



Neues zum Baurecht 01/2017



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 1. Ausgabe 2017 unseres Informationsdienstes "Neues zum Baurecht". Wie gewohnt stellen wir Ihnen ausgewählte Urteile und ihre Auswirkungen in der Praxis vor. Sollte Sie hierzu weitergehende Fragen haben, können Sie uns gerne unter [baurecht\(at\)leinemann-partner.de](mailto:baurecht(at)leinemann-partner.de) schreiben oder Ihren persönlichen Berater ansprechen. Viele weitere Urteile, Bücher, Seminare und Veranstaltungen zum Thema finden Sie auch auf unserer [Website](#).

An dieser Stelle möchten wir Sie auch auf unseren optisch und inhaltlich überarbeiteten Internetauftritt hinweisen. Schauen Sie doch mal [rein!](#)

Wir wünschen Ihnen eine gute Lektüre!

Themen

Eva Bouchon, M.A., Berlin

Keine Arglist, wenn Mangel nicht als solcher wahrgenommen wird

Anne Sophie Schulz, Berlin

Auftragnehmer meldet Bedenken an: Der untätig bleibende Auftraggeber hat für die sich daraus ergebenden Folgen einzustehen

Manuel Baumeister, Düsseldorf

Anm. zu BGH, Urteil vom 22.09.2016 - VII ZR 298/14

Pascal Göpner, Köln

Bauablaufbezogene Darstellung für Entschädigung nach § 642 BGB nicht per se erforderlich!

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Eingereichtes Datenblatt definiert das angebotene Produkt

Jan Raming, LL.M. (Auckland), Berlin

Keine weitergehenden Gewährleistungsrechte ohne vorherige Fristsetzung zur Nachbesserung

Jan Raming, LL.M. (Auckland), Berlin

Keine Vertragsstrafe ohne Mahnung bei Bauablaufstörungen aus dem Verantwortungsbereich des AG

Gabriel Hubertus Schleicher, LL.M., Hamburg

Bauvertrag nach BGB: Keine Mängelrechte vor Abnahme!



Eva Bouchon, M.A., Berlin

Keine Arglist, wenn Mangel nicht als solcher wahrgenommen wird

Kammergericht, Urteil vom 09.10.2015 - 21 U 74/14

Arglistig handelt nur derjenige, der bewusst einen offenbarungspflichtigen Mangel verschweigt. Ein solches Bewusstsein fehlt, wenn der Mangel von seinem Verursacher nicht als solcher wahrgenommen wird.)*

Mit der Klage vor dem Kammergericht Berlin machte die Auftraggeberin (Klägerin) Ersatz wegen Korrosionsschäden an Kaltwasserleitungen gegenüber der Auftragnehmerin (Beklagten) geltend und verlangte Kostenvorschuss in Höhe von EUR 2.794.300,37 nebst Zinsen. Die Beklagte berief sich auf die Verjährung. Hiergegen stellte die Klägerin auf ein arglistiges Handeln der Beklagten ab, weil die Beklagte statt Ausführung der nach den Herstellerrichtlinien zu verwendenden Korrosionsschutzbinden lediglich einen Korrosionsanstrich angebracht sowie den von den DIN-Vorschriften abweichenden Aufbau der Dämmung bewusst gewählt hätte. Dies könne nur auf einer Verletzung der Organisationspflicht beruhen und sei daher arglistig. Die Beklagte widersprach dem Vorwurf der Arglist, weil die geltenden Herstellerverlegerichtlinien den Einsatz von Korrosionsschutzbinden nicht als notwendig, sondern nur als geeignet vorgaben und diese Richtlinien der Beklagten zudem nicht bekannt waren. Korrosionsschutzbinden seien zudem vom Hersteller nicht mitgeliefert worden, auch habe der Hersteller die Beklagte auf diese Erforderlichkeit nicht hingewiesen. Die Dämmung sei darüber hinaus durch eine renommierte Fachfirma ausgeführt worden und habe überdies keinen maßgeblichen Korrosionsschaden verursacht. Ein Organisationsverschulden sei deshalb nicht ersichtlich. Das Landgericht Berlin verurteilte die Beklagte dennoch zur Zahlung des Kostenvorschusses in Höhe der ca. EUR 2,8 Mio. nebst Zinsen. Hiergegen legt die Beklagte Berufung ein.

Zu Recht. Das Kammergericht hob die Entscheidung des Landgerichts Berlin auf. Dabei stellt es zunächst darauf ab, dass die Verjährung selbst dann eingetreten wäre, wenn die Klägerin den Mangel arglistig verschwiegen hätte, weil die Klage erst im Jahr 2012 erhoben wurde und die zehnjährige Verjährungsfrist des Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 2 EGBGB i. V. m. § 199 Abs. 3 Nr. 2 BGB, die unabhängig von Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis der den Anspruch begründenden Umstände am 01.01.2002 mit der Abnahme zu laufen begann, mit Ablauf des 31.12.2011 verstrichen war.

Darüber hinaus hob das Kammergericht hervor, dass die Klägerin nicht hinreichend dargetan hatte, dass die Beklagte die Mängel der fehlenden Korrosionsschutzbinden und der mangelhaft ausgeführten Dämmung tatsächlich arglistig verschwiegen hatte. Es wurde herausgestellt, dass nur

derjenige arglistig handelt, der bewusst einen offenbarungspflichtigen Mangel verschweigt. Ein solches Bewusstsein fehlt, wenn der Mangel von seinem Verursacher nicht als solcher wahrgenommen wird. Die Behauptung der Klägerin, dass die Beklagte die Mängel hätte kennen müssen, ohne Tatsachen zu nennen, aus denen sich eine positive Kenntnis schließen ließe, reichte nicht aus. Insbesondere war nicht festzustellen, dass die Klägerin die erst nach Erteilung des Auftrags herausgegebenen Verlegerichtlinien kannte und ihr die Korrosionsschutzbinden zur Verfügung standen, so dass ein bewusstes „Weglassen“ nicht unterstellt werden konnte.

Fazit:

Das Kammergericht verweist insbesondere auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 22.07.2010 (VII ZR 77/08), in welcher bereits festgestellt wurde, dass nur derjenige arglistig handelt, der bewusst einen offenbarungspflichtigen Mangel verschweigt. Das OLG München hatte mit Beschluss vom 19.09.2014 (28 U 4245/13 Bau) ebenfalls festgestellt, dass Arglist vorliegt, wenn der Auftragnehmer während der Ausführung einen Mangel wahrgenommen und ihn als erheblich für den Bestand oder die Benutzung der Leistung erkannt, ihn dann jedoch dem Auftraggeber nicht mitgeteilt hat. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Erheblichkeit des arglistigen Verschweigens eines Baumangels ist die Abnahme. Erkennt der Unternehmer den Mangel jedoch nicht bzw. seine Wesentlichkeit nicht, so kann eine Arglist nicht vorliegen.

Das OLG Dresden hatte mit Urteil vom 12.12.2013 (10 U 1954/12) darauf hingewiesen, dass selbst sorgfältig und gewissenhaft arbeitenden Bauleitern immer wieder Fehler unterlaufen. Allein aus dem Umstand, dass ein Baumangel auf einen gravierenden Bauausführungsfehler zurückzuführen ist, kann daher nicht gefolgert werden, der Bauleiter habe den Fehler erkannt und arglistig verschwiegen.

Dies zeigt, dass an das Vorliegen einer Arglist strenge Voraussetzungen zu stellen sind, welche im Prozess bewiesen werden müssen.



Anne Sophie Schulz, Berlin

Auftragnehmer meldet Bedenken an: Der untätig bleibende Auftraggeber hat für die sich daraus ergebenden Folgen einzustehen

OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.11.2016 – 10 U 71/16

Ein Auftragnehmer ist auch dann von der Mängelhaftung befreit, wenn er ordnungsgemäß gem. **§ 4 Abs. 3 VOB/B** Bedenken mitteilt, aber der Auftraggeber untätig bleibt und darauf nicht reagiert.

Die Auftragnehmerin (Klägerin) wurde unter Einbeziehung der VOB/B mit der Erbringung von Bodenbelagsarbeiten bei der Sanierung eines Schulgebäudes beauftragt. Vor Ausführung der Arbeiten durch die Klägerin wurde durch ein Fachunternehmen vor Ort eine Haftungsprüfung vorgenommen, weil auf alte Spachtelmassen aufgebaut werden sollte. Diese Haftungsprüfung kam zu dem Ergebnis, dass die Haftzugswerte bei den angelegten Probeflächen in Ordnung seien. Mit Schreiben vom selben Tag meldete die Klägerin gegenüber der Auftraggeberin Bedenken wegen der alten Spachtelmassenschichten an. Die Auftragnehmerin befürchtete Abplatzungen der Spachtelmasse und dadurch Ablösungen des zu verlegenden PVC-Belages, da die vorgefundenen alten Kleb- und übrigen Hilfsstoffe noch auf chemischer Basis mit Lösemitteln hergestellt wurden, während heutzutage eine Herstellung auf Wasserbasis erfolgt. Wegen diesen Umständen stehe es zu befürchten, dass es zu Abplatzungen der auf den Sulfitablagematerialien anhaftenden Spachtelmasse komme, wofür die Klägerin **keine Gewährleistung** übernehme. Auf diese **Bedenkenmitteilung** nach § 4 Abs. 3 VOB/B reagierte die Auftraggeberin nicht. Die Klägerin führte die Leistungen aus diesem Grunde wie von der Beklagten ausgeschrieben durch und das Werk wurde abgenommen. In der Folgezeit zeigten sich an dem Werk sodann Belagablösungen, sowie Beulen- und Blasenbildungen.

Das OLG Stuttgart stellt in seinem Beschluss fest, dass das von der Klägerin erbrachte Werk **mangelhaft** ist, sie für diesen Mangel jedoch nicht einzustehen hat, da sie gegenüber der Auftraggeberin schriftlich ihre Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung angemeldet und damit ihrer Verpflichtung aus § 4 Abs. 3 VOB/B genügt hat.

Ein Unternehmer haftet grundsätzlich auch dann für einen Mangel der von ihm hergestellten Leistung, wenn die Ursache hierfür im Verantwortungsbereich des Auftraggebers oder eines Vorunternehmers liegt. Dies gilt gemäß § 13 Abs. 3 VOB/B jedoch dann nicht, wenn der Auftragnehmer die ihm nach § 4 Abs. 3 VOB/B obliegende Bedenkenmitteilung unverzüglich und schriftlich gegenüber dem Auftraggeber gemacht hat. Die Erfüllung der **Prüfungs- und Hinweispflicht** ist ein Tatbestand, der den Unternehmer von der Sach- oder Rechtsmängelhaftung gegenüber dem Auftraggeber befreit. Einer **Haftungsbefreiung** des Auftragnehmers steht es nicht

entgegen, wenn der Auftraggeber seiner vertraglichen Pflicht, nach der Bedenkenmitteilung eine Entscheidung zu treffen, nicht nachgekommen und gegenüber dem Auftragnehmer gänzlich untätig geblieben ist. Auch der untätig bleibende Auftraggeber hat für die sich daraus ergebenden Folgen einzustehen.

Fazit:

Aus den grundsätzlichen Feststellungen des OLG Stuttgart folgt für den Auftraggeber, der sich mit einer Bedenkenmitteilung des Auftragnehmers konfrontiert sieht, dass er tunlichst auf diese reagieren und nicht den „toten Käfer“ spielen sollte. Es liegt gerade auch im Interesse des Auftraggebers auf eine solche Mitteilung des Auftragnehmers zu reagieren um durch etwaige Änderungsanordnungen die Möglichkeit zu schaffen am Ende ein mangelfreies Werk zu erhalten.

Vor diesem Hintergrund sollte sich der Auftraggeber vor Augen halten, dass die Bedenkenmitteilung seitens seines Auftragnehmers eine Warnfunktion erfüllt, die ihm Anlass dazu geben sollte, eine Entscheidung über den weiteren Fortgang des Bauvorhabens unter einer erneuten Risikoabwägung zu treffen. Durch ein gedankenloses Übergehen oder Dahinstehenlassen einer Bedenkenmitteilung des Auftragnehmers setzt sich der Auftraggeber nicht zuletzt einer **eigenverantwortlichen Selbstgefährdung** aus, was stets bedacht werden sollte.

Ferner ist eine von dem Auftraggeber nicht beachtete Bedenkenanzeige, die diesem verdeutlicht, dass die gewünschte Ausführung des Bauvorhabens nicht zum Erfolg führen wird, als eine Vereinbarung dahingehend zu verstehen, dass die **Funktionalität des Werkes** vom Auftragnehmer nicht mehr geschuldet wird.

Keine andere Beurteilung ergibt sich aus der Konstellation, dass der Auftraggeber nach Abwägung der von dem Auftragnehmer mitgeteilten Bedenken das Risiko eines Schadens als sehr gering einschätzt und an der ursprünglichen Ausführungsplanung gegenüber dem Auftragnehmer festhält. Dies entspringt der Risikosphäre des Auftraggebers, weshalb auch in einem solchen Fall eine Mängelhaftung des Auftragnehmers bei Vorliegen der Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Bedenkenmitteilung entfällt.



Manuel Baumeister, Düsseldorf

Anm. zu BGH, Urteil vom 22.09.2016 - VII ZR 298/14

BGH, Urteil vom 22.09.2016 - VII ZR 298/14

Gilt der Vertrag nach §§ 648a Abs. 5 S. 1 BGB alter Fassung i. V. m. § 643 BGB als aufgehoben, weil der AG auf Verlangen des AN keine ausreichende **Sicherheit** geleistet hatte, ist der AN nicht gehindert, den Vertrag wegen **Zahlungsverzugs** zu kündigen.

Der AN erklärte - kurz nachdem der AG ihm trotz seiner Nachfristsetzung mit Kündigungsandrohung keine ausreichende Sicherheit geleistet hatte und der Vertrag deshalb mit Fristablauf als aufgehoben galt - die Kündigung wegen Zahlungsverzugs gem. § 9 Nr. 1 b) VOB/B.

Der Sachverhalt liegt lange zurück. Es war § 648a Abs. 5 S. 1 BGB in der bis zum 30.04.2000 geltenden Fassung anzuwenden, die sich von der heutigen u.a. in der Vergütungsfolge erheblich unterscheidet. Erfüllt der AG nach der heutigen Fassung das **Sicherheitsverlangen** des AN nicht, kann dieser entweder die Leistung verweigern oder die Kündigung erklären. Bei wirksamer Kündigung des AN, steht ihm gem. § 642 BGB ein Zahlungsanspruch für erbrachte und nicht erbrachte Leistungen zu (unter Abzug ersparter Aufwendungen).

Nach der hier einschlägigen alten Fassung des § 648a Abs. 5 S. 1 BGB konnte der AN lediglich gem. § 643 Abs. 1 S.1 BGB nur einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. Die Vergütungsfolgen sind im Fall der Kündigung also günstigere. Deshalb erklärte der AN auch zusätzlich die Kündigung wegen des Zahlungsverzugs.

Der BGH entschied, dass die Kündigung des Vertrags nicht deshalb ausgeschlossen war, weil der Vertrag gemäß § 648a Abs. 5 S. 1 BGB in der bis zum 30. April 2000 geltenden Fassung als aufgehoben galt. Der AN ist danach zur Kündigung berechtigt, wenn die Kündigungsvoraussetzungen in dem Zeitpunkt vorlagen, in dem der Vertrag als aufgehoben galt. Denn dem AN sollen keine Ansprüche entgehen, die er aus anderem Grund hat als dem, dass die Sicherheit nicht gestellt worden ist. Denn sonst würde der AG besser gestellt, obwohl er neben der Nichtleistung der Sicherheit zugleich eine Pflichtverletzung zu vertreten hat, derentwegen dem AN weitergehende Rechte zustehen (hier: Zahlungsverzug). Gleiches gilt, wenn der AN aufgrund einer vom AG zu vertretenden Pflichtverletzung in dem Zeitpunkt, in dem der Vertrag nach § 648a Abs. 5 S. 1 BGB alter Fassung i.V. mit § 643 BGB als aufgehoben gilt, zur Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund berechtigt ist. Liegen alle Voraussetzungen für eine solche Kündigung in diesem Zeitpunkt vor, so steht die Aufhebung des Vertrags der Wirksamkeit einer zeitnah danach erklärten Kündigung nicht entgegen.

Fazit:

Auch wenn solche Situationen nur noch selten vorkommen dürften (die hier anzuwendende alte Fassung des **§ 648 a BGB** gilt für Bauverträge, die vor dem 30.04.2000 geschlossen wurden), kann **die Entscheidung** nützlich sein, um ein interessengerechtes Ergebnis in Fällen zu begründen, in denen eine Anspruchsvoraussetzung begrifflich nicht vorliegt. Der BGH ließ die vorteilhaften Rechtsfolgen der Kündigung eingreifen, obwohl der Vertrag bereits als aufgehoben galt und es somit nichts mehr zu kündigen gab. Das Urteil ist keine reine „Billigkeitsentscheidung“. Es fügt sich in die BGH-Rechtsprechung ein, wonach auch **nichtige Verträge** wegen arglistiger Täuschung angefochten oder widerrufen werden können (vgl. BGH, Urt. v. 21.06. 1955, V ZR 53/54; Urt. v. 25.11.2009, VIII ZR 318/08). Vertragliche Ansprüche wegen Fehlverhaltens sollen nicht deshalb ausgeschlossen sein, weil das Fehlverhalten so erheblich ist oder ein weiteres Fehlverhalten vorliegt, dessentwegen der Vertrag bereits gar nicht (mehr) besteht.



Pascal Göpner, Köln

Bauablaufbezogene Darstellung für Entschädigung nach § 642 BGB nicht per se erforderlich!

Macht der Unternehmer eine Entschädigung nach § 642 BGB wegen Annahmeverzugs des Bestellers geltend und legt dar, wie ihm durch den Annahmeverzug ein Vermögensnachteil entstanden ist, so sind weitere Ausführungen zum Bauablauf oder gar eine bauablaufbezogene Darstellung zur Anspruchs begründung nicht erforderlich.

KG, Urt. v. 10.01.2017 – 21 U 14/16

Die Parteien streiten über Ansprüche der Klägerin in Folge einer Bauzeitverlängerung nach erfolgter Kündigung. Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit der Herstellung einer Sprinkleranlage. Als Fertigstellungstermin des ersten Bauabschnitts war die 50. KW 2008 vereinbart. Infolge der Insolvenz eines von der Beklagten beauftragten Rohbauunternehmens sowie verzögerter Planübergaben durch die Beklagte kam es zu erheblichen Verzögerungen bei der Leistungserbringung. Die Klägerin macht nun unter anderem Mehrkosten wegen Preiserhöhung aufgrund von Verzögerungen der Arbeiten im ersten Bauabschnitt für das Jahr 2011 geltend. Das Landgericht lehnte einen dahingehenden Mehrkostenanspruch der Klägerin ab.

Das Kammergericht meint: Zu Unrecht! Für die Begründung einer Mitwirkungsobliegenheit des Bestellers im Sinne des § 642 BGB ist es ausreichend, dass dem Unternehmer eine verbindliche vertragliche Ausführungsfrist auferlegt war. Denn damit obliegt es dem Besteller, jedenfalls so weit an der Vertragsdurchführung mitzuwirken, dass der Unternehmer diese Frist einhalten kann, was vorliegend nicht der Fall war. Für hierdurch entstehende Nachteile hat der Besteller den Unternehmer nach § 642 BGB zu entschädigen, wenn dieser zur Leistung bereit und im Stande ist und dem Besteller seine Leistung wie vertraglich vereinbart anbietet. Gegenstand dieser Entschädigung sind auch Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn. Ein Anspruch aus § 642 BGB ist dann dargelegt, wenn nachvollzogen werden kann, wie der Vermögensnachteil, für den der Unternehmer eine Entschädigung begehrt, durch den Annahmeverzug des Bestellers verursacht worden ist. Eine weitere Darlegung des Bauablaufs ist dann zur Begründung eines Anspruchs nicht erforderlich.

Fazit:

Die Entscheidung des Kammergerichts setzt sich in ausdrücklichen Kontrast zu den Entscheidungen des OLG Köln (Urt. v. 28.01.2014 – 24 U 199/12 und Beschl. v. 08.04.2015 – 17 U 35/14), die letztlich für Ansprüche aus § 642 BGB die Darlegungsanforderungen des § 6 Abs. 6 VOB/B anlegen. Das Urteil des Kammergerichts ist nicht rechtskräftig, die Revision wird unter dem

Aktenzeichen VII ZR 16/17 geführt. Es bleibt mit Spannung abzuwarten, wie der BGH Stellung beziehen wird. Bis dahin bietet das Urteil Auftragnehmern die Möglichkeit, auf Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten des Auftraggebers beruhende bauzeitliche Ansprüche insbesondere in komplex gestörten Vorhaben ohne eine – in solchen Fällen kaum zu leistende – bauablaufbezogene Darstellung durchzusetzen und hierbei auch die Anteile für Wagnis und Gewinn geltend zu machen. Auch letzteres stellt eine erhebliche Erleichterung hinsichtlich der Darlegungs- und Beweisanforderungen des Auftragnehmers dar, da entgangener Gewinn im Falle des alternativ anzuwendenden § 6 Abs. 6 VOB/B nur im Falle von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zu ersetzen ist. Ebenfalls kann die hoch streitig geführte Diskussion hinsichtlich der dogmatischen Einordnung von in der Bauzeitverlängerung nicht erwirtschafteter AGK als Schaden nach § 249 BGB oder als entgangener Gewinn umschiffen werden. Ist der Auftragnehmer also der Ansicht, dass er sich durch fehlende Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers behindert sieht, so sollte neben einer Behinderungsanzeige stets auch eine Inverzugsetzung des Auftraggebers hinsichtlich der unterlassenen Mitwirkungshandlung erfolgen.



Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Eingereichtes Datenblatt definiert das angebotene Produkt

Eine wichtige Klarstellung für die Vergabepraxis findet sich in einem **Beschluss des OLG Düsseldorf vom 05.10.2016, VII-Verg 24/16**. Es ging um die Möglichkeit, ein eingereichtes Datenblatt, das sich als nicht übereinstimmend mit den Anforderungen des LV erwies, noch zu korrigieren oder auszutauschen. Das ist grundsätzlich nicht möglich. Leinemann Partner haben den erfolgreichen Antragsteller in diesem Verfahren vertreten.

Im konkreten Fall schieb die Vergabestelle (VSt) Sicherheitstechnik für den Museumsteil des im Bau befindlichen Berliner Schlosses am Humboldtforum aus. Laut LV sollte der Signale sendende Baustein eine Arbeits- und Lagertemperatur von -40°C bis $+70^{\circ}\text{C}$ erfüllen und Signale auf dem Frequenzband von 2,45GHz übertragen. Zahlreiche andere technische Parameter waren ebenfalls im LV angeführt. Mit dem Angebot einzutragen war nur der Produktname und ein Einheitspreis. Nach Angebotsabgabe forderte die VSt zu den maßgeblichen Produkten Datenblätter, um alle technischen Details zu überprüfen. Aus dem Datenblatt der für den Zuschlag vorgesehenen Beigeladenen ergaben sich nun Abweichungen zu den Vorgaben des LV, nämlich als Arbeits- und Lagertemperatur -20°C bis $+85^{\circ}\text{C}$ und als Frequenzband 433,66 oder 868,4 MHz, nicht aber 2,45 GHz. angegeben. Nach mehrfacher Nachfrage reichte die Beigeladene schließlich ein weiteres Datenblatt ein, wonach das angebotene Produkt alle technischen Anforderungen erfülle.

Das OLG verfügt jedoch den Ausschluss des Angebots wegen Änderung der Vergabeunterlagen (§ 16 EG Abs. 1 Nr. 1 b) i. V. m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 VOB/A). Nachdem die Bieter im Angebot nur den Produktnamen eintragen mussten, konnte die VSt im Rahmen der Wertung die Datenblätter zu den angebotenen Komponenten anfordern. Mit Einreichung solcher Datenblätter klärt eine Bieter verbindlich dahin auf, dass seine angebotenen Produkte die im Datenblatt ausgewiesenen Spezifikationen haben. Weichen aber die Spezifikationen des Datenblatts von denjenigen des LV ab – so war der entschiedene Fall – steht zugleich fest, dass die Anforderungen des LV nicht erfüllt werden und das Angebot zwingend ausgeschlossen werden muss. Diese objektive Abweichung kann nicht mehr durch weitere, nachgereichte Unterlagen, Erklärungen oder Datenblätter vom Bieter geheilt werden, denn das würde nach § 15 EG Abs. 3 VOB/A verbotene Verhandlungen darstellen. Auch das Nachfordern abweichender Angaben zu technischen Spezifikationen nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A wäre unzulässig, denn es fehlen keine Angaben, sondern mit dem Datenblatt wurden falsche Angaben gemacht, die in Widerspruch zu den Anforderungen des LV standen.

Fazit:

Bieter sollten bei der Anforderung von technischen Angaben zu angebotenen Produkten genau auf

die Übereinstimmung dieser Daten mit dem LV achten. Hier gibt es keine Nachbesserungsmöglichkeit, falls ein Fehler passiert.



Jan Raming, LL.M. (Auckland), Berlin

Keine weitergehenden Gewährleistungsrechte ohne vorherige Fristsetzung zur Nachbesserung

OLG Dresden, Beschluss vom 6.12.2016 – 4 U 1119/16

Stellt der Unternehmer das Werk mangelhaft her, muss der Besteller dem Unternehmer zunächst die Möglichkeit zur Nachbesserung geben. Erst wenn der Unternehmer keine Nachbesserung vornimmt, kann der Besteller die Mängel selbst bzw. durch ein Drittunternehmen beseitigen lassen.

Der Besteller beauftragte einen Zahnarzt mit der Herstellung einer Zahnprothese. Nach der Eingliederung der Zahnprothese beim Besteller stellt sich heraus, dass die Zahnprothese mangelhaft ist, weil sog. Reiterchen nicht stabil genug sind. Ohne den ursprünglichen Zahnarzt zur Mangelbeseitigung aufzufordern, wendet sich der Besteller an einen anderen Zahnarzt und lässt von diesem den Mangel an der Zahnprothese beseitigen. Die Kosten der Mangelbeseitigung verlangt der Besteller vom ursprünglichen Zahnarzt ersetzt. Nachdem der ursprüngliche Zahnarzt eine Übernahme der Mangelbeseitigungskosten verweigert, erhebt der Besteller Zahlungsklage beim Landgericht, das die Klage abweist. Der Besteller erhebt Berufung beim OLG.

Ohne Erfolg! Das OLG weist die Berufung ohne mündliche Verhandlung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurück, weil sie aus Sicht des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat. Das OLG stellt zunächst fest, dass es sich bei einem Behandlungsvertrag zwar um einen Dienstleistungsvertrag handelt, weil zahnärztliche Leistungen grundsätzlich Dienste höherer Art sind, mit denen – anders als beim Werkvertrag – kein Erfolg versprochen wird. Das werkvertragliche Gewährleistungsrecht ist jedoch anzuwenden, wenn und soweit Vertragsgegenstand die technische Herstellung einer Prothese ist. Auch wenn das werkvertragliche Gewährleistungsrecht grundsätzlich eine Ersatzvornahme durch einen Dritten ermöglicht, stehen dem Besteller keine Gewährleistungs- und Ersatzansprüche gleich aus welcher Rechtsgrundlage zu, d. h. auch keine Schadensersatzansprüche, weil er dem ursprünglichen Zahnarzt keine Frist zur Nachbesserung gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB bzw. §§ 634 Nr. 4, 636, 281 Abs. 1 BGB gesetzt hat. Eine solche Fristsetzung war nicht entbehrlich, weil der ursprüngliche Zahnarzt die Mangelbeseitigung nicht ernsthaft und endgültig verweigert hat. Die Nachbesserung durch den ursprünglichen Zahnarzt war für den Besteller auch nicht unzumutbar. Denn die Erneuerung sei nach den sachverständigen Feststellung ein relativ kleiner Eingriff. Darüber hinaus habe der ursprüngliche Zahnarzt die ärztlichen Leistungen für die Eingliederung ordnungsgemäß erbracht.

Fazit:

Auch im Werkvertragsrecht gilt der Grundsatz, dass Verträge grundsätzlich einzuhalten sind (pacta

sunt servanda). Aus diesem Grundsatz leitet sich nicht nur die Pflicht, sondern auch das Recht des Unternehmers ab, aufgetretene Mängel selbst zu beseitigen. Erst wenn und soweit der Unternehmer die Mängel nach Ablauf einer hierfür gesetzten Frist nicht beseitigt, hat der Besteller das Recht, die Mängel des Unternehmers auf dessen Kosten durch ein Drittunternehmen beseitigen zu lassen. Für die Durchsetzung von Ansprüchen auf Kostenerstattung für eine solche Ersatzvornahme ist daher die Mangelbeseitigungsaufforderung unter Fristsetzung an den Unternehmer eine ganz wesentliche Voraussetzung. Lässt der Besteller die Mängel ohne eine solche Mangelbeseitigungsaufforderung durch ein Drittunternehmen beseitigen, verliert er sämtliche Gewährleistungsansprüche und trägt die Kosten für die Mangelbeseitigung selbst.



Jan Raming, LL.M. (Auckland), Berlin

Keine Vertragsstrafe ohne Mahnung bei Bauablaufstörungen aus dem Verantwortungsbereich des AG

OLG Celle, Urteil vom 26.10.2016 – 7 U 27/16

Treten während der Bauausführung Behinderungen aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers auf oder beauftragt er umfangreiche Nachtragsleistungen, verschiebt sich der vertraglich vereinbarte Fertigstellungstermin, sofern diese Umstände auf dem sog. kritischen Weg liegen. Dies hat zur Folge, dass die Vertragsstrafe insgesamt hinfällig wird oder ein Verzug des Auftragnehmers ohne vorherige Mahnung des Auftraggebers nicht eintritt.

Die Beklagte beauftragte als Generalunternehmerin die Klägerin mit Rohbauarbeiten. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Klägerin die Rohbauarbeiten nicht innerhalb der vertraglich vereinbarten Fristen erbringen und den Fertigstellungstermin nicht einhalten konnte, weil u.a. Vorleistungen von Drittunternehmern nicht rechtzeitig fertiggestellt waren. Die Leistungen konnten erst vier Wochen nach dem vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermin fertiggestellt werden. Nach Abnahme der Leistungen rechnet die Klägerin ihre Leistungen ab. Gegen den Vergütungsanspruch der Klägerin rechnet die Beklagte mit einem Vertragsstrafenanspruch auf. Das Landgericht spricht der Klägerin die Vergütung zu und lässt die Aufrechnung der Beklagten nicht durchgreifen. Gegen diese Entscheidung geht die Beklagte in Berufung.

Ohne Erfolg! Das OLG weist die Berufung zurück. Die Aufrechnung der Beklagten gehe ins Leere, weil die Vertragsstrafe seitens der Klägerin nicht verwirkt worden sei. Denn durch die Überschreitung des vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermins sei die Klägerin nicht automatisch in Verzug geraten. Durch verschiedene Störungen aus dem Verantwortungsbereich der Beklagten sei der Fertigstellungstermin hinfällig geworden. Ob damit auch die Vertragsstrafe insgesamt hinfällig geworden ist, weil der Zeitplan vollständig umgeworfen wurde, entscheidet das OLG nicht. Jedenfalls habe sich der Fertigstellungstermin nach hinten verschoben. Selbst wenn die Klägerin diesen neuen Fertigstellungstermin nicht eingehalten hätte, wäre sie mit dessen Überschreitung nicht automatisch ohne eine Mahnung der Beklagten in Verzug geraten. Eine solche Mahnung habe die Beklagte jedoch nicht ausgesprochen, sodass die Klägerin nicht in Verzug geraten und die Vertragsstrafe daher auch nicht verwirkt worden sei.

Fazit:

Vereinbaren die Parteien einen Fertigstellungstermin und kann der Auftragnehmer diesen nicht einhalten, ohne dass hierfür Umstände aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers verantwortlich wären, gerät der Auftragnehmer mit Überschreitung des Termins automatisch in

Verzug. Eine Mahnung des Auftraggebers ist gemäß § 286 Abs. 2 BGB nicht erforderlich, weil der Fertigstellungstermin sich nach dem Kalender bestimmt oder bestimmen lässt. Eine solche kalendermäßig bestimmbare Frist liegt jedoch dann nicht mehr vor, wenn sich der Fertigstellungstermin wegen Umständen aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers verschiebt. Für den Verzugseintritt ist in diesem Fall eine Mahnung des Auftraggebers erforderlich. Soll eine vertraglich vorgesehene Vertragsstrafe auch bei Bauverzögerungen aufrechterhalten werden, muss der Auftraggeber einen neuen Fertigstellungstermin mit dem Auftragnehmer vereinbaren; eine einseitige Festlegung ist nicht möglich. Abhängig von der vertraglichen Gestaltung der Vertragsstrafe muss zudem auch deren Gültigkeit für den neuen Fertigstellungstermin ggf. neu vereinbart werden.



Gabriel Hubertus Schleicher, LL.M., Hamburg

Bauvertrag nach BGB: Keine Mängelrechte vor Abnahme!

BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13

1. **Der Besteller kann Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werkes mit Erfolg geltend machen.**
2. **Der Besteller kann berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die (Nach-) Erfüllung des Vertrages verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Allein das Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung eines Mangels im Wege der Selbstvornahme genügt dafür nicht. In diesem Fall entsteht ein Abrechnungsverhältnis dagegen, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen.**

Der später verstorbene Schwiegersohn des Klägers hatte den Beklagten im Jahr 2008 mit Fassadenarbeiten an zwei unter Denkmalschutz stehenden Gebäuden beauftragt. Nach Fertigstellung verweigerte der Besteller die Abnahme mit der Begründung, dass zum Anstrich verwendete Material entspreche nicht den vertraglichen Anforderungen. Anfang September 2009 rügte der Besteller Mängel an den Objekten und setzte eine Frist zur Mangelbeseitigung bis Ende des Monats. Ein selbständiges Beweisverfahren bestätigte den erhobenen Vorwurf. Das Landgericht und das Oberlandesgericht gaben der Klage auf Zahlung eines Vorschusses auf die Kosten der Mängelbeseitigung statt. Auf die Revision des Beklagten hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht mit der Begründung zurück, die Ausführungen hielten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand soweit das Berufungsgericht ausgeführt hatte, ein Anspruch auf Vorschuss aus § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB bestehe bereits vor der Abnahme.

Der BGH hat in seiner Entscheidung klargestellt, dass der Besteller Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werkes mit Erfolg geltend machen kann. Zur Begründung führt der BGH an, dass sich grundsätzlich im Zeitpunkt der Abnahme beurteilt, ob ein Werk mangelfrei ist. Bis zur Abnahme kann der Unternehmer grundsätzlich frei wählen, wie er den Anspruch des Bestellers auf mangelfreie Herstellung aus § 631 Abs. 1 BGB erfüllt. Könnte der Besteller bereits während der Herstellungsphase Mängelrechte aus § 634 BGB geltend machen, kann das – so der BGH – mit einem Eingriff in diese Rechte des Unternehmers verbunden sein. Allerdings stehen dem Besteller in der Herstellungsphase Erfüllungsansprüche und Rechte des allgemeinen Leistungsstörungsrechts zur Verfügung, die unter Umständen schon vor Fälligkeit

bestehen können. Nach Ansicht des BGH können aber der Herstellungsprozess und der Nacherfüllungsanspruch nicht nebeneinander bestehen. Im Ergebnis muss sich somit der Besteller entscheiden, ob er die Rechte aus dem Erfüllungsstadium oder aber die grundsätzlich eine Abnahme voraussetzenden Mängelrechte aus § 634 BGB geltend machen will. Ein faktischer Zwang des Bestellers zur Erklärung der Abnahme für ein objektiv nicht abnahmefähiges Werk besteht nach Ansicht des BGH hierdurch nicht. Zudem kann der Besteller – worauf der BGH ausdrücklich hinweist – die Abnahme unter Mängelvorbehalt erklären.

Fazit:

Vor der Abnahme kann der Besteller nach allgemeinen Regeln die mangelfreie Herstellung des Werkes und nach Maßgabe von § 280 und § 281 BGB Schadensersatz verlangen. Gewährleistungsrechte darf er nur dann geltend machen, wenn der Vertrag in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Letzteres setzt voraus, dass der Besteller nur noch Schadensersatz statt der Leistung oder Minderung des Werklohns verlangt. Das bloße Verlangen eines Vorschusses auf die Kosten der Mängelbeseitigung reicht dafür nicht aus. Hat der Besteller also die Abnahme des Werkes wegen wesentlicher Mängel verweigert und will er wegen dieser Mängel einen Kostenvorschuss nach §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1, Abs. 3 BGB durchsetzen, muss er künftig eindeutig zum Ausdruck bringen, dass er weitere Arbeiten des Unternehmers am Werk unter keinen Umständen mehr zulassen wird. Als eindeutig wäre die Kündigung des Vertrages zu bewerten.

Soweit sich aus den Entscheidungen des BGH vom 11.10.2012 (VII ZR 179/11 und VII ZR 180/11) etwas anderes ergeben könnte, hält der Senat daran folglich nicht mehr fest.