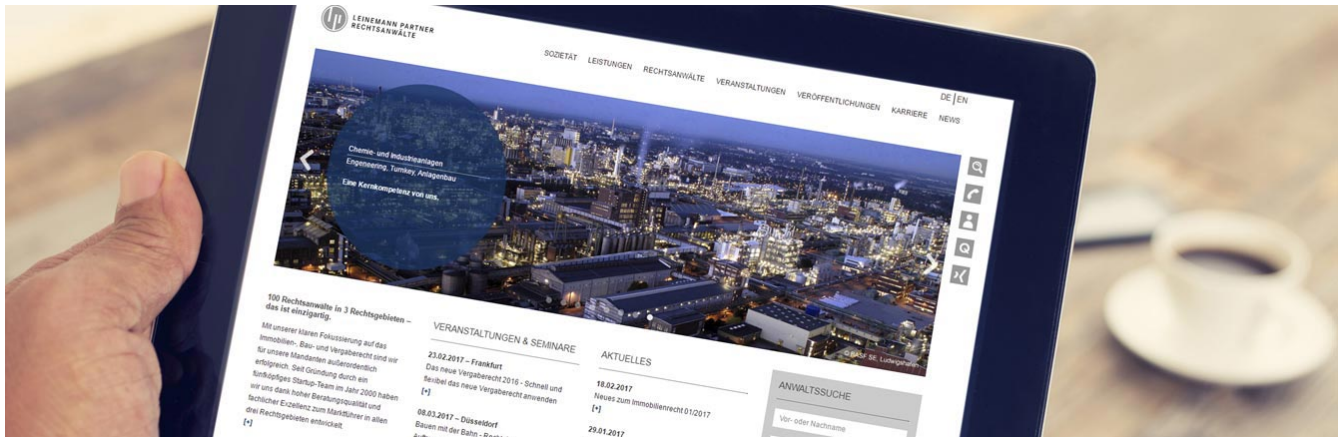




## Neues zum Baurecht 03/2019



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 3. Ausgabe 2019 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](https://www.leinemann-partner.de).

Wir wünschen eine spannende Lektüre!

# Themen

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

**Die unfaire Begünstigung der öffentlichen Hand im Prozess**

Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

**Entscheidung nach Beweislast als ultima ratio**

Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

**Keine Fristsetzung bei Schadensersatz wegen mangelbedingter Folgeschäden erforderlich**

Philipp Buslowicz, LL.M., Berlin

**Vorplanung durch den Bauherrn muss durch Bauunternehmer überprüft werden!**

Hauke Meyhöfer, Hamburg

**Rügt der Besteller innerhalb von sieben Wochen in der Heizperiode keine Mängel an seiner neuen Heizungsanlage, erklärt er damit die Abnahme**

Danilo Rosendahl, Berlin

**Die Abrechnung von „Nullpositionen“ bei einem Einheitspreisvertrag**



Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

## Die unfaire Begünstigung der öffentlichen Hand im Prozess

Wer seine Forderungen vor dem Landgericht einklagen muss, hat oft einen langen Weg zu gehen. Zudem sind Gerichtskosten und Sachverständigenkosten als Vorschuss zu leisten, wofür rasch sechsstelligen Beträge zusammenkommen. Umso größer fällt die Überraschung aus wenn man erkennt, dass die öffentliche Hand als Prozesspartei von jeglichen Vorschüssen völlig befreit ist. Das regelt § 2 Gerichtskostengesetz (GKG). Der Staat kann gegen seine Bürger vor dem Zivilgericht quasi kostenlos prozessieren und muss selbst bei einer vollständigen Niederlage keinerlei Gerichtskosten und auch keine Sachverständigenkosten bezahlen.

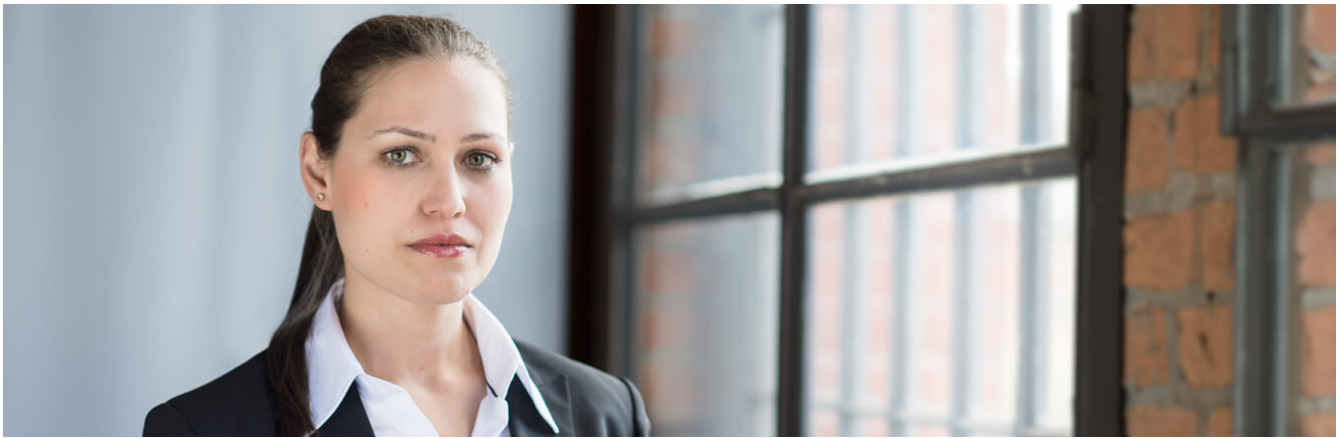
Hier entsteht gerade bei den oft mit knapper Liquidität kämpfenden Bauunternehmen das Gefühl, dass streitige Angelegenheiten vom öffentlichen Auftraggeber gern zu Gericht geschoben werden, damit kein Behördenmitarbeiter die Verantwortung persönlich tragen muss – der Prozess kostet ja kaum etwas. Hat aber ein Gericht der Zahlungsklage stattgegeben, „kann man eben nichts machen“.

Diese Privilegierung der öffentlichen Hand wird immer mehr als ungerecht empfunden. Wer nämlich die oft hohen Gerichtskosten nicht tragen muss, kann sich getrost verklagen lassen. Zu zahlen ist allenfalls das Anwaltshonorar, das auch noch gern über zwei oder drei Jahre Verfahrensdauer gestreckt werden kann und im Haushalt dann kaum auffällt. Die private Partei muss hingegen sofort alles bevorschussen und hat - je nach Streitwert – hohe Beträge schon vor Prozessbeginn zu bezahlen, was eine echte Hürde darstellt. § 2 Abs. 1 GKG fördert daher in seinen faktischen Auswirkungen die Haltung einiger Behörden, im Verhandlungswege keine Kompromisse zu machen, sondern sich getrost verklagen zu lassen. Das ist nicht nur volkswirtschaftlich unsinnig, es schadet auch unmittelbar den Vertragspartnern.

Das Argument, es handele sich bei den Gerichtskosten ohnehin um öffentliches Geld, kann man nicht gelten lassen. Jede Behörde hat ihren eigenen Haushalt und die Gerichte sind bei den Landesjustizministerien angesiedelt. Müssten auch Behörden in Zivilprozessen Gerichtskosten tragen, wäre dies auch in den jeweiligen Haushalten der Behörden abzubilden und würde die Kosten der Prozessführung auch dort deutlicher machen. Solche Kosten sind nämlich volkswirtschaftlich bei der Bewertung einer vergleichweisen Regelung einzubeziehen, was die öffentliche Hand derzeit nicht tun muss. Im Übrigen wäre es nur fair, wenn die öffentliche Hand auch zu den Einnahmen der Justizkasse beitragen müsste, weil dann die angeblich chronische Unterdeckung der Kosten der Gerichte weitaus geringer ausfallen würde.

Die Politik muss auf diese Unwucht bei Rechtsstreitigkeiten in Zivilprozessen aufmerksam gemacht werden. Mit einer Abschaffung von § 2 Abs. 1 GKG kann auf einfache Weise die prozessuale

Fairness im Zivilprozess wiederhergestellt werden.



Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

## Entscheidung nach Beweislast als ultima ratio

**BGH, Urteil vom 07.02.2019 – VII ZR 27417**

Ein Auftraggeber (AG) beauftragte einen Auftragnehmer (AN) mit der Abdichtung der Terrasse seines Wohnhauses. Nachdem der AN seine Leistung ausgeführt hatte, brachten andere, vom AG beauftragte Unternehmer, Estrich auf und verlegten darauf Fliesen. An den an die Terrasse angrenzenden Wänden zeigte sich im Nachhinein Feuchtigkeit, die der AG gegenüber dem AN rügte, weil sie auf eine mangelhafte Abdichtung der Terrasse zurückzuführen sei. Der AN wies die Mängelanzeige zurück, woraufhin der AG den AN vor dem Landgericht auf Mängelbeseitigung sowie auf Schadensersatz für Folgeschäden in Anspruch nahm. Das LG verurteilte den Beklagten nach Einholung eines Sachverständigengutachtens antragsgemäß. Dagegen wehrte sich der Beklagte mit der Berufung. Das OLG wies die Klage unter Abänderung des Urteils des LG ab, unter anderem weil es eine Bauteilöffnung für erforderlich hielt, die der beweisbelastete Kläger ablehnte. Dagegen wehrte sich der AG mit der Revision.

Mit Erfolg! Der BGH gibt der Revision statt und verweist den Rechtsstreit an das OLG zurück, damit eine weitere Sachaufklärung stattfinden kann. Der BGH macht deutlich, dass die Anwendung der Beweislastregeln zur Streitentscheidung eine ultima ratio darstellt, die erst dann zum Tragen kommt, wenn und soweit das Gericht alle zulässigen Beweismöglichkeiten ohne Erfolg ausgeschöpft hat und weitere Feststellungen nicht mehr möglich erscheinen. Des Weiteren stellte der BGH klar, dass ein Gericht eine beweisbelastete Partei nicht allein wegen der Nichteinzahlung eines Auslagenvorschusses oder des Versäumens einer Ausschlussfrist als beweisfällig ansehen darf. Vielmehr muss das Gericht versuchen, vor Erlass einer Entscheidung zunächst die beweiserhebliche Frage in anderer Weise aufgrund des bereits vorhandenen oder gegebenenfalls anzuregen Parteivortrags und der verfügbaren Beweismittel zu klären. Dies soll auch dann gelten, wenn eine Sachverständigenbegutachtung aus einem anderen Grund ganz oder teilweise unterbleiben muss, der aus der Sphäre der beweisbelasteten Partei stammt. Vorliegend hätte das Berufungsgericht mit dem Sachverständigen die Frage klären müssen, ob die Undichtigkeit und deren Ursache nicht auch ohne Freilegung der Abdichtung beantwortet werden kann.

### Fazit

Der BGH nimmt die Gerichte in die Pflicht und verlangt eine Beweisaufnahme nicht frühzeitig zu beenden, nur weil sich eine Partei weigert, den Beweis auf eine bestimmte Art und Weise zu erbringen, wie z.B. durch eine Bauteilöffnung. Werden Untersuchungen von einer Partei verweigert, unabhängig davon ob sie beweisbelastet ist oder nicht, ist das Gericht gehalten, zu prüfen, ob die

Untersuchungen erforderlich sind und welche anderen Möglichkeiten bestehen, um die Beweisfrage zu beantworten. Erst wenn das Gericht sämtliche Möglichkeiten ausgeschöpft hat und die Beweisfrage nicht durch andere Beweismittel (z.B. Zeugen, Augenschein usw.) beantwortet werden kann, kommt eine Entscheidung nach den Beweislastregeln, also zulasten der beweisbelasteten Partei in Betracht. Dabei muss das Gericht jedoch beachten, ob der Beweis von der nicht beweisbelasteten Partei vereitelt wurde. Wird dem Sachverständigen beispielsweise eine für die Beantwortung der Beweisfrage erforderliche Bauteilöffnung oder eine Besichtigung einer Wohnung durch den Beweisgegner trotz rechtzeitiger Ankündigung nicht ermöglicht, dreht sich die Beweislast um und der Beweisgegner unterliegt, weil der Beweis nicht geführt werden konnte (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 26. 6. 2017, 10 U 132/15).



Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

## Keine Fristsetzung bei Schadensersatz wegen mangelbedingter Folgeschäden erforderlich

**BGH, Urteil vom 07.02.2019 - VII ZR 63/18**

1. **Mit dem Schadensersatzanspruch neben der Leistung gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB kann Ersatz für Schäden verlangt werden, die aufgrund eines Werkmangels entstanden sind und durch eine Nacherfüllung der geschuldeten Werkleistung nicht beseitigt werden können. Hiervon erfasst sind mangelbedingte Folgeschäden, die an anderen Rechtsgütern des Bestellers oder an dessen Vermögen eintreten\*).**
2. **Der Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB tritt an die Stelle der geschuldeten Werkleistung. Sein Anwendungsbereich bestimmt sich nach der Reichweite der Nacherfüllung. Da die Nacherfüllung gemäß § 634 Nr. 1, § 635 BGB auf Herstellung des geschuldeten Werks gerichtet ist, bestimmt dieses die Reichweite der Nacherfüllung. Die geschuldete Werkleistung ist dabei im Wege der Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Die Nacherfüllung erfasst danach die Beseitigung der Mängel des geschuldeten Werks, die auf einer im Zeitpunkt der Abnahme vorhandenen vertragswidrigen Beschaffenheit des Werks beruhen\*).**

Ein Auftraggeber (AG) beauftragte den Auftragnehmer (AN) mit der Wartung seines PKW's. Der AN ersetzte im Zuge dessen den Keilrippenriemen, den Riemenspanner und den Zahnriemen. Nach Abnahme tauchten Probleme an der Lenkung auf. Der AG ließ seinen PKW in eine andere Werkstatt abschleppen, weil der AN Betriebsferien hatte. Dort wurde festgestellt, dass der Keilrippenriemen gerissen war, weil der AN diesen nicht richtig gespannt hatte. Der gerissene Riemen hatte den Zahnriemen, die Lichtmaschine und die Servolenkungspumpe beschädigt. Der AG ließ daraufhin Keilrippenriemen, Riemenspanner, Zahnriemen, Servolenkungspumpe und Lichtmaschine in dieser anderen Werkstatt ersetzen, ohne vorher den AN zur Nacherfüllung aufgefordert zu haben. Er verlangt die Kosten für diese Reparatur ersetzt. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hatte jedoch die Revision im Hinblick auf die uneinheitliche OLG-Rechtsprechung zugelassen.

Der BGH gibt dem AG recht. Zur Abgrenzung der Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB) und Schadensersatz neben der Leistung (§ 634 Nr. 4, § 281 BGB) führt der BGH aus, dass der **Schadensersatzanspruch statt der Leistung** an die Stelle der geschuldeten Werkleistung tritt und damit das Leistungsinteresse des Bestellers erfasst. Seine Durchsetzung erfordert grundsätzlich eine Fristsetzung zur Nacherfüllung, um dem Unternehmer eine letzte Gelegenheit zur Erbringung der geschuldeten Werkleistung zu geben. Vom

**Schadensersatz neben der Leistung** sind hingegen über das Leistungsinteresse hinausgehende Vermögensnachteile, insbesondere Folgeschäden an anderen Rechtsgütern des Bestellers als dem Werk selbst oder an dessen Vermögen erfasst. Eine Aufforderung zur Nacherfüllung braucht es deshalb nicht. Aufgrund dessen hat der AN die Kosten für den Austausch der Lichtmaschine und der Servolenkungspumpe als Schadensersatz neben der Leistung zu erstatten.

**Fazit:**

Bei den geltend gemachten Ansprüchen handelt es sich um die Beseitigung weiterer aufgrund der mangelhaften Werkleistung eingetretener Schäden am Fahrzeug des AG. Nur die Kosten für den Austausch des Keilrippenriemens, des Riemenspanners und des Zahnriemens vom

**Schadensersatz statt der Leistung** erfasst, weil diese das geschuldete Werk selbst, also die mangelhaft ausgeführte Wartung betrafen. Nur dieser Anspruch setzt grundsätzlich eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung unter Fristsetzung voraus. Allerdings könnte diese vorliegend gem. §§ 636, 281 Abs. 2 BGB wegen eines besonderen Interesses des AG an einer einheitlichen Reparatur entbehrlich sein. Mit diesem Urteil hat der BGH erstmals seit der Schuldrechtsreform klargestellt, dass die Abgrenzung zwischen "engen" und "entfernten" Mangelfolgeschäden zukünftig keine Rolle mehr spielt.



Philipp Buslowicz, LL.M., Berlin

**Vorplanung durch den Bauherrn muss durch Bauunternehmer überprüft werden!**

**KG, Urteil v. 22.04.2016, 21 U 119/14, BGH, Beschluss vom 11.10.2018 - VII ZR 132/16**  
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

**Verpflichtet sich der Auftragnehmer zur Errichtung eines Bauwerks und werden vom Auftraggeber zuvor erstellte Pläne Vertragsbestandteil, muss der Auftragnehmer die bereitgestellten Pläne überprüfen.**

Die Beklagte (Auftragnehmerin) verpflichtete sich zur Errichtung einer Reihenhausanlage in einem „schlüsselfertigen“ Zustand. Im Vertrag wurde ein Gesamtpaket ohne gesonderte Architektenleistungen vereinbart. Vertragsgrundlage waren im Vorfeld von der Klägerin (Auftraggeber) erstellte Pläne und planerischen Leistungen. Dort wurde ausdrücklich eine Abdichtung gegen drückendes Wasser vorgesehen. Die Beklagte führte beim Bau keinerlei Maßnahmen gegen den Wassereinbruch durch mit der Begründung, die Pläne seien widersprüchlich und so nicht ausführbar gewesen. In der Folgezeit entstand Streit über die Mangelhaftigkeit des Bauvorhabens. Die Klägerin macht gegen die Beklagte einen Anspruch auf Vorschuss wegen Mängelbeseitigung in Höhe von EUR 550.589,20 geltend.

Das Landgericht verurteilte die Beklagte zur Zahlung von EUR 345.000. Die restliche Klage wurde abgewiesen. Das Gericht begründete dies mit einem Mitverschulden der Klägerin in Höhe von einem Drittel, weil die Vorgaben im Vertrag missverständlich waren. Der Berufung wurde stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung von EUR 530.540,08 verurteilt. Die anschließende Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wies der BGH ab.

Der Senat schloss sich der Entscheidung des Kammergerichts an. Die Klägerin muss sich gerade kein Mitverschulden anrechnen lassen, weil nach Ansicht des BGH nicht entscheidend ist, welche Leistungen der im Vorfeld beauftragte Architekt der Klägerin erbringen musste, sondern zu welchen Leistungen sich die Beklagte verpflichtet hat. Sie hat sich zur mangelfreien Ausführung verpflichtet. Aus den vorgelegten Planungsunterlagen war für die Beklagte klar erkennbar, dass sie die für eine mangelfreie Kellerabdichtung gegen drückendes Wasser erforderlichen Planungsleistungen erbringen musste. Selbst bei der Annahme, die vorgelegte Planung wäre fehlerhaft oder widersprüchlich gewesen, habe die Beklagte dies durch ihren eigenen Verursachungsbeitrag weggedrängt. Besonders schwer wiegt hier die Tatsache, dass seitens der Beklagten keine Hinweise auf die Fehlerhaftigkeit bzw. Widersprüchlichkeit der Unterlagen erfolgt sind. Dies war aber bei einem Fachunternehmen zu erwarten und auch zumutbar. Hier hätte eine Bedenkenanzeige

erfolgen müssen.

Unter Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung wurde durch den Senat auch ein Mitverschulden durch die fehlerhafte Bauüberwachung der Klägerin verneint. Eine mangelhafte Bauüberwachung des Bauherrn begründet kein Mitverschulden des Bauherrn gegenüber dem Bauunternehmer.

### Fazit

Der BGH ist zurückhaltend bei der Annahme von Mitverschulden des Bauherrn. Im entschiedenen Einzelfall ist dies auf die Schwere und Grobheit der mangelhaften Ausführung zurückzuführen. Dies überwiegt etwaige Planungsfehler des Bauherrn. Dass der anstehende Wasserdruck entsprechende zusätzliche Abdichtungsmaßnahmen erforderlich machte, war aus den Unterlagen ersichtlich. Nur weil geplante Maßnahmen ggf. nicht durchführbar waren bzw. ihren Zweck verfehlen würden, darf der Bauunternehmer aus der Planung ersichtliche Umstände nicht gänzlich ignorieren und einfach ohne zusätzliche Abdichtungsmaßnahmen das Werk errichten. Etwaiges Mitverschulden bei der Planung tritt da zurück. Insbesondere weil es sich um ein Fachunternehmen mit entsprechendem Wissen und Sachkunde handelt. Es bleibt dabei, dass der Bauunternehmer bei den kleinsten Zweifeln an den Planungsleistungen seines Bauherrn Bedenken anmelden muss.



Hauke Meyhöfer, Hamburg

Rügt der Besteller innerhalb von sieben Wochen in der Heizperiode keine Mängel an seiner neuen Heizungsanlage, erklärt er damit die Abnahme

### **OLG München, Urteil vom 08.05.2019 - 20 U 124/19 Bau**

Das Oberlandesgericht München hat sich in einer aktuellen Entscheidung mit der Frage auseinandergesetzt, wann die Abnahmewirkungen für eine neue, abnahmereife Heizungsanlage üblicherweise eintreten, wenn keine ausdrückliche Abnahme erfolgt.

Die Voraussetzungen für eine Abnahme durch schlüssiges Verhalten liegen vor, wenn

1. die Heizungsanlage bei Inbetriebnahme abnahmereif ist,
2. die Inbetriebnahme durch den Besteller ohne Beanstandungen erfolgte und
3. ein angemessener Prüfzeitraum verstrichen ist.

Das OLG München hält im vorliegenden Fall, in dem die Lieferung und Montage einer Heizungsanlage nebst Errichtung einer Brunnenanlage für die mit Grundwasser zu speisende Grundwasserwärmepumpe (zur Wärmenutzung und Warmwasseraufbereitung) beauftragt war, einen Prüfzeitraum von sieben Wochen während der Heizperiode (Wintermonate) für angemessen. Damit korrigiert das OLG die vorinstanzliche Entscheidung des Landgerichts Landshut, das in dem vorliegenden Fall dem Besteller den gesamten Winter als Prüfungszeitraum zugestanden hat. Diese Auffassung lasse – so das OLG München – das zu beachtende Interesse des Unternehmers, den Zeitpunkt der konkludenten Abnahme nicht unangemessen nach hinten zu verschieben, gänzlich außer Betracht. Tatsächlich sei für die Prüfung der Funktionsfähigkeit der Heizung nicht das Verstreichen eines ganzen Winters erforderlich; vielmehr könne die Funktionsfähigkeit einer Heizungsanlage bereits mit dem Ablauf einer mehrwöchigen beanstandungsfreien Prüfzeit in der Heizperiode beurteilt werden.

Zu beachten ist dabei natürlich, dass das Prüfzeitfenster von sieben Wochen nicht per se für jede Heizungsanlage gilt; vielmehr ist die Dauer der dem Auftraggeber zuzugestehenden Prüfungszeit einzelfallabhängig zu bestimmen. Welcher Zeitraum als angemessen anzusehen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere von Art und Umfang des Werks, das in Gebrauch genommen wird, ab. Handelt es sich folglich um größere oder kompliziertere Anlagen, dürften auch längere Prüfzeiträume, bei kleineren Anlagen aber auch kürzere Zeiträume angemessen sein. Die Entscheidung bietet aber eine Orientierungshilfe für im privaten Haushalt übliche Heizungsanlagen.

Die Entscheidung ist richtig. Das Abwarten mehrerer Monate oder gar eines ganzen Winters kann dem Unternehmer im Regelfall nicht zugemutet werden, weil in einem derart langen Zeitraum

Störungen an der Heizungsanlage auftreten können, deren Ursache nicht im Verantwortungsbereich des Unternehmers liegen, sondern zum Beispiel auf Bedienfehlern des Bestellers beruhen. Der Unternehmer trägt aber bis zur Abnahme die Beweislast dafür, dass er ein ordnungsgemäßes und mangelfreies Werk erstellt hat. Das Ergebnis ist auch nicht unbillig für den Besteller. Natürlich muss für die Bemessung eines angemessenen Prüfzeitraums im Einzelfall stets berücksichtigt werden, dass eine tatsächliche Prüfmöglichkeit besteht. An kalten Wintertagen muss es aber auch Verbrauchern möglich sein, die neue Heizung hinsichtlich ihrer Funktion innerhalb einiger Tage oder Wochen zu prüfen und etwaige Mängel gegenüber dem Unternehmer unverzüglich zu rügen.



Danilo Rosendahl, Berlin

## Die Abrechnung von „Nullpositionen“ bei einem Einheitspreisvertrag

Nach Ansicht des OLG München (Beschl. v. 02.04.2019 – 28 U 413/19 Bau) sind bei einem Einheitspreisvertrag „Nullpositionen“ gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B i.V.m. § 648 S. 2 BGB (analog) abzurechnen, wenn der Auftraggeber (AG) auf die Ausführung von Leistungen nachvertraglich verzichtet, und zwar unabhängig davon, ob der AG den Vertrag mit dem Auftragnehmer (AN) gemäß § 8 Abs. 6 VOB/B schriftlich (teil-)kündigt. Eine Abrechnung gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (analog) erfolgt nur dann, wenn die Mengenänderungen keine Folge von nachvertraglichen Erklärungen des AG sind.

### Ausgangslage

Bei einem Einheitspreisvertrag ergibt sich der vorläufige Auftragswert aus der Multiplikation der geschätzten Mengen mit den jeweiligen Einheitspreisen. Es liegt allerdings in der Natur der Sache, dass sich Annahmen und Schätzungen im Rahmen der Planung/Ausschreibung bei der Realisierung des Bauvorhabens als unzutreffend erweisen; regelmäßig kommt es zu Mehr-, Minder-, oder sogar Nullmengen. Als Nullmengen werden solche Leistungen bezeichnet, die nicht zur Ausführung gelangen. Die Abrechnung eines Einheitspreisvertrages erfolgt durch die Multiplikation der ausgeführten Mengen mit den Einheitspreisen. Nicht ausgeführte Leistungen bzw. Nullmengen können nicht abgerechnet werden, was zu einer Unterdeckung bei dem AN führt. Um diese Äquivalenzstörung zu vermeiden, sieht § 2 Abs. 3 VOB/B für Mindermengen - nicht allerdings für Nullmengen - eine Ausgleichsberechnung vor. Danach sind die Einheitspreise bei einer über 10 v. H. hinausgehenden Unterschreitung des Mengenansatzes auf Verlangen entsprechend zu erhöhen, soweit der AN nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Ordnungszahlen (Positionen) oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält. Für den AN bedeutet dies zunächst erfreulicherweise, dass die Unterdeckung ausgeglichen wird, gleichzeitig wird aber sein Mehrerlös (z.B. bei Allgemeinen Geschäftskosten) durch Mengenmehrungen bei anderen Positionen entsprechend reduziert. Denn die Erhöhung des Einheitspreises soll im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen, der sich durch Verteilung der Baustelleneinrichtungskosten (BE), Baustellengemeinkosten (BGK) und Allgemeine Geschäftskosten (AGK) auf die verringerte Menge ergibt.

Eine solche Ausgleichsberechnung findet i.R.d. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B, § 648 S. 2 BGB nicht statt. Danach hat der AN Anspruch auf volle Vergütung abzgl. ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs. Zwar kann der AN z.B. die AGK durch einen anderweitigen Erwerb erwirtschaften, dies bezieht sich allerdings nur auf „Füll-Aufträge“ bzw. „Ersatzaufträge“ – also auf andere Bauvorhaben -, nicht allerdings auf Mengenmehrungen bei anderen Positionen. Denn zwischen den Nullmengen einerseits und den Mehrmengen bei anderen Positionen andererseits besteht kein ursächlicher

Zusammenhang in dem Sinne, dass der AN durch die Nichtausführung der Leistung erst in die Lage versetzt wurde, die Mehrmengen an anderer Stelle zu realisieren; sämtliche Leistungen waren von Anfang geschuldet und dementsprechend zu realisieren.

### **OLG München, Beschl. v. 02.04.2019 – 28 U 413/19 Bau**

Der AG beauftragt den AN im Rahmen der Errichtung eines Schulgebäudes mit Metallarbeiten. Während der Bauphase entscheidet sich der AG dazu, zwei Positionen aus dem Leistungsverzeichnis nicht ausführen zu lassen. Nach Abschluss der Arbeiten legt der AN die Schlussrechnung und verlangt für die nicht ausgeführten Leistungen „entgangenen Gewinn“; die entfallenen Leistungen seien wie eine Teilkündigung i.S.d. § 8 Abs. 1 VOB/B zu bewerten. Der AG verweigert die Bezahlung mit der Begründung, der AN habe durch Mehrmengen bei anderen Positionen einen entsprechenden Ausgleich erhalten. Dieser Ausgleich sei gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B anspruchsmindernd zu berücksichtigen. Darüber hinaus sei § 8 Abs. 1 VOB/B nicht anwendbar, weil der AG den Vertrag nicht schriftlich (teil-)gekündigt habe.

Das OLG München weist in seinem Beschluss darauf hin, dass § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B nicht anwendbar sei, weil damit nur unwillkürliche Mengenveränderungen in Folge von fehlerhaften/ungenauen Annahmen im Rahmen der Planung/Ausschreibung geregelt würden, nicht aber die Folgen von Eingriffen des AG in den Bauentwurf oder Bauvertrag. Für die Abrechnung der nicht unter § 2 VOB/B fallenden Nullpositionen komme eine Abrechnung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B in Betracht, sei es direkt oder entsprechend. Diese Entscheidung des OLG München liegt nur grundsätzlich auf einer Linie mit der Rechtsprechung des BGH (BGH, NJW 2012, 1348). Sie weicht in einem wesentlichen Punkt davon ab. Der BGH differenziert danach, ob Nullmengen aus einer ungenauen Planung des AG oder aus einem nachvertraglichen Eingriff des AG in den Bauentwurf oder Bauvertrag resultieren. Nach Ansicht des BGH komme § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B analog dann zur Anwendung, wenn Nullmengen ohne Eingriffe in den Bauentwurf/Bauvertrag anfallen. Zwar setze § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B grundsätzlich eine abrechenbare Mengen > 0 voraus, sodass diese Regelung bei Nullmengen nicht direkt anwendbar sei. Da aber § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B wegen der fehlenden (schriftlichen) Kündigung auch nicht anwendbar sei, bestehe eine Regelungslücke. Es sei nicht nachvollziehbar, dem AN die von ihm für entfallene Leistungen kalkulierten Deckungsanteile zu versagen, die ihm demgegenüber selbst bei einer Mindermenge von 1% des vertraglichen Mengenansatzes gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B grundsätzlich voll erstattet würden. Um dieses Problem zu lösen, stellt der BGH auf den hypothetischen Parteiwillen ab; die Parteien hätten bei Kenntnis des Umstandes, dass gewisse Positionen überhaupt nicht zur Ausführung kommen, eine entsprechende Anwendung von § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B vereinbart.

Das OLG München differenziert ebenfalls danach, ob Nullmengen willkürlich oder unwillkürlich anfallen, weicht von der Rechtsprechung des BGH aber insoweit ab, dass es § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B i.V.m. § 648 S. 2 BGB auch dann für anwendbar hält, wenn der AG keine (schriftliche) Kündigung ausspricht. In der Entscheidung heißt es – leider ohne vertiefte Begründung - hierzu:

*„Der BGH hat in der von der Beklagten zitierten Grundsatzentscheidung (BGH NJW 2012, 1348) deutlich gemacht, dass der Weg über § 2 VOB/B nur in Betracht kommt, wenn ein Fall der vom Regelungsgehalt dieser Vorschrift umfassten Äquivalenzstörung vorliegt. Der Regelungsgehalt dieser Vorschrift will einen interessengerechten Ausgleich für Mengenänderungen herbeiführen, wenn sich die anfängliche Schätzung als unzutreffend erweist. [...] Wenn aber der Auftraggeber auf eine bestimmte Position verzichtet, fällt dies nicht unter diesen Regelungsgehalt, da der Verzicht nicht mit der Ungenauigkeit einer Prognose vergleichbar ist, was der BGH in seiner Entscheidung ausdrücklich hervorgehoben hat. [...] Vorliegend wurde von der Beklagten als Auftraggeberin auf die*

*genannten Positionen verzichtet; mithin liegt keine Störung der Geschäftsgrundlage gemäß den Wertungen des § 2 VOB/B vor. Die "Nullpositionen" waren daher nicht nach dieser Bestimmung abzurechnen.[...] Ob nun eine Teilkündigung vorliegt oder nicht, kann offenbleiben. Für die Abrechnung der nicht unter § 2 VOB/B fallenden „Nullpositionen“ kommt nur eine Abrechnung nach § 8 VOB/B (bzw. § 648 BGB) in Betracht, sei es direkt oder entsprechend. Daher geht die Rüge der Formunwirksamkeit der (Teil-)Kündigung ins Leere, da es um die nicht in Streit stehende – grundsätzliche Vergütungspflicht geht, wenn die Beklagte, entgegen der getroffenen Absprache, einseitig auf vereinbarte Vertragsleistungen verzichtet.“*

## **Fazit**

Die Entscheidung stärkt die Position des AN, wenn nicht § 2 Abs. 3 Nr. VOB/B, sondern § 8 Abs. 1 VOB/B i.V.m. § 648 BGB analog anwendbar ist. Denn der AN ist nicht auf die für ihn nachteilige Ausgleichsberechnung gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B verwiesen und muss sich „nur“ ersparte Aufwendungen und einen Erlös aus Füllaufträgen anrechnen lassen. Das allerdings setzt die seltene kausale Verknüpfung von (Teil-)Kündigung und anderweitigen Erwerb voraus. Die Abgrenzung zwischen § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B und § 8 Abs. 1 VOB/B hat trotz oder gerade wegen der Grundsatzentscheidung des BGH (BGH, NJW 2012, 1348) weiterhin erhebliche Bedeutung. Denn in der Praxis bestehen nicht unerhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten. Aus Sicht des AN ist es zufällig, ob Nullmengen willkürlich oder unwillkürlich anfallen und damit auch, ob er auf die für ihn nachteilhafte Ausgleichsberechnung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (analog) verwiesen ist. Es ist kritikwürdig, dass die Anspruchshöhe unterschiedlich ausfällt, je nachdem, ob Nullmengen aus einer nachvertraglichen Bauentwurfsänderung durch eine Anordnung den AG (§ 2 Abs. 5, 6 VOB/B), aus einer nachvertraglichen Bauentwurfsänderung ohne eine Anordnung den AG (§ 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B), aus einer Selbstausführung durch den AG (§ 2 Abs. 4, 8 Abs. 1 VOB/B), aus einer konkludenten, ausdrücklichen und/oder schriftlichen Kündigung durch den AG (§ 8 Abs. 1 VOB/B) oder aus einer fehlerhaften Planung des AG (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (analog)) resultieren. In all diesen Fällen stammen die Nullmengen aus der Sphäre des AG, wobei der AN keinen Einfluss darauf hat, ob der AG in Kenntnis der fehlerhaften Planung (deklaratorisch) eine Änderungsanordnung oder Kündigung erklärt.