

ÜBERBLICK

I. Neuerungen durch FoSiG zum 01.01.2009

II. Allgemeine Informationen VOB/B 2006

III. Rechtsprechung

1. Problematik des spekulativ überhöhten Einheitspreises bei Mengenerhöhungen
2. Konkludente Annahme von Nachtragsangeboten durch Entgegennahme der Nachtragsleistung
3. Auftragnehmer (Werkunternehmer) trägt Beweislast vor Abnahme
4. Leistungsverweigerungsrecht gegenüber Nachunternehmer, obwohl Bauherr keine Mängelbeseitigung verlangt
5. Fachbetrieb muss auf Fehler im Leistungsverzeichnis hinweisen
6. Hemmung der Verjährung eines Mangelanpruches durch „Verhandlungen“
7. Abnahmeerfordernis beim gekündigten Bauvertrag für Fälligkeit der Schlussrechnung
8. Welche Frist zur Mängelbeseitigung ist „angemessen“?
9. Mangel bei einer Leistung, die gemäß den Regeln der Technik erbracht wurde

I. Neuerungen aufgrund des zum 01.01.2009 in Kraft getretenen Forderungssicherungsgesetzes

Neuerungen des zum 01.01.2009 in Kraft getretenen Forderungssicherungsgesetzes
(Überblick):

- Die Privilegierung der VOB/B ist aufgehoben, d.h. künftig findet bei Verbraucherverträgen eine uneingeschränkte Inhaltskontrolle auf Basis der Regelungen des BGB zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen statt (hierzu bereits Urteil des BGH vom 24.07.2008).
- Der Anspruch auf Abschlagszahlungen wird im BGB ausgeweitet (Neufassung des § 632a BGB).
Voraussetzung ist aber unter anderem, dass die jeweilige Teilleistung, für die ein Abschlag verlangt wird, ohne wesentliche Mängel ist.
- Die Stellung des Nachunternehmers (Subunternehmer) gegenüber dem Hauptunternehmer soll gestärkt werden: Unter anderem Neufassung des § 641 Abs. 2 BGB (Fälligkeit der Werklohnforderung des Subunternehmers gegen Generalunternehmer wenn der Bauherr das Bauwerk abgenommen hat).
- Der Druckzuschlag (Zurückbehaltungsrecht des Kunden) wird auf das Doppelte der zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten gesenkt (bislang: dreifaches Zurückbehaltungsrecht).
- Bei Kündigung des Bauvertrages durch Bauherrn wird künftig gesetzlich vermutet, dass dem Bauunternehmer 5% der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden Vergütung zustehen (höherer oder geringerer Schaden kann nachgewiesen werden) - § 649 BGB.

II. Allgemeine Informationen

VOB/B 2006

Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B, wurde in Ihrer neuen Fassung 2006 im Oktober 2006 veröffentlicht. Sie ist mittlerweile "in Kraft getreten" und ist neuen Vertragsabschlüssen zugrunde zu legen, sofern die VOB/B 2006 vereinbart werden soll.

Einige wesentliche Neuerungen der VOB/B 2006:

- ↪ § 6 Nr. 6 VOB/B, neuer Satz 2, stellt klar, dass ein Bauunternehmer auch einen Entschädigungsanspruch haben kann in den Fällen, in denen eine Behinderung dadurch begründet wird, dass der Vorunternehmer seine Vorleistung nicht fristgerecht fertiggestellt hat. In Satz 2 wird ausgeführt:

"Im Übrigen bleibt der Anspruch des Auftragnehmers auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB unberührt, sofern die Anzeige nach Nr. 1 Satz 1 erfolgt oder wenn Offenkundigkeit nach Nr. 1 Satz 2 gegeben ist."

Voraussetzung der Geltendmachung eines Entschädigungsanspruches bei Verzögerung durch den Vorunternehmer ist deshalb, dass der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich die Behinderung anzeigt und einen ihm entstandenen Schaden nachweisen kann aufgrund dieser Verzögerung.

- ↪ § 8 Nr. 2 VOB/B erweitert die Kündigungsmöglichkeiten im Insolvenzfall auch auf den Fall, in dem der Auftraggeber oder ein anderer Gläubiger einen Insolvenzantrag gestellt hat.
- ↪ § 16 Nr. 3 Abs. 1, Satz 2 VOB/B stellt nunmehr klar, dass sich der Auftraggeber nicht mehr auf die fehlende Prüfbarkeit der Schlussrechnung berufen kann, wenn er Einwendungen gegen die Prüfbarkeit unter Angabe der Gründe hierfür nicht spätestens innerhalb von zwei Monaten nach Zugang der Schlussrechnung erhoben hat. Die VOB/B stellt insoweit nur wiederholend die hierzu ergangene Rechtsprechung des BGH dar.
- ↪ § 16 Nr. 3 Abs. 5 Satz 2 VOB/B stellt klar, dass bei einer Mitteilung über die Schlusszahlung gem. § 16 Nr. 3 Abs. 2 und 3 VOB/B der vom Auftragnehmer zu erklärende Vorbehalt innerhalb von 24 Werktagen zu erklären ist und weitere 24 Werktage zur Begründung dieser Vorbehaltserklärung bzw. zur Vorlage einer prüfaren Rechnung über die vorbehaltenen Forderungen zur Verfügung stehen.

Soweit einige der wesentlichen Änderungen der VOB/B 2006 gegenüber der früheren VOB/B 2002.

III. Rechtsprechung

1. Problematik des spekulativ überhöhten Einheitspreis bei Mengenmehrungen

Urteil des BGH vom 18.12.2008, Aktenzeichen VII ZR 201/06

Bei einem Extremfall (der im LV vom Auftragnehmer eingetragene Einheitspreis liegt um mehr als das 800fache über dem allgemein üblichen Durchschnittspreis) ist zu prüfen, ob die vom Auftragnehmer geforderte Vergütungshöhe nicht gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) verstößt. Dies aber nur im Ausnahmefall, da grundsätzlich für die Berechnung von Mehrmengen der vertraglich vereinbarte Einheitspreis auch dann maßgeblich ist, wenn dieser einen spekulativ überhöhten Gewinnanteil enthält (vgl. Entscheidung des OLG Koblenz vom 24.05.2006, Aktenzeichen: 6 U 1273/03, Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen am 19.06.2008 (Aktenzeichen: VII ZR 128/06)).

Nur in extremen Ausnahmefällen kann das Einfließen des ursprünglich kalkulierten überhöhten Gewinns in die neue Kalkulation verhindert werden (laut BGH, z.B. bei nicht widerlegtem sittlich verwerflichen Gewinnstreben).

Hinweis RA Deng: Grundsätzlich bleibt es bei den Kalkulationsansätzen des Vertrages (auch wenn Einheitspreise spekulativ zu hoch oder zu niedrig angesetzt worden sind und sich später eine entsprechende Mengenmehrung oder -minderung ergibt). Nur in besonders auffälligen Ausnahmefällen kann eine (Teil-)Nichtigkeit der vertraglichen Vereinbarung wegen Sittenwidrigkeit vorliegen und ein Anspruch auf Neuberechnung entstehen.

2. Konkludente Annahme von Nachtragsangeboten durch Entgegennahme der Nachtragsleistung

Urteil des KG vom 31.10.2008, Aktenzeichen 7 U 169/07

Fordert der Besteller zusätzliche Leistungen und unterbreitet der Werkunternehmer hierfür ein Nachtragsangebot, kann eine konkludente Annahme des Nachtragsangebots dadurch zum Ausdruck kommen, dass der Besteller die Leistungen abfragt und entgegennimmt, ohne dem Nachtragsangebot zu widersprechen.

Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Besteller dem Nachtragsangebot erst widerspricht, nachdem die zusätzliche Leistung ausgeführt worden ist.

Hinweis RA Deng: Der Werkunternehmer hätte seine Leistung verweigern können, wenn keine Einigung über sein Nachtragsangebot zustande kommt. Widerspricht der Besteller dem Nachtragsangebot nicht und nimmt er die Leistung entgegen, so soll dem Besteller das Recht abgeschnitten werden, nach Ausführung der Leistung das Nachtragsangebot anzugreifen.

3. Auftragnehmer (Werkunternehmer) trägt Beweislast vor Abnahme

Urteil des BGH vom 23.10.2008, Aktenzeichen VII ZR 64/07

Der Auftragnehmer trägt vor Abnahme seiner Werkleistung die Beweislast für deren Mangelfreiheit.

Auch hinsichtlich der Mängel, deretwegen der Auftraggeber bei der Abnahme einen Vorbehalt erklärt, bleibt die Beweislast beim Auftragnehmer.

Die Beweislast kehrt sich nicht allein deshalb um, weil der Auftraggeber die Mängel der Werkleistung im Wege der Ersatzvornahme hat beseitigen lassen.

Lässt der Auftraggeber vor Abnahme angebliche Mängel, für die der Auftragnehmer die Beweislast trägt, im Wege der Ersatzvornahme ohne ausreichende Dokumentation beseitigen, so kann darin eine Beweisvereitelung liegen, wenn das Vorliegen von Mängeln erst im Laufe der Mängelbeseitigungsarbeiten überprüft werden kann und der Auftraggeber dem Auftragnehmer keine dahingehenden Feststellungen ermöglicht. Beruht die Beweisvereitelung auf einer Verletzung der Kooperationspflicht des Auftraggebers, kann hieraus eine Umkehr der Beweislast für das Vorliegen der Mängel zu seinen Lasten folgen.

Hinweis RA Deng: Dieses Urteil betrifft jede Situation vor Abnahme bzw. nach einem Abnahmevorbehalt. Nach der Abnahme liegt die Beweislast beim Auftraggeber, sodass dieser für eine Beweissicherung sorgen muss, wenn mit der Beseitigung der Mängel auch die Beweisgegenstände verloren gehen. Auch vor Abnahme ist im Einzelfall zu prüfen, ob beweissichernde Maßnahmen vor Durchführung einer Ersatzvornahme zu ergreifen sind.

4. Leistungsverweigerungsrecht gegenüber Nachunternehmer, obwohl Bauherr keine Mängelbeseitigung verlangt

Urteil des OLG Frankfurt vom 01.02.2008, Aktenzeichen 4 U 15/07

Beschluss des BGH vom 09.10.2008, Aktenzeichen VII ZR 61/08

(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Trotz Abnahme und Zahlung durch den Bauherrn steht dem Unternehmer gegenüber dem Werklohnanspruch seines Nachunternehmers (Subunternehmers) wegen Mängeln an dessen Leistung ein Leistungsverweigerungsrecht zu.

5. Fachbetrieb muss auf Fehler im Leistungsverzeichnis hinweisen

Urteil des OLG Dresden vom 20.12.2007, Aktenzeichen 10 U 293/07

Beschluss des BGH vom 14.08.2008, Aktenzeichen VII ZR 262/08

(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Ein von einem Sonderfachmann für den Auftraggeber fehlerhaft verfasstes Leistungsverzeichnis entlastet den Bauhandwerker nicht von seiner Prüfungs- und Hinweispflicht. Es ermöglicht ihm jedoch den Einwand des Mitverschuldens.

6. Hemmung der Verjährung eines Mängelanspruches durch "Verhandlungen"

Urteil des BGH vom 26.10.2006, Aktenzeichen VII ZR 194/05

Der Begriff "Verhandlungen" ist weit auszulegen. Hierzu reicht jeder Meinungs austausch zwischen den Vertragsparteien über den Schadensfall aus, soweit der Auftragnehmer nicht sofort und eindeutig jeden Ersatz ablehnt. Verhandlungen schweben deshalb schon dann, wenn der in Anspruch genommene Auftragnehmer Erklärungen abgibt, die dem Auftraggeber die Annahme gestatten, dass sich der Auftragnehmer auf Erörterungen über die Berechtigung des geltend gemachten Anspruchs einlässt. Hierzu ist nicht erforderlich, dass der Auftragnehmer Vergleichsbereitschaft oder ein Entgegenkommen signalisiert. Für den gegenständlichen Fall bedeutete dies, dass die telefonische Vereinbarung des Besichtigungstermins den Beginn von "Verhandlungen" dargestellt hat. Ab diesem Zeitpunkt ist eine Hemmung der Verjährung eingetreten.

Hinweis RA Deng: Durch die Hemmung der Verjährung wird der weitere Ablauf der Mängelverjährung solange unterbrochen, bis eine der Vertragsparteien die Fortsetzung der Verhandlungen eindeutig verweigert. Erst dann ist die Hemmung beendet. Die Verjährung tritt dann allerdings erst frühestens drei Monate nach Beendigung der Hemmung ein, § 203 Satz 2 BGB.

7. Abnahmeerfordernis beim gekündigten Bauvertrag für Fälligkeit der Schlussrechnung

Urteil des BGH vom 11.05.2006, Aktenzeichen VII ZR 146/04

Auch dann, wenn der Vertrag vorzeitig beendet wird, richtet sich die Fälligkeit der Vergütung nach den gleichen Regeln, wie sie für den ursprünglichen Vertragsumfang galten. Somit wird die Schlussrechnung des Auftragnehmers auch bei einem gekündigten Werkvertrag nur fällig, wenn die erbrachte Leistung abgenommen wurde. Allerdings ist die Abnahme - wie auch bei vollständig erbrachter Leistung - im Einzelfall entbehrlich, wenn an Stelle der Vertragserfüllung Minderung (Herabsetzung der Vergütung) oder Schadensersatz verlangt wird, oder wenn vom Auftraggeber die Abnahme "ernsthaft und endgültig" abgelehnt wurde.

Hinweis RA Deng: Zu beachten ist, dass bei einem gekündigten Bauvertrag die fiktive Abnahmeform nach § 12 Nr. 5 VOB/B (Benutzung bzw. Fertigstellungsmitteilung) nicht in Betracht kommt. Zu beachten ist, dass auch bei einem gekündigten Bauvertrag die Verjährungsfrist für Mängelansprüche erst mit der Abnahme beginnt. Im Interesse beider Vertragsparteien sollte die Abnahme deshalb "alsbald" durchgeführt werden.

8. Welche Frist zur Mängelbeseitigung ist "angemessen"?

Urteil des BGH vom 23.02.2006, Aktenzeichen VII ZR 84/05

Die Angemessenheit einer Frist zur Beseitigung von Mängeln kann nicht allein danach beurteilt werden, welchen Zeitraum ein Unternehmer normalerweise für die Mängelbeseitigung benötigt. Eine Frist ist angemessen, wenn während ihrer Dauer die Mängel unter größten Anstrengungen des Unternehmers beseitigt werden können. Die Bemessung der Frist hat nicht den Zweck, den Auftragnehmer in die Lage zu versetzen nun erst die Bewirkung seiner Leistung in die Wege zu leiten, sondern sie soll ihm nur noch eine letzte Gelegenheit geben, die Mängelbeseitigung zu vollenden.

Hinweis RA Deng: Wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine unangemessen kurze Frist setzt, ist diese nicht unwirksam, sondern es wird vielmehr eine angemessene Frist in Gang gesetzt.

9. Mangel bei einer Leistung, die gemäß den Regeln der Technik erbracht wurde

Urteil des BGH vom 10.11.2005, Aktenzeichen VII ZR 147/04

Eine von der vereinbarten und vorauszusetzenden Beschaffenheit abweichende Leistung ist auch dann mangelhaft, wenn die Ausführung den für diese Zeit anerkannten Regeln der Technik entspricht. Sie ist nur dann vertragsgerecht, wenn sie die Beschaffenheit aufweist, die für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch erforderlich ist. Es kommt nicht darauf an, ob die dem Auftragnehmer zugänglichen Fachinformationen richtig waren oder nicht oder ob der Auftragnehmer etwaige Mängel des von ihm eingebauten Systems erkennen konnte.