

## Neues zum Baurecht 03/2018



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 3. Ausgabe 2018 unseres Informationsdienstes "Neues zum Baurecht". Wie gewohnt stellen wir Ihnen ausgewählte Urteile und ihre Auswirkungen in der Praxis vor. Sollten 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](#).

Wir möchten Sie an dieser Stelle noch auf zwei interessante **Seminare** aufmerksam machen:

- **"Lücken im Leistungsverzeichnis" am 26.06.2018 in Hamburg"**
- **"Bauen mit der Bahn" am 26.09.2018 in Frankfurt am Main**

Wir wünschen eine spannende Lektüre!

## Themen

Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

**Geräusche im niederfrequentierten Bereich stellen keinen Mangel im Rechtssinne dar!**

Dr. Christine Maurer, München

**Zur Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag nach Unionsrecht**

Dr. Andreas Bahner, Köln

**Keine Mängelbeseitigung? Kein fiktiver Schadensersatz!**

Gabriel Hubertus Schleicher, LL.M., Hamburg

**Haftung des Auftragnehmers trotz ordnungsgemäßer Bedenkenanmeldung!**

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

**Vergabeverzögerung: kein Ersatz von Vorhaltekosten nach § 642 BGB**



Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

## Geräusche im niederfrequentierten Bereich stellen keinen Mangel im Rechtssinne dar!

### **OLG München, Urteil vom 08.08.2017 – 9 U 3652/16 Bau**

Ein Bauträger errichtet eine Mehrfamilienhausanlage mit insgesamt 62 Wohneinheiten. Der Erwerber (E) einer Eigentumswohnung rügt nach Abnahme des Sonder- und Gemeinschaftseigentums Geräusche aus der oberhalb gelegenen Wohnung, die sich im niederfrequentierten Bereich (unter 100 Hz) befinden und bei normalen Gehbewegungen seiner Nachbarn zu hören seien. Aufgrund eines von ihm in Auftrag gegebenen Privatgutachtens wird festgestellt, dass die gemessenen Dröhngeräusche maximal 63 Hz erreichen und damit nicht von den Schallschutzstufen II und III der VDI 4100 erfasst sind, weil diese nur Geräusche ab einer Frequenz von 100 Hz regeln. Nachdem E von der Wohnungseigentümergeinschaft ermächtigt wurde, klagt er gegen den Bauträger auf Mängelbeseitigung und beantragt hilfsweise eine Minderung des Kaufpreises in Höhe von EUR 100.000,00. Das Landgericht München holte zwei Gutachten zu den Geräuschen ein, hörte die Sachverständigen an und nahm die Wohnung in Augenschein. Es wies die Klage des E ab, weil die Wohnung auch bei Geräuschen im niederfrequentierten Bereich nicht funktionsuntauglich sei und auch die im Prospekt beworbene „hochwertige Ausstattung“ und „ruhige Innenhoflage“ nicht berührt seien.

Der E legte gegen die Entscheidung des Landgerichts München Berufung ein. Das OLG München wies diese zurück und folgt der Auffassung des Landgerichts. Zur Begründung führte es aus, dass die vom Erwerber wahrgenommenen Geräusche beim Begehen der über seiner Wohnung liegenden Wohnung keinen Mangel im Sinne von § 633 BGB a.F. begründen und daher auch die geltend gemachten Mängelbeseitigungsansprüche nicht zur Anwendung kommen. Dabei ist das OLG zu der Überzeugung gelangt, dass es sich bei dem vom Erwerber behaupteten Geräuschen um solche im sogenannten niederfrequentierten Bereich handele. Die Messungen der gerichtlich bestellten Sachverständigen habe Werte von unter 100 Hz ergeben, bei denen von niederfrequentierten Geräuschen gesprochen werde. Solche Geräusche, die auch als „Estrichdröhnen“ bezeichnet werden, würden von Hörern unterschiedlich wahrgenommen, weil es sich um subjektiv wahrnehmbare Geräusche handele, die außerhalb der Schallbereiche der von der VDI Norm 4100 umfassten Frequenzbereiche liegen. Aufgrund eines Augenscheinsterns des OLG kam dieses zu der Überzeugung, dass die Geräusche unterschiedlich wahrgenommen werden. Das OLG lehnte das Vorliegen eines Mangels im Sinne des § 633 BGB a.F. ab, weil die erbrachte Bauleistung nicht von der vertraglich geschuldeten abweiche. Der Senat stellte klar, dass auch durch Angaben in der Baubeschreibung wie „erhöhter Schallschutz gemäß DIN 4109, Beiblatt 2, zwischen Wohneinheiten“ keine Beschaffenheitsvereinbarung bzgl. Geräuschen im niederfrequentierten Bereich geschlossen

worden sei. DIN-Normen erfassen nämlich nur Werte ab 100 Hz. Zudem liege auch kein Mangel vor, weil die Wohnung sich trotz der niederfrequentierten Geräusche für die vom Vertrag vorausgesetzte Verwendung eigne.

#### Fazit

Das OLG München hat den Mangelbegriff systematisch herangezogen, um die von dem E wahrgenommenen Geräusche rechtlich zu bewerten. Der Senat ist dabei zu der Überzeugung gelangt, dass ein Verstoß gegen die allgemein anerkannt Regeln der Technik nicht angenommen werden kann, wenn diese den Bereich der gemessenen Geräusche nicht erfassen. Die Auffassung des OLG München überzeugt gerade deshalb, weil sie mit der Rechtsprechung des BGH kongruiert. Der BGH hat im Zusammenhang mit Streitigkeiten von Wohnungseigentümern klargestellt, dass sich der Schallschutz nach den Werten der maßgeblichen DIN-Norm richtet und nicht nach der bloßen Lästigkeit von Geräuschen (vgl. BGH, Urteil vom 27.02.2015, V ZR 73/14).



Dr. Christine Maurer, München

## Zur Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag nach Unionsrecht

**Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag hat ohne Rückgriff auf nationale Vorstellungen und Auslegungsmethoden zu erfolgen.**

**EuGH, Urteil vom 07.09.2017 – Rs. C – 247/16**

Die klagenden Eheleute hatten einen Unternehmer mit der Sanierung ihres Gartenpools beauftragt. Nach Abschluss der Sanierung des Pools zeigten sich verschiedene Mängel, die erst nach der Inbetriebnahme des Werks zu erkennen waren. Die Mängel betrafen insbesondere die Reinigungsanlage und die Pumpe. Der Ehemann forderte den Unternehmer auf, die Mängel zu beseitigen. Allerdings hatte er zuvor seine Mängelansprüche bereits an die Ehefrau abgetreten.

Nachdem der Unternehmer dieser Aufforderung nicht nachkam, leitete die Ehefrau ein selbständiges Beweisverfahren ein, in welchem sich die gerügten Mängel bestätigten. Nach Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens ließen die Eheleute die gerügten Mängel beseitigen. Die Ehefrau erhob wegen der ihnen insoweit entstandenen Kosten gegen den Unternehmer Klage auf Zahlung von Schadensersatz gemäß § 634 Nr. 2 BGB, § 637 Abs. 1 BGB. Das zuständige Landgericht Hannover stellte fest, dass es – wegen der schon zuvor erklärten Abtretung – an einer wirksamen Nachfrist fehle, da die Frist nicht von der Ehefrau, sondern noch von dem Ehemann gesetzt worden war.

Das Landgericht Hannover setzte das Klageverfahren aus und legte dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vor: Ist Art. 3 Abs. 5 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 1999/44 ein Grundsatz des europäischen Verbraucherrechts dahingehend zu entnehmen, dass es bei allen Geschäften mit Bezug auf Verbrauchsgüter zwischen Nichtverbrauchern und Verbrauchern für die Geltendmachung sekundärer Gewährleistungsrechte ausreichend ist, dass der gewährleistungspflichtige Nichtverbraucher nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat, ohne dass es insoweit der ausdrücklichen Setzung einer Frist zur Mangelbeseitigung bedarf, und dass die Vorschriften des nationalen Rechts dazu beispielsweise auch im Fall eines Verbrauchsgüterwerkvertrags entsprechend auszulegen und gegebenenfalls zu reduzieren sind?

Der EuGH beantwortet die Frage im Ergebnis nicht, da er sich für die Beantwortung der Frage für nicht zuständig erachtet, weil kein Verbrauchsgüterkauf im Sinne der Richtlinie vorliegen würde. Zur Begründung führt der EuGH aus, dass sich der Geltungsbereich der Richtlinie 1999/44 auf „Kaufverträge“ beschränke. Der Ausdruck „Kaufvertrag“ sei für die Anwendung der Richtlinie als autonomer Begriff des Unionsrechts anzusehen, der im gesamten Gebiet der Union einheitlich

auszulegen ist. Nach Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie würden zwar auch „Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter“ als Kaufverträge gelten. Hierzu gehörten aber nur solche Verträge, gemäß welchen die Dienstleistung der Montage von Gütern zum Hauptgegenstand des Vertrags gehören und der Verkauf der Güter diese Dienstleistung lediglich ergänzt. Bei dem hier in Rede stehenden Vertrag über die Sanierung eines Pools sei dies nicht der Fall.

## Fazit

Die Entscheidung des EuGH liegt zum Anwendungsbereich des zu § 650 BGB (= § 651 BGB alt) auf einer Linie mit der Rechtsprechung des BGH, gemäß welcher die Vereinbarung einer Verpflichtung zur Montage der beweglichen Sache nichts an der rechtlichen Einordnung des Vertrags als Kaufvertrag ändert, solange die Montageverpflichtung nicht von solchem Gewicht ist, dass sie dem Vertrag dessen wesentliches Gepräge gibt und daher Werkvertragsrecht anzuwenden ist (BGH, Urteil vom 16.4.2013 – VII ZR 375/11, IBR 2013, 593). Maßgebend für die Abgrenzung zwischen einem Kaufvertrag mit Montageverpflichtung und einem Werkvertrag ist damit, ob nach dem Vertrag die Pflicht zur Eigentumsübertragung zu montierender Einzelteile oder eine Herstellungspflicht im Vordergrund steht.

Zu der vom Landgericht Hannover aufgeworfenen Frage betreffend die Erforderlichkeit einer Frist zur Mängelbeseitigung bleibt der EuGH zwar eine Antwort schuldig, das Verfahren zeigt aber gleichwohl, dass es im Hinblick auf das Unionsrechts offenbar eine Tendenz gibt, die Anforderungen an eine Fristsetzung vor der Geltendmachung (kauf-)vertraglicher Mängelrechte weiter herabzusetzen. Der BGH hat bereits entschieden, dass es im Kaufrecht einer ausdrücklichen Fristsetzung nicht bedarf, solange dem Schuldner ausreichend klar gemacht wird, dass es dem Gläubiger um eine sofortige, unverzügliche oder vergleichbar formulierte umgehende Erledigung geht (BGH, Urteil vom 13.07.2016 – VIII ZR 49/15, IBR 2016, 550). Solange dies allerdings nicht ausdrücklich auch für das Werkvertragsrecht höchstrichterlich entschieden ist, ist jeder Besteller gut beraten, vor Durchführung jedweder Ersatzvornahme für eine rechtswirksame und vor allem auch nachweisbare Fristsetzung zur Mängelbeseitigung Sorge zu tragen.



Dr. Andreas Bahner, Köln

## Keine Mängelbeseitigung? Kein fiktiver Schadensersatz!

**Der Bundesgerichtshof krempelt seine Rechtsprechung fundamental um: der Besteller, der einen Mangel nicht beseitigen lässt, kann keinen Schadensersatz mehr auf Basis der fiktiven Beseitigungskosten geltend machen. Es ist vielmehr anhand seines konkreten (positionsbezogenen) Leistungsinteresses zu ermitteln, ob überhaupt und in welcher Höhe ein Vermögensschaden eingetreten ist. Will der Besteller die Beseitigungskosten erstattet bekommen, muss der Mangel beseitigt werden; Ersatz fiktiver Kosten für nicht getroffene Dispositionen ist nicht mehr möglich.**

### **BGH, Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17**

Es passiert nicht oft, dass der Bundesgerichtshof seine jahrzehntealte Rechtsprechung ändert – tut er es aber, horcht die Praxis auf. So auch hier:

Der Sachverhalt ist schnell wiedergegeben – eine Auftraggeberin (AG) nimmt ihren Planer sowie den ausführenden Bauunternehmer wegen aufgetretener Mängel an den Natursteinplatten eines Einfamilienhauses in Anspruch. Dabei stützt sie die Klage zunächst auf Vorschuss zur Mängelbeseitigung, veräußert aber im Laufe des Verfahrens das Grundstück und stellt die Klage auf Erstattung der fiktiven Mängelbeseitigungskosten um. Zu einer tatsächlichen Beseitigung kam es nie.

Nach bisheriger Rechtsprechungspraxis des BGH war das kein Problem: da es keinerlei gesetzliche Vorgaben gibt, wie ein Schaden zu bemessen ist, ist lediglich zu prüfen, ob dem AG ein Vermögensschaden entstanden ist. Bislang war der AG berechtigt, einen Zahlungsanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten geltend zu machen. Als Schaden wurde nämlich der Mangel des Werks selbst angesehen, als Schadenshöhe die Beseitigungskosten – und zwar unabhängig davon, ob der Mangel beseitigt wird oder nicht. Blieb eine Beseitigung aus, konnten immerhin die Netto-Kosten verlangt werden.

Hieran hält der BGH ausdrücklich nicht mehr fest. Denn ein messbarer Vermögensschaden falle in Höhe rein fiktiver Aufwendungen gerade nicht an, weil die Kosten nie entstehen, wenn der Mangel nicht beseitigt wird. Auch stelle – insoweit nimmt der BGH eine Kehrtwende vor – der Mangel nicht den Schaden dar, sondern er offenbare ein „Leistungsdefizit“: der AN erbringt ein Werk, das hinter der geschuldeten Leistung zurückbleibt. Folglich dürfe keine Überkompensation stattfinden, sondern der AG sei auf sein aus der mangelhaft erbrachten Position folgendes Äquivalenzverhältnis beschränkt. Das heißt beispielhaft: wird eine LV-Position mit 1.000 Euro beauftragt und mangelhaft ausgeführt, ist das Äquivalenzinteresse des AG maximal in Höhe von 1.000 Euro beeinträchtigt, wenn er den Schaden nicht beseitigen lässt. Sollte die tatsächliche Beseitigung deutlich teurer sein,

spielt das für die fiktive Schadensberechnung keine Rolle – sie wird ja auch nicht vorgenommen. Eine Unterscheidung zwischen einem BGB-Vertrag und einem solchen unter Geltung der VOB sei nicht vorzunehmen, weshalb im Ergebnis auch dem Planer bei ausbleibender Mangelbeseitigung kein anderes Ergebnis als dem ausführenden Unternehmer droht und der Minderwert der Ausführungsleistung auch für die Bemessung des Anspruchs gegen den Architekten herangezogen werden kann.

Dem AG bleiben nunmehr zwei Möglichkeiten, wenn er den Mangel nicht beseitigen lässt: er kann zum einen eine Vermögensbilanz aufstellen, im Rahmen derer er den hypothetischen Wert der (mangelfreien) Sache sowie den tatsächlichen Wert der (mangelhaften) Sache ermitteln lässt und einander gegenüberstellt. Kommt es etwa zur Veräußerung und zum (nachzuweisenden) Mindererlös aufgrund des Mangels, kann dieser als Schadensposition angesehen werden. Denkbar ist aber auch, dass ein Mangel nur im Auge des Betrachters vorliegt; der Besteller etwa keine Verwendung für eine altrosa gestrichene Außenfassade hat, während der Erwerber diesen Umstand sogar werterhöhend einschätzt. In diesem Fall wäre es nicht zumutbar, dem Besteller noch fiktiven Schadensersatz zuzugestehen.

Alternativ zur Vermögensbilanz kann der Besteller aber auch den mangelbedingten Minderwert des Werks ansetzen, wobei er hier – vgl. das obige Beispiel zur LV-Position – auf sein Äquivalenzinteresse beschränkt ist und im obigen Beispiel maximal 1.000 Euro als Kompensation aufrufen kann.

#### Fazit

Insbesondere für Auftragnehmer lohnt es sich zukünftig, bei Inanspruchnahme auf Mängelbeseitigungskosten noch genauer hinzusehen, ob die Mängel tatsächlich beseitigt werden oder nicht. Fiktive Beseitigungskosten können nach wie vor für Vorschussforderungen angesetzt werden; sie setzen aber voraus, dass es tatsächlich zur Beseitigung kommt. Wird hiervon abgesehen, sind dem Ersatzbegehren des AG künftig erhebliche Grenzen gesteckt.



Gabriel Hubertus Schleicher, LL.M., Hamburg

## Haftung des Auftragnehmers trotz ordnungsgemäßer Bedenkenanmeldung!

Der Auftragnehmer haftet trotz Bedenkenanmeldung für Mängel an einer Fassade, wenn er durch eine spezielle Befestigungsstruktur auf der Unterseite der Verkleidungselemente sowie durch Verklebung (erfolglos) versucht, von ihm festgestellte Verformungen auszugleichen.

**KG, Urteil vom 18.05.2016 – 26 U 56/05; BGH, Beschluss vom 24.01.2018 – VII ZR 153/16**  
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Ein Fassadenbauer (AN) wurde als Nachunternehmer von seinem Auftraggeber (AG) beauftragt, das Atrium einer Firmenzentrale des Bauherrn mit Aluminium-Paneelen zu verkleiden. Die Paneele wurden vom AG gestellt. Nachdem der AN seine Holzunterkonstruktion angebracht hatte und die Paneele daran aufhängen wollte, stellte er fest, dass diese Abplatzungen und Quetschungen aufwiesen. Der AN meldete daraufhin gegenüber dem AG ordnungsgemäß Bedenken an. Auf Druck des AG wegen des bevorstehenden Termins zur Abnahme durch den Bauherrn sah sich der AN veranlasst, mit einer speziellen Befestigungsstruktur auf der Unterseite der Platten sowie durch Verklebung die von ihm festgestellten Verformungen auszugleichen. Dies misslang, weil die Plattenverkleidung sich „setzte“, so dass sich die Verformungen nicht ausglich. Im Rahmen der Vertragskette wurde daher die Verkleidung nicht abgenommen. Dennoch verlangte der AN Vergütung für die Montage der Paneele.

Ohne Erfolg! Da die Montage der Paneele aufgrund der Verformungen unbrauchbar war, muss sich der AN so behandeln lassen, als habe er diese Teilleistung gar nicht erbracht, so das Gericht ohne weitere Begründung.

Fazit

Gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B gilt grundsätzlich, dass wenn der AN Bedenken angemeldet hat, der AG für seine Angaben, Anordnungen oder Lieferungen verantwortlich bleibt. Hier hat der AN jedoch seine eigenen Interessen durch sein konstruktives Handeln zu seinen Lasten vernachlässigt. Hätte der AN es bei der Bedenkenanmeldung belassen und trotz des „Zeitdrucks“ eine ausdrückliche Anordnung des AG abgewartet, wäre die Verantwortung und damit einhergehende Haftung beim AG verblieben. Der AN sollte daher nur dann Eigeninitiative ergreifen und einen Lösungsvorschlag erarbeiten, wenn der AG dies wünscht. Im Rahmen dessen sollte er ausdrücklich darauf hinweisen, dass auch mit der Ausführungsvariante der Erfolg möglicherweise nicht erreicht werden kann, hierzu mögliche Folgen aufzeigen und die Bedenkenanzeige vorsorglich wiederholen. Sofern der AG hierauf untätig bleibt, verletzt er eine ihm obliegende Mitwirkungspflicht, weil der AN nicht entscheiden kann, wie der

Bau fortzusetzen ist. Dem AN kann jedoch nicht zugemutet werden, die Leistung auszuführen, wenn hiergegen Bedenken bestehen. In einem solchen Fall ist ja davon auszugehen, dass die unveränderte Fortsetzung der Arbeiten einen Mangel an dem Werk des AN herbeiführt. Solange dieser von dem AG keine schriftliche Bestätigung hat, nach welcher Art die Leistung ausgeführt werden soll, kann dem AN nicht geraten werden, einfach weiter zu arbeiten. Vielmehr ist der AG darauf hinzuweisen, dass das Fehlen seiner Entscheidung zu einer Behinderung der Ausführung nach § 6 Abs. 1 VOB/B mit den entsprechenden Rechtsfolgen – verlängerte Ausführungsfristen sowie etwaigen Schadensersatz einschließlich des entgangenen Gewinns – führt.



Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

## Vergabeverzögerung: kein Ersatz von Vorhaltekosten nach § 642 BGB

**BGH, Urt. v. 26.04.2018, VII ZR 81/17**

Vor rund einem Jahr sprach das OLG Rostock mit Urteil vom 14.03.2017 (Az. 4 U 69/12) einem Auftragnehmer einen Anspruch auf Ersatz seiner Vorhaltekosten vor einer verzögerten Zuschlagserteilung zu. Der Auftraggeber (AG) war mit seiner Revision gegen das Urteil nun erfolgreich. Der BGH hob diese Entscheidung auf.

Der Sachverhalt war wie folgt: Ein Straßenbauamt schreibt getrennt von den Streckenbauarbeiten der grundhaften Ausbau der A 19 die Leistungen der Verkehrsführung und Verkehrssicherung aus. Die Klägerin ist erstplatzierte Bieterin und soll den Auftrag erhalten. Der Ausführungsbeginn wird vorbehaltlich der Zuschlagserteilung auf das Bauhauptlos für den 01.09.2004 vorgesehen. Die Angebotsbindefrist wird fünfmal verlängert. Hintergrund waren zunächst monatelang andauernde Aufklärungen mit dem erstplatzierten Bieter des Bauloses, danach dessen Ausschluss und sodann ein von ihm eingeleitetes, erfolglos endendes Vergabenachprüfungsverfahren. Einen Tag vor Ablauf der letzten Bindefristverlängerung zum 31.03.2006 (!) erhält die Klägerin schließlich den Zuschlag. Schon seit dem Jahr 2005 hatte sie ihre für diesen Auftrag vorgehaltenen Wandelemente soweit möglich auf anderen Baustellen eingesetzt. Als schließlich der Zuschlag kam, musste sie jedoch mangels eigener Verfügbarkeit einen Nachunternehmer beauftragen. Mit der Klage fordert sie nun nicht etwa die Mehrkosten des Nachunternehmers (die wurden bezahlt), sondern die Vergütung der Vorhaltung jener Gleitwandelemente, die im Vergabeverzögerungszeitraum nicht anderweitig eingesetzt werden konnten. Auch hier bringt der Prozess ein Auf und Ab: Das LG weist die Klage komplett ab, vor dem OLG gewinnt der AN alles, beim BGH kommt dann die endgültige Niederlage.

### Das Urteil

Der BGH stellt klar, dass die Vorhaltekosten vom klagenden cAN nicht als Kosten einer Bauzeitverschiebung infolge verzögerter Vergabe geltend gemacht werden. Ebenso wenig geht es um die Kosten einer nach Vertragsschluss eingetretenen Veränderung von Leistungspflichten des AN. Vielmehr stützt der AN seinen Anspruch auf die Störung der Rechtsbeziehung vor Zuschlagserteilung, denn er macht die Kosten für die in Erwartung des Auftrags vorgenommene Vorhaltung der auftragsnotwendigen Gleitwände über die Bindefristverlängerungen hinweg geltend (soweit sie nicht anderweitig eingesetzt werden konnten). § 642 BGB kommt nach Ansicht des BGH für einen solchen Anspruch für den Zeitraum vor Vertragsschluss nicht in Betracht. Deswegen hatte das OLG Rostock als Vorinstanz den Anspruch in analoger Anwendung von § 642 BGB befürwortet. Auch eine Analogie lehnt der BGH jedoch ab, denn vor Zuschlag könne keine Mitwirkungsobliegenheit

des AG bestehen.

Der Anspruch des AN auf Vergütungsanpassung wegen verzögerter Vergabe betrifft aber nur Kosten, die nach Zuschlag entstanden sind, um die es hier nicht geht. Der AG gerät nicht etwa in Annahmeverzug, nur weil im Zeitpunkt des Zuschlags die Ausführungsfristen bereits verstrichen sind. Dafür greift der Anspruch auf Mehrvergütung infolge verzögerter Vergabe (BGH, Urt. v. 11.05.2009, VII ZR 11/08, S. 23, Leinemann, VOB/B-Kommentar, 6. Aufl., § 2 Rn. 269ff.). Die Fristen sind ebenso wie der Preis der ausgeführten Leistung ohnehin anzupassen. Die Vorhaltung von Material während der Bindefristverlängerung und vor Zuschlag ist nach BGH-Ansicht eben nur als Aufwand der Vertragsakquise anzusehen und liegt somit im Bieterisiko.

Dennoch besteht ein Problem in der Situation, dass ein Bieter als Erstplatzierter den Auftrag erhalten wird und bei Verzögerungen des Zuschlags vor dem Problem steht, ob er Personal und Gerät unproduktiv vorhält oder Füllaufträge ausführt. Wenn dann plötzlich der Zuschlag erfolgt, kann es zu Problemen mit der Verfügbarkeit von Material und Gerät kommen. Hier hilft die Klarstellung des BGH: Der AN musste seine Wandelemente nicht über den gesamten Zeitraum der verzögerten Vergabe vorsorglich vorhalten – etwa um die Verzögerungsmehrkosten des AG zu mindern. Damit ist nun klar, dass keine Pflicht eines Bieters besteht, schon vor Zuschlag die Interessen des AG (mit) wahrzunehmen. Er kann über seine Produktionsmittel frei disponieren und solche Mehrkosten, die daraus entstehen, dass er bei Zuschlag dann - anders als zunächst geplant - teurere Nachunternehmer und Lieferanten statt eigener Kräfte einsetzen muss, im Rahmen der Mehrkosten der verzögerten Vergabe vom AG beanspruchen.