

# NewsLetter

2016-11 Seite 1

Sauerbruchstraße 9  
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06  
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de  
www.dr-schwertfeger.de

## Bauvertragsrecht

### Änderungsanordnung

Nachdem die Nichtzulassungsbeschwerde vom Bundesgerichtshof (BGH) zurückgewiesen worden ist, wurde jetzt folgendes Berufungsurteil des Oberlandesgerichts (OLG) Naumburg vom 13. Oktober 2014 (Az. 12 U 110/14) rechtskräftig:

Der Auftraggeber (AG) hatte den Auftragnehmer (AN) mit VOB/B-Bauvertrag mit Instandsetzungsarbeiten an einer Brücke beauftragt. Grundlage der Ausschreibung war ein Leistungsverzeichnis des AG. Die Ausführungsplanung war durch den AN zu erbringen. Das LV sah den Einbau von Fugenprofilen, z. B. eines bestimmten Typs, zur Erzielung einer wasserundurchlässigen Konstruktion vor.

Später stellte sich heraus, dass mit den ausgeschriebenen Standardprofilen der Leistungserfolg nicht zu erreichen war und stattdessen Fugenprofile als Sonderkonstruktion verwendet werden mussten. Der AN legte dem AG dafür ein Nachtragsangebot. Der AG lehnte das NT-Angebot ab, weil die Sonderkonstruktion bereits nach dem Hauptvertrag geschuldet sei. Tags darauf erteilte der AG die Freigabe für die vom AN erstellten Ausführungspläne mit den Fugenprofilen als Sonderkonstruktion.

Der AN führte die Sonderkonstruktion aus. Der AG nahm die Arbeiten vorbehaltlos ab. Die Mehrkosten bezahlte der AG nicht.

Das OLG hat festgestellt, dass vorliegend die Sonderkonstruktion bereits nach dem Hauptvertrag geschuldet gewesen sei. Es hat aber auch festgestellt:

Ein Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B scheitere vorliegend auch daran, dass es an einer Anordnung des AG fehle. Die Freigabe von Plänen des AN stelle im Regelfall keine Anordnung des AG dar, wenn der AN darin abweichend vom vertraglichen Bau-Soll eine andere Ausführung eingetragen habe. Denn die Freigabe durch den AG beschränke sich auf die technische Schlüssigkeit, sage also nichts über die Vertragsgerechtigkeit der Ausführung.

### Praxishinweise

Das Urteil gibt Anlass, vor Änderungen oder auch nur Konkretisierungen des Bau-Solls zu warnen, wenn dies allein in vom AG freigegebenen Plänen des AN geschieht, aber nicht darüber hinaus auch noch mit dem AG ausdrücklich besprochen wird.

*RA Dr. Christian Schwertfeger*

## Bauträgerrecht

### § 3 MaBV

Nachdem die Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof (BGH) zurückgenommen worden ist, wurde jetzt folgendes Berufungsurteil des Oberlandesgerichts

# NewsLetter

2016-11 Seite 2

(OLG) Zweibrücken vom 4. April 2014 (Az. 8 U 53/12) rechtskräftig:

Der Käufer (K) hatte vom Bauträger (BT) eine Eigentumswohnung gekauft, und zwar nicht eine neue Wohnung, sondern einen umfassend sanierten Altbau. Nach dem notariellen Kaufvertrag sollten 30 % des Kaufpreises vor Beginn der Erdarbeiten fällig sein. K bezahlte diese Rate nicht. Das Bauvorhaben wurde nicht realisiert, weil dem BT zu keinem Zeitpunkt das notwendige Kapital zur Verfügung stand. K trat deshalb vom Kaufvertrag zurück und forderte Ersatz seiner Vertrags- und Finanzierungskosten.

Zu Recht! Den Einwand des BT, weil der K bei der 30 %-Rate vorleistungspflichtig gewesen sei und diese Rate nicht bezahlt habe, habe K gar keinen fälligen Anspruch auf die Herstellung seiner Wohnung gehabt und habe deshalb auch nicht vom Vertrag zurücktreten dürfen, wies das OLG zurück.

Der BT war Gewerbetreibender im Sinne von § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 3a Gewerbeordnung (GewO). Damit galt für ihn (nicht § 2, aber) § 3 der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV). Gemäß § 12 MaBV dürfen die in § 3 MaBV vorgesehenen besonderen Sicherungspflichten für Bauträger (u. a. Vormerkung im Grundbuch, Freistellung von Grundpfandrechten, Vorliegen der Baugenehmigung, bereits erfolgter Beginn der Erdarbeiten) vertraglich weder ausgeschlossen noch beschränkt werden.

Für einen Altbau gilt § 3 Abs. 2 Satz 4 MaBV. Die 30 %-Rate durfte deshalb erst (nach Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 3 Abs. 1 MaBV und) *nach* Beginn der Erdarbeiten bzw. entsprechender Modernisierungsarbeiten (z. B. Verlegung neuer Kanalisationsrohre) fällig werden (es sei denn,

dass überhaupt keine Erdarbeiten bzw. entsprechende Modernisierungsarbeiten anstehen, weil sie bereits vollständig in der vorhandenen Altbausubstanz enthalten sind - das war vorliegend aber nicht der Fall).

Vorliegend wurden die Anforderungen gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 MaBV durch den notariellen Kaufvertrag beschränkt (30 % der Vertragssumme schon *vor* Beginn der Erdarbeiten). Die vertragliche Abschlagszahlungsvereinbarung war deshalb unwirksam!

Außerdem war der K mit der 30 %-Rate auch deshalb nicht in Verzug, weil ihm die sog. Unsicherheitseinrede (§ 321 BGB) ein Leistungsverweigerungsrecht gab. Danach kann ein Vertragspartner seine Leistung (bis zur Erbringung der Gegenleistung oder einer Sicherheitsleistung) verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrages erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung (hier: Herstellung des Bauvorhabens) durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. So hier, weil von den 28 Wohnungseinheiten nur 7 verkauft waren. Dabei genügte bereits das bloße Bestehen der Unsicherheitseinrede, der K musste sie also nicht noch gegenüber dem BT erklären.

## Praxishinweise

§ 321 BGB ist eine enge Ausnahmegvorschrift: Die Gefährdung des Anspruchs muss insbesondere objektiv gegeben sein, sie muss erst nach Vertragsschluss erkennbar geworden sein, und der vorleistungspflichtige Vertragspartner darf im Zeitpunkt der Erkennbarkeit nicht bereits in Verzug gewesen sein.

RA Dr. Christian Schwertfeger