



#### Kanzlei-News:

Die Kanzlei in Hof ist umgezogen. Sie finden uns in Hof ab sofort unter der Anschrift: Altstadt 2 – 4, 95028 Hof

#### Beweislast für Kündigungsgrund

Im vorliegenden Fall beauftragte der Kläger den Beklagten mit Zementinjektionen zur Abdichtung einer Baugrube. Der Kläger selbst hatte dort in einem Tanklager einen Pumpenschacht auf Stahlbeton zu erstellen. Im Verlauf der Arbeiten drang mehrfach Wasser in die Baugrube ein. Der AG forderte den AN unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung auf. Der AN führte die Abdichtungsarbeiten fort. Es kam dann zu einem weiteren Wassereintrich. Der AN bestritt, dass er hierfür verantwortlich sei. Daraufhin kündigte der AG den Auftrag und verlangt die Kosten der Ersatzvornahme und Schadenersatz.

Das Landgericht hatte die Klage noch mit der Begründung abgewiesen, der AG habe den Mangel, auf den er die Kündigung gestützt hat, nicht nachweisen können. Das OLG hat der Klage jedoch statt gegeben. Da bis zur Kündigung eine Abnahme nicht erfolgt sei, sei der AN beweisbelastet dafür, dass er seine Arbeiten mangelfrei ausgeführt hat. Die Protokolle über die Ausführung der Arbeiten, mit denen allein die Frage der Mangelfreiheit der Arbeiten hätte geführt werden können, seien so unzureichend gewesen, dass der Sachverständige nachträglich im Prozess die Frage der Mangelhaftigkeit der Leistung des AN nicht beurteilen konnte.

**Hinweis:** Diese Entscheidung steht wohl im Widerspruch der Entscheidung des BGH vom 19.09.2006, AZ: X ZR 178/04, wo der BGH entschieden hat, dass der Besteller beweisbelastet für das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist, wenn er hierauf eine Kündigung stützt. Gleichwohl zeigt die Entscheidung des OLG Wichtigkeit der dezidierten Dokumentation einer Baustelle.

#### Allgemeine Geschäftsbedingung bei Kauf von Einbauküchen BGH Urteil vom 25.10.2006, AZ: VIII ZR 23/06

Der BGH hatte die Frage der Wirksamkeit folgender Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Lieferung und den Einbau individueller Einbauküchen zu prüfen:

1. Der Verkäufer ist zur vorzeitigen Lieferung berechtigt.

2. Der Vertragspreis wird mit der Mitteilung, dass der Vertragsgegenstand zur Abholung am Geschäftssitz des Verkäufers bereit steht, fällig.
3. Der Käufer kann vier Wochen nach Überschreitung eines unverbindlichen Liefertermins oder einer unverbindlichen Lieferfrist den Verkäufer schriftlich auffordern, binnen angemessener Frist zu liefern.

**Zur Klausel 1:** Der BGH hält diese Klausel für unwirksam. Denn bei fest vereinbarten Lieferterminen würden diese durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgehöhlt, so dass gegen den Grundsatz verstoßen werde, dass individuelle Vereinbarungen vorgehen. Ein Auftraggeber habe für eine Küche erst dann Verwendung, wenn auch die Räumlichkeiten hierfür den entsprechenden Gestaltungsstand haben.

**Zur Klausel 2:** Auch diese Klausel hält der BGH für unwirksam, weil bei einer kundenfeindlichsten Auslegung der Auftragnehmer das Recht habe, die Küche vorzeitig zu liefern, was der BGH aus der Mitteilung entnimmt, dass die Küche zur Abholung bereit stehe.

**Zur Klausel 3:** Diese Klausel hält der BGH für wirksam, da keine unangemessen lange Frist vorliege. Hierbei sei maßgeblich auch zu berücksichtigen, dass bei Einbauküchen ein Veräußerer u. U. einzelne Teile nachbeschaffen muss, so dass Bestell- und Lieferfristen vom Hersteller zu beachten sind. Diese Klausel sei im übrigen auch nur auf Fälle anwendbar, in denen kein fester Liefertermin vereinbart sei.

#### Durchbrechung der Verjährungsfrist (Organisationsverschulden)

**OLG Düsseldorf, Urteil vom 04.08.2006, AZ: 22 U 32/06**

Der AG ist Eigentümer einer Betriebshalle, deren Dach bei einem Sturm beschädigt wurde. Die Beschädigung erfolgte im Jahre 1992. Mit der Sanierung wurde der AN beauftragt. Teil der Sanierung war, dass gemäß eigener Leistungsposition 497 m<sup>2</sup> zusätzliche mechanische Befestigung mit Befestigungselement Typ 120 mm lang durchzuführen war. Die Sanierung erfolgte im Jahre 1993. Im Jahre 2001 wurde das Dach erneut bei einem Sturm beschädigt. Hierbei wurde festgestellt, dass entgegen den technischen Vorschriften teilweise weniger als 10% der notwendigen Tellerdübel zur Ausführung gelangt waren. Der AN bestritt zunächst eine mangelhafte Ausführung und berief sich vorsorglich auf



die Einrede der Verjährung. Das Gericht hatte Beweis erhoben und festgestellt, dass teilweise fast 90% zu wenig Tellerdübel ausgeführt wurden. Das Erstgericht gab der Klage statt. Der AN legte gegen dieses Urteil Berufung ein.

Das OLG wies die Berufung jedoch zurück. Vorliegend greife nicht die fünfjährige Gewährleistungsfrist, sondern die zum damaligen Zeitpunkt noch gültige dreißigjährige Verjährungsfrist, die sich nach heutigem Recht auf 10 Jahre verkürzt. Diese Frist greife dann Platz, wenn ein arglistiges Verschweigen eines Mangels vorliege. Ein arglistiges Verschweigen eines Mangels liege vor, wenn sich der Werkunternehmer bewusst sei, dass ein bestimmter Umstand für die Entschließung seines Vertragsgegners von Erheblichkeit sei, er nach Treu und Glauben diesen Umstand mitzuteilen verpflichtet sei und ihn trotzdem nicht offenbare. Vorliegend sei der Mangel so offensichtlich und schwerwiegend, dass bereits aufgrund dieser massiven Mangelhaftigkeit von einer fehlerhaften Organisation auf der Baustelle ausgegangen werden müsse. Jedenfalls liege daher ein Organisationsverschulden vor. Der AN hätte durch Inaugenscheinnahme rechtzeitig prüfen müssen, ob eine ausreichende Anzahl von Befestigungen vorliegt. Auch wenn er evtl. einen Subunternehmer beauftragt hätte, hätte er dessen Arbeit entsprechend überprüfen müssen. Die Mängelansprüche waren daher nicht verjährt.

#### **Recht des Bauträgers: Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich des Anspruchs auf Eintragung der Auflassung**

**OLG Karlsruhe, Urteil vom 18.07.2006, AZ: 17 U 326/05**

Der Kläger hatte vom Beklagten im Rahmen eines Bauträgerverkaufs eine Immobilie erworben. Die letzte Kaufpreisrate von 3,5% hatte er wegen bestehender Mängel nicht bezahlt. Aufgrund Zeitablaufs ist der Anspruch des Bauträgers auf Zahlung der letzten Rate zwischenzeitlich verjährt. Der Kläger nimmt die Beklagte daher auf Eintragung der Auflassung im Grundbuch in Anspruch. Der Bauträger erkennt den Anspruch an mit der Maßgabe, dass er hierzu nur verpflichtet sei Zug um Zug gegen Zahlung des Restkaufpreises. Er beruft sich auf ein ihm zustehendes Zurückbehaltungsrecht. Der Käufer wendet ein, der Zahlungsanspruch und der Anspruch auf die Grundstücksübertragung hätten sich jedoch nicht in unverjährter Zeit gegenüber gestanden, so dass das Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeübt werden könne. Das Landgericht hatte den Bauträger noch vollumfänglich verurteilt. Der Bauträger legte hiergegen Berufung ein.

Die Berufung hatte Erfolg. Es änderte das Urteil dahingehend ab, dass der Bauträger die Eintragung der Auflassung erst Zug um Zug gegen Restkaufpreiszahlung veranlassen müsse. Die Forderung und Gegenforderung hätten sich in unverjährter Zeit sehr wohl gegenübergestanden. Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts durch den Bauträger sei auch nicht etwa deswegen treuwidrig, weil sich der Restkaufpreis nur noch auf 3,5% der Gesamtkaufpreissumme belief. Grundsätzlich könne die gesamte Leistung zurückgehalten werden. Anderes gelte auch nicht unter dem Aspekt, dass der Käufer vorliegend berechtigterweise von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch gemacht hat.

Hinweis: Wir halten diese Entscheidung für bedenklich und zwar aus folgendem Grunde: In der Regel ist im Bauträgervertrag bestimmt, dass die Eintragung der Auflassung im Grundbuch zu erfolgen hat **nach** vollständiger Kaufpreiszahlung. Dies bedeutet, dass in der Regel im Bauträgervertrag bestimmt ist, dass eine Vorleistungspflicht des Käufers besteht. Der Käufer ist durch die Auflassungsvormerkung entsprechend abgesichert. Er ist auch dadurch abgesichert, dass der Restkaufpreis erst mit vollständiger Fertigstellung fällig wird, was auch die Beseitigung der zumindest nicht nur unwesentlichen Mängel beinhaltet. Da die Verjährung nicht zu einem Erlöschen des Anspruchs führt, sondern nur dazu, dass ein Anspruch mit einer Einrede behaftet ist, tritt die Fälligkeit des Anspruchs auf Eintragung der Auflassung erst mit Zahlung der letzten Rate ein. Aus diesem Grunde hätte sich der Bauträger vorliegend aus unserer Sicht auch auf eine nichtbestehende Fälligkeit berufen können. Allerdings ist uns der genaue Inhalt des diesem Fall zugrunde liegenden Notarvertrags nicht bekannt. Möglicherweise wich hier die Formulierung des Notarvertrags von den üblichen Formulierungen ab.

#### **Kauf vom Bauträger: Vergleich über Gewährleistungsansprüche zwischen WEG und Bauträger** **OLG Jena, Urteil vom 08.09.2006, AZ: 9 W 225/06**

Im vorliegenden Fall hatte eine Wohnungseigentümergeinschaft den Verwalter beauftragt, mit einem Bauträger einen Zahlungsvergleich zur Abgeltung aller Gewährleistungsansprüche hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums zu schließen. Dieser Beschluss der Eigentümergeinschaft wurde durch einen einzelnen Eigentümer beim Wohnungseigentumsgericht angefochten. Die Anfechtung hatte keinen Erfolg. Das OLG Jena wies daraufhin, dass die Eigentümergeinschaft im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung Beschlüsse



auch über derartige Abgeltungsvergleiche schließen kann. Dabei habe die Wohnungseigentümergeinschaft ein gewisses Beurteilungsermessen, welches nur bedingt der Kontrolle durch das Gericht unterliege. Nicht betroffen sind hiervon jedoch – und insoweit ist die Entscheidung von erheblicher Bedeutung – der Anspruch des einzelnen Eigentümers auf den großen Schadenersatz bzw. die Rückabwicklung des Vertrages. Dies bedeutet für einen Bauträger, dass er mit Vergleichsabschluss noch keine abschließende Sicherheit hat, ob einzelne Eigentümer nicht möglicherweise vom Bauträgervertrag zurücktreten oder die Rückabwicklung des Vertrages (Wandlung) geltend machen. Derartige Ansprüche sind nämlich auch durch einen Vergleich mit der Eigentümergeinschaft nicht ausgeschlossen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der einzelne Eigentümer sich diesem Vorgehen der Mehrheit anschließt und hierbei ausdrücklich auf die Rückabwicklungsansprüche verzichtet. Nur und ausschließlich in diesem Fall würde ein derartiger Vergleich eine für den Bauträger tatsächlich abschließende Regelung ohne weiteres Risiko darstellen.

#### **Erteilung eines Bauauftrags durch den Architekten**

**BGH Urteil vom 07.12.2006, AZ: VII ZR 166/05**

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung von Werklohn in Anspruch. Der Beklagte ist Architekt. Er gehört einer Grundstücksgemeinschaft an, die einen GÜ beauftragt hatte, Bauleistungen durchzuführen und den hiesigen Beklagten mit den Architektenleistungen beauftragt hatte. Die Klägerin erhielt vom Beklagten einen Bauauftrag unter Angabe der Berufsbezeichnung „Dipl.-Ing. Architekten BDA“. Nach Kündigung der entsprechenden Verträge macht die Klägerin Werklohn gegen den Architekten geltend. Das OLG hatte die Klage abgewiesen, weil der Architekt kein Vertragspartner der Klägerin geworden sei. Hiergegen legte die Klägerin Revision ein.

Der BGH hob das Urteil auf. Denn aus dem Auftragschreiben ergäbe sich in keiner Weise, dass der Beklagte als Vertreter des GÜ aufgetreten sei. Auch die Tatsache, dass der Beklagte in seiner Eigenschaft als Architekt unterschrieben habe, führe zu keinem anderen Ergebnis. Denn allein hieraus könne man nicht auf eine Vertreterstellung schließen, schon gar nicht für den GÜ, der seinerseits weder Bauherr war, noch der Klägerin überhaupt bekannt gewesen sei. Dass die Klägerin nach Vertragsabschluss die weitere Korrespondenz mit dem GÜ geführt hat, an diesen sogar die Teil- und Schlussrechnungen gestellt hat und von diesem Zahlung erfolgt war, ergäbe kein anderes Ergebnis. Denn maßgeblich sei das nach Vertragsabschluss erkennbare Verhalten einer Vertragspartei nur dann, wenn dies auf einen entsprechenden Willen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hindeuten würde. Da der Klägerin zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Existenz des GÜ aber nicht einmal bekannt gewesen sei, können aus der nachträglichen Abwicklung mit dem GÜ nicht geschlossen werden, dass sie zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auch mit dem GÜ den Vertrag habe abschließen wollen.

**Hinweis:** Dieser Fall ist auch für die Fälle von Bedeutung, in denen ein Auftraggeber nachträglich erklärt, Vertragspartner sei eigentlich eine andere Person und an eine Person seien die Rechnungen zu stellen. Dieser nicht einmal so selten auftretende Fall würde ebenfalls nicht zu einer Änderung des Vertragspartners führen. Vertragspartner wäre in diesem Fall auch immer die Person, die den Vertrag abgeschlossen hat, es sei denn, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wäre bekannt gewesen, dass diese Person für einen Dritten handelt. Die in der Literatur teilweise vertretene Auffassung, dass eine tatsächliche Vermutung dafür spreche, ein Architekt handle immer im Namen seines Auftraggebers und nie im eigenen Namen, wird durch die vorgenannte Rechtsprechung jedenfalls widerlegt.