

Neues zum Baurecht 04/2018



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 4. 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 Veranstaltungen aufmerksam machen:

- **7. Berliner Brandschutztreff am 15.11.2018**
- **Seminar "Bauen mit der Bahn" am 06.12.2018 in Berlin**

Wir wünschen eine spannende Lektüre!

Themen

Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

DIN-Normen sind nicht immer anerkannte Regeln der Technik!

Dr. Birgit Franz, Köln

Das Ende des Grundsatzes "guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis"?!

Deborah Koch, Hamburg

OLG Hamm hält an Korbion'scher Preisformel fest!

Dr. Eva-D. Leinemann, LL.M., Notarin, Berlin

Der Auftragnehmer muss die Abnahmefähigkeit der Leistung nicht gesondert nachweisen.

Jasmin Petersen, Hamburg

Sorgfaltspflichten des Tiefbauunternehmens

Dr. Dirk-Fabian Lange, Berlin

Der Sachverständige muss im Berufungsverfahren erneut angehört werden wenn das Berufungsgericht dessen Gutachten anders als die Vorinstanz würdigen will

Hauke Meyhöfer, Hamburg

Verlängerung der Mängelgewährleistungsfrist durch einseitige Ergänzung des Auftraggebers im Abnahmeprotokoll

P. Anush Rienau, Hamburg

Die eigenmächtige Abweichung von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit führt stets zum Vorliegen eines Mangels

Danilo Rosendahl, Berlin

Rückzahlungsansprüche des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer verjähren auch ohne Abnahme und Schlussrechnungslegung!

Niklas Kröger, München

Bauleitender Architekt muss beauftragte Zusatzleistung bezahlen!



Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

DIN-Normen sind nicht immer anerkannte Regeln der Technik!

OLG Nürnberg, Urteil vom 06.08.2015 - 13 U 577 /12

BGH Beschluss vom 21.03.2018 – VII ZR 288/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

1. Wird der Architekt mit der Planung eines Parkhauses beauftragt, ist seine Leistung mangelhaft, wenn das Parkhaus aufgrund des von ihm zur Ausführung vorgesehenen Betons nicht tausalz- und frostbeständig ist. 2. Sind zu Beginn der Planungszeit zahlreiche Publikationen bekannt, die auf die speziellen Anforderungen des zu planenden Bauwerks und die Auswahl des Betons eingehen, können konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die zum Zeitpunkt der Planung relevante DIN-Norm hinter den anerkannten Regeln der Technik zurückbleibt. 3. Kommt es zu einem planungsbedingtem Baumangel, haftet für diesen Mangel - neben dem Architekten - auch der Auftragnehmer. Der Auftraggeber muss sich jedoch das Planungsverschulden "seines" Architekten anspruchsmindernd zurechnen lassen.

Die Klägerin als Auftraggeberin (AG) forderte von der mit der Planung und Ausschreibung beauftragten Architektin Schadensersatz für die mangelhafte Betonoberfläche einer im Jahr 2001 geplanten und errichteten Parkhauserweiterung. Eine Beschichtung des Bodens wurde auf Wunsch der AG nicht vorgenommen. Die Architektin wies auf etwaige Risiken durch eine fehlende Oberflächenbeschichtung hin. Bereits im ersten Winter nach der Errichtung kam es zu Abplatzungen und Rissbildungen auf der Betonoberfläche.

Das OLG Nürnberg hat entschieden, dass die Planung des Architekten, die vorsah, dass zu errichtende Bauwerk ohne eine Beschichtung der Betonoberfläche im Leistungsverzeichnis auszuschreiben, grundsätzlich einen werkvertraglichen Mangel begründet. Das Erfordernis Parkdecks mit einer geeigneten Beschichtung und daher mit einem zusätzlichen Oberflächenschutz zu versehen war zwar erst in der nachvertraglichen Ausgabe Juli 2001 der DIN 1045 geregelt worden, jedoch waren bereits zu Beginn der Planungszeit mehrere Publikationen veröffentlicht, die auf die spezielle Anforderungen der Nutzung und der konstruktiven Durchbildung eines Parkhauses eingingen und dabei insbesondere neben der Auswahl von Beton mit besonderen Eigenschaften eine Beschichtung der Oberflächen forderten. Der Senat schloss hieraus, dass sich deshalb konkrete Anhaltspunkte dafür ergaben, dass die zum Zeitpunkt der Planung relevante DIN 1045 (1988) hinter den für ein mangelfreies Werk beachtlichen anerkannten Regeln der Technik bereits zurückgeblieben waren.

Fazit

Gem. §§ 4 Abs. 2 Nr. 1 S. 2, 13 Abs. 1 S. 2 VOB/B schuldet der Auftragnehmer (AN) ein Werk, das

zum Zeitpunkt der Abnahme den anerkannten Regeln der Technik entspricht (OLG Köln, Urteil vom 23.10.2001 – 3 U 21/01). DIN-Normen können, müssen aber nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Ein AN sollte deshalb nicht blind die DIN-Vorgaben erfüllen. Liegen bis zur Abnahme mehrere Veröffentlichungen vor, die Maßnahmen fordern, die über die einschlägigen DIN-Norm hinausgehen, können konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die anerkannten Regeln der Technik verändert haben. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der AN von den Veröffentlichungen Kenntnis hat. Je mehr Veröffentlichungen in renommierten Fachzeitschriften erschienen sind und je eindeutiger dort von der „alten“ Vorgehensweise abgeraten wird, desto eher wird von einer Veränderung der anerkannten Regeln der Technik auszugehen sein. Dem AN ist deshalb zu raten, die einschlägigen Quellen im Auge zu behalten oder sich bei zuständigen Kammern/Innungen zu informieren und den Auftraggeber bis zur Abnahme auf ihn betreffende Veränderungen hinzuweisen. Die Mehrkosten, die zur Erreichung des veränderten, mangelfreien Zustands erforderlich sind, wird der AN vom AG verlangen können (vgl. Herchen, NZBau, 2007, 139, 141 ff.). Möchte der AG das Projekt, ohne Beachtung der neuen Erkenntnisse, weiterführen, hat der AN ihn über die Risiken, die bei unveränderter Fortführung des Werks bestehen, ausführlich aufzuklären. Will der AG danach immer noch am ursprünglichen Plan festhalten, liegt kein Mangel vor, da die insoweit im Einzelfall geltenden anerkannten Regeln der Technik dann konkludent abgedungen wurden (so auch OLG München, Urteil vom 26.02.2013 - 9 U 1553/12 Bau).



Dr. Birgit Franz, Köln

Das Ende des Grundsatzes "guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis"?!

KG, Urteil vom 10.07.2018 - 21 U 30/17 (nicht rechtskräftig)

Das Kammergericht Berlin (nachfolgend KG) hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem der klagende Generalunternehmer (nachfolgend GU) Restvergütung aus einem VOB/B-Vertrag wegen zusätzlicher Leistungen geltend macht.

Die Auftraggeber (nachfolgend AG) beauftragten den GU zu einer Pauschalvergütung in Höhe von netto EUR 84.033,61 mit der Sanierung eines Wohnhauses. Die Leistungen wurden am 13.10.2010 von den AG abgenommen. Unter dem 28.04.2011 legte der GU die Schlussrechnung. Mit dieser Rechnung begehrt er die vertraglich vereinbarte Pauschalvergütung sowie weitere netto EUR 32.742,95 für zusätzlich erbrachte Leistungen. Abzüglich der erhaltenen Zahlungen und eines Mängeleinbehalts von 5 % ermittelte er eine offene Vergütung von brutto EUR 46.773,40. Diese macht der GU klageweise geltend. Das erstinstanzlich befasste Landgericht Berlin gab der Klage lediglich in einer Höhe von EUR 7.787,29 zzgl. Zinsen statt, da dem GU über die Pauschalvergütung hinaus keine weitere Vergütung zustehe. Hiergegen wendet sich der GU mit seiner Berufung.

Entscheidung

Teilweise mit Erfolg! Das KG spricht dem GU einen Vergütungsanspruch in Höhe von EUR 17.098,59 zu. Das KG ist der Ansicht, dass dem Kläger nach Auslegung des Vertrages und der von den Parteien vor und bei Vertragsschluss abgegebenen Erklärungen ein Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B für die änderungsbedingten Mehrkosten zustehe. Für die Berechnung der dem Kläger zustehenden Mehrvergütung gelte Folgendes:

„Ausgangspunkt sind nach § 2 Abs. 5 VOB/B somit die Mehrkosten (im Folgenden auch: "Kosten M" oder "M"), die dem Unternehmer durch die Leistungsänderung entstehen. Sie sind zu ermitteln durch einen Vergleich der Kosten, die dem Unternehmer bei Ausführung der ursprünglich vereinbarten Leistungen entstanden wären (im Folgenden auch: "Kosten alt", "Kosten A" oder "A") mit den Kosten, die ihm durch die Leistungsänderung entstehen (im Folgenden auch: "Kosten neu", "Kosten N" oder "N").

Es gilt also: $M = N - A$

Bei den Kosten N handelt es sich um diejenigen Kosten, die dem Unternehmer tatsächlich aufgrund der Leistungsänderung entstanden sind, bei den Kosten A um diejenigen, die dem Unternehmer tatsächlich entstanden wären, wenn die Leistung nicht geändert worden wäre.“

Die Kalkulation der ursprünglich vereinbarten Vergütung habe für die Preisermittlung nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B nur die Bedeutung eines Hilfsmittels. Wenn die Kalkulation die tatsächlichen Kosten des Unternehmers nicht zutreffend wiedergebe oder hierüber Streit zwischen den Parteien bestünde, so komme es für die Ermittlung der Mehrkosten nach der Formel $M = N - A$ nicht auf die kalkulierten, sondern die tatsächlichen Kosten an. Grund hierfür sei, dass nachträgliche Leistungsänderungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in der Regel nicht antizipiert werden, so dass der Kalkulation regelmäßig nichts entnommen werden könne. In der Konsequenz können die Kosten N nicht der Kalkulation des Vertragspreises entnommen werden.

Nach Ermittlung der tatsächlichen Mehrkosten ist die Berechnung des Mehrvergütungsanspruchs nach Ansicht des KG noch nicht abgeschlossen. Insbesondere wenn die Vergütung des Unternehmers, auf die sich die Parteien des Bauvertrags geeinigt haben, über die Kostendeckung hinaus einen weiteren Betrag enthält, den der Unternehmer zur Deckung seiner Allgemeinen Geschäftskosten und seines Gewinns verwenden kann, sei ein entsprechender Zuschlag auch beim Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B gerechtfertigt. Denn in diesem spiegle sich das Verhandlungsergebnis wieder, das zu dem Vertrag geführt habe und das dem Unternehmer auch bei Leistungsänderungen erhalten bleiben solle.

Nach Ansicht des KG gilt dieses Prinzip auch in dem Fall, in dem der Unternehmer seine Preise nicht auskömmlich kalkuliert hat. So stehe dem Unternehmer gemäß § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B im Falle einer Leistungsänderung immer – auch bei einer Unterkalkulation – ein Mehrvergütungsanspruch zu, der sich auf seine Mehrkosten zuzüglich eines angemessenen Zuschlags zur Deckung seiner Allgemeinen Geschäftskosten und seines Gewinns belaufe. Denn der Unternehmer werde gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B dazu verpflichtet, geänderte Leistungen auszuführen, die nicht beauftragt waren. In der Konsequenz müssten ihm zumindest die dadurch entstandenen Kosten als Mehrvergütung erstattet werden. Der Senat resümiert:

„Die zur Rechtfertigung der Fortschreibung nicht auskömmlicher Preise mitunter herangezogene Formel "guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis" gibt deshalb in ihrem zweiten Halbsatz nach der Auffassung des Senats die Rechtslage nach der VOB/B nicht zutreffend wieder.“

Fazit

Das Urteil ist zu begrüßen. Es schließt sich der seit langem von der Verfasserin vertretenen Auffassung an (siehe nur BauR 2012, 380 ff.), wonach der Unternehmer nicht verpflichtet sein kann, unterdeckte Preise für geänderte oder zusätzliche Leistungen fortzuschreiben, sondern die tatsächlich entstehenden Mehrkosten beanspruchen kann, denen im Falle der Leistungsänderung die tatsächlich ersparten Minderkosten gegenüberzustellen sind. Auch das Urteil des BGH vom 14.03.2013 - VII ZR 142/12 ist in dem vom KG entschiedenen Sinn zu lesen, wenn dort ausgeführt wird, dass bei der Ermittlung der Vergütung im Falle einer geänderten Leistung eine Gesamtschau erfolgen müsse, mit der sichergestellt wird, dass der Auftragnehmer durch die Leistungsänderung keine Nachteile in Kauf nehmen muss. So sei es allgemein anerkannt, dass dem Auftragnehmer jedenfalls die Deckungsbeiträge für den Gewinn aus dem ursprünglich geschlossenen Vertrag erhalten bleiben müssen. Schon dies verbietet es, nicht auskömmlich kalkulierte Preise für Leistungsmodifikationen fortzuschreiben. Denn hierdurch würde der sich im Falle der Abwicklung des Hauptvertrages ohne Leistungsmodifikationen ergebende Gewinn abgeschmolzen.

Das Kammergericht hat die Revision zum Bundesgerichtshof ausdrücklich zugelassen. Man darf daher gespannt sein, ob der BGH der Fortschreibung unterkalkulierter Preise endlich eine Absage

erteilt.



Deborah Koch, Hamburg

OLG Hamm hält an Korbion'scher Preisformel fest!

OLG Hamm, Urteil vom 09.05.2018 – 12 U 88/17

Hat ein Auftragnehmer eine Leistungsposition mit einem geringeren Einheitspreis angeboten, als ihm selbst vom Nachunternehmer angeboten worden ist, so entspricht es dem Grundverständnis von § 2 Abs. 5 VOB/B, diesen kalkulierten Verlust betragsmäßig auf den Preis der geänderten Leistung fortzuschreiben.

Die Klägerin (AN) macht gegenüber der Beklagten (AG) Vergütung für Rodungsarbeiten nach Änderung der vertraglich vereinbarten Leistung geltend. Während der Bauausführung ordnete der AG gegenüber dem AN in Abweichung zum ursprünglichen Bausoll an, vor dem Durchfräsen die ersten 10 cm des Mutterbodens getrennt aufzunehmen und zu verwerten. Nach Durchführung und Abnahme der Arbeiten stellte der AN dem AG die Leistungen in Rechnung. Die aus der Änderungsanordnung des AG resultierende Nachtragsforderung des AN in Höhe von ca. EUR 180.000,00 ist dem Grunde nach sowie hinsichtlich der erbrachten Menge zwischen den Parteien unstrittig. Die Parteien streiten lediglich über die Berechnung des Einheitspreises der geänderten Leistung.

Hintergrund der unterschiedlichen Auffassungen über die Preisbildung ist, dass der AN in der ursprünglichen Angebotskalkulation den angebotenen Einheitspreis seines Nachunternehmers (NU) von EUR 0,38 auf EUR 0,13 reduziert hatte. Dadurch ergab sich ein von dem AN kalkulierter Verlust in Höhe von ca. EUR 31.000,00. Der AG wendet ein, im Wege der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung sei der Verlust durch das Vertragspreisniveau von vorliegend 34,2% fortzuschreiben, so dass sich der vom AN kalkulierte Verlust durch die prozentuale Fortschreibung der Nachtragsleistungen auf ca. EUR 110.000,00 belaufe. Der AN dagegen will den kalkulierten Verlust nur betragsmäßig, d. h. mit ca. EUR 31.000,00, gegen sich gelten lassen. Mit Erfolg!

Das OLG Hamm führt unter Bezugnahme auf den BGH (IBR 2013, 261) aus, dass maßgebend für die Kostenermittlung im Rahmen des § 2 Abs. 5 VOB/B sei, wie der AN die Preise kalkuliert hätte, wenn ihm die Leistungsänderung von Anfang an bekannt gewesen wäre. Die Ermittlung der Vergütung für eine geänderte Leistung erfolgt daher in der Weise, dass – soweit möglich – an die Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft wird. Zudem sei eine Bezugsposition heranzuziehen, wenn die Auftragskalkulation die Kostenelemente nicht enthält, die aufgrund der Änderung der Leistung nunmehr für die Preisbildung maßgebend sind.

Zwar lehnt das OLG Hamm eine prozentuale Fortschreibung des vom AN kalkulierten Verlustes ab, jedoch führt es aus, dass der AN bei der Kalkulation ein konkretes Gewinn- und Verlustrisiko

übernommen hat, welches zumindest betragsmäßig fortzuschreiben sei.

Nach dem Verständnis des OLG Hamm soll § 2 Abs. 5 VOB/B sicherstellen, dass das im Wettbewerb erzielte Preisniveau auch für Nachtragsforderungen erhalten bleibt, der AN also grundsätzlich über den Nachtrag weder einen nicht kalkulierten zusätzlichen Gewinn erzielen noch einen zusätzlichen Verlust erleiden soll. Dies gelte auch für Gewinne und Verluste aus NU-Vergaben (vgl. OLG Dresden, IBR 2013, 262).

Fazit

Das OLG Hamm lehnt eine prozentuale Fortschreibung von kalkulierten Gewinnen und Verlusten im Rahmen von § 2 Abs. 5 VOB/B zu Recht unter Bezugnahme auf die Entscheidung des OLG Dresden (IBR 2013, 262) ab. Es stellt jedoch nochmals grundsätzlich klar, dass auch vom AN kalkulierte Verluste betragsmäßig auf den Preis der geänderten Leistung fortzuschreiben seien und hält damit ausdrücklich an der Korbion'schen Preisformel („*Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis*“) fest.

Das KG hat jüngst mit Urteil vom 10.07.2018, 21 U 30/17 diese Fortschreibung von Nachträgen für den „schlechten Preis“ gekippt. Das KG stellt vielmehr auf die tatsächlichen Mehrkosten des AN ab, solange diese Mehrvergütung marktüblich sei. Auch wenn der AN mit einem schlechten Preis kalkuliert hat, erhält er nach Auffassung des KG nach § 2 Abs. 5 VOB/B mindestens die Mehrkosten, die ihm aufgrund der Änderung entstanden sind zuzüglich eines angemessenen Zuschlags zur Deckung seiner allgemeinen Geschäftskosten und seines Gewinns (in Höhe von 5 %).

Es bleibt spannend, wie sich der BGH hierzu zukünftig positionieren wird. Die Auffassung des OLG Hamm sowie der ganz herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung deckt sich jedenfalls mit den Überlegungen des Gesetzgebers zur Anpassung der Vergütung bei angeordneten Änderungen des Vertrages gemäß § 650c Abs. 1 BGB (vgl. BT-Drucksache 18/85, 56).



Dr. Eva-D. Leinemann, LL.M., Notarin, Berlin

Der Auftragnehmer muss die Abnahmefähigkeit der Leistung nicht gesondert nachweisen.

Kammergericht Berlin (KG), Urteil vom 15. Mai 2018, 21 U 90 / 17

Die Käuferin einer Eigentumswohnung (Auftraggeberin) verklagte ihren Bauträger (Auftragnehmer) aus einem notariellen Bauträgervertrag auf Schadensersatz wegen der verzögerten Übergabe der Wohnung. Die Fertigstellung war bis zum 30.04.2012 vereinbart. Am 03.04.2012 führten die Parteien einen Termin durch, bei dem die Abnahme wegen Mängeln verweigert wurde. Auch am 15.06.2012 wurde die Abnahme erneut verweigert. Vor allem die ordnungsgemäße Verlegung des Pakets war umstritten. Die Parteien vereinbarten die Erstellung eines Gutachtens durch einen Sachverständigen. Dabei erklärte die Auftraggeberin am 20.06., dass sie die Abnahme rückwirkend zum 15.06. erklären wolle, wenn der Gutachter feststelle, dass keine Mängel am Parkett vorliegen. Der Gutachter fand kleinere Mängel, die sofort bis zum 20.07. beseitigt wurden. Er wies auch darauf hin, dass dann, wenn erhöhter Schallschutz nach dem Vertrag zu erbringen gewesen sei, unter die Sockelleisten ein Entkoppelungsstreifen hätte eingebaut werden müssen. Die Erwerblerin verweigerte auch auf Aufforderung weiterhin die Abnahme und forderte den Nachweis, dass die Vorgaben für einen erhöhten Schallschutz nach Beiblatt 2 der DIN 4109 eingehalten seien.

Das KG stellt fest, dass ab dem 20.07.2012 eine abnahmereife Leistung vorlag, weil die vom Sachverständigen festgestellten Mängel behoben waren. Eine Abnahmereife scheitert nicht daran, dass der Unternehmer kein Gutachten oder keinen Prüfbericht vorlegt, wodurch die Einhaltung des Schallschutzes dokumentiert wird. Der Auftragnehmer schuldet im Rahmen der Errichtungspflicht grundsätzlich nur die Erbringung der vertragsgerechten Leistung. Aus dem Gesetz ergibt sich nicht, dass er zusätzlich auch einen Nachweis dafür erbringen müsste, dass er die (sonstigen) vertraglichen Vorgaben eingehalten hat. Im Abnahmetermin hat der Auftraggeber die Gelegenheit, die Leistung zu prüfen, wenn er dies möchte. Er ist damit in der Verpflichtung, bei nicht an konkreten Mängeln festzumachenden Besorgnissen die Werkleistung selbst untersuchen zu veranlassen. Er kann deswegen bei der Abnahme einen entsprechenden Vorbehalt in das Abnahmeprotokoll aufnehmen lassen. Eine Nachweispflicht des Unternehmers kann nur dann bestehen, wenn dies im Vertrag vereinbart wurde.

Praxishinweis

Hat ein Auftraggeber nur den Verdacht, dass Mängel vorliegen könnten, berechtigt dies nicht zur Abnahmeverweigerung und der Unternehmer muss auch keine vertraglich nicht vereinbarten Nachweise führen, um solche "Mangelbefürchtungen" auszuräumen. Nach neuem Bauvertragsrecht

kann der Auftraggeber immerhin noch den Eintritt der stillschweigenden Abnahmewirkungen nach § 640 Abs. 2 BGB auch dadurch verhindern, dass er die Abnahme unter Berufung auf einen sich später als nicht bestehend herausstellenden Mangel verweigert. Führen die Parteien aber einen Abnahmetermin durch, kann wegen unwesentlicher Mängel oder wegen Mängelbefürchtungen die Abnahme nicht verweigert werden, § 640 Abs. 1 S. 2 BGB.



Jasmin Petersen, Hamburg

Sorgfaltspflichten des Tiefbauunternehmens

OLG Köln, Urteil vom 27.12.2017, 16 U 56/17

Ein Tiefbauunternehmen, das im Bereich von öffentlichen Straßen und Wegen Bohrungen und Grabungen vornimmt, muss sich vor Beginn seiner Arbeiten zuverlässig erkundigen, ob bzw. wo dort Versorgungsleitungen verlegt sind. Das gilt auch dann, wenn das Tiefbauunternehmen lediglich als Nachunternehmer einer größeren Firma tätig wird.

Ein Tiefbauunternehmen führte als Nachunternehmer Horizontalbohrungen im Wege des Spülbohrverfahrens durch und beschädigte dabei vier Kabelschutzrohre sowie zwei Lichtwellenleiterkabel eines Versorgungsträgers. Der Versorgungsträger machte Schadensersatzansprüche sowohl gegen den Hauptunternehmer als auch gegen den Nachunternehmer mit der Begründung geltend, diese hätten sich nicht hinreichend über die im Boden befindlichen Versorgungsleitungen informiert. Die beiden Unternehmer erwiderten, dass die beschädigte Versorgungsleitung in den bauseits zur Verfügung gestellten Lageplänen nicht enthalten war. Der Nachunternehmer wendet zudem ein, er sei nicht beauftragt worden, vorhandene Kabel selbst zu orten und habe sich insofern auf die vorgelegten Pläne verlassen dürfen. Nachdem das Landgericht Köln (Urteil vom 28.03.2017, 5 O 488/13) beide Unternehmer gesamtschuldnerisch verurteilt hatte, reichten diese Berufung beim OLG Köln ein.

Ohne Erfolg. Das OLG Köln hat das Urteil des Landgerichts bestätigt. Sowohl Hauptunternehmer als auch Nachunternehmer haften gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten. Ein Tiefbauunternehmen, das im Bereich von öffentlichen Straßen und Wegen Bohrungen und Grabungen vornimmt, muss sich vor Beginn seiner Arbeiten zuverlässig erkundigen, ob bzw. wo dort Versorgungsleitungen verlegt sind (vgl. BGH Urteil vom 20.04.1971, VI ZR 232/69). Die wesentliche Bedeutung von Strom-, Gas-, Wasser- und Telefonleitungen sowie weiterer Versorgungsleitungen, deren Beschädigungen erhebliche Auswirkungen auf die Allgemeinheit und die Wirtschaft haben und zu gefährlichen Situationen führen können, macht ein äußerst vorsichtiges Vorgehen notwendig. Im Einzelfall muss sich auch ein Tiefbauunternehmer, der lediglich als Subunternehmer einer größeren Firma tätig wird, zuverlässige Kenntnis vom Verlauf der Versorgungsleitungen verschaffen und darf sich nicht auf die Anweisung Dritter oder seines Auftraggebers verlassen (vgl. OLG Köln, Urteil vom 07.05.2014, 16 U 135/13). Dies gilt auch dann, wenn Planunterlagen eines Dritten bereits vorliegen und sich aus den Umständen Bedenken gegen die Richtigkeit und/oder Vollständigkeit der überlassenen Planunterlagen ergeben (vgl. OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 09.02.1995, 1 U 163/93). So liegt der Fall hier. Die bauseits überlassenen Pläne enthielten lediglich die Leitungen eines einzigen Versorgungsunternehmens. Dies hätte beim

Nachunternehmer den Verdacht auf die Unvollständigkeit der Planunterlagen erwecken müssen. Der Hauptunternehmer haftet ebenfalls gemäß § 823 Abs. 1 BGB. Angesichts der Bedeutung der Verkehrssicherung im Bereich des Tiefbaus war es erforderlich, im Rahmen einer Einweisung die schadensvermeidende Ausführung der Arbeiten dem ausführenden Unternehmen eindeutig und konkret zu beschreiben und die eingeholten Informationen bezogen auf die konkreten Örtlichkeiten vollständig weiterzugeben. Diese Pflicht ist durch den Hauptauftraggeber nicht vollständig erfüllt worden.

Fazit

Die Messlatte für die Sorgfaltspflicht im Tiefbau liegt hoch. Ein Tiefbauunternehmen sollte sich nicht auf Unterlagen und Anweisungen eines Auftraggebers verlassen. Es ist ratsam, sich als beauftragtes Tiefbauunternehmen die Informationen über den Verlauf der Leitungen dort zu verschaffen, wo die entsprechenden Unterlagen vorhanden sind: bei den zuständigen Versorgungsunternehmen.



Dr. Dirk-Fabian Lange, Berlin

Der Sachverständige muss im Berufungsverfahren erneut angehört werden wenn das Berufungsgericht dessen Gutachten anders als die Vorinstanz würdigen will

BGH, Beschluss vom 18.07.2018 - VII ZR 30/16

Im Zuge eines Sanierungs- und Umbauvorhabens wurde ein Architekt (B1) mit der Erbringung von Planungsleistungen der Leistungsphasen 1-7 HOAI beauftragt. Ein Statiker (B2) erhielt den Auftrag, für das Bauvorhaben verschiedene statischer Berechnungen durchzuführen. Gegenstand des Bauvorhabens war die Sanierung eines historischen Gebäudes und der Einbau von zwei Garagenräumen in das Kellergeschoss des Hinterhauses dieses Gebäudes. Dazu musste die Kelleraußenwand durchbrochen werden. Die Bauarbeiten wurden von einem Bauunternehmen (S-AG) ausgeführt, das sich wiederum zahlreicher Nachunternehmer bediente.

Für den Einbau der Garagenräume durchstieß eine Nachunternehmerin der S-AG die Kelleraußenwand mit sechs Kernbohrungen. Die Bohrlöcher wurden mit einem Durchmesser von etwa 45 cm in einem Abstand von je einem Meter in einer waagerechten Reihe ausgeführt. Erst mehrere Tage nach Herstellung der Bohrlöcher schob die S-AG jeweils einen Doppel-T-Träger durch die Bohrlöcher und legte diese auf Baustützen auf. Der Errichtung dieses Baubehelfs lagen keine planerischen Vorgaben der B1 zugrunde. Die B2 hatte auf Bitten des Bauleiters der S-AG berechnet, welche Tragkraft die Doppel-T-Träger haben müssten, um das Gewicht der Gebäudeaußenwand zu tragen. Kurz nach der Einführung der Doppel-T-Träger stürzte die Außenwand des Seitenhauses einschließlich der Geschosdecken und des Dachstuhls ein.

Der Bauherr nahm daraufhin B1 und B2 auf Schadensersatz i. H. v. EUR 301.284,36 in Anspruch. Die S-AG trat dem Rechtsstreit als Streithelferin bei. Das erstinstanzliche Gericht verurteilte B1 zu einer Zahlung von 197.603,07 € nebst Zinsen sowie B1 und B2 als Gesamtschuldner zur Zahlung weiterer EUR 98.801,53 nebst Zinsen. Das erstinstanzliche Gericht hatte nach Anhörung des Sachverständigen eine Pflichtverletzung des B2 darin gesehen, dass dieser nicht auf die mangelnde Eignung des zur Anwendung kommenden Baubehelfs (auf Baustützen abgelegte Doppel-T-Träger) hingewiesen hatte.

Das Berufungsgericht wies auf Berufung von B1 und B2 die Klage unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung ab. Es stützte sich dabei – ebenso wie die Eingangsinstanz – auf das erstinstanzlich eingeholte Sachverständigengutachten. Nach Auffassung des Berufungsgerichts folgte aus dem Sachverständigengutachten, dass der Gebäudeeinsturz allein durch ein von der Nachunternehmerin angewendetes ungeeignetes Bohrverfahren verursacht worden war. Auf die

Nichteignung der nachfolgend zur Anwendung gekommenen Abstützung mittels Doppel-T-Träger kam es nach dieser Interpretation des Sachverständigengutachtens nicht mehr an. Das Berufungsgericht nahm diese Neubewertung des erstinstanzlich erstellten Gutachtens vor, ohne den Gutachter erneut anzuhören.

Der BGH entschied auf die Nichtzulassungsbeschwerde des klagenden Bauherren, dass ein Berufungsgericht – will es die Ausführungen eines Sachverständigen anders würdigen als die Vorinstanz – den bereits erstinstanzlich angehörten Sachverständigen erneut befragen muss. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Gericht keine Umstände darlegt, warum es ausnahmsweise bereits aufgrund des Akteninhalts zu einem anderen Ergebnis als das erstinstanzliche Gericht kommen durfte.

Fazit

Ein Berufungsgericht, das ein erstinstanzlich erstelltes Sachverständigengutachten anders werten will als die Eingangsinstanz, muss den Sachverständigen in der Regel erneut befragen. Andernfalls ist das Recht des Betroffenen auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt.

Die Entscheidung dürfte auch auf den Zeugenbeweis und gemäß § 451 ZPO zudem auf die Parteivernehmung anwendbar sein; Will ein Berufungsgericht die protokollierte Aussage eines Zeugen oder einer Partei anders würdigen als die Vorinstanz, so hat es regelmäßig den erstinstanzlich vernommenen Zeugen bzw. die erstinstanzlich vernommene Partei erneut zu vernehmen (§ 398 Abs. 1 ZPO ggf. i.V.m § 451 ZPO).



Hauke Meyhöfer, Hamburg

Verlängerung der Mängelgewährleistungsfrist durch einseitige Ergänzung des Auftraggebers im Abnahmeprotokoll

Die Mängelgewährleistungsfrist wird durch einseitige Ergänzung des Abnahmeprotokolls durch den Auftraggeber verlängert, obwohl der Auftragnehmer einer derartigen Verlängerung tatsächlich nicht zustimmen wollte. Für die Wirksamkeit der Verlängerung reicht es vielmehr aus, dass der Auftraggeber – auch ohne entsprechenden Erklärungswillen – das Abnahmeprotokoll mit der Ergänzung unterzeichnet hat.

OLG Bamberg, Urteil vom 26.06.2018 – 5 U 99/15

Der Entscheidung liegt ein Fall zugrunde, in dem der Auftraggeber zur Erbringung von Rohbauarbeiten sowie Fassadenarbeiten mit Wärmeverbundsystem und Abdichtungsarbeiten für den Neubau eines Mehrfamilienhauses beauftragt war. In den Bauvertrag war unter anderem die VOB/B (Stand 2002) einbezogen worden. Hinsichtlich der Mängelansprüche sieht der Bauvertrag abweichend von der VOB/B eine Verjährungsfrist von fünf Jahren und für die Dachabdichtungsarbeiten eine Verjährungsfrist von zehn Jahren vor. Nach Fertigstellung und im Anschluss von Abnahmebegehungen unterzeichnete der Auftragnehmer ein Abnahmeprotokoll, welches – entgegen der Vereinbarung im Bauvertrag – eine verlängerte Gewährleistungsfrist von zehn Jahren auch für die Fassade und die Gebäudetrennfugen vorsieht. Nach Ablauf von fünf Jahren rügte der Auftraggeber Mängel an der Fassade und forderte den Auftragnehmer unter Bezugnahme auf die längere Gewährleistungszeit in dem – von dem Auftraggeber unterschriebenen – Abnahmeprotokoll zunächst unter Fristsetzung zur Nachbesserung auf. Nach fruchtlosem Fristablauf machte die Klägerin einen Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung geltend. Der Auftragnehmer erhob die Einrede der Verjährung.

Das Landgericht Coburg (Urteil vom 16.04.2015 – 1 HKO 30/14) wies die Kostenvorschussklage des Auftraggebers in erster Instanz ab mit der Begründung, dass dessen Ansprüche gemäß § 214 Abs. 1 BGB verjährt seien. Die Mängelgewährleistungsfrist habe gemäß Bauvertrag und vorvertraglicher Verhandlungen unstreitig nur fünf Jahre betragen. Die Angaben in dem Abnahmeprotokoll stellten keine Willenserklärungen der Parteien in Bezug auf die Fassade dar. Es sei davon auszugehen, dass dem Auftragnehmer bei Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls das grundsätzlich erforderliche Erklärungsbewusstsein gefehlt habe. Zudem könne sich die Klägerin nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht auf eine Vertragsänderung berufen, § 242 BGB.

Das OLG Bamberg gab der von dem Auftraggeber eingelegten Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil statt und verurteilte den Auftragnehmer zur Zahlung des begehrten Kostenvorschusses. Zur

Begründung führte das Oberlandesgericht an, dass der Anspruch nicht verjährt sei. Die Parteien hätten im Abnahmeprotokoll eine veränderte Gewährleistungsfrist vereinbart. Damit hätten sie Erklärungen abgegeben, die auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtet gewesen seien. Hintergrund sei die von den Parteien des Bauvertrages gewünschte Festlegung eines einheitlichen Beginns der Verjährungsfrist für die unterschiedlichen Gewerke gewesen. Schon deshalb handele es sich nicht um die bloße Wiederholung eines Datums; vielmehr hätten die Parteien ganz bewusst die Änderung der Gewährleistungsfrist herbeiführen wollen. Den Auftragnehmer entlaste es nicht, soweit er seine Unterschrift ohne nähere Prüfung auf das Abnahmeprotokoll gesetzt hat, weil er durch Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls der veränderten Gewährleistungsfrist zugestimmt habe.

Die Entscheidung überzeugt. Natürlich sind die in Abnahmeprotokollen aufgenommenen Erklärungen Willenserklärungen und keine bloßen Wissenserklärungen, mit denen eine Partei lediglich die Teilnahme an einem Abnahmetermin bestätigt. Die Abnahme selbst stellt eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Auftraggebers dar, mit der er die von dem Auftragnehmer erbrachte Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht und mangelfrei billigt und damit die von der Abnahme der Werkleistung abhängigen Rechtsfolgen, nämlich der Fälligkeit des Vergütungsanspruchs (§ 641 Abs. 1 Satz 1 BGB), dem Beginn der Mängelgewährleistungsfrist (§ 634a Abs. 2 BGB) und dem Gefahrübergang (§ 644 Abs. 1 Satz 1 BGB), in Gang setzt. Die Vertragsfreiheit gebietet es, im Zuge dieser Erklärung auch weitere Vereinbarungen mit der anderen Partei zu treffen oder auch nachträglich Änderungen an den ursprünglichen vertraglichen Regelungen vorzunehmen.



P. Anush Rienau, Hamburg

Die eigenmächtige Abweichung von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit führt stets zum Vorliegen eines Mangels

OLG München, Beschluss vom 03.08.2017 – 28 U 3844/16 Bau (Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen)

Das OLG München hatte einen Fall zu entscheiden, in dem unter anderem vom AN bei Abdichtungsarbeiten im Sockelbereich nicht wie im Leistungsverzeichnis vorgegeben, 1,5 mm dicke Abdichtungsfolien eingebaut wurden sondern lediglich 1,2 mm dicke Abdichtungsfolien. Der AG rügte dies als Mangel und verlangte den Komplettaustausch der Folie. Der AN wies die Mangelrüge mit der Begründung zurück, dass die eingebaute Folie gleichwohl für den Zweck technisch geeignet sei und jedenfalls der Komplettaustausch unverhältnismäßig wäre.

Zu Unrecht, wie das Landgericht und das Oberlandesgericht München übereinstimmend feststellten. Der AG hat mit der im Leistungsverzeichnis ausdrücklich angegebenen Dicke von 1,5 mm den Wunsch nach einer bestimmten Soll-Beschaffenheit ausreichend dokumentiert. Hierüber darf sich der AN nicht eigenmächtig hinwegsetzen. Vielmehr ist nach dem sogenannten subjektiven Mangelbegriff des Bundesgerichtshofes jede Abweichung von der Soll-Beschaffenheit ein Mangel, ohne dass es darauf ankommt, ob der Wert oder die Gebrauchstauglichkeit gemindert oder sogar gesteigert wird. Der Unverhältnismäßigkeitseinwand des AN kommt auch nicht zum Tragen, da hierbei zu berücksichtigen ist, ob der AN das Leistungshindernis zu vertreten hat (§ 275 Abs. 2 BGB). Nach Auffassung des Senats ist der beim Landgericht hier zu Grunde gelegte Verschuldensmaßstab „Mittlere Fahrlässigkeit“ nicht zu revidieren, weil auch die eigenmächtige Abweichung vom Leistungsverzeichnis ohne vorherige Rücksprache mit dem AG ein dem AN anzulastendes Verschuldensmoment darstellt.

Das vom AN erst in zweiter Instanz vorgebrachte Argument, auf dem gesamten Markt gebe es für diesen Anwendungsfall kein Produkt mit der ausgeschriebenen Stärke von 1,5 mm, stufte der Senat als neuen und nicht mehr berücksichtigungsfähigen Sachvortrag ein. Zudem wäre es nach Auffassung des Senats für die Entscheidung auch ohne Relevanz. Denn wenn der Unternehmer feststellt, dass es auf dem Markt keine derartige Folie gibt, so darf er ebenso wenig eigenmächtig auf eine Folie mit einer abweichenden Soll-Beschaffenheit ausweichen, sondern muss sich mit dem Besteller ins Benehmen setzen und auf eine Vertragsanpassung hinwirken. Unterlässt er dies, so bleibt es bei der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit und bei der Bejahung eines Werkmangels, wenn hiervon abgewichen wird. Allerdings würden bei dem Vorliegen von Unmöglichkeit der Nachbesserung Mängelbeseitigungsansprüche des AG ebenso wie ein Zurückbehaltungsrecht ausscheiden und ein Schadenersatzanspruch statt der Leistung in Betracht

kommen.

Fazit

Das eigenmächtige Abweichen von der vertraglich vorgegebenen Leistung kann den Auftragnehmer teuer zu stehen kommen. Kommt es hierdurch zudem zu einem Schaden, trifft den Auftragnehmer die Haftung. Stattdessen hätte der Auftragnehmer im konkreten Fall im Hinblick auf die am Markt nicht existierende Foliendicke besser vor Ausführung Bedenken geäußert, verbunden mit einer Behinderungsanzeige und damit dem Auftraggeber die Entscheidung und Planungsverantwortung überlassen, wie die Leistung nunmehr ausgeführt werden soll.



Danilo Rosendahl, Berlin

Rückzahlungsansprüche des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer verjähren auch ohne Abnahme und Schlussrechnungslegung!

OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.03.2016 – 22 U 176/14; BGH, Beschluss vom 07.02.2018 – VII ZR 66/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Nach Ansicht des OLG Düsseldorf verjähren Rückzahlungsansprüche des Auftraggebers (AG) gegen den Auftragnehmer (AN) wegen Überzahlung der Abschlagsrechnungen innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist von 3 Jahren ab dem Schluss des Jahres, in dem die geschuldeten Leistungen fertig gestellt wurden und die Frist zur Erstellung der Schlussrechnung abgelaufen ist, und zwar unabhängig davon, ob die Werkleistungen des AN abgenommen wurden und der AN die Schlussrechnung gestellt hat.

Der AG nimmt den AN auf Rückzahlung angeblich zu viel geleisteter Abschlagszahlungen in Höhe von 56 Mio. Euro in Anspruch. Hiergegen hat der AN die Einrede der Verjährung erhoben. Der AN ist der Ansicht, dass der Rückzahlungsanspruch des AG mit der Fertigstellung seiner Leistungen und dem Eintritt der Schlussrechnungsreife im Jahr 2004 fällig geworden sei. Mithin sei ein Anspruch des AG mit Ablauf des 31.12.2007 verjährt. Der AG ist der Meinung, dass ein Rückzahlungsanspruch wegen Überzahlung der Abschlagsrechnungen erst mit der Vorlage der Schlussrechnung fällig werde und erst mit diesem Ereignis die Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Da der AN die Schlussrechnung im Jahr 2006 gestellt habe, verjähre der Rückzahlungsanspruch – ungeachtet etwaiger verjährungshemmender Maßnahmen - mit Ablauf des 31.12.2009. Auf Grund der Verjährungseinrede weist das Landgericht die Klage ab. Hiergegen wendet sich der AG mit der Berufung.

Das Urteil

Die Berufung des AG bleibt ohne Erfolg! Zunächst stellt das OLG Düsseldorf unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH klar, dass sich Ansprüche des AG gegen den AN auf Rückzahlung von Überzahlungen wegen der von ihm auf den Bauvertrag geleisteten Abschlagszahlungen nicht aus dem Bereicherungsrecht (§ 812 BGB), sondern aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrag ergeben. Abschlagzahlungen nach § 16 Abs. 1 VOB/B oder aufgrund besonderer vertraglicher Abreden erfolgen nicht ohne Rechtsgrund, sondern haben ihre Grundlage in dem mit Vertragsschluss entstandenen Werklohnanspruch in Verbindung mit der vertraglichen Abrede über Abschlag- und Vorauszahlungen. Wenn also die Summe der Voraus- und Abschlagszahlungen die dem AN zustehende Gesamtvergütung übersteigt, ist dieser aufgrund der stillschweigend getroffenen Abrede zur Zahlung in Höhe des Überschusses an den AG verpflichtet. Die Verjährungsfrist eines solchen Rückzahlungsanspruchs beträgt gem. § 195 BGB 3 Jahre und

beginnt gem. § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Zwar sieht auch das OLG Düsseldorf, dass nach Ansicht des BGH und einiger Oberlandesgerichte ein Rückzahlungsanspruch des AG auf Grund zu viel geleisteter Abschlagszahlungen in der Regel erst dann fällig wird, wenn der AG das Leistungsverzeichnis (LV), die Aufmaßunterlagen und die Schlussrechnung kennt und aus diesen Unterlagen eine vertragswidrige Abrechnung und Massenermittlung ohne weiteres ersichtlich sind. Gleichwohl argumentiert das OLG Düsseldorf, dass diese Rechtsprechung nicht so zu verstehen sei, dass nur dann von Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis auszugehen sei, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind. Ob bei dem AG Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen vorliegt, richte sich vielmehr nach den von der Rechtsprechung zu § 199 Abs. 1 BGB entwickelten allgemeinen Grundsätzen und einer Einzelfallbetrachtung. Im vorliegenden Fall bestand die Besonderheit, dass der AG bereits deutlich vor der Erstellung der Schlussrechnung durch den AN und der Abnahme Strafanzeige gegen einzelne Mitarbeiter des AN wegen angeblich vorsätzlich fehlerhafter Abrechnung erhoben hat. Das OLG Düsseldorf schlussfolgert daraus, dass dem AG bereits zu diesem Zeitpunkt bewusst gewesen sei, dass eine Überzahlung vorliege. In diesem Zusammenhang sei es für den Eintritt der Fälligkeit unerheblich, dass der Anspruch zu diesem Zeitpunkt noch nicht der Höhe nach bezifferbar gewesen sei. Um eine Forderung klageweise geltend machen zu können, genüge es, dass eine Feststellungs- und Stufenklage erhoben werden könne. Darüber hinaus sei die Abnahme keine Voraussetzung für das Entstehen des Rückzahlungsanspruchs. Mit der Abnahme nehme der AG das Werk des AN als im Wesentlichen vertragsgerecht entgegen (§ 640 BGB, § 12 VOB/B), was mit der Frage, ob zu seinen Gunsten ein Überschuss hinsichtlich geleisteter Abschlagszahlungen vorliegt, nicht zu tun habe.

Fazit

Obwohl der Entscheidung des OLG Düsseldorf die Besonderheit zu Grund lag, dass aus der Strafanzeige des AG auf seine Kenntnis hinsichtlich eines Rückzahlungsanspruchs geschlussfolgert werden kann, steht das OLG mit dieser Rechtsauffassung nicht alleine da. Auch andere Oberlandesgerichte stellen für die Fälligkeit der Rückzahlungsforderung des AG wegen Überzahlung der Abschlagsrechnungen auf den Zeitpunkt der Fertigstellung der Werkleistungen und den Ablauf der in § 14 Abs. 3 VOB/B genannten Frist zur Stellung der Schlussrechnung ab, und zwar unabhängig davon, ob die Werkleistungen abgenommen sind und die Schlussrechnung gestellt wurde (vgl. KG Berlin, Urt. v. 16.06.2009 – 27 U 157/08; OLG Saarbrücken, Urt. v. 13.07.2010 – 4 U 569/09; KG Berlin, Urt. v. 26.02.2016 – 7 U 37/15; BGH, Beschl. v. 10.08.2016 – VII ZR 79/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)). Demgegenüber vertreten der BGH und andere Oberlandesgerichte die Meinung, dass der Rückzahlungsanspruch in der Regel erst mit der Stellung der Schlussrechnung des AN fällig wird (vgl. BGH, Urt. v. 19.03.2002 – X ZR 125/00; BGH, Urt. v. 08.05.2008 - VII ZR 106/07; KG Berlin, Urt. v. 19.11.2010 – 7 U 97/10; OLG Bremen, Urt. v. 16.01.2014 – 3 U 44/13 (nicht rechtskräftig); OLG Koblenz, Beschl. v. 12.12.2014 – 8 U 833/13; BGH Beschl. v. 24.01.2018 – VII ZR 247/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); OLG Koblenz, Beschl. v. 06.12.2014 - 2 U 1116/1; BGH, Beschl. v. 06.04.2016 - VII ZR 45/14 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)).

Nicht selten kommt es vor, dass der AN erst deutlich nach Fertigstellung und Ablauf der in § 14 Abs. 3 VOB/B geregelten Fristen die Schlussrechnung legt. Weigert sich der AN, die Schlussrechnung zu legen, kann der AG die Schlussrechnung für den AN erstellen, § 14 Abs. 4 VOB/B. Da aber Zahlungsansprüche des AN grundsätzlich erst mit der Abnahme, der Legung der Schlussrechnung

und dem Ablauf der Prüffrist gem. § 16 Abs. 3 VOB/B fällig werden, tritt die Verjährung von vermeintlichen Zahlungsansprüchen des AN gegen den AG aus der Schlussrechnung und die Verjährung von vermeintlichen Rückzahlungsansprüchen des AG gegen den AN wegen Überzahlung der Abschlagsrechnungen nach der dargestellten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf unter Umständen zu verschiedenen Zeitpunkten ein. Vor dem Hintergrund der nicht einheitlichen Rechtsprechung ist der AG daher gut beraten, möglichst frühzeitig etwaige Rückzahlungsansprüche dem Grunde und der Höhe nach zu überprüfen und vorsorglich verjährungshemmende Maßnahmen zu ergreifen.



Niklas Kröger, München

Bauleitender Architekt muss beauftragte Zusatzleistung bezahlen!

OLG München, Beschluss vom 13.03.2018 – 28 U 88/18 Bau

Ein Auftragnehmer (AN) verpflichtet sich gegenüber dem Bauherrn (B) mit der Erbringung von Metallbauarbeiten. Mit der Bauleitung hat der B einen Architekten (A) beauftragt. Nachdem im Bereich der Tiefgaragenrampe eine Tektur beantragt wurde, sendete der AN geänderte Pläne zu einem nachträglich geplanten Geländer an den A. In dem Schreiben heißt es unter anderem: „Wir bitten die Bauleitung (Frau K, die laut Herrn F [Geschäftsführer des B] befugt ist), das am 17.11.15 besprochen und die am 18.11.15/19.11.15 vorgelegte Werkstattzeichnung des Geländers mit Relinghandlauf zu beauftragen und freizugeben.“ Der A antwortete per E-Mail: „Die Brüstungsgeländer an der Rampe-TG benötigen ein zusätzliches Relingrohr damit die Höhe von min. 90 cm erreicht wird. Alle anderen Zeichnungen der einzelnen Brüstungen sind OK und somit freigegeben.“

Da der B die Leistungen des AN nicht bezahlt, fordert der AN den A zur Zahlung des Werklohns auf und erhebt Klage vor dem LG München II, das der Klage stattgibt. Die Berufung gegen das Urteil wird durch das OLG München unter folgender Begründung zurückgewiesen: Dem AN stehe die geforderte Vergütung vom A zu, weil zwischen ihm und dem A ein Werkvertrag nach § 631 BGB zustande gekommen sei. Der AN habe den A direkt aufgefordert, die Pläne zu beauftragen und freizugeben, was der A auch getan habe. Darin seien zwei übereinstimmende Willenserklärungen zu sehen, die für einen Vertragsabschluss erforderlich seien. Zudem habe der A auch keinen Vorbehalt dahingehend erklärt, dass die Ausführung durch den AN nur erfolgen sollte, wenn der B Auftraggeber sei. Ebenso könne sich der A nicht darauf berufen, nur als Vertreter des B aufgetreten zu sein. Insoweit sei dem A der Nachweis der Bevollmächtigung durch den B nach § 164 Abs. 1 BGB nicht gelungen. In dem Schreiben des AN sei nur die Rede davon, dass A nach Mitteilung des Geschäftsführers der B (Herr F) zur Beauftragung und Freigabe befugt sei. Dem Schreiben sei jedoch nicht zu entnehmen, dass er dazu im Namen des B bevollmächtigt gewesen wäre. Es existiere auch kein allgemeiner Rechtssatz, wonach bauüberwachende Architekten grundsätzlich nur als Vertreter des Bauherrn auftreten und nie im eigenen Namen handeln (vgl. BGH, Urteil vom 08.10.1981, VII ZR 341/80). Dass sich der B das Handeln des A etwa nach Rechtsscheingesichtspunkten im Wege einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht zurechnen lassen müsste, sei weder vorgetragen, noch seien Anhaltspunkte dafür ersichtlich. Da der A eine ausdrückliche bzw. wirksame Bevollmächtigung zur Auftragserteilung im Namen des B nicht beweisen könne, sei er nach § 164 Abs. 2 BGB zur Zahlung verpflichtet. Weiter geht das OLG davon aus, dass auch wenn A nicht im eigenen Namen gehandelt hätte, sondern im Namen des B, würde er als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179 BGB haften. Auch auf den Einwand, es handele sich um Sowiesokosten, die letztlich von dem B zu tragen seien, könne sich der A in dem Verhältnis

zum AN nicht berufen.

Fazit

Die Entscheidung wendet die allgemeinen Regeln zum Zustandekommen eines Vertrages konsequent an und kommt in überzeugender Weise zu einem Vertragsabschluss zwischen dem Auftragnehmer und dem bauleitenden Architekten. Um ein solches Ergebnis zu verhindern sollte der Architekt stets die Vollmachtsituation vor Bauausführung klären und bei Abgabe von Erklärungen darüber informieren, dass keine Erklärung im eigenen Namen abgegeben wird oder dass mit der Erklärung keine Beauftragung im Namen des Bauherrn stattfinden soll.