



Rechtsrätsel des Monats Januar

BGH-Urteil vom 14.01.1999, VII ZR 73/98

Im vorliegenden Fall macht ein Auftraggeber gegen einen Auftragnehmer Vertragsstrafenansprüche geltend. Ein Fertigstellungstermin war vereinbart und um zwei Monate überzogen worden. Der Unternehmer macht dem gegenüber geltend, die Überschreitung der Fertigstellungsfrist sei aufgrund dessen erfolgt, dass er an der Ausführung seiner Leistung zeitweise gehindert gewesen sei und zwar ausschließlich aufgrund bauseitig zu tretender Umstände. Der Auftraggeber macht demgegenüber geltend, dass sich der Auftragnehmer hierauf nicht berufen könne, weil er keine Behinderungsanzeige übermittelt habe, was zutrifft.

Kann der Auftraggeber zu Recht die Vertragsstrafe geltend machen?

Die Lösung finden Sie unter
www.raetsel.heinicke.com.

Wann müssen im selbständigen Beweisverfahren Fragestellungen erfolgen

BGH Urteil vom 11.06.2010, V ZR 85/09

Zwischen den Prozessparteien war vorbereitend für den Prozess ein selbstständiges Beweisverfahren geführt worden. In diesem Verfahren sollte geklärt werden, ob Mängel an einem Werk vorliegen. Der Antragsgegner stellte im selbständigen Beweisverfahren keine Fragen mehr an den Sachverständigen. Als der Antragsteller gegen den Antragsgegner Klage erhob, wandte der Beklagte ein, die Feststellungen des Sachverständigen seien unzutreffend und stellte einen Fragenkatalog zur Beantwortung durch den Sachverständigen auf.

In der Rechtsprechung war umstritten, ob eine derartige Fragestellung noch zulässig ist oder ob diese Fragestellung wegen Verspätung ausgeschlossen werden kann. Hierzu gab es unterschiedliche Urteile der Oberlandesgerichte. Der BGH führte hierzu aus, dass die unterbliebene Fragestellung im Beweisverfahren zunächst auf die Beweislast keine Auswirkungen hat. Hier läge lediglich ein Verstoß gegen die Prozessförderungspflicht vor, welche aber keine Auswirkungen in materiell-rechtlicher Hinsicht habe, so dass eine Umkehr der Beweislast hiermit nicht verbunden sei. Die unterbliebene Fragestellung könne aber wegen Verstoßes gegen die Prozessförderungspflicht dazu führen, dass eine Partei im nachfolgenden Rechtsstreit mit Einwendungen

gegen das Gutachten verfahrensrechtlich ausgeschlossen ist.

Empfehlung:

Es ist jedenfalls zu empfehlen, im selbständigen Beweisverfahren alle Fragen zu stellen, die evident erscheinen. Sollte sich später herausstellen, dass sich im Prozessverfahren eine neue Situation darstellt, mit der im selbständigen Beweisverfahren nicht zu rechnen war, wird auch eine Zurückweisung wegen Verspätung nicht in Betracht kommen. Allerdings sollte man hier den sichersten Weg gehen und vorsorglich den Fragenkatalog im selbständigen Beweisverfahren möglichst komplett formulieren.

Welche Leistung ist geschuldet? Können Leistungen abgerechnet werden, die nicht ausgeschrieben, jedoch zur Herstellung einer mangelfreien Leistung erforderlich sind?

BGH-Urteil vom 27.07.2006, VII ZR 202/04

Der Auftraggeber beauftragte den Auftragnehmer mit der Sanierung eines Handelsspeichers. Die Leistungen waren in einem Leistungsverzeichnis im Detail beschrieben. Nicht ausgeschrieben waren die zur Durchführung der Arbeiten erforderlichen Gerüstbauarbeiten. Diese Leistungen hat der Auftragnehmer ausgeführt und rechnete diese ab. Der Auftraggeber ist der Auffassung, dass diese Leistungen mit dem vereinbarten Preis abgegolten seien. Eine gesonderte Vergütung hierfür stehe dem Auftragnehmer nicht zu.

Der BGH hat in seiner Entscheidung differenziert, welche Leistung nach den technischen Gegebenheiten zur Herstellung eines funktionstauglichen Werks geschuldet ist. Denn der Auftragnehmer schuldet grundsätzlich die Herstellung eines funktionstauglichen Werks sowie alle zu dieser Herstellung erforderlichen Leistungen. Unabhängig davon schuldet der Auftragnehmer die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik.

Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, welche Leistung mit dem vereinbarten und üblichen Werklohn abgegolten ist. Wenn die Vertragsparteien eine bestimmte Ausführungsart zum Gegenstand des Vertrags gemacht haben, umfasst die Kalkulation des Werklohns nur die vereinbarte Herstellungsart. Wenn dann Zusatzarbeiten erforderlich sind, um ein funktionstaugliches Werk herzustellen, so sind diese Zusatzleistungen gesondert zu vergüten. Denn würde der Auftragnehmer nur die vereinbarte Ausführungsart ausführen, wäre die Leistung mangelhaft. Würde dann im Rahmen der Gewährleistung ein



Kostenerstattungsanspruch geltend gemacht werden, würden auch die Sowieso-Kosten in Anrechnung gebracht werden.

Interessant ist an dieser Entscheidung, dass zur Erlangung eines Werklohns weder ein Hinweis erforderlich ist, noch eine Mehrkostenanmeldung.

Empfehlung:

Wir haben Bedenken, ob die unteren Instanzen diese Entscheidung tatsächlich in diesem Umfang umsetzen. Es ist daher auf jeden Fall zu empfehlen, dem Auftraggeber entsprechende Hinweise zu erteilen, wenn man bemerkt, dass die ausgeschriebene Ausführung nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht und zusätzliche Leistungen erforderlich sind. Denn bei Umsetzung der oben genannten Rechtsprechung würde § 2 Abs. 6 VOB/B wohl jeglichen Sinn verlieren. Denn wenn für die Ausführung notwendige Leistungen auch ohne Mehrkostenanmeldung zu vergüten sind, wenn diese nicht ausgeschrieben sind, und zwar auch ohne dass Mehrkosten angemeldet sind, dann wäre es wohl systemwidrig, den man dann, wenn der Auftraggeber derartige Leistungen fordert, einen Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 6 VOB/B von einer Mehrkostenanmeldung abhängig machen würde.

Vertragsstrafe für Zwischenfristen

BGH-Urteil vom 06.12.2012, VII ZR 133/11

Zwischen den Vertragsparteien war für die Herstellung eines Werks eine Zwischenfrist zum 30.08.2008 vereinbart worden. Gleichzeitig war im Vertrag vereinbart worden, dass für jeden Tag der Überschreitung eine Vertragsstrafe in Höhe von 5.000,00 € zu bezahlen sei. Die Vertragsstrafe wurde insgesamt auf 5 % der Auftragssumme beschränkt. Nachdem der Auftragnehmer mit seiner Bauleistung in Verzug geraten ist, machte der Auftraggeber diese Vertragsstrafe geltend.

Der BGH hält diese Klausel für nichtig. Sie benachteilige den Auftragnehmer unangemessen, so dass der Auftraggeber keine Vertragsstrafe geltend machen kann. Der Auftragnehmer sei vorliegend unangemessen benachteiligt, weil sich die Höchstgrenze von 5 % an der Gesamtauftragssumme orientiere. Denn schon bei Überschreitung der Fertigstellungsfrist betrage die Höchstgrenze für eine Vertragsstrafe maximal 5 % der Auftragssumme.

Allerdings hat der BGH in dieser Entscheidung sich nicht dahingehend geäußert, in welcher Höhe die Vertragsstrafe nun maximal angesetzt werden darf. Es

kann daher nur die Empfehlung gegeben werden, die Höchstgrenze von 5 % an der Auftragssumme zu orientieren, in deren Höhe der Auftragnehmer bis zur Erreichung dieser Zwischenfrist Leistungen erbracht hat. Eine derartige Klausel wird den Anforderungen der Rechtsprechung des BGH wohl gerecht werden.

Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen vor der Abnahme

OLG Köln, Beschluss vom 12.11.2012, 11 U 146/12

Zwischen den Parteien besteht ein Bauvertrag auf der Grundlage des BGB. Die VOB/B ist nicht vereinbart. Während der Bauausführung stellt der Auftraggeber fest, dass Mängel bestehen. Er fordert den AN auf, diese Mängel zu beseitigen und setzt ihm hierfür eine angemessene Frist. Im Anschluss hieran macht er, weil der Auftragnehmer die Mängel nicht beseitigt, einen Kostenvorschussanspruch nach § 637 Abs. 3 BGB geltend. Hierbei handelt es sich um eine Vorschrift aus dem Gewährleistungsrecht.

Nachdem das Landgericht die Klage abgewiesen hatte, hatte auch die Berufung beim OLG keinen Erfolg. Das Gericht war der Auffassung, dass vor der Abnahme die Mängelrechte nach § § 634 ff BGB nicht geltend gemacht werden können. Es sei allein Aufgabe des Auftragnehmers, bis zur Abnahme ein mangelfreies Werk herzustellen. Der Auftragnehmer sei nicht verpflichtet, bereits vor der Abnahme kontinuierlich ein mangelfreies Werk zu erstellen. Gewährleistungsansprüche könnten ohne Abnahme nur dann geltend gemacht werden, wenn

- der Auftraggeber nach Fertigstellung die Abnahme verweigert
- der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung endgültig ablehnt
- der Auftraggeber den Vertrag gekündigt hat oder
- ein die Abnahme ersetzender Tatbestand (zum Beispiel das Entstehen eines Abrechnungsverhältnisses) vorliegt.

Nur dann kann der Auftraggeber ausnahmsweise vor Abnahme bereits Mängelrechte geltend machen

Hinweis:

Diese Rechtsprechung gilt dann nicht, wenn die VOB/B vereinbart ist. Denn diese sieht ausdrücklich die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen im Sinne von Nachbesserung von Mängeln bereits vor der Abnahme vor sowie eine Möglichkeit der Kündigung des Auftragsverhältnisses, wenn die Mängel nicht beseitigt werden.



Es ist daher zu empfehlen, entsprechende Klauseln, wie diese in der VOB enthalten sind, d.h. ähnlich § 4 Abs. 7 VOB/B auch in einen BGB-Vertrag aufzunehmen, wobei sich in diesem Zusammenhang immer die Frage stellt, ob derartige Klauseln unter Berücksichtigung der gesetzlichen Bestimmungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam sind. Nachdem diese Klauseln allerdings von der Rechtsprechung bisher in der VOB/B nicht beanstandet wurden, selbst wenn diese nicht insgesamt vereinbart wurde, dürften derartige Klauseln wohl auch im BGB-Vertrag zulässig sein.

Vergütung für ohne Auftrag erbrachte Leistungen KG, Urteil vom 14.03.2012 - 21 U 39/11

Der AN erbrachte für den AG aufgrund einer Beauftragung Werkleistungen. Für weitere Leistungen erbat der AG bei der Firma B ein Angebot. Diese Firma B war im gleichen Hause ansässig, wie der AN und hatte teilweise die gleichen Geschäftsführer. Aufgrund dieser Anfrage unterbreitete jedoch nicht die Firma B, sondern der AN ein Angebot. Mit Modifikationen sandte der AG dieses mit Erteilung eines Auftrags an die Firma B zurück. Ohne dass eine Annahme dieser Modifikationen erfolgte, führte der AN den Auftrag schließlich aus. Nach erfolgter Abnahme forderte der AN seine Vergütung, deren Zahlung der AG ablehnte, weil er für diese Leistungen mit dem AN keinen Auftrag habe.

Das Kammergericht sprach dem AN einen Vergütungsanspruch zu. Zwar sei es richtig, dass zwischen den Parteien ein Vertrag nicht bestehe. Der AG habe jedoch wissentlich ohne das Bestehen eines Auftrags die Leistungen durch den AN entgegengenommen. Für ihn sei auch erkennbar gewesen, dass das erhaltene Angebot nicht von der Firma B stamme. Gleichwohl habe er die Leistung durch den AN entgegengenommen. Aus diesem Grunde sei er zumindest um diese Leistungen bereichert. Der Wert der Bereicherung entspricht dabei der üblichen Vergütung für diese Leistung unter Abzug eines Abschlags, weil der AN für diese von ihm erbrachte Leistung keine Gewährleistung zu übernehmen habe. Für die Bestimmung der üblichen Vergütung sei der angebotene Preis ein ausreichender Maßstab.

Fristsetzung zur Nacherfüllung vor Fälligkeit und Rücktritt vom Vertrag

BGH, Urteil vom 14.06.2012 - VII ZR 148/10

Der Beklagte verkaufte an den Kläger ein Grundstück und verpflichtete sich, dieses Grundstück mit einem

Gewerbekomplex bis zum 31.06.2008 zu bebauen. Als die Arbeiten nicht ausreichend voranschritten, setzte der Kläger dem Beklagten vor Ablauf dieser Frist, nämlich am 03.06.2008 eine Frist zur Fertigstellung zum 31.07.2008. Als auch zu diesem Zeitpunkt der Bau nicht fertiggestellt war, trat der Kläger von dem Vertrag zurück und verlangte vom Beklagten Schadensersatz von 128.000,00 €.

Der BGH wies die Klage ab. Denn die Frist zur Nacherfüllung sei bereits gesetzt worden, bevor die Leistung fällig gewesen war, nämlich am 03.06.2008. Das Gesetz sehe diesen Fall jedoch nicht vor. Nach der Systematik des Gesetzes müsse eine Forderung zunächst fällig sein. Erst dann, wenn der Schuldner diese Leistung nicht erbringt, kann eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt werden. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist kann dann der Rücktritt erklärt werden.

Zwar eröffnet das Gesetz auch die Möglichkeit vor Fälligkeit eine Frist zu setzen und vom Vertrag zurückzutreten, wenn bereits feststeht, dass die Leistung innerhalb der vereinbarten Frist nicht mehr erbracht werden könne. Jedoch setzt dies voraus, dass auch der Rücktritt noch vor Eintritt der Fälligkeit, hier also vor dem 30.06.2008 erklärt wird. Nachdem vorliegend jedoch der Rücktritt eindeutig nach dem Eintritt der Fälligkeit, also nach dem 30.06.2008 erklärt wurde, die Frist jedoch vor Eintritt der Fälligkeit gesetzt wurde, kann sich der Kläger auf diese gesetzliche Möglichkeit nicht stützen. Aus diesem Grunde wurde die Klage abgewiesen.

Praxistipp: Das Gesetz sieht insbesondere bei Rücktritt und Kündigung eine gewisse Systematik vor. Diese sollte man auf jeden Fall einhalten. Jede Abweichung von der gesetzlichen Systematik birgt unübersehbare Risiken, die man - nur um einige Tage zu ersparen -, nicht eingehen sollte.

Gewährleistung in Leistungskette AG – GU – NU

OLG Hamm, Urteil vom 22.02.2010 - 17 U 67/09; BGH, Beschluss vom 24.05.2012 - VII ZR 47/10

Der Auftraggeber (AG) beauftragte einen Generalunternehmer (GU) mit der Erbringung von Zinkverkleidungsarbeiten, der hiermit wiederum den Nachunternehmer (NU) beauftragte. Als der NU seinen ihm zustehenden Werklohn klageweise geltend macht, trifft der NU mit dem AG eine individuelle Vereinbarung dahingehend, dass der NU gegenüber dem AG die gesamte Gewährleistung übernimmt und diesem eine Gewährleistungsbürgschaft über 15.000,00 € stellt. Im Gegenzug verpflichtet sich der AG gegenüber dem GU auf alle Gewährleistungsansprüche bezüglich dieser Arbeiten umfassend zu verzichten. Das Landgericht



verurteilte daraufhin den GU in vollem Umfang zur Zahlung des Werklohns an den NU.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung des GU hatte keinen Erfolg. Mit einer relativ komplizierten Begründung wies das OLG die Berufung zurück. Diese Entscheidung korrespondiert im Ergebnis mit der herrschenden Rechtsprechung des BGH, welcher in diesen Fällen unter Anwendung der Grundsätze über die Vorteilsausgleichung dem GU ebenfalls eine Berufung auf bestehende Gewährleistungsansprüche versagt. Besteht eine Vertragskette, wie im vorliegenden Fall, kann sich der Hauptunternehmer, hier der GU gegenüber seinem Subunternehmer (NU) dann nicht auf eine Mangelhaftigkeit der von diesem erbrachten Leistung berufen, wenn abschließend feststeht, dass der GU von seinem eigenen Auftraggeber (hier dem AG) wegen dieser Mängel nicht mehr in Anspruch genommen werden kann. Dies ist durch den umfassenden vom AG ausgesprochenen Verzicht vorliegend der Fall, so dass das Gericht im Ergebnis zutreffend dem NU den ihm zustehenden Werklohn zugesprochen hat.

Recht der ARGE: Welche Schäden sind durch die Betriebshaftpflichtversicherung gedeckt?

OLG Hamm, Urteil vom 22.02.2010 - 17 U 67/09; BGH, Beschluss vom 24.05.2012 - VII ZR 47/10

Ein Tiefbauunternehmen (T) und ein Hochbauunternehmen (H) erhielten als ARGE den Auftrag zur Erstellung eines Brückenbauwerks. Intern vereinbarten die Parteien, dass im Innenverhältnis die Abwicklung so erfolgen solle, als ob 2 getrennte Werkverträge mit dem AG bestehen würden.

Im Rahmen der Ausführung wurde durch einen Subunternehmer des T ein Teil des von H erstellten Betonwerks beschädigt. Dies führte dazu, dass der AG die Abnahme des Werks ablehnte. Daraufhin beseitigte T, der für die von seinem Subunternehmer verursachten Schaden einzustehen hatte, diesen Schaden und machte die Kosten hierfür bei seiner

Betriebshaftpflichtversicherung geltend. Zur Begründung führt er aus, diese Aufwendungen habe er aufgrund der deliktischen Beschädigung am Werk des H selbst erbracht und im Innenverhältnis sei er wie ein Fremdunternehmer im Verhältnis zu H aufgrund entsprechender Vereinbarung zu behandeln.

Die Versicherung lehnte eine Regulierung ab mit der Begründung, vorliegend handle es sich um einen sogenannten Erfüllungsschaden. Denn eine Haftpflichtversicherung hat nur für Schäden einzustehen, die ein Unternehmen nicht im Rahmen seiner Verpflichtung der Erfüllung des Vertrages zu erbringen habe und die keine Ersatzleistung für diese Erfüllungsverpflichtung darstellen.

Daraufhin erhob T Klage gegen seine Versicherung.

Der BGH wies diese Klage als unbegründet ab. Vorliegend sei nicht allein maßgeblich, was die Parteien T und H intern vereinbart hätten. Vielmehr müsse man eine Gesamtbetrachtung vornehmen. Dabei gelange man dazu, dass es vordringliches Interesse des Bestellers auch im Verhältnis zu T sei, dass das Gesamtwerk mangelfrei fertiggestellt werde. Hierfür haftet auch T, auch wenn er intern nur für die Erbringung eines Teils des Gesamtwerks zuständig gewesen sei. Auch dem Gesamtinteresse der ARGE als solcher entspreche es, eine abnahmereife Leistung herzustellen. Hierzu habe T durch Beseitigung der Schäden beigetragen und damit seine Erfüllungsverpflichtung im Verhältnis zum Auftraggeber erfüllt.

Praxistipp: Nach dieser Entscheidung haftet die Betriebshaftpflichtversicherung eines Mitglieds einer ARGE nicht für Schäden, die dieses an einem Gewerk eines anderen Mitglieds der ARGE verursacht. Bei Eingehung einer ARGE sollte daher bei der eigenen Versicherung abgeklärt werden, ob dieses Risiko mitversichert ist oder zumindest durch eine Zusatzversicherung versicherbar ist. Denn solche Schäden können erheblich sein.



Aktion Pegasus e.V.

Sehr geehrte Leser von Info-Recht,

die berufliche Beanspruchung, Termindruck und Arbeitsumfang nimmt oftmals eine zentrale Stellung im Leben ein. Dabei vergisst man häufig, dass es andere, wesentliche und wichtige gesellschaftliche Themen und Projekte gibt, die nicht im Zentrum des allgemeinen Interesses liegen, mit denen man keine Wählerstimmen generieren kann und die außerhalb unseres allgemeinen Lebenskreises liegen.

Wir möchten Ihnen heute eines dieser Projekte, den gemeinnützigen Verein **Aktion Pegasus e.V.** vorstellen, welchen wir gerne unterstützen möchten, der nur aufgrund eines hohen persönlichen Einsatzes verbunden mit einem hohem Maß an Idealismus, aber auch nur mit finanzieller Unterstützung durch Spenden existieren kann.

Am Rande unserer Gesellschaft leben viele Kinder, die nicht das Glück haben, in eine intakte Familie hineingeboren zu sein. Aufgrund negativer persönlicher Erfahrungen weisen diese massive Verhaltensstörungen auf, sind nicht in der Lage, sich in der Schule oder in eine Gruppe zu integrieren und haben damit kaum Chancen auf Bildung und Wohlstand. Sie haben also nur geringe Chancen auf eine geregelte Integration in unser sehr stark leistungsorientiertes Gesellschaftssystem.

Geboren wurden diese Kinder wie alle Kinder. Geprägt und unter Umständen auch traumatisiert wurden sie ohne jegliches eigenes Verschulden nur durch ihre Umgebung und durch das Fehlverhalten der Erwachsenenwelt. Häufig ist dies mit einem Verlust jeglichen Vertrauens zu Erwachsenen verbunden, so dass ein Zugang zu diesen Kindern selbst im Rahmen einer üblichen Betreuung nur schwer möglich ist.

Diesen Kindern widmet sich der

Aktion Pegasus e.V.

Der Verein betreut diese Kinder mit einer ungewöhnlichen Therapieform und versucht auf diesem Wege Vertrauen, Gruppenfähigkeit und Leistungsfähigkeit aufzubauen.

Bei dieser Therapie handelt es sich um das „**Heilpädagogische Begleiten mit dem Pferd**“.

Die Kinder finden in dieser Therapie den Zugang zu speziell ausgebildeten Pferden, welche durch sie umfassend betreut werden. Beim Füttern, Misten, Putzen, Führen, Sitzen, Liegen und eventuell auch

Reiten auf dem Pferd finden Sie einen geduldigen Partner, der in ihrem Tempo den Kontakt und eine Beziehung zu ihnen aufbaut, Ängste abbaut und Vertrauen und Nähe lebt.

Ein abwechslungsreiches Programm lässt die Kinder und Jugendlichen aufmerksam und aktiv bleiben (z.B. Geschichten im Heu, blindes Führen im Stall, Spiele mit den Pferden ect.).

Auf diesem Wege werden folgende Entwicklungsschritte gefördert:

- Aufbau des Selbstbewußtseins
- Schulung von Verantwortungsbewusstsein
- Förderung der Konzentrationsfähigkeit
- Ausbildung kooperativer Verhaltensstrukturen
- Schulung des Wahrnehmungsvermögens
- Erweiterung des Körperbewußtseins
- Verbesserung der Konzentrationsfähigkeit
- Hinwendung zum Gefühlsbereich

Wir unterstützen diesen Verein, der keinerlei öffentliche Gelder erhält, sondern seinen Finanzbedarf ausschließlich durch Spenden deckt. Ohne die Unterstützung durch diverse Stiftungen und Privatpersonen, ohne den hohen persönlichen Einsatz der Therapeuten, würde es diesen Verein nicht geben.

Wir würden uns freuen, wenn auch Sie **Aktion Pegasus e.V.** unterstützen würden. Dessen Gemeinnützigkeit ist anerkannt, so dass über jede Spende auf Anforderung auch eine Spendenquittung ausgestellt wird, die steuerlich abzugsfähig ist. Jede Spende kommt unmittelbar beim Verein an. Keinerlei Gelder werden zweckfremd verwendet. Dies wird regelmäßig geprüft.

Informieren Sie sich über den **Aktion Pegasus e.V.** im Internet unter **www.aktion-pegasus.de**.

Wir würden uns freuen, wenn auch Sie diesen Verein durch eine Spende unterstützen.

Die Bankverbindung lautet:

Sparda Bank München, BLZ 700 905 00, Kontonummer 390 1505.

Wir bedanken uns für jegliche Unterstützung.