



## Neues zum Baurecht 05/2021



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 5. 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. Besonders interessant dürfte die neuste Entscheidung des BGH zur enttäuschten Veräußerungserlöserwartung bei Mengenminderung sein.

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

Jarl-Hendrik Kues, LL.M., Frankfurt am Main

**Enttäuschte Veräußerungserlöserwartung bei Mengenminderung – und nun?**

Dr. Danilo Rosendahl, Berlin

**Unwirksamkeit der Kündigung bei fehlendem Nachweis der Vollmacht**

Andrea Hierl, Hamburg

**Es bleibt dabei: Bauzeitbedingte Mehrkosten nur mit bauablaufbezogener Darstellung!**

Kai Linnemannstöns, Hamburg

**Möglichkeit von Schadensersatz – auch bei verjährten Mängelansprüchen**



Jarl-Hendrik Kues, LL.M., Frankfurt am Main

## Enttäuschte Veräußerungserlöserwartung bei Mengenminderung – und nun?

Ein öffentlicher Auftraggeber (AG) schreibt Holzungsarbeiten aus. Zu den Leistungen des Auftragnehmers (AN) gehört u.a. in der Position (Pos.) 01.00.000 4.500 Stück „Bäume fällen ohne Roden“. Das Holz ist dem AN zur Verwertung zuzuführen. Der AN bietet Einheitspreis (EP) von 0,12 Euro in der Pos. 01.00.000 an. Im Rahmen der Auskömmlichkeitsprüfung legt der AN seine Urkalkulation offen. Danach setzt sich der EP aus den Einzelkosten der Teilleistung einschließlich Zuschlägen für Baustellengemeinkosten (BGK), Allgemeinen Geschäftskosten (AGK) und Gewinn - abzüglich einer Gutschrift zusammen. Aus der Urkalkulation ergibt sich, dass der AN mit einem Erlös aus der Verwertung der Bäume von insgesamt EUR 60,00 rechnet, von dem er EUR 15,00 als Gutschrift an den AG weiterreicht; der Restbetrag des Verwertungserlöses von EUR 45,00 pro Baum soll dem AN verbleiben. Im Bau-Ist sind es jedoch nur 1.237 Bäume. Der AN verlangt nach Ausführung der Leistung für entgangene Verwertungserlöse i.H.v. EUR 146.835,00 eine Anpassung des EP gem. § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B.

Nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B ist bei einer über 10 Prozent hinausgehenden Unterschreitung des Mengenansatzes auf Verlangen der Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge der Leistung zu erhöhen, soweit der AN nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Positionen oder in anderer Weise ein Ausgleich erhält. Durch diese Regelung soll der Vergütungsanspruch des AN den Unwägbarkeiten entzogen werden, die sich aus der unzutreffenden Einschätzung der für die Ausführung der Bauleistung erforderlichen Mengen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ergeben. Die aufgrund der Mengenminderung eingetretene Störung des Äquivalenzverhältnisses soll durch eine entsprechende Anpassung der Vergütung durch Neubildung eines einheitlichen EP für die gesamte, tatsächlich ausgeführte Masse ausgeglichen werden. Für die enttäuschten Verwertungserlöse ist es im Grundsatz irrelevant, ob es eine Erhöhung bei anderen Positionen gibt, auch ein Ausgleich in anderer Weise kommt insoweit nicht in Betracht.

Bezugsgröße für den wegen der Mengenminderung anzupassenden EP ist gem. § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B der ursprüngliche EP. Hieraus folgt, dass Faktoren, die nicht Bestandteil des ursprünglichen EP sind, bei dessen Anpassung unberücksichtigt bleiben. Kernfrage ist somit, wann ein erwarteter Veräußerungserlös Bestandteil eines EP ist.

Der BGH hat den Vertrag in der entschiedenen Konstellation so ausgelegt, dass der AG davon ausgehen durfte, dass - mit Ausnahme der in den EP eingerechneten Gutschrift - die weitere Erlöserwartung des AN keinen Einfluss auf den angebotenen EP hat. Wenn aber aus der Urkalkulation eines AN klar folgt, dass der von ihm prognostizierte Verwertungserlös insgesamt

Bestandteil des angebotenen EP ist, ist dieser auch Bestandteil des Äquivalenzverhältnisses und führt zu einer EP-Erhöpfung bei einer Mengenminderung gem. § 2 Abs. 3 Nr. VOB/B. Durch eine Mengenminderung ist das Äquivalenzverhältnis in dieser Konstellation dann offenkundig gestört. Den Leitgedanken des BGH aus der Grundsatzentscheidung vom 08. August 2019 VII ZR 34/18, NZBau 2019, 706) – „es entspricht der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen, dass durch die unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistungen im von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bestimmten Umfang keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren soll“ -, übertragen auf die Konstellation der prognostizierten, aber enttäuschten Verwertungserlöse, die explizit in den angebotenen EP eingeflossen sind, bedeutet, dass der AN nur dann nicht schlechter gestellt ist, wenn er den kalkulierten Verwertungserlös (ausgeschriebene Menge multipliziert mit dem in der Urkalkulation ausgewiesenen Verwertungserlös) durch eine Erhöhung des EP für die Mindermengen betragsmäßig erhält.

## **Fazit**

Der BGH hat mit dem Urteil vom 10.06.2021, **VII ZR 157/20**, die in der Praxis regelmäßig bedeutsame Frage entschieden, wie mit vom AN erwarteten aber im Bau-Ist wegen einer unwillkürlichen Mengenminderung nicht realisierten Veräußerungserlösen umzugehen ist. Der BGH stellt darauf ab, ob sich aus der Urkalkulation die Erwartung eines Verwertungserlöses als preisbildender Faktor ergibt. Der prognostizierte Verwertungserlös steht im synallagmatischen Zusammenhang mit der ausgeschriebenen Leistung bzw. jedenfalls ist er maßgeblicher Bestandteil des Äquivalenzverhältnisses, wenn er explizit in den EP eingeflossen ist. Für einen Anspruch auf Einheitspreiserhöhung gem. § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B bei enttäuschter Erlöserwartung kommt es somit darauf an, ob sich aus der Urkalkulation klar ergibt, dass der Verwertungserlös Bestandteil der Preisbildung war und damit im synallagmatischen Zusammenhang mit der ausgeschriebenen (Gesamt-)Leistung steht.



Dr. Danilo Rosendahl, Berlin

## Unwirksamkeit der Kündigung bei fehlendem Nachweis der Vollmacht

Der Auftragnehmer (AN) ist berechtigt, eine seitens des Auftraggebers (AG) ausgesprochene Kündigung unverzüglich als unwirksam zurückzuweisen, wenn der Erklärende/Unterzeichner keine Vollmacht im Original vorlegt und die Vertretungsmacht nicht auf einer gesetzlichen oder organschaftlichen Grundlage beruht. Auch bei einem Vertrag mit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts sind die zivilrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen zu beachten. Die bloße Stellung als Abteilungsleiter – und sei es auch als Leiter der Rechtsabteilung – ist kein sicherer Hinweis auf eine bestehende zivilrechtliche Vollmacht zur Kündigung eines Bauvertrages.

### **OLG München, Urteil vom 11.05.2021 – 9 U 4822/20 Bau**

#### **Rechtliche Ausgangslage**

Der AG kann den Bauvertrag mit dem AN gemäß § 648 S. 1 BGB bis zur Vollendung jederzeit aus freien Stücken kündigen. Dem AN steht dieses Recht nicht zu. Beide Parteien können den Bauvertrag aber gemäß § 648a Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund kündigen. In beiden Fällen ist die Kündigung gemäß § 650h BGB schriftlich zu erklären. Die Einhaltung der Schriftform ist eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung; sie dient nicht lediglich Beweis Zwecken (vgl. Leinemann-Franz, VOB/B, § 8, Rn. 210 m.w.N.). Die Anforderungen an die Schriftform ergeben sich u.a. aus §§ 126, 127 BGB. Danach bedarf die Kündigungserklärung als Schriftstück grundsätzlich der eigenhändigen Unterschrift des AG/AN oder seines bevollmächtigten Vertreters. Nicht selten wird dies von den Vertragsparteien nicht ausreichend beachtet. Häufig werden Kündigungen mit „i.A.“ oder „im Auftrag“ unterschrieben. Das kann dazu führen, dass die Schriftform gemäß § 126 Abs. 1 BGB nicht eingehalten und die Erklärung gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig ist (vgl. Leinemann/Hildebrandt-Rosendahl, Der Bauvertrag nach VOB/B, Kap. XI. S. 227 mwN.). Denn der Unterzeichner gibt damit zu erkennen, für die Kündigungserklärung keine Verantwortung übernehmen zu wollen, sondern nur als Erklärungsbote zu handeln.

Liegt der Kündigungserklärung keine Vollmacht im Original bei und geht aus den Vertragsunterlagen oder den sonstigen Umständen nicht hervor, ob der Unterzeichner ausreichend bevollmächtigt ist, für den AG oder den AN die Kündigung zu erklären, ist der Kündigungsadressat gemäß § 174 S. 1 BGB berechtigt, die Kündigung unverzüglich wegen fehlender Vollmacht zurückzuweisen. Auch das hätte die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge (vgl. Leinemann/Hildebrandt-Rosendahl, Der Bauvertrag nach VOB/B, Kap. XI. S. 227 mwN).

Ist die Kündigung unwirksam, eben, weil die Schriftform nicht eingehalten wurde, muss sie in wirksamer Form nachgeholt werden. Dies ist bei der freien Kündigung gemäß § 648 BGB

problemlos möglich. Anders kann sich dies bei einer Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 648a BGB darstellen. Wird die Kündigung auf einen wichtigen Grund gestützt, muss die Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen, §§ 648 Abs. 3 i.V.m. § 314 Abs. 3 BGB (vgl. OLG München, Beschl. v. 12.07.2016 - 13 U 2466/15 Bau; BGH, Beschl. v. 25.04.2018 - VII ZR 201/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), IBR 2019, 9). Muss die unwirksame Kündigung durch eine wirksame Kündigung nachgeholt werden, kann die nachgeholte Kündigung im Einzelfall zu spät erfolgen und wäre damit unberechtigt (vgl. Leinemann/Kues-Geheeb, BGB-Bauvertragsrecht, § 650h, Rn. 9).

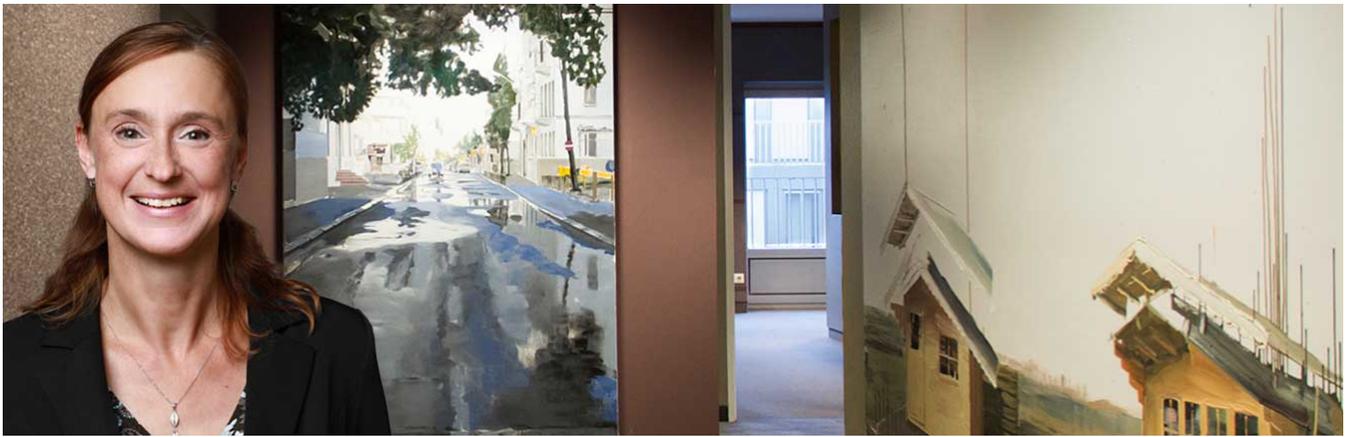
### **Das Urteil des OLG München vom 11.05.2021**

Der AG beauftragt den AN mit Bauleistungen. Während der Bauphase stellt der AN die Arbeiten zeitweilig ein. In Folge dessen spricht der öffentliche AG eine außerordentliche Kündigung aus. Das Kündigungsschreiben wird von dem Leiter der Rechtsabteilung unterzeichnet, wobei dem Schreiben keine Vollmacht beigefügt wird. Der AN weist die Kündigung daher unverzüglich zurück. Der AG meint, dass die Kündigung wirksam sei, weil eine Vollmachtsurkunde mit Blick auf den im Internet eingestellten Organisationsplan nicht erforderlich sei. Dies nimmt der AN seinerseits zum Anlass, das Vertragsverhältnis außerordentlich zu kündigen.

Das OLG München ist der Auffassung, dass die Kündigung des AG unwirksam ist. Im Einklang mit den vorstehenden Ausführungen ist das OLG München der Ansicht, dass der Empfänger der Kündigung die Erklärung des handelnden Bevollmächtigten unverzüglich zurückweisen kann, wenn keine Vollmachtsurkunde vorgelegt wird. Das gilt – so das OLG München – auch in Fällen rechtsgeschäftlicher Vertretung für juristische Personen des öffentlichen Rechts. Bei juristischen Personen ist die Vorlage einer Vollmacht nur für die organschaftlichen oder gesetzlichen Vertreter entbehrlich. In diesen Fällen resultiert die notwendige Klarheit der Bevollmächtigung aus dem Handelsregister oder aus der Gesetzeslage. Die bloße Stellung als Abteilungsleiter und sei es auch als Leiter der Rechtsabteilung ist – so das OLG München - kein sicherer Hinweis auf eine bestehende zivilrechtliche Vollmacht für das Aussprechen einer Kündigung. Hieran vermag auch ein frei zugängliches Organigramm so lange nichts zu ändern, wie sich hieraus keine klare Vollmacht ergibt.

### **Fazit**

Die Vertragsparteien sind gut beraten, bei dem Umgang mit einer Kündigung sorgfältig zu agieren. Insbesondere ist die Kündigung schriftlich zu erklären und dem Kündigungsschreiben eine Vollmacht im Original beizufügen.



Andrea Hierl, Hamburg

Es bleibt dabei: Bauzeitbedingte Mehrkosten nur mit bauablaufbezogener Darstellung!

OLG Köln, **Urteil vom 29.08.2019, 7 U 113/18**

BGH, **Beschluss vom 08.04.2021, VII ZR 216/19**

(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Der Auftraggeber beauftragte den Auftragnehmer mit der Ausführung von Rohbauarbeiten für die Baumaßnahme einer barrierefreien Stadtbahnhaltestelle. Die Rohbauarbeiten sollten bis zum 05.10.2012 abgeschlossen sein. Abgenommen wurden die Arbeiten jedoch erst am 25.03.2014. Im Leistungsverzeichnis waren verschiedene zeitbezogene Vorhaltepositionen enthalten, die der Auftragnehmer aufgrund der eingetretenen Bauzeitverlängerung nun als Vergütungsansprüche gemäß § 2 Abs. 2 VOB/B geltend machte. Zur Begründung führte der Auftragnehmer an, die Verlängerung der Bauzeit sei auf von ihm nicht zu vertretende Umstände zurückzuführen. Zunächst sei der Auftragnehmer witterungsbedingt an der Ausführung der Bauleitungen gehindert gewesen. Dann sei festgestellt worden, dass im Ausführungsbereich der vertraglich geschuldeten Leistung Kabelleerrohre querten, was aus der Ausführungsplanung nicht ersichtlich war. Insgesamt sei die Planung und Ausführung, auch wegen der kalten Witterung, sehr umfangreich gewesen. Schließlich hätten auch Änderungswünsche des Auftraggebers sowie eine mangelnde Koordination der Folgegewerke zu den Verzögerungen geführt. Außerdem war der Auftragnehmer der Ansicht, dass aufgrund der unstreitig erbrachten vertragsgemäßen Leistungen der Auftraggeber dafür darlegungs- und beweisbelastet sei, dass die eingetretene Verzögerung durch den Auftragnehmer verursacht und von diesem auch zu vertreten sei.

Der Auftragnehmer dringt weder mit seinem Vergütungsanspruch noch mit seiner Auffassung betreffend die Darlegungs- und Beweislast durch. Ein Anspruch auf Mehrvergütung wegen verlängerter Bauzeit steht ihm nicht zu.

Das Oberlandesgericht hat zum einen ausgeführt, dass auch vertraglich vereinbarte Mehrvergütungsansprüche objektiv voraussetzen, dass der Auftragnehmer die Verzögerung nicht verursacht hat, sondern diese dem Auftraggeber zuzurechnen sind. Dies ergibt sich aus der gebotenen Auslegung der entsprechenden Positionen des Leistungsverzeichnisses. Ein entsprechend beauftragtes Angebot von zeitbedingten Mehrkosten ist auch nach dem objektiven Willen der Vertragsparteien und nach dem objektiven Empfängerhorizont eines durchschnittlichen Auftragnehmers so zu verstehen, dass diesem auch im Falle von im Ausschreibungstext enthaltenen Leistungspositionen jedenfalls dann keine Vergütung für Verlängerungszeiträume

zusteht, für die der Auftragnehmer selbst verantwortlich ist.

Zum anderen hat das Oberlandesgericht auch für Vergütungsansprüche nach § 2 Abs. 2 VOB/B eine bauablaufbezogene Darstellung gefordert und ausgeführt, dass im Rahmen der Darlegung eines Anspruchs wegen Bauzeitverzögerung bzw. auf zeitabhängige Mehrkosten eine baustellenbezogene Darstellung der Ist- und Sollabläufe notwendig ist, die die Bauzeitverlängerung nachvollziehbar macht. Das Oberlandesgericht hat auch für zeitabhängige Mehrkosten verlangt, dass im Rahmen dieser Darstellung vom Auftragnehmer selbst verursachte Verzögerungen ebenso zu berücksichtigen sind wie erteilte Nachträge. In jedem Fall ist auch darzulegen, wie der Auftragnehmer den Bauablauf tatsächlich geplant hatte, das heißt, welche Teilleistungen er in welcher Zeit herstellen wollte und wie der Arbeitskräfteeinsatz erfolgen sollte. Dem ist nach den Ausführungen des Oberlandesgerichts der tatsächliche Bauablauf gegenüberzustellen und die einzelnen Behinderungstatbestände aufzuführen sowie deren tatsächliche Auswirkungen auf den Bauablauf zu erläutern. Die Darstellung muss insbesondere auch die Beurteilung ermöglichen, ob die angesetzten Bauzeiten mit den von der Preiskalkulation vorgesehenen Mitteln eingehalten werden konnten und ob die Baustelle auch tatsächlich mit ausreichenden Arbeitskräften besetzt war. Zu berücksichtigen sind nach den Ausführungen des Oberlandesgerichts auch unstrittige Umstände die gegen eine Behinderung sprechen, z. B. die Möglichkeit, einzelne Bauabschnitte vorzuziehen oder Arbeitskräfte anderweitig einzusetzen. Diesen Anforderungen wurde der Auftragnehmer mit seinen Darlegungen im entschiedenen Fall nicht gerecht.

## **Fazit**

Das Urteil des Oberlandesgerichts Köln steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung. Bauzeitbedingte Mehrkosten bedürfen, von wenigen Ausnahmen abgesehen, grundsätzlich einer bauablaufbezogenen Darstellung. Das Oberlandesgericht Köln hat dies nun auch für entsprechende Vergütungsansprüche aus § 2 Abs. 2 VOB/B bestätigt. Insgesamt ist also eine konkret bauablaufbezogene Darstellung mit Berücksichtigung von Ausgleichsmaßnahmen erforderlich. Es empfiehlt sich daher sowohl den der Kalkulation zugrunde liegenden Bauablauf (Soll-Ablauf) inklusive wichtiger Meilensteine zu dokumentieren und gegebenenfalls an den Auftraggeber zu kommunizieren als auch den tatsächlichen Ablauf im Bauvorhaben (Ist-Ablauf) nachzuhalten und mit entsprechenden Unterlagen (Behinderungsanzeigen, Bedenkenmeldungen, Nachträgen etc.) zu belegen. Berücksichtigt werden sollten darüber hinaus sogenannte Pufferzeiten und eigene Versäumnisse. So lässt sich auch eine Grundlage schaffen, die es einem baubetrieblichen Sachverständigen ermöglicht, anhand der erstellten Dokumentation des Bauablaufs diesen nachzuvollziehen und die sich hieraus ergebenden konkreten Mehrkostenansprüche zu berechnen.



Kai Linnemannstöns, Hamburg

Möglichkeit von Schadensersatz – auch bei verjährten Mängelansprüchen

**BGH, Urteil vom 23.02.2021 – VI ZR 21/20**

### **Zum Fall**

Die Beklagte führt in einer neu errichteten Sporthalle Installationsarbeiten im Sanitärbereich durch. Die Arbeiten werden im Jahr 1995 abgenommen. Im Jahr 2009 bemerkt die Eigentümerin der Halle Leckagen, für die eine unsachgemäße Ausführung der Installationsarbeiten verantwortlich ist. Das austretende Wasser hat sich hinter Wandabdichtungen und im Fußbodenaufbau verteilt. Dadurch kam es zu Durchfeuchtungen.

Die Eigentümerin ließ die hierdurch entstandenen Schäden beseitigen und verlangt von der Beklagten mit Klage vom 31.12.2012 die für die Ermittlung und Beseitigung der Schäden entstandenen Kosten im Wege des Schadensersatzes.

Sowohl das Landgericht Stralsund in erster Instanz sowie das OLG Rostock in zweiter Instanz hielten die Klage für unbegründet. Das OLG Rostock führt aus, dass die Errichtung der Sporthalle sowie die Installationsarbeiten der Beklagten eine Gesamtbaumaßnahme darstellten; die fehlerhafte Ausführung der Arbeiten stelle insoweit einen Mangel an der Gesamtmaßnahme dar und sei mit den entstandenen Schäden insoweit „stoffgleich“. Der sog. deliktische Anspruch scheitere aus diesem Grunde.

### **Zur Entscheidung**

Dem folgt der BGH nicht – die Entscheidung des OLG Rostock wird aufgehoben und zurückverwiesen. Im Gegensatz zu – hier unstreitig verjährten – Mängelrechten kommt es für Ansprüche aus Delikt nicht auf die Erwartungen an, bei Erwerb eine mangelhafte Leistung zu erhalten. Maßgeblich ist daher das Interesse, durch die in Verkehr gegebene Leistung (hier: Installationsarbeiten) nicht in eigenen Rechtsgütern wie dem Eigentum verletzt zu werden (sog. Integritätsinteresse). Das Beurteilungskriterium ist die sog. Stoffgleichheit: Entspricht der Schaden dem Unwert, den die Sache wegen des Mangels von Beginn an ohnehin hatte, liegt Stoffgleichheit vor – eine deliktische Haftung kommt dann neben Mängelrechten nicht in Betracht. Ist andersrum der Mangel zunächst nur auf einen abgrenzbaren Teil einer Sache begrenzt sowie für sich genommen beherrschbar und führt dieser erst später zu weiteren Zerstörungen an der Sache, ist das Integritätsinteresse beeinträchtigt und der deliktische Schadensersatzanspruch ist zu erwägen (da dann keine Stoffgleichheit vorliegt). So lag der Fall für den BGH hier; die fehlerhaften Installationsarbeiten stellten einen abgrenzbaren Mangel dar, der erst später weitere Teile der Sache

beschädigt hat.

Der Anspruch war – anders als die Mängelrechte – jedenfalls auf Grundlage der zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Sachverhaltsinformationen zudem noch nicht verjährt.

### **Ergebnis**

Der BGH greift auf bereits bekannte Abgrenzungskriterien zurück und bejaht eine deliktische Haftung. Er setzt sich dabei auch mit einer Entscheidung des VII. Zivilsenats auseinander, wonach ein deliktischer Anspruch auch ausscheidet, wenn durch die vertragliche Leistung das beschädigte Bauteil gerade geschützt werden soll (BGH, Urteil vom 27.01.2005 – VII ZR 158/03). Ein solcher Schutzzweck soll nach hier besprochener Entscheidung nicht schon deshalb vorliegen, weil der Schaden bei ordnungsgemäßer Leistungserbringung nicht eingetreten wäre.

Für die Praxis bedeutet die Entscheidung, dass auch bei Verjährung von Mängelansprüchen deliktische Ansprüche weiter denkbar sind, da diese grundsätzlich anderen Verjährungsregeln unterliegen.