlung gemäß DIN 276

Bisherige Verweise auf die DIN 276-1: 2008-12 werden aktualisiert auf die aktuelle DIN 276: 2018-12. Zudem werden Begrifflichkeiten an die aktuelle Fassung der DIN 276 angepasst.

Örtliche Bauüberwachung

Die örtliche Bauüberwachung für Verkehrsanlagen und Ingenieurbauwerke werden in einem separaten Abschnitt 5 erfasst. Der Leistungsumfang wird dabei nicht geändert. Die Leistungsphase 8 Objektüberwachung wird Grundleistung in dem Leistungsbild Tragwerksplanung.

§§ 21, 23 HOAI 1996

Die § 21 HOAI 1996 „Zeitliche Trennung der Ausführung“ und § 23 HOAI 1996 „Verschiedene Leistungen an einem Gebäude“ werden in einer überarbeiteten Form als § 11 HOAI „Planungs- und Bauabschnitte innerhalb eines Objekts“ und § 12 HOAI „Objekte im Bestand mit Erweiterungsbauten“ wieder aufgenommen.

Leistungsbild Städtebaulicher Entwurf

Der Städtebauliche Entwurf wird eine eigenständige Planung darstellen.

Preisgleitklausel

Die Berücksichtigung von Preisgleitklauseln in Bauverträgen wird als Besondere Leistung aufgenommen.

Welche dieser Vorschläge des Endberichts endgültig Einzug in die künftige HOAI 202X finden, wird im kommenden Ordnungsverfahren entschieden.

Etwas anderes dürfte allerdings dann gelten, wenn die Parteien die Leistungsbilder der HOAI einschließlich der dort vorgesehenen Leistungsphasen und Grundleistungen der HOAI ausdrücklich durch Bezugnahme oder durch Kopieren vertraglich vereinbart haben. In diesem Fall würde eine vertraglich vereinbarte, aber nicht erbrachte Leistungsphase oder Grundleistung eine mangelhafte Werkleistung darstellen, so dass das Honorar insoweit gemindert werden könnte.

Achtung Urheberrecht

OLG Celle, U.v. 27.02.2024 - 13 U 57/23

LEITSATZ

Bei Werken der Baukunst gehen die Interessen des Eigentümers an einer anderweitigen Nutzung oder Bebauung des Grundstücks den Interessen des Urhebers am Erhalt des Werks bei der vorzunehmenden umfassenden Interessenabwägung in der Regel vor. Etwas anderes kann bei der Abwägung zwischen dem Erhaltungsinteresse des Urhebers einer Platzgestaltung und dem Interesse der Gemeinde an einer Umgestaltung des Platzes für eine geänderte Nutzung gelten, solange die Gemeinde weder Planungen für die endgültige Platzgestaltung erstellt hat, noch die Planungen für eine beabsichtigte Zwischennutzung - über eine Ideenskizze hinaus - näher konkretisiert wurden.

PRAXISHINWEIS

Der Streitfall betraf einen runden Brunnen (Wasserspiegel) mit 50 m Durchmesser auf einem öffentlichen Platz. Der Platz ist verwahrlost und der Brunnen sanierungsbedürftig. Die Stadt will den Brunnen abreißen und den Platz neu gestalten. Gegen den Abriss wehren sich die Erben des damaligen Landschaftsarchitekten. Eine in der Praxis nicht seltene Konstellation.

Das OLG Celle stellt zunächst fest, dass es sich bei der Platzgestaltung um ein Werk der bildenden Kunst im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG handelt. Sie weist nach Ansicht des OLG Celle auch in der Gesamtschau - insbesondere im Hinblick auf die Brunnenanlage - die für urheberrechtlich geschützte Werke erforderliche Schöpfungshöhe (§ 2 Abs. 2 UrhG) auf. Andere Fälle scheitern häufig bereits an der erforderlichen Schöpfungshöhe. Damit war hier der Schutzbereich des § 14 UrhG eröffnet.

Die Entfernung des Brunnens als wesentliches Element stellt einen Eingriff in das urheberrechtlich geschützte Werk dar. Dies wäre auch bei einer isolierten Betrachtung des Brunnens - anders als früher - der Fall. Denn seit der Grundsatzentscheidung des BGH vom 21.02.2019 - I ZR 98/17 - erfasst § 14 UrhG auch die Vernichtung des Werkes. Das Urheberpersönlichkeitsrecht kann durch die Vernichtung des Werks in besonderer Weise betroffen sein, weil die Vernichtung das Fortwirken des Werks als Ausdruck der Persönlichkeit seines Schöpfers vereiteln oder erschweren kann. Durch die Vernichtung wird das geistige Band zwischen dem Urheber und seinem Werk durchtrennt.

Das OLG Celle hatte daher eine umfassende Abwägung zwischen dem Erhaltungsinteresse der Rechtsnachfolger des Urhebers und dem Interesse der Stadt an der Neugestaltung des Platzes vorzunehmen. Bei der Interessenabwägung ist auf Seiten des Urhebers zu berücksichtigen, ob es sich bei dem vernichteten Werk um das einzige Vervielfältigungsstück des Werkes handelte oder ob weitere Vervielfältigungsstücke des Werkes existieren. Ferner ist zu berücksichtigen, welche Gestaltungshöhe das Werk hat und ob es sich um ein zweckfreies Kunstwerk handelt oder ob es als angewandte Kunst einem Gebrauchszweck dient. Auf Seiten des Eigentümers können, wenn es sich um ein Bauwerk oder um Kunst in oder an einem Bauwerk handelt, bautechnische Gründe oder das Interesse an einer Nutzungsänderung von Bedeutung sein. Bei Werken der Baukunst oder mit Bauwerken untrennbar verbundenen Kunstwerken werden die Interessen des Eigentümers an einer anderweitigen Nutzung oder Bebauung des Grundstücks oder Gebäudes die Interessen des Urhebers an der Erhaltung des Werkes in der Regel überwiegen, sofern sich nicht aus den Umständen des Einzelfalles etwas anderes ergibt. Im Rahmen der Interessenabwägung kann es von Bedeutung sein, ob der Eigentümer dem Urheber Gelegenheit gegeben hat, das Werk zu entfernen oder, falls dies wegen der Beschaffenheit des Werkes nicht möglich ist, Vervielfältigungsstücke herzustellen. Unter Berücksichtigung dieses Maßstabs überwog nach Auffassung des OLG Celle im vorliegenden Fall das Erhaltungsinteresse der Rechtsnachfolger des Urhebers. Die Stadt durfte den Brunnen daher nicht abreißen.

Bauherren sollten sich die Errichtung von Baukunst also gut überlegen. Die früher stets mögliche Lösung, das Bauwerk einfach abzureißen, besteht

ALTERNATIVES BESCHAFFUNGSKONZEPT

Mit der „Verordnung zur Anpassung des Vergaberechts an die Einführung neuer elektronischer Standardformulare („eForms“) für EU-Bekanntmachungen und an weitere europarechtliche Anforderungen“ vom 17.08.2023 sind bekanntlich die bisherigen deutschen Sonderregelungen zur Auftragswertermittlung bei Planungsleistungen entfallen. Bis zur Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV war es allgemein als zulässig angesehen worden, die Schwellenwerte für Lose ungleichartiger Planungsleistungen getrennt zu ermitteln. Dies hatte zur Folge, dass zahlreiche Planungsaufträge unterhalb des europaweiten Schwellenwertes nach Maßgabe des jeweiligen Haushaltsrechts - meist freihändig nach § 50 UVgO - vergeben werden konnten. Die Streichung des § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV hat zur Folge, dass auch bei der Vergabe von Planungsleistungen der geschätzte Gesamtwert durch Addition aller Fachlose zu ermitteln ist. Dies bedeutet häufig, dass bereits bei Bauvorhaben mit Gesamtkosten von ca. 860.000 € Planungsleistungen europaweit ausgeschrieben werden müssen.

Im Zuge der Streichung des § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV hat die Bundesregierung daher selbst ein alternatives Beschaffungskonzept ins Spiel gebracht. Es besteht in einer gemeinsamen - nicht notwendigerweise gleichzeitigen - Vergabe von Planungs- und Bauleistungen mit einer Fachlosbildung jedenfalls hinsichtlich der einzelnen Planungsleistungen. Für eine solche gemeinsame Vergabe würde der Schwellenwert für die Vergabe von Bauleistungen in Höhe von netto 5.538.000 Euro und nicht der Schwellenwert für die Vergabe von Planungsleistungen in Höhe von netto 221.000 Euro gelten. Sollte der Gesamtwert unter netto 5.538.000 Euro bleiben, könnten alle Planungs- und Bauleistungen national ausgeschrieben werden. Oberhalb des Schwellenwertes könnte die sog. 80/20-Regelung nach § 3 Abs. 9 VgV zur Anwendung kommen. Fachlose für Planungsleistungen könnten bis zu einem Loswert von jeweils 1 Mio. € national ausgeschrieben werden, sofern die Summe dieser Lose 20 Prozent des Gesamtwertes aller Lose nicht überschreitet.

Dass dieses alternative Beschaffungskonzept vergaberechtskonform ist, haben die Bundesingenieurkammer, die Bundesarchitektenkammer, die AHO und der VBI gemeinsam durch ein Rechtsgutachten der Ludwig-Maximilians-Universität in München klären lassen. Das Gutachten ist auf unserer Homepage abrufbar. Allerdings gibt es noch keine Rechtsprechung zu diesem Thema. Es besteht die Gefahr, dass die Rechtsprechung in diesem alternativen Beschaffungskonzept einen Verstoß gegen die Umgehungsverbote nach § 111 Abs. 5 GWB bzw. § 3 Abs. 2 VgV sieht. Vorsicht ist auch geboten, wenn Fördermittel in Anspruch genommen werden. Hier ist sorgfältig zu prüfen, ob die Zuwendungsbestimmungen dieses alternative Beschaffungskonzept zulassen.

nach der Grundsatzentscheidung des BGH nicht mehr.

Planungsfehler: Kündigung aus wichtigem Grund?

OLG Schleswig, U.v. 17.07.2024 - 12 U 149/20

LEITSATZ

Ein wichtiger Kündigungsgrund kann in einer schweren schuldhaften Verletzung oder einer sonstigen Zerstörung des vertraglichen Vertrauensverhältnisses bestehen, die eine Fortsetzung des Vertrages für den Auftraggeber unzumutbar macht. Ein vertragswidriges Verhalten des Auftragnehmers reicht regelmäßig noch nicht aus.*

PRAXISHINWEIS

Die Parteien streiten darüber, ob der Auftraggeber zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt war oder ob es sich um eine freie Kündigung des Vertragsverhältnisses handelte. Seitens des Auftraggebers wurde vorgetragen, die Kündigung sei wegen Schlechterfüllung und Falschberatung erfolgt.

Voraussetzung für eine außerordentliche Kündigung ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Ein wichtiger Grund kann in einer schwerwiegenden schuldhaften Verletzung oder sonstigen Zerstörung des vertraglichen Vertrauensverhältnisses liegen, die dem Auftraggeber die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar macht. Dabei muss ein Festhalten am Vertrag unzumutbar sein, was nur bei besonders schweren Vertragsverletzungen

der Fall ist, da sich nur in diesen Fällen dem Auftragnehmer die vertragsgefährdende Wirkung seines Verhaltens von selbst aufdrängen muss und ein bereits eingetretener irreparabler Vertrauensverlust nicht mehr beseitigt werden kann. In der Regel reicht daher nach zutreffender Auffassung des OLG Schleswig ein vertragswidriges Verhalten des Auftragnehmers zunächst noch nicht für eine Kündigung aus wichtigem Grund aus. Eine Lösung des Auftraggebers vom Vertrag ist vielmehr im Allgemeinen erst zulässig, wenn der Auftragnehmer ausdrücklich auf die Folgen einer weiteren Nichterfüllung des Vertrages hingewiesen worden ist. Lediglich dann, wenn aufgrund der tatsächlichen Umstände berechtigt eine Zerstörung des Vertrauensverhältnisses wegen fehlender Kooperation des Architekten anzunehmen ist, ist für eine Fristsetzung kein Raum. Die Behauptung eines solchen Vertrauensverlustes reicht jedoch für die Annahme eines wichtigen Grundes nicht aus. Entscheidend ist vielmehr, dass dieser Verlust eine tatsächliche Grundlage im Verhalten des Architekten haben muss. Dies war hier nicht der Fall, so dass im Ergebnis von einer freien Kündigung auszugehen war. Der Architekt hat daher Anspruch auf das vereinbarte Honorar. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 648 S. 2 BGB).

Auftraggeber sollten daher die Voraussetzungen der von ihnen beabsichtigten Kündigung aus wichtigem Grund sorgfältig prüfen, um ein böses Erwachen im anschließenden Prozess möglichst zu vermeiden.

Vergaberecht

Referenz nicht vergleichbar?

OLG Düsseldorf, B.v. 07.02.2024 - Verg 23/23

LEITSATZ

Es ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Auftraggeber zum Nachweis der Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit die Vorlage einer Referenz verlangt, die mit der zu vergebenden Leistung lediglich „vergleichbar“ sein muss.*

PRAXISHINWEIS

Im offenen Verfahren wurde ein durchgehender Schleusendeckdienst für eine Seeschleuse ausgeschrieben. Insgesamt sollen ca. 3.600 Schiffe pro Jahr geschleust werden. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit hatten die Bieter eine Referenz zu benennen, die mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar ist. Der Bieter, dem der Zuschlag erteilt werden sollte, hatte eine Referenz vorgelegt, die Schleusendeckdienste nur auf Anforderung zur Nachtzeit und nur für ca. 20 Großschiffe pro Jahr betraf. Dagegen wendet sich der zunächst unterlegene Bieter, der bisherige Bestandsdienstleister. Die vorgelegte Referenz sei vom Leistungsumfang und Schwierigkeitsgrad nicht mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar.

Mit Erfolg. Das OLG Düsseldorf gibt dem bisherigen Bestandsdienstleister Recht. Bei dem Begriff „vergleichbare Leistung“ handele es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der aus der maßgeblichen objektiven Sicht eines mit derartigen Ausschreibungen vertrauten Bieterkreises auszulegen sei (§§ 133, 157 BGB). Dabei bedeutet die Formulierung „vergleichbar“ bereits nach allgemeinem Sprachgebrauch, dass die in Bezug genommenen Leistungen zwar nicht „gleich“ oder gar „identisch“ mit der ausgeschriebenen Leistung sein müssen, sondern dass es ausreicht, wenn sie hinsichtlich ihres Umfangs und ihrer Komplexität in technischer oder organisatorischer Hinsicht einen gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad aufweisen. Dabei ist aus Sicht der angesprochenen Bieterkreise offenkundig, dass Bezugspunkt der vergleichenden Betrachtung nur der konkret ausgeschriebene Auftrag sein kann, und zwar so, wie er in der Bekanntmachung kurz beschrieben und in den weiteren Vergabeunterlagen konkretisiert wird. Mit Hilfe von Referenzen will der Auftraggeber gerade feststellen, ob der potentielle Auftragnehmer Erfahrungen auf dem Gebiet der nachgefragten Leistung hat und ob er in der Lage sein wird, den Auftrag auch tatsächlich auszuführen. Dazu muss die Referenzleistung der ausgeschriebenen Leistung so ähnlich sein, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung zulässt. Dies erfordert einen Vergleich der Referenzleistung mit der ausgeschriebenen Leistung. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf bleibt die Referenz des Bieters, der den Zuschlag erhalten soll, in ihrem zeitlichen und personellen Umfang

deutlich hinter der ausgeschriebenen Leistung zurück. Der Zuschlag ist daher dem bisher unterlegenen Bieter zu erteilen, der das einzige weitere Angebot abgegeben hatte.

Die Entscheidung zeigt, dass Eignungsanforderungen anhand der Vergabeunterlagen grundsätzlich auslegungsfähig sind. Um Streitigkeiten zu vermeiden, sollten Auftraggeber die Anforderungen an die Vergleichbarkeit einer Referenz jedoch möglichst präzise in den Referenzanforderungen formulieren.

Immobilienrecht

Sind Klauseln im Notarvertrag Allgemeine Geschäftsbedingungen?

OLG Hamm, B.v. 04.07.2024 - 22 U 26/24

LEITSATZ

Von Notaren wiederholt verwendete, nicht von einer Vertragspartei vorgegebene Vertragsklauseln in notariellen Kaufverträgen über mit Bestandsimmobilien bebaute Grundstücke stellen regelmäßig keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar, weil keine Vertragspartei diese Vertragsbedingungen gem. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt hat.

PRAXISHINWEIS

Streitig war, ob ein in einem notariellen Grundstückskaufvertrag enthaltener Gewährleistungsausschluss eine Allgemeine Geschäftsbedingung darstellt, die der richterlichen Klauselkontrolle nach § 307 BGB unterliegt. Dies hat das OLG Hamm im vorliegenden Fall verneint. Zwar können auch Formulklauseln in notariellen Verträgen der Klauselkontrolle unterliegen, wenn sich eine Vertragspartei die Verwendung durch den Notar zurechnen lassen muss. Bei Klauseln, die von einem neutralen Dritten - wie z.B. einem Notar (vgl. § 14 Abs. 1 BNotO) - formuliert worden sind, muss sich eine Vertragspartei dies aber in der Regel nicht zurechnen lassen. Der Vorschlag des beurkundenden Notars begründet auch dann keine Verwendung durch eine Vertragspartei, wenn der Notar die entsprechende Vertragsklausel wiederholt verwendet. Dementsprechend sieht das OLG Hamm in ständiger Rechtsprechung Klauseln in notariellen Verträgen über Bestandsimmobilien im Regelfall nicht als gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB an. Eine Konstellation, die eine hiervon abweichende Beurteilung rechtfertigen würde, wie dies etwa bei Verbraucher- oder Bauträgerverträgen der Fall sein kann, lag hier nicht vor.

Theißen Stollhoff & Partner mbB
RECHTSANWALTSGESellschaft



– INTERN –

➤ Law Link – Board of Directors Meeting 2024

Das Board of Directors Meeting des internationalen Anwaltsnetzwerks Law Link fand am 21./22.09.2024 in Berlin statt. TSP hatte die Organisation und Leitung der Konferenz in diesem Jahr inne.



➤ TSP – Fachveröffentlichungen

Unter Mitwirkung von Rechtsanwalt und Notar Dr. Rolf Theißen, TSP, ist der maßgebliche Standardkommentar zur HOAI „Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI“ in der 10. Auflage erschienen. Die Autoren des 1.600 Seiten umfassenden Werkes sind Richter an Oberlandesgerichten, Fachanwälte und Honorarsachverständige, mithin allesamt ausgewiesene Experten auf dem Gebiet des Bau- und Planungsrechts.



Der Praxiskommentar zur HOAI 2021 von Theißen/Pöhlker/Adrians/Böttcher erscheint im November 2024 in der 6. Auflage. In der Neuauflage wurde die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, verschiedener Oberlandesgerichte und auch des EuGH zum Architekten- und Ingenieurrecht eingearbeitet und der Kommentar damit auf den neuesten Stand gebracht.



———— Auf einen Blick ————

Checkliste: Prüfung der Bürgschaftsurkunde - bei Stellung der Sicherheit nach § 17 Abs. 4 VOB/B -

Die nachstehende Checkliste gibt an, welche Punkte der Auftraggeber bei Vorlage einer Bürgschaftsurkunde in der Regel prüfen sollte. Die Checkliste erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Ergibt die Prüfung, dass die Bürgschaftserklärung nicht den Vorgaben der Sicherungsabrede im Bauvertrag oder den Anforderungen nach § 17 Abs. 4 VOB/B entspricht, kann die Bürgschaft vom Auftraggeber zurückgewiesen werden.

Die folgenden Anforderungen müssen in der Regel erfüllt sein:

- **Tauglicher Bürge** (d.h. - soweit im Vertrag nichts anderes vereinbart ist - ein in der Europäischen Gemeinschaft, in einem Staat der Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder in einem Staat der Vertragsparteien des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen zugelassenes Kreditinstitut oder Kreditversicherer)
- **Inhalt der Bürgschaftserklärung (ggf. nach dem Bürgschafts-Muster des Bauvertrages)**
 - Art der Bürgschaft (Vertragserfüllung und/oder Mängelhaftung)
 - Angabe des Auftragnehmers, des Auftraggebers, des Bauvertrages und der gesicherten Leistung
 - Angabe des Bürgen
 - Bürgschaftsbetrag (Währung; zutreffende Berechnung entsprechend der Sicherungsabrede nach Auftragssumme oder Abrechnungssumme; netto oder brutto)
 - Umfang der Bürgenhaftung (Haftung entsprechend der Sicherungsabrede ggf. auch für Vertragsstrafenansprüche, Erstattung von Überzahlungen, Nachträge, Ansprüche nach Arbeitnehmerentendegesetz, Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, Steuern)
 - Verzicht auf die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB), d.h. selbstschuldnerische Bürgschaft
 - Unbefristete Bürgschaftserklärung
 - Keine Einschränkung des Umfangs der Bürgschaft. Formulierungen, wonach z.B. die Bürgschaft nur „bereits fertiggestellte und ohne Beanstandungen und Auflagen abgenommene Arbeiten“ sichert oder die Bürgschaft nur „Gewährleistung für mangelfrei abgenommene Arbeiten“ bietet, sind nicht zu akzeptieren.
 - Keine Bürgschaft auf erstes Anfordern
 - Einhaltung sonstiger vertraglicher Vorgaben (Gerichtsstand, Rechtswahl deutsches Recht, Verjährungsregelung)
- **Vorlage der Bürgschaftsurkunde im Original**