



Neues zum Baurecht 04/2021



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 4. Ausgabe 2021 unseres Informationsdienstes "Neues zum Baurecht".

In unserem aktuellen Newsletter möchten wir Ihnen die wichtigsten aktuellen Entscheidungen der letzten Wochen zum Bauvertragsrecht vorstellen und haben für Sie die Kernaussagen kurz und übersichtlich zusammengefasst.

Wir möchten Sie außerdem auf zwei Veranstaltungen hinweisen:

Das (kleine) 1x1 der VOB/B - Rechtliches Handwerkszeug für die tägliche Baupraxis, 14.09.2021

10. Berliner Brandschutztreff, 02.11.2021

Weitere Veranstaltungen können Sie unserem **Seminarangebot** entnehmen.

Gerne möchten wir auch auf die Neuauflage des Buchs "Der Bauvertrag nach VOB/B - Grundzüge des Bauvertragsrechts" hinweisen.

Diese können Sie in unserem **Onlineshop** erwerben.

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**.

Mit besten Grüßen und bleiben Sie gesund

Amneh Abu Saris

Themen

Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

Sicherheitseinbehalt nicht auf Sperrkonto gezahlt: Nachfrist erst nach 18 Tagen!

Gabriel Hubertus Schleicher, LL.M., Hamburg

Anspruch auf Nachtragsvergütung auch ohne schriftlichen Auftrag

Eva Bouchon, M.A., Hamburg

Wann ist die Leistung beim Wartungsvertrag als absolutes Fixgeschäft einzustufen

Andrea Hierl, Hamburg

Mangelhafte Leistung trotz Beachtung der allgemein anerkannten Regeln der Technik



Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

Sicherheitseinbehalt nicht auf Sperrkonto gezahlt: Nachfrist erst nach 18 Tagen!

OLG Köln, Urteil vom 24.06.2021 – 7 U 158/20

Der Auftragnehmer (AN) begehrt vom Auftraggeber (AG) die Auszahlung eines Sicherheitseinhalts für Mängelansprüche aus einem VOB/B-Vertrag. Vereinbart war, dass der AG von der Schlusszahlung 5 % des Nettorechnungsbetrages als Sicherheit für die Erfüllung etwaiger Mängelansprüche einbehalten darf. Am 13.03.2020 teilte der AG dem AN das Schlussrechnungsprüfungsergebnis und die Höhe des Einhalts mit. Mit Schreiben vom 16.03.2020 forderte der AN die Einzahlung des Einhalts auf ein Sperrkonto bis zum 27.03.2020. Da die Einzahlung nicht vorgenommen wurde, forderte der AN ergebnislos die Auszahlung des Sicherheitseinhalts und nahm den AG vor dem LG erfolgreich auf Zahlung in Anspruch. Dagegen richtet sich der AG mit seiner Berufung.

Mit Erfolg! Der AN hatte dem AG mit Schreiben vom 16.03.2020 keine wirksame Nachfrist zur Einzahlung des Sicherheitseinhalts auf ein Sperrkonto im Sinne von § 17 Abs. 6 Nr. 3 VOB/B gesetzt. Die Fristsetzung war unwirksam, weil zum Zeitpunkt des Schreibens vom 16.03.2020 die Einzahlungsfrist von 18 Werktagen gemäß § 17 Abs. 6 Nr. 1 Satz 3 VOB/B noch nicht abgelaufen war, denn den einbehaltenen Betrag hatte der AG dem AN am 13.03.2020 mitgeteilt. Entgegen der Auffassung des AN findet § 17 Abs. 6 Nr. 3 VOB/B auch dann Anwendung, wenn abweichend von § 17 Abs. 6 Nr. 1 Satz 1 VOB/B der Sicherheitseinbehalt nicht in Teilbeträgen vorgenommen, sondern nur auf eine bestimmte Zahlung begrenzt sein soll. Die Parteien haben, soweit sie einen einmaligen Einbehalt von der Schlusszahlung vereinbarten, eine von § 17 Abs. 6 Nr. 1 S. 1 VOB/B abweichende Regelung getroffen, was nicht zur Unanwendbarkeit der folgenden Sätze dieses Absatzes führt. Im Gegenteil deutet der in § 17 Abs. 6 Nr. 1 S. 5 VOB/B enthaltene Verweis auf Abs. 5 darauf hin, dass die übrigen Anordnungen der Abs. 6 Nr. 1 auch bei einem einheitlichen Einbehalt von der Schlussrechnung gelten müssen. Ansonsten wären die Regelungen für den einheitlichen Einbehalt hinsichtlich der Ausgestaltung des Sperrkontos lückenhaft. Weshalb hinsichtlich der Einzahlungsfrist zwischen dem Einbehalt in Teilbeträgen und einem einheitlichen Einbehalt von der Schlussrechnung zu differenzieren sein sollte, erschließt sich auch materiell nicht. Insofern gilt § 17 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B für jede Form des Sicherheitseinhalts (Hildebrandt/Abu Saris, in: BeckOK VOB/B, Stand 31.07.2009, VOB/B § 17 Abs. 6 Rn. 4). Somit haben die Parteien mit der Vereinbarung eines einmaligen Sicherheitseinhalts lediglich eine von § 17 Abs. 6 Nr. 1 Satz 1 VOB/B abweichende Vereinbarung getroffen, während es im Übrigen bei sämtlichen Regelungen von § 17 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B bleibt.

Fazit

Der Erforderlichkeit einer Nachfristsetzung nach § 17 Abs. 6 Nr. 3 VOB/B steht auch der Umstand nicht entgegen, dass es in § 17 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B um eine Vertragserfüllungssicherheit gehe. Die Mängelsicherheit zielt letztlich auch auf die Sicherstellung der Vertragserfüllung ab. Insbesondere ist nicht erkennbar, inwieweit ein unterschiedlicher Sicherungszweck auf die Modalitäten der Sicherheitsleistung durchschlagen müsste. Ohne Zweifel sind jedenfalls andere Vorgaben der Abs. 6 Nr. 1 auch für den Sicherheitseinbehalt von der Schlussrechnung heranzuziehen.



Gabriel Hubertus Schleicher, LL.M., Hamburg

Anspruch auf Nachtragsvergütung auch ohne schriftlichen Auftrag

OLG München, Urteil vom 21.07.2021 - 20 U 5268/20 Bau

Der mit der Ausführung von Metallbauarbeiten beauftragte AN verlangt vom AG Mehrvergütung für die Verarbeitung von breiteren Profilen und Wetterblechen i. H. v. 5.200 Euro, weil der AG die Anbringung einer stärkeren als im Vertrag vorgesehenen Außendämmung angeordnet hat. Der AG wendet ein, dass er zwar eine stärkere Außendämmung gewollt, aber keine breiteren Profile und Wetterbleche "bestellt" habe. Außerdem sei in dem von ihm gestellten Vertrag unter Ziff. 10 vorgesehen, dass Nachtragsforderungen lediglich ausgeglichen werden, sofern dies auf schriftlichen Zusatz- und Nachtragsaufträgen beruhen.

Gemäß § 2 Abs. 5 bzw. Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B hat der AN einen Anspruch auf Zahlung der abgerechneten Mehrungen für Profilverbreiterungen bzw. Wetterblechausladung i. H. v. insgesamt 5.200,00 Euro. Der AG hat nicht bestritten, dass er im Rahmen des Bauvorhabens eine stärkere Außendämmung hatte anbringen lassen als zunächst vorgesehen, weshalb vom AN aufgrund der Anordnung des AG breitere Profile und Wetterbleche verarbeitet werden mussten als ursprünglich beauftragt. Diese Leistungen waren somit zur Erreichung des Werkerfolgs erforderlich. Der AG hatte angesichts der Einbringung einer stärkeren Dämmung unstreitig auch Kenntnis davon, dass der AN breitere Profile und Wetterbleche verarbeitet hat. Einwendungen gegen die geltend gemachte Höhe des Werklohns erfolgten nicht. Unterstellt, dass die Bestimmung in Ziff. 10 des Vertrags so zu verstehen ist, dass eine schriftliche Beauftragung Voraussetzung für eine Vergütung sein soll, ist diese Klausel gemäß § 307 BGB unwirksam.

Fazit

Eine AGB- Klausel des AG, wonach dem AN für die Ausführung einer Änderungs- oder Zusatzleistung nur dann ein Anspruch auf Mehrvergütung zusteht, soweit diese auf einem schriftlichen Nachtragsauftrag beruht, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist daher unwirksam. Diese AGB- Klausel ist somit für den AN insbesondere im Hinblick auf § 2 Abs. 5 VOB/B eine unzumutbar einschränkende Vertragsregelung. Die Entscheidung des OLG München steht im Einklang mit der BGH-Rechtsprechung; BGH, Urteil vom 14.10.2004 - **VII ZR 190/03**.



Eva Bouchon, M.A., Hamburg

Wann ist die Leistung beim Wartungsvertrag als absolutes Fixgeschäft einzustufen

BGH, Urteil vom 20.05.2021 - VII ZR 38/20

Der Auftraggeber (AG) beauftragte den Auftragnehmer (AN) am 22. April 2008 mit drei einzelne Verträgen über die Instandhaltung von zwei Telekommunikationssystemen und einem Ortungssystem. Ab März 2016 zahlte der Auftraggeber die monatlich vereinbarte Vergütung nicht mehr, mit dem Argument die Verträge seien unwirksam und zudem aufgrund seiner zuvor ausgesprochenen Kündigung aus wichtigem Grund beendet. Der Auftragnehmer konnte daraufhin seine Wartungsleistungen nicht mehr erbringen.

Ein Jahr später forderte der anwaltliche Vertreter des Auftragnehmers den Auftraggeber unter Fristsetzung zur Zahlung der rückständigen Vergütung sowie monatlicher Pauschalen von jeweils 40 € als Verzugskosten auf.

Nachdem keine Zahlung erfolgte, erhob der Auftragnehmer Klage und machte die monatliche Vergütung nebst den Pauschalen (zu diesem Zeitpunkt 39 Pauschalen zu je 40 € für 13 Monate und je drei Verträge) gerichtlich geltend.

In der ersten Instanz wird der Auftraggeber zur Zahlung der geltend gemachten Vergütung nebst Zinsen sowie einer einzigen Pauschale i.H.v. 40 € verurteilt. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. Dagegen geht der Auftragnehmer in die Berufung und begehrt die weiteren 38 Pauschalen in Höhe von insgesamt 1520 € gemäß § 288 Abs. 5 S. 1 BGB. Die Berufung wurde zurückgewiesen, weshalb die Sache dem BGH vorgelegt wurde. Hier hatte die Revision des Auftragnehmers Erfolg. Die Entscheidung des Berufungsgerichts wurde aufgehoben und zurück an das Berufungsgericht verwiesen.

Um den vom Auftragnehmer geltend gemachten Anspruch nach § 288 Abs.5 S.1 beurteilen zu können, bedurfte es weiterer Aufklärungen des Sachverhaltes in der Berufungsinstanz. Nach dieser gesetzlichen Regelung hat der Gläubiger einer Entgeltforderung bei Verzug des Schuldners, wenn dieser kein Verbraucher ist, einen Anspruch auf Zahlung einer Pauschale in Höhe von 40 Euro. Dies gilt übrigens auch, wenn es sich bei der Entgeltforderung um eine Abschlagszahlung oder sonstige Ratenzahlung handelt. Entgeltforderungen im Sinne von § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB sind Forderungen auf Zahlung eines Entgelts als Gegenleistung für eine vom Gläubiger erbrachte oder zu erbringende Leistung. Nun hatte der Auftragnehmer seine Leistung ab März nicht mehr erbringen können, rechnete hierfür jedoch die Vergütung ab. Zu klären war also, ob gleichwohl der Vergütungsanspruch bestehen und somit Verzug mit der Zahlung eintreten konnte, so dass die Verzugskosten berechtigt

waren. Eine Zahlungspflicht (des AG) würde gemäß § 326 Abs. 1 S.1 BGB entfallen, wenn der Schuldner (hier der AN) aufgrund der Unmöglichkeit der Leistungserbringung nach § 275 BGB nicht mehr zu leisten bräuchte. § 275 BGB ist einschlägig, soweit die Leistung monatlich zu erbringen war und sie nun allein durch den Zeitablauf unmöglich geworden ist. Allerdings gibt es auch dazu im Gesetz Ausnahmen. Gemäß § 326 Abs. 2 BGB bleibt der Vergütungsanspruch (hier für die Wartungsleistung) auch im Fall einer Unmöglichkeit der Leistungserbringung bestehen, soweit der Gläubiger (der AG) für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Hierzu war im vorliegenden Fall insbesondere zu den Kündigungsumständen der Sachverhalt in der Berufungsinstanz nicht ausreichend festgestellt worden.

Weiterhin fehlten Feststellungen des Berufungsgerichts, ob die Leistungen der Klägerin in einem bestimmten - hier monatlich bemessenen - Zeitraum zu erbringen waren und die geschuldeten Leistungen mit Ablauf des jeweiligen Monats im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden sind, so dass sie als absolute Fixgeschäfte einzustufen wären. Der BGH stellte wieder einmal klar, dass absolute Fixgeschäfte Verträge sind, bei denen die Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts nur bis zum Ablauf des Erfüllungszeitraums erbracht werden kann. Der gesetzliche oder vereinbarte Leistungszeitpunkt ist dabei so wesentlich nach dem Sinn und Zweck des Vertrags und nach der Interessenlage der Parteien, dass eine verspätete Leistung für den Gläubiger absolut sinnlos ist. In solchen Fällen tritt mit dem Zeitablauf die Unmöglichkeit der Leistung ein, weil dann der Leistungszweck nicht mehr erreicht werden kann.

Bei Dauerschuldverhältnissen – wie dem Wartungsvertrag - führt nach Auffassung des BGH eine Leistungsverzögerung zur Teilunmöglichkeit, wenn die verzögerte Leistung mit Ablauf des Monats nicht mehr nachgeholt werden kann. Davon ist auszugehen, wenn der Vertragszweck durch die verspätete Leistungserbringung nicht mehr erreicht werden kann.

Fazit:

Es ist – wie immer - der jeweilige Einzelfall zu betrachten, denn ob die Parteien der Leistungszeit eine so weitgehende Bedeutung beimessen wollten, dass der Leistungszweck durch ein Nachholen der Leistung nicht mehr erreicht werden kann, ist - wenn der Vertragstext keine ausdrückliche Regelung enthält - unter Berücksichtigung aller Umstände durch Auslegung zu ermitteln, wobei sich nach Auffassung des BGHs jeder Zweifel gegen die Annahme eines absoluten Fixgeschäfts auswirkt. Soweit die Leistung noch nachträglich erbracht werden kann, liegt folglich kein absolutes Fixgeschäft vor.



Andrea Hierl, Hamburg

Mangelhafte Leistung trotz Beachtung der allgemein anerkannten Regeln der Technik

OLG München, Beschluss vom 27.03.2020, 20 U 4425/19 Bau

BGH, Beschluss vom 10.03.2021, VII ZR 58/20 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Der Auftraggeber beauftragte den Auftragnehmer mit dem Einbau einer Solarthermieanlage. Zwischen den Parteien war außerdem vereinbart, dass die Solarthermieanlage zur Optimierung der Heizungsanlage unter ökologischen Gesichtspunkten dienen sollte. Der Auftragnehmer erklärte dem Auftraggeber diesbezüglich, dass er mit dem Einsatz eines Durchlauferhitzers gute ökologische Ergebnisse erreicht habe, woraufhin der Auftraggeber dem Einbau eines Durchlauferhitzers zugestimmt hatte.

Nach Abschluss des Bauvorhabens behauptete der Auftraggeber, der Einsatz eines Durchlauferhitzers entspreche nicht der vereinbarten „ökologischen Optimierung“ und machte gegen den Auftragnehmer Mangelbeseitigungskosten im Rahmen eines Vorschussanspruchs geltend.

Der Auftragnehmer behauptete, er hätte auf Wunsch und in Absprache mit dem Auftraggeber eine Solaranlage in das bestehende Heizsystem mit bestehender Wärmepumpe eingebaut. Nach den Vorgaben des Auftraggebers hätten die vorhandenen Speicher im Keller entfernt werden sollen, weswegen ein System mit einem Speicher verwendet worden sei. Die von ihm ausgeführte Konstruktion genüge auch den allgemein anerkannten Regeln der Technik.

Der Auftragnehmer dringt mit seinen Einwänden nicht durch und muss den geltend gemachten Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung zahlen. Das Oberlandesgericht hat die Werkleistung des Auftragnehmers den Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen folgend als mangelhaft eingestuft. Denn zum einen war die Ausführung mit einem elektrischen Durchlauferhitzer energetisch nicht sinnvoll, da für die Erhitzung des Brauchwassers jedenfalls zeitweise zusätzlicher Strom erforderlich wurde, was vom Auftraggeber gerade nicht gewollt war. Ökologisch sinnvoller hätte die Wärmeaufbereitung des Brauchwassers nach Auffassung des Sachverständigen über die vorhandene Wärmepumpe umgesetzt werden können. Zudem wären durch den nachgeschalteten elektrischen Durchlauferhitzer zusätzliche elektrische Leistungen von weit über 10.000 Euro Fixkosten gerechnet auf 20 Jahre entstanden.

Zum anderen kam es nach Auffassung des OLG München nicht darauf an, dass die Parteien den Einbau eines Durchlauferhitzers vereinbart hatten und der Auftragnehmer insoweit die allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten hatte. Denn die Parteien hatten eine bestimmte

Beschaffenheit, nämlich die Optimierung der Heizungsanlage unter ökologischen Gesichtspunkten, vereinbart. Insoweit bleibt es nach Auffassung des OLG München beim vom Auftragnehmer geschuldeten Werkerfolg, unabhängig davon, ob der Auftraggeber dem Einbau eines Durchlauferhitzers zugestimmt hatte. Diese Beschaffenheitsvereinbarung war nach Auffassung des OLG München alleiniger Bezugspunkt für die Beurteilung, ob die Werkleistung des Auftragnehmers mangelhaft ist oder nicht. Da die vom Auftragnehmer erbrachte Werkleistung, insbesondere nach den Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufwies, die Heizungsanlage unter ökologischen Gesichtspunkten zu optimieren, war sie mangelhaft.

Fazit

Es ist nicht ausreichend, sich allein auf die allgemein anerkannten Regeln der Technik und deren Einhaltung im Rahmen der Bauausführung zu beschränken. Denn diese sind nicht alleiniges (ungeschriebenes) Merkmal des vertraglich vereinbarten Leistungs-Solls des Auftragnehmers. Vielmehr kommt es auf alle vertraglichen Vereinbarungen und sich daraus ergebende Anforderungen an. Hierzu gehören neben der Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik insbesondere auch Beschaffenheitsvereinbarungen. Erreicht das hergestellte Werk – trotz Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik – die vereinbarte Beschaffenheit nicht, ist es insgesamt mangelhaft. Daran ändern auch zwischen den Parteien getroffene Vereinbarungen zur konkreten Ausführung nichts, denn die Erfolgshaftung des Auftragnehmers bleibt auch dann bestehen. Die konkreten vertraglichen Vereinbarungen sind daher stets sorgfältig zu prüfen und umfassend einzuhalten.