



Neues zum Baurecht 03/2017



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 3. 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@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 darauf hinweisen, dass unsere Kollegin und Partnerin **Frau Dr. Eva-Dorothee Leinemann** in Berlin als **Notarin** ernannt wurde. Wir freuen uns, dass Sie damit in unserem Berliner Büro neben den gewohnten anwaltlichen Dienstleistungen auch **notarielle Beurkundungen und Beglaubigungen** bei Frau Dr. Leinemann vornehmen lassen können.

Weiterhin möchten wir Sie auf das **4. Essener Baubetriebs- und Baurechtsforum 2017** im SANAA-Gebäude auf der Zeche Zollverein am 13. und 14. Oktober 2017 in Essen hinweisen. Das Programm und die Möglichkeit zur Anmeldung finden Sie [hier](#).

Wir wünschen Ihnen eine gute Lektüre!

Themen

Eva Bouchon, M.A., Berlin

Kündigungsrecht des AN nach § 6 Abs. 7 VOB/B bei Verzögerung des Baubeginns

Leonie Klönne, Köln

Bei Abdichtungsarbeiten deuten Ausführungsfehler auf mangelhafte Bauüberwachung hin!

Deborah Koch, Hamburg

Tiefbauunternehmen darf auf die Richtigkeit der Bestandspläne von Versorgungsunternehmen vertrauen!

Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

(Noch) Keine Entschädigung bei witterungsbedingten Einflüssen

Pascal Göpner, Köln

Die Höhe des Entschädigungsanspruchs aus § 642 BGB bestimmt sich nach der Vergütung, die dem Unternehmer durch den Annahmeverzug des Bestellers im Verzugszeitraum entgeht, umfasst jedoch nicht entgangenen Gewinn und Wagnis



Eva Bouchon, M.A., Berlin

Kündigungsrecht des AN nach § 6 Abs. 7 VOB/B bei Verzögerung des Baubeginns

OLG Frankfurt, Urteil vom 28.04.2017, Az.: 29 U 166/16 (nicht rechtskräftig)

Ein Bauvertragspartner kann den Bauvertrag aus wichtigem Grund kündigen, wenn der andere Bauvertragspartner seine Vertragspflichten grob verletzt hat, etwa dadurch, dass er seinerseits unberechtigt gekündigt hat.*)

Das Kündigungsrecht des Auftragnehmers nach § 6 Abs. 7 VOB/B setzt nicht voraus, dass mit den Arbeiten bereits begonnen worden ist. Es reicht auch aus, dass sich der vertraglich vorgesehene Beginn um mehr als drei Monate hinausschiebt.*)

Eine den Baubeginn nicht fixierende, sondern vom Abruf des Auftraggebers abhängig machende Regelung ähnlich § 5 Abs. 2 VOB/B ist regelmäßig als Bestimmungsrecht nach billigem Ermessen zu verstehen. Der Bauunternehmer wird durch ein derartiges Abrufrecht nicht unangemessen benachteiligt.*)

Wann ein Hinauszögern des Leistungsabrufs durch den Auftraggeber nicht mehr billigem Ermessen entspricht, sondern für den Auftragnehmer unzumutbar ist, hängt von den Gegebenheiten des Einzelfalls ab. Bei einem Bauvorhaben erheblichen Umfangs (hier: drei Mehrfamilienhäuser) kann jedenfalls ein Abruf binnen drei Monaten nach dem im Vertrag unverbindlich abgegebenen „Circa.“-Baubeginns noch ermessensfehlerfrei sein.*)

Mit der Klage vor dem OLG Frankfurt macht die Bauherrin (Klägerin) gegenüber der Auftragnehmerin (Beklagten) Ersatz für Mehrkosten nach Kündigung eines Bauvertrages sowie die Erstattung von Kosten eines Privatgutachtens geltend. Ende April schlossen die Parteien einen Vertrag über umfangreiche Fliesenarbeiten für das Projekt „Neubau X, Stadt 1“, den Bau von drei Mehrfamilienhäusern. Im Vertrag selbst wurde kein verbindlicher Termin zum Beginn der Ausführung festgehalten, sondern nur der Zeitraum des voraussichtlichen Zeitpunkts der Leistungsaufforderung mit „April/Mai 2013“ geregelt. In den besonderen Vertragsbedingungen ist unter Bezugnahme auf § 5 Abs. 2 S. 2 VOB/B für die Klägerin das Recht geregelt, den Beginn der Arbeiten einseitig durch Abruf anzuordnen. Nachdem bis zum 05.08.2013 ein Abruf der Leistungen durch die Klägerin nicht erfolgt war, erklärte die Beklagte mit Schreiben von diesem Tag die Kündigung des Vertrages. Daraufhin forderte die Klägerin die Beklagte auf, ihre Bereitschaft zur Leistungserbringung bis zum 08.08.2013 mitzuteilen, welche die Beklagte mit Schreiben vom 07.08.2013 ausdrücklich verweigerte. Daraufhin kündigte die Klägerin ihrerseits den Vertrag am 08.08.2013. Das LG Frankfurt am Main gab der Klage statt. Hiergegen wandte sich die Beklagte mit der Berufung.

Ohne Erfolg! Der Anspruch der Klägerin ergibt sich aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 VOB/B. Mit dem Schreiben vom 08.08.2013 hatte die Klägerin den streitgegenständlichen Bauvertrag wirksam gekündigt. Das Kündigungsrecht der Klägerin folgte hierbei aus der groben Vertragsverletzung durch die Beklagte, durch die zuvor am 05.08.2013 erfolgte, unberechtigte Kündigung, denn ein Kündigungsrecht nach § 6 Abs. 7 VOB/B war nicht gegeben. Die Voraussetzung hierfür wäre eine Unterbrechung der Arbeiten von mehr als drei Monaten gewesen und eine solche lag zum Zeitpunkt der Kündigung der Beklagten nicht vor. Dabei stellt das OLG Frankfurt ausdrücklich heraus, dass mit der Ausführung der Leistungen nicht notwendigerweise begonnen worden sein muss, um den Unterbrechungstatbestand zu bejahen. Nach dem Wortlaut des § 6 Abs. 7 VOB/B klingt es zwar so, als müsse sich das Bauvorhaben im Ausführungsstadium befinden, dies ist jedoch nicht der Fall. Es besteht auch dann ein Kündigungsrecht, wenn sich der vertraglich vorgesehene Beginn um mehr als drei Monate hinausschiebt. Dass im vorliegenden Fall im Vertrag kein bestimmter Termin zur Leistungserbringung vorgesehen war, führt noch nicht zu einer Versagung des Kündigungsrechts nach § 6 Abs. 7 VOB/B. In solchen Fällen kann ein Kündigungsrecht vorliegen, wenn der Auftraggeber die Leistung trotz entsprechender Aufforderung des Auftragnehmers über einen Zeitraum von mehr als drei Monaten nicht abruf. Der Auftraggeber darf die Leistung auch ohne Terminvereinbarung nicht auf unbestimmte Zeit hinausschieben. Im vorliegenden Fall ergab sich aus dem Vertrag ein Zeitpunkt zur Leistungsaufforderung für April/Mai 2013. Das Berufungsgericht stellte fest, dass ein Abruf der Leistung dann noch zulässig ist, wenn er zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem die dem Vertrag zugrunde gelegte Vergütung des Auftragnehmers noch dem für ihn bei der Angebotsabgabe vorhersehbaren Wagnis entspricht und er im Rahmen seiner betrieblichen Disposition im Hinblick auf die Erfüllung anderer Bauverträge nicht in unüberwindliche oder nur mit unzumutbarem Verlust verbundene Schwierigkeiten gerät. Bei Bauprojekten mit erheblichem Umfang, wie dem vorliegenden, dem Bau von drei Mehrfamilienhäusern, sind Verzögerungen des Bauablaufs keine Seltenheit. Nach dem Vertrag musste die Beklagte zumindest mit einem Abruf bis Ende Mai 2013 rechnen. Danach stand der Klägerin unter Berücksichtigung der Regelungen des § 6 Abs. 7 VOB/B noch ein Zeitraum von drei Monaten für den Abruf zur Verfügung. Demzufolge wären ein Kündigungsrecht der Beklagten nach § 6 Abs. 7 VOB erst bei einer möglichen Unterbrechung bis September 2013 entstanden. Eine solche hatte die Beklagte aber nicht behauptet. Als Ausnahme, stellte das Berufungsgericht klar, ist ein Kündigungsrecht vor Ablauf der dreimonatigen Frist nur dann zulässig, wenn mit Sicherheit feststeht, dass die Unterbrechung länger als drei Monate andauern wird. Dies war vorliegend jedoch nicht der Fall. Ein Kündigungsrecht nach § 9 Abs. 1 VOB/B, verneinte das OLG ebenfalls, denn die Klägerin befand sich zum Zeitpunkt der Kündigung Anfang August 2013 noch nicht im Annahmeverzug, weil ihr Ermessensspielraum, wie gerade dargestellt, noch nicht überschritten war. Ob die E-Mail vom 05.08.2013 eine hinreichende Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung im Sinne des § 8 Abs. 3 VOB/B darstellte, war im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden, weil die Beklagte mit Schreiben vom 07.08.2013 jedenfalls eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung abgegeben hatte.

Fazit:

Bevor das Kündigungsrecht nach § 6 Abs. 7 VOB/B ausgeübt wird, sollte also immer genau geprüft werden, ob ein Unterbrechungszeitraum von drei Monaten bereits vorliegt. Dies kann, wie das OLG Frankfurt klarstellte, auch bereits vor Ausführungsbeginn, bei Verzögerung des Baubeginns möglich sein. Für das Kündigungsrecht nach § 6 Abs. 7 ist dabei zu beachten, dass es für beide Vertragsparteien besteht; grundsätzlich auch für die Partei, aus deren Risikobereich die Ursache der Unterbrechung der Bauausführung stammt, denn in dieser Regelung wird grundsätzlich gerade nicht nach Risikosphären oder nach Verschulden differenziert (siehe Leinemann-Leinemann/Kues,

VOB/B, 6. Aufl. 2016, § 6, Rn. 277), allerdings ist dann immer im Einzelfall zu prüfen, ob eine Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag für die kündigende Partei gegeben ist.

Es wurde Revision eingelegt und es ist zu erwarten, dass der BGH dieses Urteil bestätigt.



Leonie Klönne, Köln

Bei Abdichtungsarbeiten deuten Ausführungsfehler auf mangelhafte Bauüberwachung hin!

OLG Brandenburg, Urteil vom 30.03.2017 – 12 U 71/16

Werden Abdichtungsarbeiten fehlerhaft ausgeführt, spricht bereits der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass der Architekt seine Überwachungspflicht verletzt hat!

Bei dem Bauvorhaben werden u.a. Abdichtungsarbeiten an Flachdächern des Wohngebäudes, des Nebengebäudes und der Garage erbracht. Aufgrund eines mündlichen Vertrages wird der Architekt von den Bauherren mit der Planung und Bauüberwachung beauftragt. Nach Beendigung der Arbeiten zeigen sich Feuchtigkeitsschäden, es tritt Wasser in das Mauerwerk ein. Es wird festgestellt, dass diese Schäden u.a. auf Mängel bei der Ausführung der Abdichtung und der Entwässerung der Balkone zurück zu führen sind. Die Bauherren verlangen nunmehr klageweise von dem Architekten Ersatz der Kosten für die Beseitigung der Mängel.

Und obsiegen! Die Bauherren haben einen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Architekten, weil dieser seine Bauüberwachungspflicht verletzt hat. Bei Abdichtungs- und Entwässerungsarbeiten handelt es sich um besonders gefahrträchtige Arbeiten. Diese müssen in besonderer, gesteigerter Weise vom Architekten beobachtet und überprüft werden (vgl. dazu: BGH, Urteil vom 06.07.2000 - VII ZR 82/98 = BauR 2000, 1513; BGH, Urteil vom 09.11.2000 - VII ZR 362/99 = BauR 2001, 273). Treten im Rahmen dieser Arbeiten Ausführungsfehler auf, spricht bereits der Beweis des ersten Anscheins (sog. prima facie) dafür, dass der Architekt seine Bauüberwachungspflicht verletzt hat. Das bedeutet, dass dieser – um einer Haftung zu entgehen – angehalten ist, den Anscheinsbeweis zu entkräften. Dies gelingt ihm nur dadurch, dass er eigens darlegt, was er (oder sein Erfüllungsgehilfe) an Überwachungsmaßnahmen geleistet hat. Erforderlich ist hierbei eine substantiierte Darlegung der Überwachungstätigkeiten, die zeigt, dass der Architekt seiner (erhöhten) Pflicht zur Bauüberwachung ausreichend nachgekommen ist und genügend Überwachungsmaßnahmen geleistet hat (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.04.2016 – I-21 U 102/15). An diesen Anforderungen scheiterte der Architekt vorliegend.

Fazit:

Die Entscheidung ist korrekt und entspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 26.09.1985 – VII ZR 50/84 = BauR 1986, 112) zu gesteigerten Bauüberwachungspflichten im Rahmen besonders wichtiger oder kritischer Baumaßnahmen. Bei Abdichtungsarbeiten handelt es sich um besonders gefahrgeneigte Arbeiten, welche aller Erfahrung nach ein hohes Mängelrisiko in sich bergen. Dies erfordert eine erhöhte Aufmerksamkeit und verpflichtet zu einer intensiveren

Wahrnehmung der Bauaufsicht. Die Architekten sind daher gut beraten, dieser erhöhten Pflicht zur Bauüberwachung ausreichend nachzukommen und dies zusätzlich schriftlich festzuhalten. Nur auf diese Weise können sie dem Erfordernis der substantiierten Darlegung entsprechen und den Anscheinsbeweis entkräften. Kurz um also: (Insbesondere) bei Abdichtungsarbeiten sollten Bauüberwachung und Dokumentation „wasserdicht“ sein!



Deborah Koch, Hamburg

Tiefbauunternehmen darf auf die Richtigkeit der Bestandspläne von Versorgungsunternehmen vertrauen!

OLG Brandenburg, Urteil vom 05.04.2017 – 4 U 24/16

Im Rahmen der Erkundungspflicht muss sich ein Tiefbauunternehmen zwar Gewissheit über die Verlegung von Versorgungsleitungen im Boden verschaffen, es ist allerdings nicht dazu verpflichtet, weitere Erkundungen einzuholen, ob in dem Bestandsplan nicht eingetragene Leitungen vorhanden sind.

Das OLG Brandenburg hatte darüber zu entscheiden, ob ein Tiefbauunternehmen, das eine Schmutzwasserleitung eines kommunalen Wasserverbandes bei Kabelverlegungsarbeiten mittels Bohrverfahren beschädigt hatte, Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 1 BGB leisten muss. Vor Ausführung der Arbeiten hatte der Wasserverband dem Tiefbauunternehmen einen Bestandsplan zur Verfügung gestellt, aus dem sich die Existenz der beschädigten Leitung nicht ergab. Zusätzlich verwies der Verband das Tiefbauunternehmen auf sein Merkblatt, nach dem zwingend eine örtliche Einweisung durch dessen Mitarbeiter erfolgen müsse. Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen, weil dem Tiefbauunternehmen keine Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden konnte. Die dagegen gerichtete Berufung des Wasserverbandes blieb ohne Erfolg.

Das OLG Brandenburg bestätigt mit seiner Entscheidung die ständige Rechtsprechung, dass an die Verkehrssicherungspflicht der Tiefbauunternehmen, notwendige und zumutbare Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung von Leitungen zu verhindern, sehr hohe Anforderungen zu stellen sind. So muss sich das Tiefbauunternehmen vor Durchführung von Erdarbeiten an öffentlichen Straßenflächen bei den zuständigen Versorgungsunternehmen nach der Existenz und dem Verlauf unterirdisch verlegter Leitungen erkundigen. Wenn dies nicht weiter hilft, hat sich das Tiefbauunternehmen die erforderliche Gewissheit durch andere geeignete Maßnahmen - wie etwa durch Probebohrungen oder Handausschachtungen – zu verschaffen.

Allerdings bringt das OLG Brandenburg in seiner Entscheidung deutlich zum Ausdruck, dass die Anforderungen an die den Tiefbauunternehmen obliegenden Sorgfaltspflichten auch nicht überspannt werden dürfen. In dieser konkreten Fallkonstellation hatte das Tiefbauunternehmen bei dem kommunalen Wasserverband einen Schachtschein nebst Bestandsauskunft eingeholt. Aus diesem Plan ergab sich eindeutig nicht die Lage der beschädigten Wasserleitung. Nach Auffassung des OLG Brandenburg hatte das Tiefbauunternehmen keine über die eingeholte Bestandsauskunft hinausgehende Erkundungspflicht.

Danach kann ein Tiefbauunternehmen auf eine ihm antragsgemäß und kostenpflichtig mit dem

Schachtschein übersandte Bestandsauskunft insoweit vertrauen, als dass sich in den Bereichen, in denen keine Leitung ausgewiesen ist, auch keine Leitung befindet.

Auch kann nach Auffassung des OLG Brandenburg das von dem Verband verwendete Merkblatt, nach dem zwingend eine örtliche Einweisung durch dessen Mitarbeiter hätte erfolgen müssen, nicht den Umfang der Verkehrssicherungspflichten der Tiefbauunternehmen erweitern. Denn den Hinweisen in den Merkblättern komme kein Rechtsnormcharakter zu, mit dem eine Schadensersatzhaftung begründet werden könnte.

Das OLG Brandenburg bestätigt mit seiner Entscheidung, dass eine Einsichtnahme in die Bestandspläne des Versorgungsunternehmens dem Tiefbauunternehmen den erforderlichen Grad von Gewissheit über den Verlauf der unterirdisch verlegten Leitungen und Hausanschlüsse gebe.

Fazit:

Das OLG Brandenburg führt die ständige Rechtsprechung des BGH fort, dass Tiefbauunternehmen, die an öffentlichen Straßen Erdbauarbeiten durchführen, sich über die Lage und den Verlauf unterirdisch verlegter Versorgungsleitungen vergewissern müssen. Auch nach der Entscheidung des OLG Brandenburg können diese umfassenden Pflichten über die reine Auswertung von Plänen hinausgehen. Allerdings hat das OLG Brandenburg mit seiner Entscheidung die Sorgfaltspflichten insoweit begrenzt, als dass ein Tiefbauunternehmen nicht erkunden muss, ob in dem Bestandsplan nicht eingetragene Leitungen vorhanden sind. Vielmehr darf es auf die Richtigkeit des von dem zuständigen Versorgungsunternehmen übergebenen Bestandsplans vertrauen.



Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

(Noch) Keine Entschädigung bei witterungsbedingten Einflüssen

BGH, Urteil vom 20.04.2017 - VII ZR 194/13

Es ist vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen keine dem Auftraggeber obliegende erforderliche Mitwirkungshandlung im Sinne des § 642 BGB, während der Dauer des Herstellungsprozesses außergewöhnlich ungünstige Witterungseinflüsse auf das Baugrundstück in Form von Frost, Eis und Schnee, mit denen nicht gerechnet werden musste, abzuwehren.*)

Ein Auftragnehmer (AN) wird in 2009 unter Einbeziehung der VOB/B mit der Errichtung einer Autobahnbrücke beauftragt. Die Leistungen sollen am 15.05.2010 fertig gestellt sein. Anfang 2010 stellt sich eine außergewöhnlich lange Periode mit Frost, Eis und Schnee ein, die über den Durchschnittswerten der vorangegangenen 30 Jahre liegt. Der AN zeigt dem Auftraggeber (AG) die witterungsbedingte Einstellung der Bauarbeiten an. Am 08.03.2010 nimmt er die Leistungen wieder auf. Ein Nachtragsangebot des AN, mit dem er auch die Kosten für die Vorhaltung von Baustelleneinrichtung, Baustellengemeinkosten, Personal sowie wegen Unterdeckung der Allgemeinen Geschäftskosten in Höhe von etwa EUR 100.000 aufgrund der witterungsbedingten Verzögerung geltend macht, lehnt der AG ab. Der AN erhebt Klage und unterliegt vor dem LG und dem OLG. Mit seiner Revision verfolgt der AN seinen Anspruch weiter.

Ohne Erfolg in dieser konkreten Fallkonstellation. Die Parteien haben für den Fall, dass wegen außergewöhnlich ungünstiger Witterungseinflüsse eine Behinderung des AN vorliegt und eine Verlängerung der Ausführungsfristen gemäß § 6 Nr. 2 Abs. 1 c), Nr. 1 VOB/B erfolgt, keine Anpassung des Vergütungsanspruchs vereinbart. Auch § 642 BGB, der einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch des AN bei Annahmeverzug des AG regelt, kam hier nicht in Betracht. Nach dieser Vorschrift kann eine angemessene Entschädigung verlangt werden, wenn der AG eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlässt, die bei der Herstellung des Werks erforderlich ist, und hierdurch in Verzug der Annahme gerät. Voraussetzung ist eine erforderliche Mitwirkungshandlung des AG bei der Herstellung des Werks. Mitwirkungshandlungen des AG sind dabei in einem weiten Sinn zu verstehen und können sowohl in einem Tun als auch in einem Unterlassen bestehen. Maßgebend ist, dass ohne die Mitwirkung des AG die Herstellung des Werks nicht erfolgen kann. Ob dem AG eine erforderliche Mitwirkungshandlung in diesem Sinne obliegt, kann nur anhand des Vertrags der Parteien ermittelt werden. Art und Umfang der dem AG obliegenden erforderlichen Mitwirkungshandlung sind danach durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien gemäß §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Art und Beschaffenheit des vom AN herzustellenden Werks und der

vom AN übernommenen Leistungspflichten, zu bestimmen; daneben kann auch die Verkehrssitte von Bedeutung sein.

Nach diesen Maßstäben hat der AG keine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlassen. Allerdings ergibt sich aus dem Umstand, dass die Parteien als herzustellendes Werk die Errichtung einer Autobahnbrücke vereinbart haben, im Wege der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB, dass der AG als erforderliche Mitwirkungshandlung des AN das betreffende Baugrundstück während des Herstellungsprozesses für die Erbringung der vereinbarten Leistungen zur Verfügung zu stellen hatte. Hieraus ergibt sich ferner, dass der AG grundsätzlich auch gehalten war, das Baugrundstück in einer Weise zur Verfügung zu stellen, dass der AN die von ihm geschuldeten Leistungen erbringen konnte, mithin etwa erforderliche Vorarbeiten, die nicht vom AN zu leisten waren, rechtzeitig durchgeführt wurden. Indes kann dem Vertrag nicht entnommen werden, dass es dem AG oblag, für die Dauer des Herstellungsprozesses zugrunde zu legenden äußeren Einwirkungen in Form von Frost, Eis und Schnee auf das zur Verfügung gestellte Baugrundstück abzuwehren. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass die Verhinderung dieser Einwirkungen für eine Fortführung der Bauausführung erforderlich gewesen wäre. Eine ausdrückliche Regelung zu einer derartigen Mitwirkungshandlung haben die Parteien nicht getroffen. Sie kann dem Vertrag unter Berücksichtigung des Verständnisses einer redlichen Partei auch nicht konkludent entnommen werden. Bei Frost, Eis und Schnee handelt es sich um Umstände, die von keiner Partei beeinflusst werden können. Darüber hinaus ist es auch tatsächlich oder zumindest mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln nicht möglich, diese Einwirkungen auf das Baugrundstück durch Schutzmaßnahmen in einer Weise auszuschließen, dass die Erbringung der anstehenden Leistungen des AN möglich gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund verbietet sich die Annahme, eine hierauf gerichtete Mitwirkungshandlung des AG ergebe sich im Wege der Auslegung auch ohne ausdrückliche Regelung konkludent aus dem Vertrag.

Fazit:

Auch wenn der AN hier mit seinem Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB unterlag, enthält die Entscheidung des BGH für die Zukunft einen wesentlichen Hinweis. Wenn es tatsächlich oder mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln nicht möglich ist, die hindernden Einwirkungen auf das Baugrundstück durch Schutzmaßnahmen in einer Weise auszuschließen, dass die Erbringung der anstehenden Leistungen des AN möglich sind, muss umgekehrt gelten, dass eine Entschädigung nach § 642 BGB in Betracht kommt, wenn solche Maßnahmen durch den AG tatsächlich möglich sind und mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln erreicht werden können, der AG aber solche Maßnahmen nicht ergriffen hat. Dies gilt etwa für entstandene Unwetterschäden, die der AG nicht beseitigt und durch die der AN außerstande gesetzt wird, seine Leistungen weiter auszuführen. Das muss auch für die Schutzmaßnahmen gelten, die der AG vor angekündigten ungewöhnlichen Witterungseinflüssen in zumutbarer Weise erbringen kann. Dann allerdings muss vor dem Ereignis eine den Annahmeverzug begründende (Behinderungs-) anzeige gemäß §§ 293 ff. BGB des AN in die Zukunft gerichtet sein.



Pascal Göpner, Köln

Die Höhe des Entschädigungsanspruchs aus § 642 BGB bestimmt sich nach der Vergütung, die dem Unternehmer durch den Annahmeverzug des Bestellers im Verzugszeitraum entgeht, umfasst jedoch nicht entgangenen Gewinn und Wagnis

LG Memmingen, Urteil vom 08.02.2017 – 1 HK O 1976/12

Das Landgericht Memmingen hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Generalunternehmer von seinem Nachunternehmer nach § 642 BGB wegen Bauablaufstörungen in Anspruch genommen wurde.

Bei beiden Parteien handelt es sich um Baufirmen, die sich an einer Ausschreibung für das Bauvorhaben "Staatliche Realschule mit Dreifach-Sporthalle und angebaute Einfach-Sporthalle in M." beteiligten. Den Zuschlag für den Gesamtauftrag erhielt die Beklagte, die anschließend die Klägerin mit Bauvertrag vom 02.02.2009 für dieses Bauvorhaben mit der Herstellung verschiedener Außensportanlagen beauftragte. Die Klägerin legte ihrer Kalkulation Zuschläge zugrunde auf Lohnkosten, Materialkosten, Gerätekosten und Fremdleistungen in Höhe von 10% für allgemeine Gemeinkosten, 3% für Wagnis, 2% für Gewinn und auf die Lohnkosten, Materialkosten und Gerätekosten außerdem einen Zuschlag von 10% für Baustellengemeinkosten. Aufgrund von nicht erbrachten Vorleistungen vereinbarten die Parteien einvernehmlich den 03.06.2009 als neuen Baubeginn. Die Klägerin begann mit den Bauarbeiten entsprechend am 03.06.2009. In der Zeit vom 03.06.2009 bis einschließlich 03.07.2009 konnte die Klägerin einen Teil der Leistungen erbringen. Es kam jedoch zu weiteren Behinderungen. Von der ursprünglich im Jahr 2009 geplanten Bauleistung konnte die Klägerin aufgrund der Behinderung im Zeitraum vom 06.07. bis 07.08.2009 einen Betrag von 56.331,76 Euro nicht mehr im Jahr 2009 gegenüber der Beklagten abrechnen. Die Klägerin konnte im Zeitraum vom 06.07.2009 bis 07.08.2009 keinen zusätzlichen Auftrag akquirieren und auch keine Arbeiten aus bestehenden Aufträgen vorziehen. Die Klägerin macht eine Entschädigung für den Zeitraum vom 06.07.2009 bis 07.08.2009 geltend, weil sie in diesem Zeitraum andere Bauleistungen im Wert von netto 201.506,14 Euro eingeplant habe, die sie wegen der Behinderungen durch die Beklagte nicht habe erbringen können.

Das Landgericht Memmingen meint: Teilweise zu Recht! Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Entschädigung gemäß § 642 BGB wegen nutzlos aufgewandter Arbeitskraft für den Zeitraum vom 06.07.2009 bis 07.08.2009 zu. Nach § 642 Abs. 1 BGB komme ein Entschädigungsanspruch des Unternehmers in Betracht, wenn sich der Besteller deshalb in Verzug der Annahme befinde, weil er das Baugrundstück für die Leistung des Auftragnehmers nicht rechtzeitig aufnahmebereit zur Verfügung stelle. In dem vorliegenden Fall war der Auftragnehmer (die Klägerin) in der Lage,

nachzuweisen, dass der Auftraggeber (die Beklagte) das Baufeld nicht in einem für die Leistungen des Auftragnehmers aufnahmebereiten Zustand zur Verfügung gestellt hatte. Auch konnte der Auftragnehmer die Auswirkungen auf den Bauablauf schlüssig darstellen. Nach der Ansicht des Landgerichts bestimmt sich die Höhe der Entschädigung einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann. Nach der herrschenden Lehre sei für die Berechnung des Entschädigungsanspruchs nicht auf die schadensrechtliche Differenzhypothese zurückzugreifen, sondern zunächst die Vergütung zu bestimmen, die dem Unternehmer durch den Annahmeverzug des Bestellers im Verzugszeitraum entgangen sei sowie dem Abzug erstens der ersparten Aufwendungen und zweitens der Vorteile aus einer anderweitigen Verwendung der Arbeitskraft von dieser Vergütung. Im Rahmen dieser Bemessung der Entschädigung sei auf die infolge des Verzugs nicht erbrachten Soll-Leistungen abzustellen. Allgemeine Geschäftskosten seien zu berücksichtigen soweit sie in der jeweiligen Geschäftsjahresperiode nicht mehr erwirtschaftet werden könnten. Dies gelte auch für Baustellengemeinkosten soweit sie tatsächlich angefallen seien. Wagnis und Gewinn dagegen seien als reine Schadenspositionen nicht berücksichtigungsfähig.

Fazit:

Der Anspruchsinhalt, die Berechnungsmethode der Entschädigung sowie die Darlegungsanforderungen zur Anspruchsbegründung sind bei dem Entschädigungsanspruch des § 642 BGB nach wie vor in Literatur wie Rechtsprechung hoch umstritten. Nachdem bereits mit Urteil vom 10.01.2017 das Kammergericht Berlin sich ausführlich mit der Frage von Anspruchsinhalt und Anspruchshöhe zu befassen hatte und sich in ausdrücklichen Widerspruch 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) gesetzt hatte, liegt nun ein weiteres Urteil, diesmal des Landgerichts Memmingen vor, das sich nun erstmals mit den in der jüngeren Literatur in diesem Zusammenhang diskutierten Fragen ausführlich auseinandergesetzt hat.

Erfreulich ist insoweit für die ausführenden Unternehmen, dass der schadensrechtlichen Betrachtung eine eindeutige Absage erteilt wird. Ebenso positiv für die ausführenden Unternehmen ist, dass das Landgericht Memmingen die Allgemeinen Geschäftskosten grundsätzlich für ersatzfähig hält. Fraglich ist allerdings die Entscheidung, dass BGK – auch wenn diese als Zuschlagssätze kalkuliert werden – nur auf Nachweis zu berücksichtigen seien.

Spannend bleibt weiterhin die Frage, ob Wagnis und Gewinn ebenfalls zu entschädigen sind und ob die Entschädigung nur für den Zeitraum des Verzugs selbst zu gewähren ist. Hier setzt sich das Urteil des Landgerichts Memmingen in Kontrast zu dem Urteil des Kammergerichts vom 10.01.2017. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs steht in der Sache noch aus. Die Möglichkeit, sich umfassend mit Anspruchsgrund und -inhalt sowie mit der Rechtsfolge zu beschäftigen, besteht. Wie bereits in der Ausgabe 01/2017 berichtet, wird beim Bundesgerichtshof zur Zeit die Revision zu dem Urteil des Kammergerichts vom 10.01.2017 – 21 U 14/16 geführt. Eine Entscheidung bleibt mit Spannung abzuwarten.

Auftragnehmern ist daher dringend zu raten, dass im Falle fehlender Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers – insbesondere in Fällen in denen die Behinderung darin liegt, dass das Baufeld nicht in dem zur Leistungserbringung erforderlichen Zustand zur Verfügung gestellt wird – neben einer Behinderungsanzeige stets auch eine Inverzugsetzung des Auftraggebers hinsichtlich der unterlassenen Mitwirkungshandlung erfolgt und die eigene Leistungsbereitschaft dokumentiert wird. Auch sollten grundsätzlich – bis eine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt – alle

Kostenbestandteile in vollem Umfang geltend gemacht werden.