

Aktuelle Rechtsprechung

Ein Blick auf die Rechtsprechung des
BGH und der Oberlandesgerichte

25. Februar 2022

Referent: Dr. jur. Burkhard Siebert





Aktuelle Rechtsprechung

// 25.02.2022

OLG Brandenburg, Urteil vom 22.04.2020, Az.: 11 U 153/18

Sachverhalt:

Der AN verlangt von dem AG auf Grundlage von § 631 Abs. 1 BGB i.V.m. § 2 Abs. 6 VOB/B noch ausstehenden Restwerklohn für an der Autobahn A 24/A 10 im Rahmen von unstreitig beauftragten Nachträgen ausgeführte Baumfäll- und Rodungsarbeiten.

Das Landgericht weist die Klage mit folgender Begründung ab:

- Unter Berücksichtigung aller Umstände sei der Vertrag dahingehend auszulegen, dass die Baumfällarbeiten nicht über die bereits erfolgten Zahlungen der Beklagten hinaus zu vergüten seien.
- Vielmehr ergebe sich, dass die Rückvergütung für gerodetes Holz Grundlage der Preisermittlung der Urkalkulation gewesen sei.
- Demgemäß sei auch der Einheitspreis der Nachtragsleistungen entsprechend dieser Preisermittlungsgrundlage zu bilden; Grundlage des Preises seien alle Kostenelemente, die Bestandteil der Kalkulation des Auftragnehmers gewesen seien.

Zu Recht?

Entscheidung des OLG:

- ➡ Grundsätzlich **JA!** Die Erwägungen des LG sind im Wesentlichen zutreffend!
- ➡ Etwas anderes gilt nur hinsichtlich der Berechnung der Mehrvergütung im Rahmen von § 2 Abs. 6 VOB/B.
- Die Annahme des LG, dass hier eine Fortschreibung der Kalkulation zu erfolgen hat, ist unzutreffend.
 - Die Regelung des § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B macht trotz seines Wortlauts mit seiner Bezugnahme auf die Urkalkulation keine Ausnahme von dem vom BGH aufgestellten Grundsatz zur Ermittlung auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten.
 - Auch in Bezug auf diese Regelung hat eine ergänzende Vertragsauslegung zu erfolgen, welche ergibt, dass das **Äquivalenzprinzip gelten** soll.
 - Danach soll durch die unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistungen keine Vertragspartei eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren; ohne konkrete Vereinbarung, wie der neue EP bemessen wird, sind somit die **tatsächlich erforderlichen Kosten maßgeblich**.

Leitsatz:

Der vom Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 08.08.2019 aufgestellte Grundsatz, dass für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen i.S.v. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind, findet auch bei der Ermittlung des neuen Einheitspreises von zusätzlichen Leistungen i.S.v. § 2 Abs. 6 VOB/B Anwendung.

BGH, Urteil vom 10.06.2021 – VII ZR 157/20

Sachverhalt:

- AG beauftragt AN mit Holzungs- und Altlastenumlagerungsarbeiten.
- Das dem Vertrag zugrunde liegende LV weist in Position 01.00.0001 „Bäume fällen ohne Roden“ mit einem Mengenansatz von 4.500 Stück aus; dem Langtext-LV ist zu entnehmen, dass das gesamte Holz vom AN verwertet werden kann
- **Teil der Kalkulation des AN:**
 - Kosten und Zuschläge pro Baum 15,12 €
 - Gutschrift 15,00 € für Verwertung
- **Nicht Teil der Kalkulation:**
 - AN rechnet mit weiteren 45,00 € Verwertungserlös
- Tatsächlich waren nur 1.237 Bäume zu roden
- AN verlangt nun einen neuen EP in Höhe von 126,89€ (zuvor 0,12 €):
 - Er macht geltend, dass ihm Verwertungserlös entgangen sei, was auszugleichen sei
- AG verweigert die Zahlung

Entscheidung des BGH:

- ➡ Der AG hat Recht !
- ➡ Bei Mengenminderungen gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B und einer daraus folgenden Preisanpassung sei der EP lediglich im Umfang der Auswirkung von Mehr- oder Mindermengen auf Kostenfaktoren, die den EP bilden, anzupassen
 - es können nur Faktoren berücksichtigt werden, die Bestandteil der ursprünglichen Berechnung des Einheitspreises gewesen sind
- ➡ Der durch die Verwertung zu erwartende Gewinn ist nicht in die Berechnung Des Einheitspreises eingeflossen und daher nicht zu berücksichtigen

außerdem:

-  Mit der Entscheidung hat der BGH zugleich klargestellt, dass Bezugsgröße für den wegen Mengenminderung anzupassenden Einheitspreis der ursprüngliche Einheitspreis ist
-  Anders entschied der BGH dies im Zusammenhang mit Mehrmengen gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B: hier ist nach der Entscheidung vom 08.08.2019 (Az.: VII ZR 34/18) auf Grundlage der tatsächlich erforderlichen Kosten ein neuer Einheitspreis zu bilden.

Kritik an der Entscheidung:

- Hätte der Unternehmer den Verwertungserlös in die Kalkulation einbezogen, hätte er den vollen von ihm erwarteten Erlös „ausgleichsfähig“ machen können.
 - AN hätte schlicht 60,12 € in Kalkulation einbeziehen und 60,00 € Verwertungserlös gutschreiben können.
 - dann wäre der volle Erlös ausgleichsfähig gewesen.
- Unternehmer hat die Ermittlung des neuen Preises folglich ein Stück weit in der Hand, auch wenn er natürlich nicht den gesamten wegen der Mindermenge entgangenen Erlös erstattet bekommen würde (nur soweit, wie der Erlös einen Deckungsbeitrag für Gemeinkosten und Gewinn des Unternehmers liefert, also nicht benötigt wird, um die direkten Kosten des Fällens des Baumes einzuspielen).
- Deshalb meinen Kritiker, dass der Verwertungserlös stets allein als Chance und Risiko des Unternehmers anzusehen sein muss.
 - Konsequenz: keine Berücksichtigung im Falle der Mengenänderung!
 - Keine Preisminderung im Falle der Mengenerhöhung und keine Erstattung im Fall der Mengenunterschreitung.

Leitsatz:

Faktoren, die nicht Bestandteil der Berechnung des ursprünglichen Einheitspreises sind, bleiben bei der Anpassung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (2012) unberücksichtigt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.05.2004, Az.: 5 U 56/03

Sachverhalt:

- AG beabsichtigte Bürogebäude errichten zu lassen. Den Ausschreibungsunterlagen zufolge soll der Boden in das Eigentum des AN übergehen.
- AN gibt Angebot für Baugrubenaushub ab. In den EPs ist die geplante Veräußerung der Bodenmassen nicht berücksichtigt/einkalkuliert worden und nicht angegeben.
- Auf dieser Grundlage beauftragt der AG den AN.
- Vor Beginn der Baumaßnahme kündigt der AG den Vertrag, da die Baumaßnahme nicht zur Ausführung gelangen sollte.

Sachverhalt:

- AN stellt seine Schlussrechnung, welche drei Positionen enthält:
 - Position 1: Vereinbarte Vergütung
 - Position 2: Vergütung aus dem Verkauf des Aushubmaterials
 - Position 3: Ersparte Aufwendungen
- Der AG ist der Auffassung, dass dem AN kein Anspruch auf Zahlung der Vergütung aus dem entfallenen Verkauf des Aushubmaterials zusteht.
- Der AN erhebt diesbezüglich Klage.

Entscheidung des OLG:

- ➔ § 648 S. 2 BGB (§ 649 S. 2 BGB a.F.) = Anspruchsgrundlage
- ➔ Danach hat der AN Anspruch auf die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen.
 - Zu der vereinbarten Vergütung gehört der Veräußerungserlös der Bodenmassen nur, wenn die vereinbarte Vergütung nicht nur aus den EPs, sondern zusätzlich aus einer sog. „Naturalvergütung“ besteht.
 - Naturalvergütung ist eine Vergütung durch den Erwerb des Eigentums an dem Aushubmaterial. Danach: Eigentumserwerb = Vergütung. Hier (-).

Empfehlung

- ➡ Bei der Kalkulation des Angebotes ist ein etwaiger Verwertungserlös einzukalkulieren!
- ➡ Im Anschreiben zum Angebot ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass der Veräußerungserlös für Material, das dem AN übereignet wird, mit einkalkuliert wurde.

ACHTUNG: Bei öffentlichen Ausschreibungen! Vermerk im Vergabeprotokoll?

OLG Frankfurt, Urteil vom 21.09.2020, Az.: 29 U 171/19

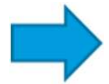
Sachverhalt:

- AG beauftragt AN u.a. mit vorbereitenden Erdbauarbeiten.
- Für die Entsorgung von unbelastetem Boden setzt der AN in seinem Angebot einen Preis von 5,00 € / t plus Zuschläge an (5,00 € / t hat der AN an seinen NU zu zahlen).
- AN macht wegen unvorhergesehener Bodenbelastungen eine Mehrvergütung auf Basis von § 2 Abs. 5 VOB/B geltend:
- Der AN behauptet, dass er an seinen NU für die Entsorgung des belasteten Materials 15,50 € pro Tonne habe zahlen müssen; mithin habe er 10,50 € / t zusätzlich an den NU zahlen müssen ($15,50 \text{ € / t} - 5,00 \text{ € / t} = 10,50 \text{ € / t}$); zzgl. Zuschlägen stünde ihm daher eine Mehrvergütung von 12,82 € / t zu.
- Der AG stellt sich auf den Standpunkt, dass der AN für die Entsorgung unbelasteten Bodens nicht 5,00 € / t, sondern 11,15 € / t hätte zahlen müssen; daher stehen dem AN zusätzlich allenfalls 4,35 € / t zu ($15,00 \text{ € / t} - 11,15 \text{ € / t} = 4,35 \text{ € / t}$)
- **Wie entscheidet das OLG?**

Entscheidung des OLG:



Die Berufung hat teilweise Erfolg!



Das OLG entscheidet, dass dem AN gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B lediglich 4,35 € / t zustehen.

- DENN: OLG hält es nicht für nachgewiesen, dass die 5,00 € / t den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen; es geht vielmehr von 11,15 € / t tatsächlichen Entsorgungskosten für unbelasteten Boden aus.
- Maßgeblich ist das Vergleichsangebot des AG.
- Mithin stehen dem AN nur 4,35 € / t (= 15,50 € / t – 11,15 € / t) plus Zuschläge zu.
- Zuschläge in Höhe von 20 % hält das Gericht nach richterlicher Schätzung für angemessen.

Auszug aus den Leitsätzen:

3. Verlangt der Auftraggeber nach Vertragsschluss als belastet erkanntes Aushubmaterial abzufahren, liegt darin die Anordnung zur Ausführung einer geänderten Leistung, sodass dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Mehrvergütung zusteht.

4. Der Grundsatz, dass für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen (§ 2 Abs. 3 VOB/B) die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind, findet auch bei der Ermittlung des neuen Einheitspreises von geänderten Leistungen (§ 2 Abs. 5 VOB/B) Anwendung.

KG, Urteil vom 27.08.2019, Az.: 21 U 160/18

Sachverhalt:

- AG schreibt unter Einbeziehung der VOB/B Bauleistungen aus.
- Danach hat AN eine Eisenbahnüberführung über eine Straße zu errichten.
- Die Überführung war an ihren Außenseiten durch Randkappen, in denen Vertiefungen als Kabelkanal auszubilden sind, abzuschließen.
- Die Abdeckung der Randkappen ist gemäß LV nur für Teilbereiche vorgesehen, die Abdeckung musste aber über die gesamte Länge der Randkappen ausgeführt werden.
- AN beansprucht eine Mehrvergütung in Höhe von € 31.000 für diese Leistung.
- **Stehen dem AN die 31.000 € zu?**

Entscheidung des KG:

- ➡ Das KG entscheidet, dass dem AN eine zusätzliche Vergütung zusteht!
- ➡ AN steht zusätzliche Vergütung gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B für die zusätzliche Abdeckung der Randkappen zu.
 - Grundlage des Mehrvergütungsanspruches aus § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B sind die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten, die dem AN aufgrund der Leistungsänderung entstehen.
 - Preiskalkulation des AN ist nur ein Hilfsmittel bei der Ermittlung dieser Kostendifferenz.
 - Ist die Preisermittlung zwischen den Parteien streitig, kommt es nicht auf die Urkalkulation an, sondern auf diejenigen Kosten, die dem AN bei Erfüllung des nicht geänderten Vertrages tatsächlich entstanden wären bzw. aufgrund der Leistungsänderung tatsächlich entstanden sind.

Entscheidung des KG:



Sind die Kostenansätze aus der Kalkulation unstreitig, können sie zur Ermittlung der Mehrvergütung herangezogen werden.

Kalkulation entspricht im Zweifel den maßgeblichen tatsächlichen Kosten!

Argumente des KG:

- BGH stellt auch für § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B auf die tatsächlich erforderlichen Kosten ab.
- AN soll nicht die Möglichkeit haben, sich eine erhöhte Mehrvergütung „herbeizukalkulieren“.
- Es soll eine Methode der Preisermittlung vermieden werden, die Preisspekulationen ermöglicht.
- Wortlaut des § 2 Abs. 5, 6 VOB/B nicht eindeutig; offen ob tatsächliche oder korkalkulatorische Preisfortschreibung erfolgen soll.

Leitsätze:

- 1. Bemessungsgrundlage des Mehrvergütungsanspruchs aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sind die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten, die dem Unternehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen, sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben.**
- 2. Die Preiskalkulation des Unternehmers ist nur ein Hilfsmittel bei der Ermittlung dieser Kostendifferenz. Im Streitfall kommt es nicht auf die Kosten an, die der Unternehmer in seiner Kalkulation angesetzt hat, sondern auf diejenigen, die ihm bei Erfüllung des nicht geänderten Vertrages tatsächlich entstanden wären.**
- 3. Allerdings dient die Kalkulation dazu, die Kosten anzugeben, die dem Unternehmer durch die Vertragsdurchführung entstehen. Daraus folgt: Soweit die Kalkulation, auf die sich ein Unternehmer in einem Rechtsstreit bezieht, unstreitig bleibt, ist die von ihm auf dieser Grundlage errechnete Mehrvergütung im Zweifel auf Grundlage seiner tatsächlichen Mehrkosten ermittelt und also maßgeblich nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B.**

OLG Köln, Urteil vom 03.02.2021, Az.: 11 U 136/18 (nicht rechtskräftig)

Sachverhalt:

- Der AN wird von einem öffentlichen Auftraggeber mit Sanierungs- und Rückbauarbeiten einer JVA beauftragt.
- Es kommt zu Änderungs- und Zusatzleistungen; die diesbezügliche Vergütung wird vom AN im Wege der Fortschreibung der Kalkulation ermittelt, was der AG akzeptiert.
- Es kommt wider Erwarten dazu, dass asbesthaltiges Material vorgefunden wird, was aufwändig ausgebaut und beseitigt werden muss.
- Hierdurch kommt es zum Gerätestillstand: zwei Kettenbagger stehen mehrere Wochen still.
- Der AN verlangt hierfür auf Grundlage von § 2 Abs. 5, 6 VOB/B die Kosten den Gerätestillstand.
- **Wie entscheidet das OLG?**

Entscheidung des OLG:



Das OLG gibt dem AN Recht!



Dem AN steht wegen des Gerätestillstandes ein Anspruch gemäß § 2 Abs. 5 und 6 VOBB/B zu.

- Das OLG bejaht eine Anordnung, durch welche die Stillstandskosten verursacht worden seien (Anordnung zur Entsorgung des asbesthaltigen Materials).
- Parteien haben sich zwar nicht über die Methode der Preisfortschreibung geeinigt.
- Berechnung der Mehrvergütung hat auf Grundlage der tatsächlich erforderlichen Mehr- und Minderkosten zu erfolgen (gemäß BGH, Urteil 08.08.2019, Az.: VII ZR 34/18).

Leitsätze:

- 1. Haben die Parteien über die Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen, deren Ermittlung oder einzelne Preiselemente keine Einigung getroffen, ist die Vergütung nach den tatsächlich erforderlichen Mehr- oder Minderkosten zuzüglich angemessener Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn zu ermitteln.**
- 2. Hält der Auftraggeber im Rahmen der Berechnung eines Nachtrags nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B eine Kostenposition schon im Grundsatz für nicht ersatzfähig (hier Kosten aufgrund der bauzeitlichen Auswirkungen auf andere Leistungspositionen), kann eine ausdrückliche oder stillschweigende Einigung der Parteien auf die Berechnung dieser Kosten regelmäßig nicht angenommen werden.**

BGH, Urteil vom 25.03.2021, Az.: VII ZR 94/20

Leitsatz:

Die Verjährungsfrist des Anspruchs auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung nach § 648 a Abs. 1 S. 1 BGB i.d.F. vom 23.10.2008 (jetzt § 650 f Abs. 1 S. 1 BGB) beginnt nicht vor dem Verlangen des Unternehmers nach Sicherheit.

Sachverhalt:

- Der AG und der AN schließen 2013 einen Vertrag über die Erbringung von Rohbauarbeiten.
- In 2015 erhob der AN Klage auf Zahlung restlicher Vergütung.
- Am 27.09.2018 fordert der AN den AG erfolglos auf, eine Sicherheit über 88.000,00 € für noch nicht gezahlte Vergütung zu stellen.
- Der AN erhob sodann Klage auf Leistung einer Bauhandwerkersicherung
 - LG wies die Klage wegen Verjährung ab.
 - Berufung verurteilte den AG zur Übergabe der geforderten Sicherheit.

Entscheidung des BGH:



Die Revision blieb ohne Erfolg!

- Der Anspruch gemäß § 648a Abs. 1 S. 1 BGB a.F. ist nicht verjährt.
- Er verjährt innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist (3 Jahre).
- Der Anspruch beginnt allerdings nicht vor dem Verlangen des AN nach Sicherheit zu verjähren, da es sich um einen so genannten „verhaltenen Anspruch“ handelt

OLG Saarland, Urteil vom 10.06.2020, Az.: 5 U 74/19

Sachverhalt:

Der Eigentümer eines Grundstücks beauftragt eine Projektgesellschaft mit dem Abriss einer auf dem Grundstück befindlichen Garage.

Vereinbart wird, dass das Garagentor sowie die Kaminplatten zerstörungsfrei ausgebaut und seitlich gelagert werden.

Der Eigentümer nach Durchführung der Arbeiten die Herausgabe der Garagensteine.

Die Herausgabe wird abgelehnt, woraufhin der Eigentümer Schadensersatz mit der Begründung forderte, dass rechtswidrig sein Eigentum verletzt worden sei.

Das Landgericht weist die Klage mit der Begründung ab, dass der Eigentümer der Projektgesellschaft (und damit übergeleitet auch dem Abbruchunternehmen (Nachunternehmer)) die Aneignung der Steine gestattet habe. Hiergegen wendet sich der Eigentümer im Wege der Berufung. **Wie entscheidet das OLG?**

Entscheidung des OLG:



Das OLG bestätigt die Entscheidung des LG!



Das Abbruchunternehmen hat Eigentum an den Steinen erworben; mithin steht dem Eigentümer kein Anspruch auf Schadensersatz zu!

- Zwar sei im Vertrag zu einem Übergang des Eigentums nichts vereinbart worden
- Der Eigentümer hat die Aneignung des Eigentums an den Steinen aber gestattet, wodurch der Gestattungsempfänger Eigentum erwirbt
- Auch die vertraglichen Vereinbarungen sprechen dafür; schließlich sollten nur das Garagentor und die Kaminplatten nicht entsorgt werden
- Im Umkehrschluss sind die restlichen Bestandteile zu entsorgen, sodass der Abbruchunternehmer, dem die Aneignung gestattet wird, zum Eigentümer wird

Leitsatz:

In der Beauftragung eines Abbruchunternehmers mit dem Abriss eines Gebäudes kann eine Erwerbsgestattung bezüglich der abgebrochenen Bestandteile (hier: Buntsandsteine) zu sehen sein.

OLG Jena, Urteil vom 29.08.2019, Az.: 1 U 324/17

Sachverhalt:

- Der AG und der AN schlossen einen Vertrag über die Errichtung eines Einfamilienhauses mit Keller.
- Der Vertrag sah vor, dass der AN eine Gewährleistungsbürgschaft übergibt.
- Die Leistungen werden in der Folgezeit nach Fertigstellung abgenommen; der AN stellt seine Schlussrechnung und übergibt eine Mangelsicherheit.
- Der AG zahlt auf die Schlussrechnung einen Teilbetrag nicht, vielmehr macht er einen Einbehalt wegen angeblicher Mängeln geltend und behält 28.174,54 € ein.
- Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben.
- Hiergegen wendet sich der AN mit der Berufung. Er fordert weiterhin die Zahlung des vollen Restwerklohns.
- **Mit Erfolg?**

Entscheidung des OLG:



Die Berufung hat keinen Erfolg!



Bei Vorliegen von Mängeln braucht sich der AG nicht auf eine Sicherheit verweisen lassen!

- ABER: Dieser Grundsatz gilt nicht grenzenlos!
- Durch die Kumulation von Sicherheitseinbehalt und Leistungsverweigerungsrecht darf es nicht zu einer erkennbaren und unangemessenen Übersicherung des Bestellers kommen.
- Es ist daher im **Einzelfall** unter Berücksichtigung der insgesamt zur Verfügung stehenden Sicherheiten und den Mängeln **ein den jeweiligen Umständen entsprechender Einbehalt** zu bestimmen.
- Der vorliegend vorgenommene Einbehalt ist auf dieser Grundlage nicht zu beanstanden.
- Denn vorliegend überschreitet das Doppelte der Mangelbeseitigungskosten (= 50.000,00 €) auch nach Abzug des vollen Bürgschaftsbetrages (=12.250,00) noch immer die Werklohnforderung.

Leitsätze:

3. Der Auftraggeber muss sich grundsätzlich nicht auf die Mangelsicherheit verweisen lassen. Das Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln und die zur Verfügung stehende Mangelsicherheit sind voneinander unabhängig.

4. Durch die Kumulation von Mangelsicherheit und Leistungsverweigerungsrecht darf es aber nicht zu einer erkennbaren und unangemessenen Übersicherung des Auftraggebers kommen. Im Einzelfall ist unter Berücksichtigung der insgesamt zur Verfügung stehenden Sicherheiten vor dem Hintergrund der Mangelsituation ein den jeweiligen Umständen entsprechender Einbehalt zu bestimmen.

OLG München, Beschluss vom 27.03.2020, Az.: 20 U 4425/19 Bau

Sachverhalt:

- Der AG beauftragt den AN mit dem Einbau einer Solarthermieranlage zur Optimierung der Heizungsanlage nach ökologischen Gesichtspunkten
 - Ausdrücklich vereinbart wurde, dass der AN einen Durchlauferhitzer einbaut, durch den die Wärmeaufbereitung des Brauchwassers erfolgen soll
 - AG vertritt die Auffassung, dass der Einsatz eines Durchlauferhitzers entspreche nicht der vereinbarten „ökologischen Optimierung“
- Mit seiner Klage verlangt der AG die Mangelbeseitigungskosten im Rahmen einer Kostenvorschussklage
- Das Landgericht hat mit Endurteil vom 26.07.2019 einen Anspruch des AG gegen den AN auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung von 15.471,15 Euro gem. §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1, 3 BGB sowie einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 Satz 1 BGB bejaht; damit wurde der Klage teilweise stattgegeben
- Hiergegen wenden sich beide Parteien mit dem Rechtsmittel der Berufung beim zuständigen OLG München

Entscheidung des OLG:

- ➡ Das OLG bestätigt die Entscheidung des LG!
- ➡ Der AN ist zum Kostenvorschuss verpflichtet, die von ihm errichtete Anlage ist mangelhaft!
 - folgt daraus, dass der AN eine energetisch nicht sinnvolle Konstruktion gewählt hat
 - dies widerspricht der konkret vereinbarten vertraglichen Beschaffenheit, wonach eine ökologische Optimierung geschuldet ist
 - diesen Anforderungen genügt die verbaute Anlage nicht
 - hieran ändert auch der Umstand nichts, dass ausdrücklich der Einbau eines Durchlauferhitzers vereinbart wurde, **denn auch die Vereinbarung einer konkreten Ausführungsart stehe der grundsätzlichen Erfolgshaftung nicht entgegen**
 - Es kommt allein darauf an, ob das Werk der vereinbarten Beschaffenheit genügt oder nicht

Leitsätze:

- 1. Auch wenn der Auftragnehmer regelmäßig dazu verpflichtet ist, die anerkannten Regeln der Technik zu beachten, schließt die Beachtung dieser Regeln die Annahme eines Mangels nicht aus.**
- 2. Das den anerkannten Regeln der Technik entsprechende Werk ist mangelhaft, wenn es nicht der vereinbarten Beschaffenheit oder den erkennbaren Bedürfnissen des Auftraggebers entspricht oder es in seiner Funktionstauglichkeit eingeschränkt ist.**
- 3. Der Auftragnehmer schuldet im Rahmen der getroffenen Vereinbarung ein Werk, das die Beschaffenheit aufweist, die für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch erforderlich ist. Daran ändert sich grundsätzlich nichts, wenn die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben, mit der die geschuldete Beschaffenheit des Werks nicht erreicht werden kann.**

OLG Schleswig, Urteil vom 01.02.2019, Az.: 1 U 42/18

Sachverhalt:

- AN stattet ein Kongresszentrum mit Fenstern und Türen aus.
- Während der Gewährleistungszeit beanstandete der AG diverse Mängel betreffend Dichtigkeit und Sicherheitsbelange der Fenster.
- Nach der Abnahme haben sich die Sicherheitsvorschriften der BauO für die Fenster deutlich verschärft.
- Als der AG Nachbesserung verlangt, fordert der AN unter Hinweis auf nachträglich verschärfte Sicherheitsvorschriften der BauO vorab einen Nachweis, dass der Ag die bauordnungsrechtlichen Vorgaben für die zu bearbeitenden Fenster einhielte. Ferner fordert der An eine Kostenbeteiligung des AG an der Mangelbeseitigung.
- Daraufhin klagt der AG Kostenvorschuss für die Mangelbeseitigung ein.
- **Wie entscheidet das OLG Schleswig?**

Entscheidung des OLG:



Dem AG wird Recht gegeben!



Wenn sich anerkannte Regeln der Technik nach der Abnahme verschärfen, liegt eine solche Veränderung im Verantwortungsbereich des AN und ist Folge seiner mangelhaften Leistung. Ohne die Mängel wäre eine Mangelbeseitigung nicht erforderlich gewesen und auch keine Anpassung der Leistung an die neuen anerkannten Regeln der Technik erforderlich gewesen.

OLG Stuttgart, Urteil vom 30.11.2021, Az.: 10 U 58/21

Sachverhalt:

Der AG beauftragt den AN mit der Herstellung einer Betonfertigteilfeassade. Die Stahlbetonkonstruktion enthielt unter anderem Vorhangfassaden mit betonfertigteilen und Betonlamellen vor den Fensterelementen. Die VOB/B wurde einbezogen.

Nach Abnahme der Leistungen durch den AG zeigte sich an den Lamellen ein Mangel in Form des Girlandeneffekts (die Lamellen biegen sich durch). Dies ist – was nach Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens feststeht – auf fehlerhafte planerische Vorgaben des AG hinsichtlich Abmessung, Material, Farbe und Oberflächenstruktur zurückzuführen.

Der AG meint, dass der AN allein für die Planung und die Statik der Betonlamellen verantwortlich gewesen sei. Sie sei daher zur Mangelbeseitigung verpflichtet, der sie trotz mehrfacher Aufforderung nicht nachgekommen sei.

Der AG verlangt nunmehr klageweise Vorschuss von dem AN zwecks Vornahme der Mangelbeseitigungsarbeiten.

Zu Recht?

Entscheidung des OLG:

 **Nein**, die Klage ist insoweit als derzeit unbegründet abzuweisen!

-  Trotz mangelhafter Werkleistung stehen dem AG derzeit keine Mangelbeseitigungsansprüche zu
- Ein Unvermögen im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB liegt nicht vor.
 - Es fehlt aber an einer notwendigen Mitwirkung des AG und deshalb an einer wirksamen Fristsetzung zur Nacherfüllung.
 - Denn der Mangel beruht auf fehlerhaften Vorgaben im LV etc., die zunächst korrigiert werden müssen, bevor der AN die Mangelbeseitigung vornehmen kann
 - Es bedarf mithin einer planerischen Mitwirkung des AG.
 - Da es an dieser fehlt, ist die Aufforderung zur Mangelbeseitigung innerhalb der gesetzten Frist unwirksam, sodass es an der für einen Kostenvorschussanspruch erforderlichen wirksamen Aufforderung zur Mangelbeseitigung fehlt

Auszug aus den Leitsätzen:

- 1. Bedarf eine Mangelbeseitigung einer planerischen Vorgabe des AG, ist eine Aufforderung zur Mangelbeseitigung ohne diese planerische Vorgabe wirkungslos.**
- 2. (...)**

OLG Köln, Beschluss vom 05.10.2021, Az.: 16 U 55/21

Leitsatz:

Der Grundsatz, dass dann, wenn der Bauleiter sich den vorgetragenen Bedenken des Werkunternehmers verschließt, der Bauherr selbst informiert werden muss, betrifft die Fälle, in denen der Bauleiter außerhalb der Sphäre des Bauherrn steht, insbesondere weil er mit dem Bauherrn durch einen Werkvertrag verbunden ist. Steht der Bauleiter in einem Arbeitsverhältnis mit dem Bauherrn, so gelangt der Bedenkenhinweis unmittelbar in die Sphäre des Bauherrn. Die den Hinweis missachtende Anweisung ist dann ebenfalls der Sphäre des Bauherrn zuzurechnen.

Sachverhalt:

Ein Bauträger beabsichtigt die Errichtung drei fünfgeschossiger Häuser. Er beauftragt einen Architekten mit der Planung der Treppenhäuser und einen Unternehmer mit der Verlegung der Natursteinplatten. Mit dem Unternehmer wird die Geltung der VOB/B vereinbart.

Im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens stellt der Sachverständige fest, dass die Treppenstufen zu geringe Auftrittsbreiten aufweisen, was bereits in den Plänen angelegt ist. Er geht von Planungs- und Ausführungsfehlern aus.

Der Bauträger nimmt daraufhin den Unternehmer auf Kostenvorschuss in Anspruch. Dieser verteidigt sich damit, dass er gegenüber der Bauleitung Bedenken angezeigt habe wegen der Auftrittsbreiten. Diese habe ihn angewiesen, die Leistung gleichwohl auszuführen. Der Bauträger bestreitet eine korrekte Bedenkenanmeldung.

Das LG hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass eine ordnungsgemäße Bedenkenanmeldung vorliege.

Hiergegen wendet sich der Bauträger mit der Berufung. **Mit Erfolg?**

Entscheidung des OLG:

 **NEIN!**



Unternehmer hat bewiesen, dass er Bedenken angemeldet hat.

- Zwar hat der Bauleiter die Bedenken missachtet, der Bauleiter war jedoch Angestellter des Bauträgers.
- Daher gibt es keinen Anlass für den Unternehmer, den Bauträger von dem missachtenden Verhalten seines Angestellten zu informieren; der Unternehmer muss sich nicht zusätzlich an den Bauträger wenden.
- Das OLG benutzt hier die Sphärentheorie und sagt, dass der Bauleiter der Sphäre des Bauträgers zuzuordnen ist, womit die Bedenkenanmeldung als in der Sphäre des Bauträgers angekommen gilt.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.11.2019, Az.: 23 U 208/18

Auszug aus den Leitsätzen:

- 1. Es ist nicht die Aufgabe des Vorunternehmers, auf eine hinreichende Koordinierung der Arbeiten hinzuwirken. Etwas anderes gilt, wenn er mit eventuellen Risiken rechnen muss, etwa weil seine Leistung als Grundlage für die auf ihr aufbauenden Nachfolgeleistungen nicht geeignet ist.**
- 2. In einer nicht geeigneten Vorleistung liegt ein Mangel in Form der Funktionsuntauglichkeit des Werks.**
- 3. Der Vorunternehmer ist bei einer mangelhaften Vorleistung verpflichtet, den nachfolgenden Unternehmer oder den bauüberwachenden Architekten darauf hinzuweisen, wie bei den nachfolgenden Arbeiten verfahren werden muss.**
- 4. Eine Hinweispflicht des Vorunternehmers ist immer dann anzunehmen, wenn erkennbar die Gefahr besteht, dass der Nachfolgeunternehmer nicht erkennen kann, dass die Vorleistung für ihn keine geeignete Arbeitsgrundlage ist**

Sachverhalt:

Der AG beauftragte bei einem Neubauvorhaben einen AN (AN 1) mit der Lieferung von Fenstern und deren Einbau und einen zweiten AN (AN 2) mit den Innenputzarbeiten.

Nach der Fertigstellung moniert der AG, dass sich sechs Schrägfenster nur um ca. 50 Grad öffnen lassen. Ursächlich hierfür sei nach dem AG, dass der AN 1 Bänder mit versetztem Drehpunkt verwendet und die Winddichtungsfolie entgegen der Planung auf die Blendrahmen der Fenster aufgeklebt habe, wodurch der Putzauftrag des AN 2 den Öffnungswinkel der Fenster zu sehr beeinträchtige.

Der AN 1 wendet insbesondere ein, dass seine Leistung technisch keinen Mangel darstelle.

Der AG klagt auf Vorschuss zur Mangelbeseitigung.

Mit Erfolg?

Entscheidung des OLG:



Mit Erfolg!



Die Werkleistung des AN ist mangelhaft!

- Zwar sei der Einbau der Fenster an sich nicht zu beanstanden.
- Dem AN 1 kann weder zur Last gelegt werden, dass er die Bänder mit verdrehtem Drehpunkt verwendet habe noch, dass er die Winddichtungsfolie auf die Blendrahmen aufgesetzt habe.
- ABER: es stellt eine Pflichtverletzung dar, dass der AN 1 weder den AN 2 noch den Bauleiter oder den AG darüber informiert hat, dass sich Beeinträchtigungen im Zusammenhang mit dem Öffnungswinkel nach Verputzung ergeben könnten
- Den AN 1 trifft zwar grds. keine Koordinierungspflicht; etwas anderes gilt aber, wenn er der Realisierung von Risiken rechnen muss z.B. weil seine Leistung als Grundlage für die nachfolgenden Leistungen nicht geeignet ist

OLG Brandenburg, Urteil vom 29.07.2021, Az.: 12 U 230/20

Auszug aus den Leitsätzen:

- 1. Seiner Bedenkenhinweispflicht kommt der Auftragnehmer nur nach, wenn er die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben konkret darlegt, damit dem Auftraggeber die Tragweite der Nichtbefolgung hinreichend deutlich wird.**
- 2. Der Bedenkenhinweis hat zwar nach § 4 Abs. 3 VOB/B schriftlich zu erfolgen. Das bedeutet aber nicht, dass ein mündlicher Hinweis unerheblich ist. Vielmehr reicht ein mündlicher Hinweis aus, wenn dieser eindeutig, inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend ist.**

Sachverhalt:

- Die Beklagte wurde von der Klägerin als Subunternehmerin mit der Ausführung von Demontage- und Abbrucharbeiten eines Parkplatzbelages und dem Aus- und Wiedereinbau von Rinnen beauftragt.
- Mit der Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten Kostenvorschuss sowie Kostenerstattung wegen eines Mangels
 - Die Parteien streiten über die Verantwortlichkeit der Beklagten für eine unvollständige Fugenverfüllung und für den nicht fachgerechten Einbau der Entwässerungsrinnen.
- Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an die Klägerin knapp 30.000,00 € zu zahlen.
 - Begründet hat das LG die Entscheidung damit, dass der Klägerin ein Anspruch auf Kostenvorschuss und ein Erstattungsanspruch zusteht.
 - Die beklagtenseits vorgelegten Bedenkenanzeigen seien inhaltlich nicht ausreichend gewesen.
 - Die Beklagte könne sich auch nicht auf eine fehlende/unzureichende Wartung berufen, da sie auf deren Notwendigkeit nicht nachweislich hingewiesen habe.
- Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte im Wege der Berufung.

Entscheidung des OLG:

- ➡ Die Berufung hat vorläufig Erfolg!
- ➡ Dem LG sind mehrere wesentliche Verfahrensfehler unterlaufen!
- ➡ Dies gilt auch im Zusammenhang mit der Bedenkenanmeldung.
 - Die Annahme des LG, dass die Bedenkenanmeldungen unzureichend waren, ist nicht zutreffend.
 - Zwar seien die schriftlich verfassten Bedenkenanmeldungen unzureichend.
 - Dies gelte jedoch nicht für die mündlich anlässlich einer Besprechung geäußerten Bedenken; mündliche Bedenkenanmeldungen reichen aus, wenn sie eindeutig, inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend sind.
 - Der Vortrag der Beklagten lässt dies vermuten; das Landgericht hätte daher den hierzu angebotenen (Zeugen-)Beweis erheben müssen.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 11.10.2021, Az.: 1 U 93/20

Leitsätze:

- 1. Eine vergabespezifische Nachprüfungsmöglichkeit nach Landesrecht schließt das Recht auf Anrufung eines Zivilgerichts grundsätzlich aus.**
- 2. Auch bei Auftragsvergaben außerhalb der EU-Schwellenwerte ist ein Bieter gehalten, erkannte oder erkennbare Vergaberechtsverstöße umgehend zu rügen. Anderenfalls ist sein auf primärer Rechtsschutz gerichteter Antrag unzulässig.**
- 3. Schließt der Auftraggeber einen Bieter zu Recht (hier: wegen einer unzulässigen Mischkalkulation) vom Vergabeverfahren aus, steht dem Bieter mangels Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften kein Anspruch auf Untersagung des Zuschlags an ein anderes Bieterunternehmen zu.**

Sachverhalt:

- Eine Kommune schreibt Straßenbauleistungen auf Grundlage des ersten Abschnitts der VOB/A aus.
- Bestbieter beziffert BE mit netto € 155.140,45, was 33 % des Gesamtangebotspreises ausmacht.
- Kommune fordert daraufhin zu Aufklärung auf und moniert im Rahmen des Aufklärungsgespräches am 03.12.2019 eine Mischkalkulation.
- Mit Fax vom 05.12.2019 schließt die Kommune den Bestbieter auf Grundlage der Mischkalkulation aus.
- Bestbieter rügt dies mit Schreiben vom 12.12.2019, welcher nicht abgeholfen wird.
- Bestbieter beantragt daraufhin vor dem LG Zweibrücken eine einstweilige Verfügung, die er zunächst auch erhält; LG hebt diese nach dem Widerspruchsverfahren allerdings wieder auf.
- Hiergegen wendet sich Bestbieter mit der Berufung. **Mit Erfolg?**

Entscheidung des OLG Zweibrücken:



Ohne Erfolg!



Bieter hat den Vergabeverstoß nicht rechtzeitig gerügt!

- Er hatte schon mit dem Aufklärungsgespräch am 03.12.2019 Kenntnis.
- Die Rüge am 12.12.2019 ist daher nicht mehr als rechtzeitig anzusehen.



Auch unterhalb der Schwellenwerte besteht auf Bieterseite Rügeobliegenheit.

- Rüge muss unverzüglich ausgebracht werden (i.d.R. innerhalb von drei Tagen)
- Anderenfalls ist der Weg des Primärrechtsschutzes verwehrt, entsprechende Anträge sind unzulässig.

Praxishinweis:



Die Entscheidung des OLG Zweibrücken reiht sich in eine Reihe ähnlicher Entscheidungen ein. Es wird zwar vereinzelt auch die Auffassung vertreten, dass eine Rüge nicht erforderlich ist (vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 29.01.2015, Az.: 2 W 67/14). Aber: die überwiegende Auffassung bejaht Rügeobliegenheit.

Daher sollten Bieter auch unterhalb der Schwelle kurzfristig eine Rüge ausbringen, wenn sie glauben, einen Vergabeverstoß erkannt zu haben!



ACHTUNG: Unterhalb der Schwelle kann der Auftraggeber (trotz Rüge) jederzeit unwiderruflich den Zuschlag erteilen. Ausnahmen hiervon sind nur selten im Vergaberecht des jeweiligen Bundeslandes geregelt. Mithin kann es passieren, dass mit der Rüge „schlafende Hunde“ geweckt werden und dass der Auftraggeber vorsorglich den Zuschlag erteilt. **Daher sollte die Zeitspanne zwischen Rüge und Primärrechtsschutz so kurz wie möglich bemessen sein.**

Danke!

Kontakt

Bauindustrieverband Hessen-Thüringen e.V.

Abraham-Lincoln-Str. 30
65189 Wiesbaden
bauindustrie-mitte.de