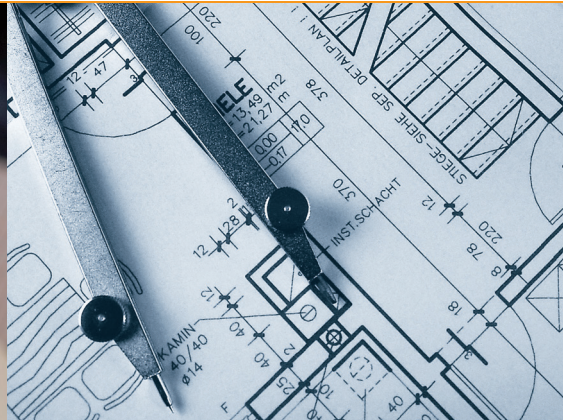


KNH

Rechtsanwälte



# Newsletter

April 2018

## AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

### Privates Baurecht

#### **BGH: Inhalt der Bauzeitansprüche nach § 642 BGB geklärt**

Anfang dieses Jahres wurde die wegweisende neue Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu § 642 BGB (BGH Urteil vom 26.10.2017 – IV ZR 16/17 = NJW 2018, 544) veröffentlicht. Damit sind wichtige Voraussetzungen und insbesondere der Inhalt des Entschädigungsanspruchs bei Bauzeitstörungen nach dieser Vorschrift geklärt.

#### *Ausgangslage*

Der gestörte Bauablauf hat vielfältige Ursachen, deren Behandlung nach unterschiedlichen rechtlichen Vorschriften der VOB/B zu bewerten ist: Entweder wurden Anordnungen zu geänderten Leistungen mit bauzeitlichen Folgen getroffen bzw. zusätzliche Leistungen verlangt, für die der Auftragnehmer entsprechende zusätzliche Zeit beanspruchte, sodass eine Geltendmachung der Ansprüche über die Nachtragsregelungen der §§ 2 Abs. 5, 2 Abs. 6 VOB/B erfolgen musste, oder Behinderungen führten zu einer Bauzeitverlängerung gem. § 6 VOB/B. Je nach dem welche Anspruchsgrundlage in Betracht kam, waren die Kostenfolgen entweder über die Urkalkulation (bei §§ 2 Abs. 5, 2 Abs. 6 VOB/B) oder unter Zugrundelegung der tatsächlich entstandenen und konkret nachzuweisenden Kosten als Schadensersatz (§ 6 Abs. 6 VOB/B) geltend zu machen. Da diese rechtlich notwendige trennscharfe Darlegung der Anspruchsvoraussetzungen und Kostenfolgen von Auftragnehmern und baubetrieblichen Gutachtern häufig nicht durchgehalten wurde, scheiterten Auftragnehmer häufig mit der Geltendmachung ihrer bauzeitlich bedingten Mehrkosten beim gestörtem Bauablauf.

In einer älteren Entscheidung zur Frage, ob Verzögerungen durch verspätete Vorunternehmerleistungen als Behinderung im Sinne des § 6 VOB/B zu werten sind, stellte der BGH in seiner sog. Vorunternehmerentscheidung (BGH Urteil vom 21.10.1999 – IV ZR 185/98 = BGHZ 143, 32) klar, dass deswegen der Weg über § 6 VOB/B nicht eröffnet ist, andererseits aber für solche Fälle die gesetzliche Regelung der Entschädigung bei Annahmeverzug gem. § 642 BGB in Betracht käme.

Damit war neben den Regelungen in der VOB/B eine weitere Anspruchsgrundlage aus dem Gesetz geschaffen, die viele Stimmen in der baurechtlichen Literatur veranlassten, § 642 BGB gewissermaßen als Auffangregelung bei gestörten Bauabläufen anzusehen und sämtliche Bauzeitfolgen hierüber und unter Heranziehung der Urkalkulation lösen zu wollen. Dem ist der BGH in seinem neuen Urteil entgegengetreten.

#### *Auch der entgangene Gewinn kann geltend gemacht werden*

In der vorerwähnten Vorunternehmerentscheidung hatte der BGH allerdings zunächst klargestellt, dass der Auftragnehmer über § 642 BGB nicht seinen infolge der Verzögerung entgangenen Gewinn über § 642 BGB geltend machen kann. Diese Rechtsprechung hat der BGH nun mit seinem neuen Urteil korrigiert: Bei der Bemessung der Entschädigung gem. § 642 Abs. 2 BGB kann auch der in der Vergütung enthaltene Anteil für Gewinn, Wagnis und Allgemeine Geschäftskosten geltend gemacht werden.



### *Keine Entschädigung für später auftretende Mehrkosten*

Gleichzeitig hat der Bundesgerichtshof den § 642 BGB auf seinen eigentlichen Anwendungsbereich beschränkt, dass im Übrigen nur die während der Bauverzögerung für die Vorhaltung von Geräten und Personal entstehenden Kosten durch diese Regelung abgedeckt sind. § 642 BGB ist also nur für die Dauer der Bauzeitstörung relevant. Sämtliche später auftretenden Kostenfolgen, wie infolge der Bauverzögerung entstehende Baukostensteigerungen bei späterer Ausführung der Bauleistungen, hat der BGH als nicht mehr von § 642 BGB umfasst angesehen.

### *Praxishinweis*

Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB wird vom BGH auf das zurückgestutzt, was er ursprünglich war: Eine Entschädigung für die Dauer des Annahmeverzugs. Diese Klarstellung ist ebenso begrüßenswert, wie die Korrektur bezüglich des entgangenen Gewinns und der Unterdeckung von AGK. Für alle später auftretenden Kostenfolgen muss der Auftragnehmer wiederum auf andere Anspruchsgrundlagen, also §§ 2 Abs. 5, 2 Abs. 6 VOB/B oder § 6 Abs. 6 VOB/B zurückgreifen. § 642 BGB ist nicht die Lösung für alle Kostenfolgen aus Bauablaufstörungen. Neben dieser neuen Entscheidung des Bundesgerichtshofs bringen die Neufassung des gesetzlichen Bauvertragsrechts und insbesondere die Nachtragsregelungen der §§ 650b, 650c BGB für alle nach dem 01.01.2018 geschlossene Verträge weiteren Schwung in die Diskussion um Bauzeitennachträge.

## **Vergaberecht**

### **Auch unterhalb der EU-Schwellenwerte: Informationspflicht nach § 134 GWB**

Bei Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte (seit dem 01.01.2018 sind neue Schwellenwerte zu beachten: für Bauaufträge liegt der Schwellenwert nunmehr bei 5.548.000,00 € (netto), für Liefer- und Dienstleistungsaufträge liegen die Schwellenwerte bei 211.000,00 € (netto), im Sektorenbereich bei 443.000,00 € (netto) und bei Oberen und Obersten Bundesbehörden bei 144.000,00 € (netto)) gehört es zum vergaberechtlichen Basiswissen, dass öffentliche Auftraggeber vor der beabsichtigten Zuschlagserteilung eine Informations- und Wartepflicht gemäß der gesetzlichen Regelung des § 134 GWB trifft. Die Regelung des § 134 Abs. 1 GWB sieht vor, dass diejenigen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebot und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Textform zu informieren sind. Nach § 134 Abs. 2 GWB darf der Vertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information bzw. 10 Kalendertage nach Absendung der Information auf elektronischem Weg oder per Fax geschlossen werden. Kommt der öffentliche Auftraggeber der Informations- und Wartepflicht nicht nach, ist der Auftrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB von Anfang an unwirksam, wenn dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren durch

einen Bieter festgestellt worden ist. Die Regelung des § 134 GWB soll insbesondere für die notwendige Transparenz in einem Vergabeverfahren sorgen und es den nicht berücksichtigten Bietern ermöglichen, vor Zuschlagserteilung die Rechtmäßigkeit der Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers vor den Vergabekammern überprüfen zu lassen. Auf diese Weise wird also vermieden, dass nicht zum Zuge gekommene Bieter durch Zuschlagserteilung bzw. Vertragsschluss vor vollendete Tatsachen gestellt werden.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Regelung des § 134 GWB nur für solche Vergabeverfahren gilt, bei denen die maßgeblichen EU-Schwellenwerte erreicht bzw. überschritten werden. Dies ergibt sich aus der systematischen Stellung des § 134 GWB im 4. Teil des GWB, welcher nach § 106 GWB nur für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen gilt, deren geschätzter Auftrags- oder Vertragswert die jeweils festgelegten Schwellenwerte erreichen oder überschreiten. Auf nationale Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte findet die Regelung des § 134 GWB dagegen keine Anwendung. Unterhalb der EU-Schwellenwerte bestand also bislang keine Pflicht der öffentlichen Auftraggeber, Bieter über eine beabsichtigte Zuschlagserteilung bzw. einen beabsichtigten Vertragsschluss vorab zu informieren. Lediglich in einigen wenigen Landesvergabegesetzen der Bundesländer waren Informationspflichten der Auftraggeber vorgesehen, die rudimentär an die Regelung des § 134 GWB angelehnt sind.

In einer viel beachteten Entscheidung hat sich nunmehr das Oberlandesgericht Düsseldorf (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.12.2017 – 27 U 25/17) auf den Standpunkt gestellt, dass auch unterhalb der EU-Schwellenwerte eine Informations- und Wartepflicht des öffentlichen Auftraggebers besteht. Das Oberlandesgericht Düsseldorf stellt sich insofern auf den Standpunkt, dass ein vollständiger Rechtsschutz voraussetzt, dass zwischen der Unterrichtung abgelehnter Bieter und der Unterzeichnung des Vertrags eine angemessene Frist liegt, innerhalb derer für den Bieter ein vorläufiger Schutz – etwa ein Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz – gewährt werden kann. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf soll, da nur auf diese Weise effektiver Rechtsschutz gewährt werden kann, ein Verstoß gegen eine Informations- und Wartepflicht wegen eines Verstoßes gegen ein „ungeschriebenes Gesetz“ als nichtig (gemäß § 134 BGB) eingestuft werden.

Nach der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf sollen öffentliche Auftraggeber fortan also verpflichtet sein, auch bei Vergaben im Unterschwellenbereich eine Informations- und Wartepflicht einzuhalten. Dies erscheint insbesondere deshalb kritisch, da sich aus der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf noch nicht einmal ergibt, aus welchem „ungeschriebenen Gesetz“ eine derartige Informations- und Wartepflicht herzuleiten sein soll. Ob die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zukünftig Bestand haben wird, bleibt abzuwarten.

## Architektenrecht

### **Zum Gesamtschuldverhältnis zwischen dem planenden Architekten und dem Bauunternehmer am Beispiel einer mangelhaften Dachabdichtung**

Führen Planungsfehler zu einer mangelhaften Dachabdichtung, haftet der Architekt im Verhältnis zum Bauunternehmer im Verhältnis 70:30, wenn unklar bleibt, ob der Bauunternehmer den Planungsfehler tatsächlich hätte erkennen können. Außerdem kann sich der planende Architekt gegenüber dem Bauherrn zu seiner Entlastung nicht darauf berufen, dass der Bauunternehmer die fehlerhaft geplante Dachabdichtung mangelhaft ausgeführt hat (OLG Celle, Urteil vom 18.05.2017 – 7 U 168/16; NJW-RR 2017, 1363).

Bei dem Kläger handelt es sich um einen Dachdecker, der gegen den Bauherrn Werklohn einklagt. Der beklagte Bauherr verweigert die Zahlung wegen mangelhafter Dachabdichtungsarbeiten und verkündet seinem Architekten (Planung und Bauüberwachung) den Streit. Der Architekt tritt dem Rechtsstreit auf Seiten des beklagten Bauherrn bei. Gegen die Mängelvorwürfe des Bauherrn wendet der Kläger ein, dass ihm vom Architekten eine mangelhafte Planung übergeben worden sei. Die Planungsmängel habe er nicht erkennen können. Der Architekt trägt unter anderem vor, dass der Kläger die fehlerhafte Planung hätte erkennen können und dass der Kläger seine Leistungen zudem mangelhaft ausgeführt habe. Der hinzugezogene Gerichtsgutachter bestätigt die Planungsfehler und hat Zweifel daran, dass der Kläger die Planungsmängel hätte erkennen können. Er sieht die überwiegende Verantwortung beim Architekten und bildet eine Quote von 80:20 zu Lasten des Architekten.



Das OLG Celle entschied, dass sich der beklagte Bauherr die Planungsmängel seines Architekten in Höhe von 70% zurechnen lassen müsse. Der Architekt sei als planender Architekt Erfüllungsgehilfe des Beklagten, weshalb sich der Beklagte Planungsmängel gemäß §§ 278, 254 BGB anspruchskürzend entgegenhalten lassen müsse.

Das OLG Celle stellte fest, dass erhebliche Zweifel daran bestünden, ob die Planungsmängel für den Bauunternehmer tatsächlich erkennbar gewesen waren. Deshalb könne eine Quote gebildet werden, die mit 70:30 zu Lasten des Beklagten (und somit des Architekten) angemessen bemessen wäre. Zu beachten sei ferner, dass Planungsfehler in den Verantwortungsbereich des planenden Architekten, Ausführungsfehler hingegen in den Verantwortungsbereich des bauausführenden Unternehmers fielen. Schon deshalb sei eine überwiegende Haftung des Beklagten gerechtfertigt. Der Architekt könne sich zu seiner Entlastung gegenüber dem Beklagten auch nicht darauf berufen, dass der Kläger die fehlerhafte Planung zusätzlich falsch ausgeführt habe.

Auch wenn die letztgenannte Feststellung im Grunde genommen überflüssig ist – schließlich spielt die Entlastung des Streithelfers gegenüber der Beklagten erst

in einem späteren Regressverfahren zwischen dem Streithelfer und der Beklagten eine Rolle –, fasst das OLG Celle die bisherige Rechtsprechung anschaulich zusammen: Grundsätzlich haften der planende Architekt/Ingenieur sowie der Bauunternehmer gegenüber dem Bauherrn gesamtschuldnerisch. Da der planende Architekt/Ingenieur jedoch Erfüllungsgehilfe des Bauherrn ist, kann sich der Bauunternehmer gegenüber dem Bauherrn im Wege des Mitverschuldenseinwandes auf Planungsfehler des Architekten berufen. In welcher Höhe die Anrechnung der Planungsfehler erfolgt, hängt vom Einzelfall (Sachverständigengutachten) und davon ab, ob der Bauunternehmer die Planungsfehler hätte erkennen können. Der überwachende Architekt/Ingenieur – auch das hat das OLG Celle im Übrigen noch einmal festgestellt – ist hingegen nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn. Der Bauunternehmer kann sich zu seiner Enthaltung also niemals darauf berufen, dass ihm die Ausführungsfehler bei ordnungsgemäßer Bauüberwachung nicht unterlaufen wären. Bauausführender Unternehmer und Bauüberwacher haften gegenüber dem Bauherrn zwar ebenfalls gesamtschuldnerisch, wobei die Haftungsquote im Innenverhältnis abermals vom Einzelfall abhängt (Sachverständigengutachten). Der Bauherr muss sich Überwachungsfehler des Architekten/Ingenieurs aber nicht anspruchskürzend entgegenhalten lassen.

## In eigener Sache

### KNH treibt rechtliche Diskussion um BIM voran

KNH Rechtsanwälte gehört zu den Vorreitern bei der Klärung rechtlicher Fragen rund um die Planungsmethode des Building Information Modeling (BIM). Neben zahlreichen Vorträgen, etwa beim Arbeitskreis I a des Deutschen Baugerichtstages und bei der Expertenkommission für die Digitalisierung der Bauwirtschaft beim Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, hat die Kanzlei insbesondere die Leitung der Fachgruppe Recht beim Branchenverband buildingSMART e.V. übernommen. Dort werden in halbjährlich tagenden Arbeitsgruppensitzungen nicht nur die vertragsrechtlichen Grundlagen zur BIM-Planungsmethode vertieft, sondern etwa auch Fragen zum Urheberrecht am Modell, vergaberechtliche Lösungen für öffentliche Auftraggeber und Haftungsfragen erörtert. Die Ergebnisse dieser Fachgruppe werden BIM-Praktikern und Anwendern im Rahmen eines im Herbst stattfindenden Kongresses näher gebracht. Der erste buildingSMART-Thementag „Recht“ findet am 13.09.2018 in Essen statt. Programm und nähere Informationen können auf der Webseite von buildingSMART ([www.buildingsmart.de](http://www.buildingsmart.de)) abgerufen werden. Daneben steht KNH Rechtsanwälte selbstverständlich für Beratung oder Inhouse-Seminare / -Workshops allen an BIM interessierten Projektentwicklern, Planern oder ausführenden Unternehmen zur Verfügung.

## INFORMATIONEN

Dieser KNH-Newsletter kann nur erste allgemeine Informationen bieten und ersetzt nicht die Rechtsberatung im konkreten Einzelfall. Bitte sprechen Sie uns an, wenn Sie Fragen haben:

KNH Rechtsanwälte in Berlin,  
Kurfürstendamm 52, 10707 Berlin,  
030/590047-0 Fax -299

KNH Rechtsanwälte in Frankfurt a.M.,  
Friedrichstraße 2-6, 60323 Frankfurt a.M.,  
069/9055699-0 Fax -49

KNH Rechtsanwälte in Essen,  
Huysenallee 105, 45128 Essen,  
0201/20163-0 Fax -33

[www.knh-rechtsanwaelte.de](http://www.knh-rechtsanwaelte.de)

## IMPRESSUM

KNH Rechtsanwälte  
Kemper Hochstadt & Partner PartGmbH  
Kurfürstendamm 52  
10707 Berlin  
(Herausgeber)

Verantwortlich für die fachliche Koordination:  
Dr. Karl Schwarz

## buildingSMART-Thementag „Recht“

Rechtliche Herausforderungen in BIM-Projekten  
13. September 2018, 10 bis 17 Uhr  
ATLANTIC Congress Hotel in Essen

[www.buildingsmart.de](http://www.buildingsmart.de)

