



Neues zum Baurecht 04/2020



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 4. Ausgabe 2020 unseres Informationsdienstes "Neues zum Baurecht".

Mit dieser Ausgabe möchten wir Ihnen unter anderem die neuesten Entwicklungen zur Änderung der HOAI vorstellen und das Verhältnis zwischen einem verjährten Herstellungsanspruch und der Fälligkeit der Vergütung nach Auffassung des BGH darstellen.

Sollten Sie 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 außerdem noch auf die neue Publikation von [Dr. Amneh Abu Saris](#) und [Dr. Thomas Hildebrandt](#) "[Die Abnahme von Bauleistungen](#)" aufmerksam machen. Im Rahmen unserer Online-Seminarreihe bieten wir aus aktuellen Anlass eine Veranstaltung zum Thema "[HOAI 2021 und Planungsnachträge](#)" an.

Wir wünschen eine spannende Lektüre!

Themen

Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28.05.2020

Dr. Ralf Averhaus, Berlin

Neue HOAI kommt

Eva Bouchon, M.A., Hamburg

Bedenkenanzeige immer unverzüglich an den Bauherrn!

Danilo Rosendahl, Berlin

Entschädigung gemäß § 642 BGB: Produktionsmittel müssen nicht auf der Baustelle vorgehalten werden!



Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28.05.2020

VII ZR 108/19

1. Die Klägerin als Auftragnehmerin (AN) verlangt von der Beklagten als Auftraggeberin (AG) aus einem im Jahre 2010 geschlossenen VOB/B-Vertrag Restwerklohn. Die AN beehrte im Mai 2012 die Abnahme, die die AG wegen des Vorliegens wesentlicher Mängel verweigerte. Im weiteren Verlauf beseitigte die AN einige Mängel und stellte Ende April 2013 ihre Schlussrechnung. Die AG vertrat die Auffassung, dass der Werklohnanspruch mangels Abnahme nicht fällig wäre und beruft sich im Übrigen hilfsweise auf ein Zurückbehaltungsrecht und erklärt weiter hilfsweise für den Fall, dass der Werklohnanspruch fällig sei, die Aufrechnung mit Vorschuss- und Schadensersatzforderungen. Die AN erhebt gegenüber den Ansprüchen der AG die Einrede der Verjährung und meint, dass aufgrund dessen der Werklohnanspruch fällig wäre.

2. Der BGH weist dies – wie schon die Vorinstanzen – zurück. Der Werklohnanspruch ist in Ermangelung einer Abnahme nicht fällig. Eine Verjährung des Anspruchs der AG auf Herstellung des versprochenen Werkes würde auch nicht zur Fälligkeit des Werklohnanspruchs führen.

2.1. Die Fälligkeit eines Werklohnanspruchs setzt gemäß § 641 Abs. 1 BGB die Abnahme des Werkes voraus. Die Fälle der §§ 641 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB a.F. kamen hier nicht in Betracht. Auch § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. war nicht einschlägig. Die AG hatte die Leistungen der AN weder abgenommen noch war sie dazu verpflichtet, weil wesentliche Mängel vorlagen. Das Erfüllungsstadium war daher noch nicht beendet. Ein Werklohnanspruch kann zwar auch ohne Abnahme und trotz fehlender Abnahmepflicht fällig werden, wenn die Erfüllung unmöglich geworden ist oder der AG nicht mehr Erfüllung des Vertrags, sondern Minderung oder Schadensersatz verlangt oder die Abnahme des Werkes oder weitere Arbeiten des AN ernsthaft und endgültig ablehnt (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 146/04). In diesen Fällen entsteht ein Abrechnungsverhältnis. Dem AN steht dann der Vergütungsanspruch und dem Besteller die allein auf Geldzahlung gerichteten Ansprüche wegen der unvollständigen oder mangelhaften Fertigstellung des Werks zu (BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 - VII ZR 197/03) Diese Ausnahmen lagen hier aber nicht vor. Die AG hatte nie endgültig auf eine mangelfreie Fertigstellung des Werks verzichtet.

2.2 Auch eine Verjährung des Erfüllungsanspruchs würde nicht zur Fälligkeit des Werklohnanspruchs führen. Sie steht den Fällen eines Abrechnungsverhältnisses nicht gleich, weil es dem AN – anders als beim Abrechnungsverhältnis – nach wie vor rechtlich und tatsächlich möglich ist, den Anspruch der AG zu erfüllen und damit die Voraussetzungen für die Abnahme und die Fälligkeit des Werklohnanspruches herbeizuführen. Abgesehen davon führt der Eintritt der

Verjährung nicht zum Untergang des Erfüllungsanspruchs. Sie hindert lediglich seine Durchsetzbarkeit. Der Anspruch bleibt erfüllbar, weil die Leistung abgenommen werden kann. Das Argument der AN, dass der AG nach Eintritt der Verjährung des Erfüllungsanspruchs diesen gemäß § 215 BGB nur noch einredeweise (§ 320 BGB) geltend machen kann, was aber voraussetze, dass der Werklohnanspruch auch ohne Abnahme fällig würde, verfängt nicht. Die Vorschrift des § 215 BGB begründet kein Zurückbehaltungsrecht, sondern setzt ein solches voraus und regelt dessen Fortbestand bei Verjährung des Gegenanspruchs. Da der AN vorleistungspflichtig ist, bedarf es vor der Abnahme eines Leistungsverweigerungsrechts des AG jedoch nicht, um eine Vergütungsklage abzuwehren.

2.3 Eine Verjährung des Erfüllungsanspruchs führt auch nicht dazu, dass sich der AG nicht mehr auf wesentliche Mängel berufen könnte und der Werklohnanspruch des AN ohne Abnahme fällig würde. Der AG muss seinen Erfüllungsanspruch auch nicht mit der Erhebung einer Einrede nach § 320 BGB verfolgen. Es verstößt nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Werklohnanspruch des AN in einer solchen Situation nicht fällig wird, weil er die Fälligkeit jederzeit herbeiführen kann, indem er die vorhandenen wesentlichen Mängel beseitigt. Der AG ist nicht gehalten, Maßnahmen zur Verjährungshemmung seines Erfüllungsanspruchs zu ergreifen, wenn er den Werklohn noch nicht (vollständig) gezahlt hat und berechtigt die Abnahme verweigert. Dies zeigt auch der Rechtsgedanke des § 215 Abs. 1 BGB. Diese Vorschrift betrifft beiderseits fällige Ansprüche. Ihr liegt die Überlegung zugrunde, dass ein Schuldner, dem ein Gegenanspruch zusteht, kraft dessen er die Inanspruchnahme durch den Gläubiger erfolgreich abwehren kann, sich als hinreichend gesichert ansehen darf und durch die Verjährungsregeln nicht zur frühzeitigen Durchsetzung seiner Forderung im Wege der Aufrechnung oder Klageerhebung gedrängt werden soll (BGH, Urteil vom 5. November 2015 - VII ZR 144/14). Das gilt ebenso und erst recht, wenn der AG berechtigt die Abnahme verweigert und deshalb zu Recht davon ausgehen kann, dass ein Werklohnanspruch nicht fällig werden kann.

3. Die Entscheidung ist nicht zu beanstanden. Der BGH musste sich insbesondere nicht mit der Frage auseinandersetzen, wann der Erfüllungsanspruch des AG verjährt und wie sich eine mögliche Verjährung auf die Mängelbeseitigung vor Abnahme auswirkt. Die sehr lesenswerte Entscheidung der Vorinstanz (OLG Hamm, Urt. v. 30.04.2019 – 24 U 14/18) behandelte die Frage der Verjährung des Erfüllungsanspruchs und gelangt zu dem Ergebnis, dass sich der Erfüllungsanspruch mit Abnahme in einen Nacherfüllungsanspruch umwandle und deshalb erst dann verjähre, wenn die Mängelansprüche verjähren, weil der Nacherfüllungsanspruch eng mit dem Erfüllungsanspruch verwandt sei. Allerdings sei es nach Auffassung des OLG Hamm nicht sachgerecht, dass der AG nur durch Erklärung der Abnahme den Zustand eines infolge der Verjährungseinrede nicht durchsetzbaren Anspruchs beenden und in das Stadium der Mängelansprüche gelangen könne, denn dann sei der AG letztlich dazu gezwungen, das Werk trotz erkannter Abweichungen vom vertraglich Vereinbarten abzunehmen, nur um eine vertragsgemäße Leistung erreichen zu können. Dies alles sprach nach Auffassung des OLG Hamm dafür, den Erfüllungsanspruch bei Schlechtleistung einer modifizierten Verjährungsfrist zu unterwerfen.

Voit erkennt an, dass damit ein Problem der Sicherheiten sachgerecht gelöst wird, weil sich die Erfüllungssicherheit dann ohne Weiteres auf den Zeitraum nach Ablauf der Regelverjährung erstreckt, sofern sie nicht zeitlich befristet wurde (*Voit*, NJW 2019, 3190, 3191). Mit dieser durchaus gewichtigen Argumentation und den daraus entstehenden offenen Fragen und Lösungsansätzen musste sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung zu recht nicht auseinandersetzen (zur Problematik der Verjährung des Erfüllungsanspruchs und den Lösungsansätzen vgl. *Voit*, a.a.O. und *Mundt*, BauR 2020, 528 ff.), weil dies für die Entscheidung nicht maßgebend war. Dennoch bleibt

natürlich die Frage offen, ob die Erfüllungsansprüche des AG der Regelverjährung unterliegen, wann diese beginnt und was die Folge einer erbrachten, aber im wesentlichen mangelhaften Werkleistung wäre. Der Erfüllungsanspruch unterliegt den allgemeinen Verjährungsregelungen der §§ 195 ff. BGB. Die Vorschrift des § 634 a BGB ist nur auf die Mängelansprüche anzuwenden, die aber nach der Rechtsprechung des BGH erst mit der Abnahme oder dann entstehen, wenn der Besteller keine Erfüllungsansprüche mehr geltend machen kann. Damit beträgt die Verjährungsfrist drei Jahre, § 195 BGB. Dies gilt auch dann, wenn die Parteien hinsichtlich der Mängel- oder Gewährleistungsansprüche eine andere Verjährungsfrist vereinbart haben, denn eine solche Vereinbarung bezieht sich auf die Mängelansprüche und wird in der Regel nicht so auszulegen sein, dass sie auch den Erfüllungsanspruch des Bestellers einschließen soll (so auch Voit NJW 2019, 3190, 3191). Die Regelverjährung beginnt nach § 199 Abs. 1 BGB mit dem Ende des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis hat, wobei das Gesetz Unkenntnis infolge grober Fahrlässigkeit gleichstellt. Das OLG Hamm versteht diese Regelung so, dass es auf den vereinbarten Fertigstellungstermin ankommt.

Zur Begründung verweist das Gericht auf § 271 BGB und darauf, dass der Erfüllungsanspruch erst zu diesem Termin fällig wird. Das ist hinsichtlich der Fälligkeit sicher richtig. Allerdings verlangt § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB für den Verjährungsbeginn jedoch nicht die Fälligkeit, sondern stellt auf das Entstehen des Anspruchs ab (Voit a.a.O.). Dieses wird aber im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und nicht im Erreichen des vereinbarten Fertigstellungstermins zu sehen sein. Auch wenn auf den Zeitpunkt abgestellt würde, an dem der Gläubiger den Anspruch klageweise geltend machen kann, dürfte dies der Vertragsschluss sein, denn in diesem Zeitpunkt ist zumindest eine Feststellungsklage zulässig (Voit a.a.O.). Wird also auf den Vertragsschluss abgestellt, so wird in der Ausführung oder stetigen Wiederaufnahme der Arbeiten in Erfüllung des Vertrags ein Anerkenntnis des Anspruchs zu sehen sein, das laufend zum Neubeginn der Verjährung führt, § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Die Verjährung kann also durchaus weit vor dem Fertigstellungstermin beginnen, wenn die Arbeiten vom Unternehmer nicht aufgenommen oder eingestellt werden. In einem solchen Fall ist es sachgerecht, für den Verjährungsbeginn nicht ohne Weiteres auf den Fertigstellungszeitpunkt abzustellen, sondern es bei der im Gesetz verwendeten Formulierung des Entstehens des Anspruchs zu belassen (Voit a.a.O.). Der AN könnte sich in einem solchen Fall auf die Verjährung des Erfüllungsanspruchs berufen, der AG die mangelnde Fälligkeit der Vergütungsforderung einwenden. Es entsteht eine Pattsituation (so auch Weise in NJW Spezial 2020, 492). Diese kann nur dadurch aufgelöst werden, dass der AN die Mängel beseitigt oder dadurch, dass der AG die Abnahme erklärt, um dann die Nacherfüllungsansprüche entstehen zu lassen. Dies hätte zur Folge, dass der AN zumindest Zug-um-Zug seine Restwerklohnansprüche durchsetzen könnte. Macht der AG vor Abnahme wesentliche Mängel geltend kann der AN diese also entweder beseitigen oder hilfsweise aus der letzten Abschlagsrechnung vorgehen.

Dieser Beitrag ist ebenfalls in der ZfIR 2020, Heft 19, Seite 674 ff. erschienen.



Dr. Ralf Averhaus, Berlin

Neue HOAI kommt

Die Bundesregierung hat am 16.09.2020 den Referentenentwurf der Ersten Verordnung zur Änderung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI Ref-E) vorgelegt. Hiermit wird das Urteil des EuGH vom 04.07.2019 (C-377/17) umgesetzt. Der Gerichtshof hatte festgestellt, dass die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der HOAI die EU-Dienstleistungsrichtlinie verletzen. Die Lösung ist, dass künftig die Honorare für alle von der HOAI erfassten Leistungen frei vereinbart werden dürfen. Nachfolgend geben wir einen Überblick über die wesentlichen Neuregelungen.

1. Geltung für In- und Ausländer

Die neue Verordnung ist gemäß § 1 S. 1 HOAI Ref-E auf alle von ihr erfassten Ingenieur- und Architektenleistungen anwendbar. Damit gilt sie für In- und Ausländer sowie für Leistungen, die vom In- und Ausland aus erbracht werden. Der Anwendungsbereich der Verordnung wird unverändert leistungsbezogen, nicht berufsbezogen, bestimmt (BGH, Urteil vom 22.05.1997 – VII ZR 290/95, BGHZ 136, 1-11). Die HOAI gilt also nicht nur für Architekten und Ingenieure, sondern für alle, die die von ihr erfassten Leistungen erbringen.

2. Honorarberechnung

Gemäß § 1 S. 2 HOAI Ref-E können die Parteien das Honorar nach der Verordnung berechnen, wenn sie eine Honorarvereinbarung schließen. Die HOAI enthält weiterhin Maßstäbe und Grundlagen für die Berechnung von Honoraren für die erfassten Leistungen. Die Parteien müssen aber nicht auf die in der Praxis bewährten Berechnungsparameter der HOAI zurückgreifen, sondern können hiervon abweichen. In Betracht kommt z. B. die Vereinbarung von Zu- und Abschlägen, Pauschalhonoraren oder Honoraren nach Zeitaufwand.

3. Honorartafeln zur Orientierung

Die Honorartafeln bieten Orientierungswerte, die an der Art und dem Umfang der Aufgabe sowie an der Leistung ausgerichtet sind (§ 2a Abs. 1 S. 1 HOAI Ref-E). Sie enthalten für jeden Leistungsbereich Honorarspannen vom unteren (Basis-) Honorarsatz bis zum oberen Honorarsatz und sind für die Objekt- und Fachplanung nach Honorarzonen und anrechenbaren Kosten gegliedert. Damit gibt die HOAI eine Hilfestellung, um angemessene Honorare zu ermitteln.

4. Leistungsbilder

Die in der Anlage 1 enthaltenen Leistungsbilder – wie z. B. die Bauphysik und Geotechnik - werden denjenigen in den Teilen 2 bis 4 der HOAI gleichgestellt (§ 3 Abs. 1 S. 3 HOAI Ref-E). Somit können

die Honorare für alle in der HOAI und ihrer Anlage 1 genannten Leistungsbilder künftig entweder nach den Berechnungsparametern der HOAI oder hiervon abweichend vereinbart werden.

5. Vereinfachte Honorarvereinbarung

Die zentrale Neuregelung ist der Grundsatz, dass sich das Honorar nach der Vereinbarung der Parteien richtet (§ 7 Abs. 1 S. 1 HOAI Ref-E). Das bisherige Schriftformerfordernis wird gestrichen. Für eine wirksame Honorarvereinbarung genügt es vielmehr, wenn diese in Textform getroffen wird. Gemäß § 126b BGB erfordert dies nur eine lesbare Erklärung, die den Erklärenden nennt, auf einem dauerhaften Datenträger (z. B. gespeicherte E-Mail, Computerfax oder SMS). Zudem muss die Honorarvereinbarung nicht mehr gleichzeitig mit dem Vertragsschluss getroffen werden. Sie kann vielmehr demnächst schon vor oder bei oder erst nach der Auftragserteilung geschlossen sowie nach Vertragsschluss geändert werden. Der Abschluss wirksamer Honorarvereinbarungen wird damit erheblich vereinfacht. Dies ist auch im Sinne der Rechtssicherheit zu begrüßen.

Zum Schutz von Verbrauchern („Häuslebauer“) müssen diese vor Abschluss der Honorarvereinbarung in Textform darauf hingewiesen werden, dass von den Honorartafeln abgewichen werden kann (§ 7 Abs. 2 S. 1 HOAI Ref-E).

6. Auffangregelung: Basishonorar

Ohne wirksame Honorarvereinbarung gilt für Grundleistungen der jeweilige Basishonorarsatz als vereinbart, also der untere Wert der Honorarspanne nach der HOAI (§ 1 Abs. 1 S. 2 HOAI Ref-E). Damit erhalten Auftragnehmer ein Auffanghonorar in Höhe des bisherigen Mindestsatzes. Die Vermutung dient der Rechtssicherheit und vermeidet Streitigkeiten über die Höhe der üblichen Vergütung. Allerdings dürfte die Fiktion eher selten eingreifen, da die Vereinbarung einer wirksamen Honorarvereinbarung erleichtert wird (s. o.).

7. Stichtag: 01.01.2021

Die neue Fassung der HOAI soll am 01.01.2021 in Kraft treten. Zuvor muss noch das ebenfalls geänderte Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (ArchLG) in Kraft treten und der Bundesrat der Verordnung zustimmen. Der Stichtag ist praxisnah gewählt: Für die in 2020 geschlossenen Verträge gilt noch die HOAI 2013 und für Verträge ab dem 01.01.2021 die neue HOAI 2021. Bei öffentlichen Vergaben ist allerdings nach einem Erlass des BMI vom 05.08.2019 schon jetzt zu beachten, dass Angebote nicht allein deshalb ausgeschlossen werden dürfen, weil sie den Mindestsatz unter- oder den Höchstsatz überschreiten.



Eva Bouchon, M.A., Hamburg

Bedenkenanzeige immer unverzüglich an den Bauherrn!

OLG Schleswig, Urteil vom 24.05.2019 I U 71/18, BGH, Beschluss vom 27.05.2020 - VII ZR 126/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

1. Der Auftragnehmer haftet auch dann für einen Mangel seiner Leistung, wenn der Mangel aus der Sphäre des Bauherrn stammt, er etwa auf dessen Anweisungen oder auf den Vorleistungen eines anderen Unternehmers beruht. Der Auftragnehmer kann sich in diesem Fall von seiner Verantwortung befreien, wenn er den Auftraggeber auf die bestehenden Bedenken hinweist)*
2. Hat der Auftraggeber einen bauleitenden Architekten eingesetzt, kann der Bedenkenhinweis auch diesem erteilt werden. Das gilt jedoch nicht, wenn er Bedenken gegen Anordnungen oder Planungen des Architekten selbst hat oder wenn sich der Architekt der Bedenkenanmeldung verschließt)*
3. Der Bedenkenhinweis muss inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Dem Auftraggeber muss die Tragweite der Nichtbefolgung klar werden. Die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Bauausführung müssen konkret dargelegt werden)*
4. Beauftragt der Auftraggeber den Auftragnehmer nach einer vorausgegangen Auseinandersetzung vorbehaltlos und entgeltlich mit der Beseitigung von streitigen Mängeln, kann darin ein Verzicht auf Mängelrechte liegen. Angesichts der Tragweite eines Verzichts muss die Erklärung aber eindeutig sein)*

Eine Generalunternehmerin (GU – hier Klägerin) beauftragte im Jahr 2013 unter Einbeziehung der VOB/B einen Nachunternehmer (NU – hier Beklagte) mit der Erbringung von Abdichtungsarbeiten auf Terrassen und Balkonen zweier Mehrfamilienhäuser. Die Planung gab vor, dass die Abdichtungsarbeiten durchgeführt werden sollten, bevor das Wärmedämmverbundsystem installiert wurde. Vor Aufbringung der Abdichtungsbahnen stellten die Mitarbeiter des NUs jedoch fest, dass das Wärmedämmverbundsystem bereits angebracht war, sodass die Abdichtungsbahnen nicht wie vorgesehen direkt auf dem Mauerwerk angebracht werden konnten. Daraufhin wandte sich der NU mit einer E-Mail an den Bauleiter des GU und teilte mit, dass die Ausführung einen Mangel darstelle. Der NU wies darauf hin, dass er nun die Abdichtungsbahn an der Isolierung hochführen werde. Der Bauleiter antwortete darauf, dass die Arbeiten so ausgeführt werden sollten. Im Jahr 2015 wurde festgestellt, dass Feuchtigkeit in die Gebäude eindrang. Hierbei wurde die mangelhafte Ausführung der Abdichtungsbahnen festgestellt. Der NU verweigerte Nachbesserungsarbeiten ohne Bezahlung. Daraufhin beauftragte der GU den NU mit Sanierungsarbeiten auf Stundenlohnbasis. Im Rechtsstreit verlangt der GU nun die gezahlten Kosten der Mängelbeseitigung in Höhe von 108.704,57 Euro zurück. Das Landgericht sah den Bedenkenhinweis des Nachunternehmers als ausreichend an und

wies die Klage ab.

Dies sah das OLG anders!

Die Leistung des NU war unstreitig mangelhaft. Der NU hat sich nicht hinreichend durch seinen Bedenkenhinweis von der Verantwortung befreit. Das OLG stellt klar, dass ein Unternehmer auch verantwortlich bleibt, wenn der Mangel aus der Sphäre des Bauherrn stammt. Zwar kann der Unternehmer sich in diesem Fall nach § 13 Abs. 3 VOB/B von der Verantwortung befreien, wenn er den Bauherrn nach § 4 Abs. 3 VOB/B auf die bestehenden Bedenken hinweist, dabei ist dieser Bedenkenhinweis aber an den richtigen Adressaten zu richten und muss einen hinreichenden Inhalt haben. Ein solch ausreichender Bedenkenhinweis lag hier nicht vor. Ein Bedenkenhinweis kann grundsätzlich auch an einen bauleitenden Architekten erteilt werden, jedoch muss der Unternehmer den Bauherrn selbst informieren, wenn er Bedenken gegen Anordnungen oder Planungen des Architekten selbst hat. Nichts anderes gilt, wenn der Bauherr jemanden anders als Bauleiter einsetzt, denn der Vertrag des Werkunternehmers besteht allein zum Bauherrn. Handelt also der Bauleiter offenkundig gegen dessen Interessen, muss der Bauherr selbst informiert werden. Auch die Folgen der Bedenkenanmeldung sind zu werten. Leistet der Bauleiter dem Bedenkenhinweis Folge oder veranlasst, dass die Leistung den Regeln der Technik entsprechend erbracht wird, ist dem Zweck des Bedenkenhinweises Genüge getan. Gibt der Bauleiter dagegen Anweisungen, die zu einer regelwidrigen Leistungsausführung führen, oder verschließt er sich dem Hinweis des Unternehmers, wie die Leistung richtig auszuführen ist, so liegt in der Anordnung eine Vertragsänderung. Eine solche abändernde Vereinbarung kann nur jemand treffen der mit Vollmacht des Bauherrn handelt. Dies war bei dem Bauleiter im vorliegenden Fall nicht der Fall und dürfte auch sonst eher selten vorkommen.

Der Bedenkenhinweis muss inhaltlich klar bestimmt sein. Es reicht nicht, zu schreiben, dass die beabsichtigte Ausführung einen Mangel darstellt. Im vorliegenden Fall fehlten Angaben, aus welchen Gründen die Ausführung mangelhaft war und insbesondere welche Folgen eintreten könnten. Das genügt nicht! Auch nicht, wenn die Erklärung dem Bauleiter gegenüber erfolgt, denn aus der Stellung eines Bauleiters können keine vertieften Kenntnisse für eigene Fachgebiete vorausgesetzt werden.

Der GU hat nicht auf die Mängelrechte aus § 13 VOB/B verzichtet, als er den NU mit der Mangelbeseitigung gegen Entgelt beauftragt hatte. Zwar kann in der Annahme eines solchen Vertrags die Erklärung liegen, der Werklohnforderung des Unternehmers keine Rechte wegen vorher umstrittener Mängel entgegenzusetzen zu wollen. Allerdings muss ein solcher Verzicht in einer eindeutigen Erklärung abgegeben werden. In diesem Fall kam hinzu, dass die Parteien bei Beauftragung der Mängelbeseitigungsarbeiten noch dabei waren, die Mangelursachen zu klären. Das OLG stellt darauf ab, dass angesichts noch ungeklärter Mangelursachen der NU nicht davon ausgehen konnte, dass der GU mit Erteilung des Auftrags vollständig auf Mängelrechte verzichten wollte.

Fazit:

Eine Bedenkenanzeige sollte immer schriftlich und unverzüglich erfolgen und deutlich formuliert sein. Dabei ist zu raten, diese immer an den Bauherrn zu richten und dem Architekten oder Bauleiter eine Abschrift zur Kenntnis zukommen zu lassen. So ist auch das Risiko gebannt, dass der Architekt sich den Bedenken verschließt oder diese bei Planungsfehlern nicht weiterleitet.



Danilo Rosendahl, Berlin

Entschädigung gemäß § 642 BGB: Produktionsmittel müssen nicht auf der Baustelle vorgehalten werden!

Gemäß § 642 BGB steht dem Auftragnehmer (AN) gegen den Auftraggeber (AG) eine angemessene Entschädigung zu, wenn bei dem Bauvorhaben eine Handlung des AG erforderlich ist, der AG seiner Mitwirkungspflicht nicht (ordnungsgemäß) nachkommt und sich dadurch die Bauausführung verzögert. Nach Ansicht des OLG Karlsruhe müssen Produktionsmittel (Personal, Gerät und Material) nicht nutzlos auf der Baustelle vorgehalten werden. Es sei ausreichend, wenn der AN die Produktionsmittel für das konkrete Bauvorhaben derart vorhält, dass sie dort jederzeit eingesetzt werden könn(t)en.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.08.2020 – 8 U 49/19 (nicht rechtskräftig)

Rechtliche Ausgangslage

Häufig entstehen bei Bauvorhaben Verzögerungen, weil der AN zwar leistungsbereit ist, die Leistungen aber aufgrund ausbleibender Mitwirkungshandlungen des AG nicht ausgeführt werden können (z.B. fehlende Vorunternehmerleistungen). Kommt der AG in Annahmeverzug und hält der AN für die Dauer des Verzugs Produktionsmittel vor, ohne diese (anderweitig) einsetzen zu können, steht dem AN gemäß § 642 BGB eine angemessene Entschädigung zu. Hierzu hat der BGH in den vergangenen Jahren zwei wegweisende Entscheidungen getroffen.

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 26.10.2017 (VII ZR 16/17) entschieden, dass Mehrkosten wie gestiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs des AG, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich bei Ausführung der verschobenen Werkleistung, von § 642 BGB nicht erfasst seien. Eine Entschädigung könne nur für den Zeitraum des Annahmeverzugs verlangt werden. In diesem Zusammenhang hat der BGH nochmals bestätigt, dass der AN eine Entschädigung für das erfolglose Vorhalten der Produktionsmittel verlangen kann. Des Weiteren hat der BGH darauf hingewiesen, dass bei der Bemessung der Entschädigung die Höhe der vereinbarten Vergütung zu berücksichtigen sei, die auch die in der Vergütung enthaltenen Anteile für Wagnis und Gewinn (WuG) und allgemeine Geschäftskosten (AGK) einschließen könne.

Gemäß § 642 Abs. 2 BGB bestimmt sich die Höhe der Entschädigung einerseits nach der Dauer des Annahmeverzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung (s.o.) und andererseits nach demjenigen, was der AN infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann. Bislang war nicht abschließend geklärt, ob die Grundsätze zur Vergütung in Folge einer „freien“ Kündigung gemäß § 648 S. 2 BGB heranzuziehen sind. Kündigt der AG das Vertragsverhältnis gemäß § 648 BGB aus freien Stücken, ohne zur

Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt zu sein (§ 648a BGB), hat der AN einen Anspruch auf volle Vergütung abzgl. ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs. Dabei ist nicht jeder anderweitige Erwerb zu berücksichtigen, sondern nur der Erwerb, der durch einen echten Ersatz-/Füllauftrag generiert wird (vgl. May/Rosendahl, BauR 2020, 534, 536 m.w.N.).

Der BGH (Urt. v. 30.01.2020 - VII ZR 33/19) hat zuletzt klargestellt, dass diese Grundsätze auf § 642 Abs. 2 BGB nicht übertragbar seien. Es sei nur maßgeblich, ob während des Annahmeverzugs Produktionsmittel auf einer anderen Baustelle produktiv eingesetzt werden konnten. Es muss sich dabei nicht um einen Füll-/Ersatzauftrag handeln, der nur deshalb durchgeführt werden konnte, weil Produktionsmittel in Folge des Annahmeverzugs des AG frei wurden. Der AN sei diesbezüglich darlegungs- und beweisbelastet. Auf dieser Grundlage habe das Gericht eine Abwägungsentscheidung zu treffen, bei der ein Ermessensspielraum bestehe.

Das KG Berlin knüpft mit einer aktuellen Entscheidung vom 28.04.2020 (21 U 76/19) an diese Rechtsprechung des BGH an und ist der Ansicht, dass der AN nicht berechtigt sei, die stillstehenden Produktionsmittel unbegrenzt gegen eine angemessene Entschädigung auf der Baustelle vorzuhalten. Vielmehr sei der AN verpflichtet, eine wirtschaftliche Abwägung zu treffen, bei der die beiderseitigen Interessen – vor unnötigen Kosten geschützt zu werden – möglichst wirtschaftlich sinnvoll in Ausgleich zu bringen sind. Dabei sei der Aufwand des AN zu berücksichtigen, der entweder durch das unproduktive Belassen der Mittel auf der Baustelle oder durch den Abtransport und das erneute Anliefern nach Beendigung des Annahmeverzugs entsteht. Das unproduktive Belassen auf der Baustelle sei umso eher vertretbar, je aufwändiger das Verbringen und erneute Anliefern ist.

Der Sachverhalt

Der AN ist mit Parkettarbeiten beauftragt. Da der Estrich als bauherrenseitige Vorleistung nicht belegreif war, verzögerten sich die Arbeiten. Der AN behauptet, dass seine Produktionsmittel für die Dauer der Verzögerung nicht anderweitig eingesetzt werden konnten und verlangt dafür gemäß § 642 BGB eine Entschädigung. Der AG wendet u.a. ein, der AN habe auf der Baustelle keine Produktionsmittel vorgehalten. Die Klage des AN vor dem LG Mosbach war teilweise erfolgreich. Hiergegen wenden sich beide Parteien mit der Berufung.

Das Urteil

Das OLG Karlsruhe spricht dem AN eine Forderung i.H.v. EUR 42.588,28 zu und stützt sich dabei auf die aktuelle Entscheidung des BGH vom 30.01.2020 (VII ZR 33/19). Das OLG Karlsruhe führt zunächst aus, dass sich der AG in Annahmeverzug befunden habe. Sodann differenziert das OLG Karlsruhe danach, ob der AN seine Produktionsmittel während des Annahmeverzugs anderweitig produktiv einsetzen konnte. Im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH geht das OLG Karlsruhe davon aus, dass es sich dabei nicht um einen Füll-/Ersatzauftrag i.S.d. § 648 BGB handeln müsse. Bei den produktionslos vorgehaltenen Mitteln stellt das OLG Karlsruhe heraus, dass es für die Entschädigung gemäß § 642 BGB nicht erforderlich sei, dass diese auf der Baustelle vorgehalten werden. Entscheidend sei, ob die Produktionsmittel derart vorgehalten werden, dass sie für das konkrete Bauvorhaben jederzeit eingesetzt werden könn(t)en. In der Entscheidung heißt es dazu:

„Dass die Klägerin die Produktionsmittel nicht auf der Baustelle bereithielt, ist unerheblich. Ein produktionsloses Bereithalten von Produktionsmitteln erfordert nicht, dass die Produktionsmittel auf der Baustelle brachliegen. § 642 BGB gewährt dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür, dass er während des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem

obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält (BGH a.a.O. Rn. 42). Das setzt nach Sinn und Zweck des § 642 BGB voraus, dass der Unternehmer die Produktionsmittel für das konkrete Bauvorhaben des Bestellers so bereithält, dass sie dort jederzeit eingesetzt werden können, nicht aber, dass die Produktionsmittel während der Dauer des Annahmeverzugs auf die Baustelle verbracht und ausschließlich dort bereitgehalten werden. Abgesehen davon, dass die Bereithaltung von Produktionsmitteln auf der Baustelle in vielen Fällen mit unnötigem Aufwand verbunden und nicht praktikabel wäre, steht sie auch dem im Interesse des Bestellers liegenden Bemühen des Unternehmers entgegen, die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel anderweitig produktiv einzusetzen, um die vom Besteller geschuldete Entschädigung möglichst gering zu halten.“

Fazit

Für den AN ist das Durchsetzen einer angemessenen Entschädigung gemäß § 642 BGB seit jeher mit erheblichen Hürden verbunden. Der AN muss darlegen und im Streitfall beweisen, welche Produktionsmittel er wegen des Annahmeverzugs des AG wie lange nutzlos hat vorhalten müssen und welche Anteile der vereinbarten Vergütung auf diese Vorhaltung entfallen. Diese Darlegung beinhaltet zugleich das Fehlen anderweitigen Erwerbs. Nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH kommt es jetzt nicht mehr darauf an, ob der (mögliche) anderweitige produktive Einsatz aus einem echten Füll- bzw. Ersatzauftrag stammt, der nur deshalb durchgeführt werden konnte, weil Produktionsmittel durch den Annahmeverzug des AG frei wurden. D.h., der AN müsste danach grundsätzlich jede sich bietende Möglichkeit eines anderweitigen Erwerbs ergreifen. Nach der Rechtsprechung des KG Berlin hat der AN dabei allerdings eine Abwägungsentscheidung zwischen den beiderseitigen Interessen zu treffen, bei der der Aufwand des AN zu berücksichtigen ist, der entweder durch das unproduktive Belassen der Mittel auf der Baustelle oder durch den Abtransport und das erneute Anliefern nach Beendigung des Annahmeverzugs entsteht. Diese Abwägungsentscheidung führt für den AN unter Umständen zu einem Dilemma. Denn die Abwägung dürfte in der Praxis regelmäßig mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein, weil oftmals nicht hinreichend absehbar ist, wie lange der Annahmeverzug anhalten wird. Bindet der AN die Produktionsmittel bei einem anderen Auftrag, stehen ihm diese ggf. nach Wegfall des Verzugs nicht mehr für die Erfüllung des verzögerten Bauvorhabens zur Verfügung. Für den Fall, dass kein produktiver Ersatz möglich bzw. für den AN nicht vertretbar/zumutbar ist, ist es nach der Rechtsprechung des OLG Karlsruhe unerheblich, wie die Produktionsmittel eingesetzt werden; insbesondere müssen Produktionsmittel nicht zwangsläufig auf der Baustelle vorgehalten werden. Für den AN bedeutet dies, dass er nach wie vor möglichst detailliert dokumentieren muss, warum und in welcher Weise seine Produktionsmittel während des Annahmeverzugs (nicht) eingesetzt werden können. Des Weiteren ist der AN gut beraten, seine Abwägungsentscheidungen möglichst präzise zu begründen und zu dokumentieren.