

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER LERCH KITTLER &  
PARTNER mbBGoethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de

## NACHTRAGSAUFTRÄGE EINES VOLLMACHTLOSEN ARCHITEKTEN: ÜBLICHE VERGÜTUNG FÜR TECHNISCH NOTWENDIGE LEISTUNGEN

### Worum geht es?

Es ist eine klassische Situation auf der Baustelle: Ein Architekt beauftragt Nachtragsleistungen, die der Auftragnehmer zuvor schriftlich angeboten hat. Nach der Abrechnung der zusätzlichen Leistungen wendet der Auftraggeber ein, er habe die Leistungen nicht auf Grundlage der Nachtragsangebote beauftragt und sein Architekt habe vollmachtlos gehandelt. Oft kann sich der Auftraggeber dabei auf eine Vertragsklausel berufen, die ausdrücklich eine rechtsgeschäftliche Vollmacht des Architekten oder Bauüberwachers ausschließt. Erhält der Auftragnehmer trotzdem die vermeintlich vereinbarte Vergütung für die Nachträge?



Zeit für Nachtragsbeauftragung muss sein

### Die Entscheidung:

Das OLG München entschied mit Urteil vom 10.09.2013 – 9 U 1685/12 Bau (Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen), dass dem Werkunternehmer keine zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B zusteht, wenn der bauleitende Architekt den Nachtragsauftrag erteilt und im Vertrag die rechtsgeschäftliche Vertretung des Bauherrn durch den Architekten ausdrücklich ausgeschlossen ist. Häufig berufen sich die Unternehmer auf das Vorliegen einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht des Architekten. Die Voraussetzungen hierfür sind erfahrungsgemäß bei Gericht schwer nachzuweisen und wurden auch vom OLG München im entschiedenen Fall verneint. Wegen der ausdrücklich ausgeschlossenen rechtsgeschäftlichen Vollmacht des Architekten wird sich der Auftragnehmer ohnehin kaum auf einen abweichenden Rechtsscheintatbestand berufen können.

Das OLG gewährte dem Unternehmer nur für technisch zwingend notwendige Zusatzleistungen eine Vergütung nach §§ 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B, 683 BGB, soweit die Nachträge im Interesse des Auftraggebers lagen und seinem mutmaßlichen Interesse entsprachen. Der Auftragnehmer erhielt allerdings nicht die angebotenen Preise, sondern nur die „üblichen Vergütung“. Weil die „technisch zwingend notwendige Zusatzleistung“ und die „übliche Vergütung“ regelmäßig nur durch ein Sachverständigen-gutachten zu ermitteln sein werden, wird die Vergütung des Unternehmers weiter geschmälert.

### Der Praxistipp!

Bei der Erteilung von Nachtragsaufträgen durch Architekten, Projektsteuerer, Fachbauleiter und ähnliche Personen, die der Auftraggeber eingebunden hat, ist stets Vorsicht geboten. Angebote für zusätzliche Leistungen müssen immer auch an den Auftraggeber gerichtet und von diesem beauftragt werden.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER LERCH KITTLER &  
PARTNER mbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de



## MANGELRECHTE VERJÄHRT: BÜRGSCHAFT IST HERAUSZUGEBEN

### Worum geht es?

Der Auftragnehmer eines VOB/B-Vertrages verlangt vom Auftraggeber eine Sicherheit für Mangelansprüche zurück, die dem Auftraggeber nach der Abnahme am 30.11.2005 am 02.08.2006 übergeben worden war. Am 30.11.2005 und mit weiteren Schreiben im Zeitraum vom 26.06.2006 bis zum 17.11.2009 rügte der Auftraggeber diverse Mängel gegenüber dem Auftragnehmer. Der Auftraggeber verweigerte die Rückgabe der Bürgschaft mit dem Argument, er habe in unverjährter Zeit Mängel gerügt. Nach § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B (2002) müsse er die Bürgschaft daher nicht zurückgeben.



Keine Sicherheit ohne Verjährungskontrolle

### Die Entscheidung:

Der BGH gab dem Auftragnehmer Recht und verurteilte den Auftraggeber zur Herausgabe der Bürgschaft (Urteil vom 09.07.2015 - VII ZR 0/15).

Es sei zwar richtig, dass eine nicht verwertete Sicherheit nach Maßgabe des § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (2002) vom Auftraggeber einbehalten werden dürfe, wenn in unverjährter Zeit Mängel gerügt worden seien. Der Sicherungszweck der Bürgschaft werde jedoch auch dadurch limitiert, dass noch ein durchsetzbarer, z.B. unverjährter, Mangelanspruch existieren müsse. Wenn ein gesicherter Hauptanspruch nicht mehr bestehe, gäbe es auch keine Rechtfertigung für das Behalten der Sicherheit mehr. Im vorliegenden Fall habe der Auftraggeber die Mängel zwar in unverjährter Zeit gerügt, es dann aber unterlassen, die Verjährung dauerhaft zu hemmen oder zu unterbrechen. Für eine verjährte Hauptschuld hafte der Bürge nicht mehr.

### Der Praxistipp!

Der Auftraggeber muss sich zunächst darüber bewusst sein, dass die Vereinbarung der VOB/B noch nichts darüber aussagt, ob eine Sicherheit für Mangelrechte zu stellen ist. Die Parteien müssen eine solche Sicherungsabrede ausdrücklich treffen. Wenn sich die Parteien auf eine Sicherheit für die Mangelrechte des Auftraggebers verständigt haben, gilt es, den Zeitraum zu regeln, in dem der Auftraggeber die Sicherheit halten darf. Treffen die Parteien keine Regelung, ist die Sicherheit gemäß § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B nach zwei Jahren zurückzugeben. Der Wortlaut des § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B könnte den Auftraggeber schließlich dazu verleiten, sich in der Gewissheit zu wiegen, dass er nach einer rechtzeitigen Mangelrüge alles getan habe, um unbefristet auf die Sicherheit zugreifen zu können. Dies ist nicht der Fall. Beim Umgang mit Sicherheiten ist beidseitig eine enge Fristenkontrolle unverzichtbar.

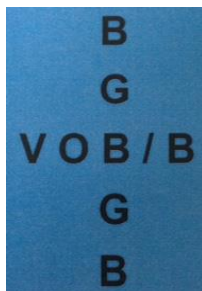
RECHTSANWÄLTE

MUFFLER LERCH KITTLER &  
PARTNER mbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de



## ENTWURF ZU BGB-BAUVERTRAGSRECHT



Alles anders bei neuem  
Recht?

### Worum geht es?

Das BGB regelt das Werkvertragsrecht, enthält aber nur wenige Vorschriften zum Bauvertrag. Dies ist der Grund, warum die VOB/B (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen) in Deutschland nach wie vor große Bedeutung hat. Bei der VOB/B handelt es sich allerdings nur um allgemeine Geschäftsbedingungen. Diese gelten für einen Bauvertrag nur dann, wenn dies von den Parteien vereinbart wird. Die Qualität der VOB/B als allgemeine Geschäftsbedingungen wirft eine Vielzahl von rechtlichen Problemen auf, z.B. die Möglichkeit der Unwirksamkeit einzelnen Bedingungen trotz der Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag. Die Praxis ruft deshalb seit vielen Jahren nach einer Regelung durch den Gesetzgeber.

### Derzeitiger Stand der Entwicklung:

Ende September hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den ersten Referentenentwurf eines "Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung" vorgelegt. Derzeit haben die Fachkreise Gelegenheit zur Stellungnahme. Ob das Gesetzesvorhaben in dieser Legislaturperiode abgeschlossen werden kann, bleibt abzuwarten.

### Inhaltliche Neuerungen des Referentenentwurfs:

Der Gesetzesentwurf sieht zunächst allgemeinen Vorschriften vor und regelt daran anschließend in den §§ 650 a ff. den "Bauvertrag" sowie den "Verbraucherbauvertrag". Ferner enthalten die §§ 650 o ff. einige Regelungen zum Architekten- und Ingenieurvertrag sowie zum Bauträgervertrag.

Für das Baurecht von besonderer Bedeutung sind die Regelungen zu Abschlagszahlungen nach Wert der erbrachten Leistungen und zu einem besonderen Anordnungsrecht des Auftraggebers bezüglich geänderter und zusätzlicher Leistungen, wie dies aus der VOB/B bekannt ist.

Keine Regelung ist bisher für die Mängelrechte vor Abnahme vorgesehen. Es ist zu hoffen, dass dieser Problemkreis in der weiteren Diskussion Berücksichtigung findet. Im Übrigen besteht bei vielen Regelungen und Formulierungen Überarbeitungsbedarf. Sollte das Gesetzesvorhaben realisiert werden, wird die VOB/B an Bedeutung für die Baurechtspraxis verlieren.

Wir werden über die Entwicklung des Gesetzesvorhabens berichten.



## VERTRAGLICHE VERSUS TATSÄCHLICHE WOHNFLÄCHE: BGH KIPPT 10-PROZENT-GRENZE



Tatsächliche Mietfläche zählt

### Worum geht es?

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs war bei einer Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete die im Mietvertrag vereinbarte Wohnfläche maßgeblich, sofern diese die tatsächliche Wohnfläche um nicht mehr als 10 Prozent über- oder unterschritt. Sofern die tatsächliche Wohnfläche 10 Prozent größer als die vertraglich vereinbarte war, durfte der Vermieter bei einer Mieterhöhung die tatsächliche Mietfläche berücksichtigen.

### Die Entscheidung:

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 18.11.2015 (BGH VIII ZR 266/14) diese Auffassung nunmehr korrigiert. Für Wohnflächenabweichungen gilt die 10-prozentige Toleranzgrenze nicht mehr. Maßgeblich ist nunmehr immer die tatsächliche Wohnfläche. Dabei spiele es keine Rolle, welche Größe im Mietvertrag vereinbart wurde oder wie hoch die Abweichung ist.

In dem vom BGH zu entscheidenden Fall beehrte eine Vermieterin Zustimmung zu einer Mieterhöhung. Die Mietfläche war im Mietvertrag mit 156 qm angegeben, tatsächlich hat diese jedoch 210 qm betragen. Die Vermieterin berechnete die Mieterhöhung anhand der tatsächlichen Wohnfläche. Dabei wollte sie die Miete unter Ausschöpfung der 15-prozentigen Kappungsgrenze unter Zugrundelegung der vertraglich vereinbarten Wohnfläche von 156 qm und zusätzlich wegen Flächenabweichung um weitere 34 Prozent erhöhen.

In seinem Urteil hat der BGH ausdrücklich klargestellt, dass es grundsätzlich nur auf die tatsächliche Wohnungsgröße ankomme, da dem Vermieter ermöglicht werden solle, eine angemessene, ortsübliche Miete zu erzielen. Gleichwohl könne vorliegend die Miete nur um 15 Prozent - bezogen auf den ursprünglichen Mietzins - erhöht werden, denn neben der tatsächlichen Wohnungsgröße sei die Kappungsgrenze von 15 Prozent zu beachten.

### Der Praxistipp!

Das Urteil hat erhebliche Praxisrelevanz über den entschiedenen Sachverhalt hinaus: Die Aufgabe der 10-prozentigen Toleranzgrenze wird zukünftig auch eine gewichtige Rolle spielen, wenn die tatsächliche Fläche die im Mietvertrag angegebene Fläche um wenige Prozent unterschreitet. Nach der bislang geltenden Rechtsprechung waren Mieter nur dann berechtigt, die Miete zu mindern, wenn die Unterschreitung über 10 Prozent lag. Nunmehr werden auch Minderungen der vereinbarten Mieten möglich sein, wenn die Abweichung beispielsweise nur 2-3 Prozent ausmacht. Insoweit sollte vermietetes darauf geachtet werden, dass zu vermietende Flächen vorab möglichst exakt vermessen werden.



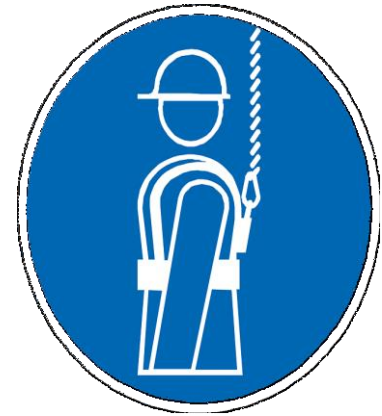
## STRENGERE REGELN FÜR LEIHARBEIT UND WERKVERTRAG

### Worum geht es?

Ein neuer Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht schärfere Regeln für Leiharbeit und Werkvertrag vor. Danach soll die Leiharbeit künftig auf 18 Monate begrenzt werden. Beim Werkvertrag soll der Missbrauch eingedämmt werden.

### Die Regeln für die Leiharbeit:

Die Leiharbeit soll zukünftig grundsätzlich auf 18 Monate begrenzt sein. Außerdem soll bereits ab dem neunten Monat der Equal-pay-Grundsatz (gleicher Lohn für gleiche Arbeit) gelten. Allerdings sieht der Gesetzentwurf vielerlei Ausnahmen, insbesondere für tarifgebundene Unternehmen, vor. Insofern empfiehlt sich für Unternehmen, die Leiharbeitnehmer beschäftigen, nach Verabschiedung dieses Gesetzes die eigene Praxis zu überprüfen.



Sicherheit für die Vertragsgestaltung

### Missbrauchskriterien beim Werkvertrag:

Neben neuen Informationsrechten für Betriebsräte soll es insbesondere in Zukunft acht Kriterien geben, die bei einer wertenden Gesamtbetrachtung zur Abgrenzung unzulässiger Werkverträge von Arbeitsverträgen heranzuziehen sind.

Demnach soll ein Arbeitsvertrag statt eines Werkvertrags vermutet werden, wenn ein Mitarbeiter einer fremden Firma

- seine Arbeitszeit nicht frei bestimmen kann
- die geschuldete Leistung nicht frei gestalten kann
- den Arbeitsort nicht selbst bestimmen kann
- die geschuldete Leistung überwiegend in den Räumen des Auftraggebers erbringt
- überwiegend für den einen Auftraggeber tätig ist.

Diese Kriterien entsprechen weitestgehend denen, die bei der Identifizierung von Scheinselbständigen maßgeblich sein sollen. Auch hier kann der Auftraggeber im Einzelnen den Gegenbeweis führen.

### Der Praxistipp!

Es empfiehlt sich nach Verabschiedung des Gesetzes die eigene diesbezügliche Praxis zu überprüfen, bzw. mit fachkundigem Rat überprüfen zu lassen.