



Neues zum Baurecht 06/2019



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 6. Ausgabe 2019 unseres Informationsdienstes "Neues zum Baurecht".

Mit dieser Ausgabe möchten wir Ihnen zum Ende des Jahres u.a. eine Entscheidung des BGH zu den Verjährungsfristen von Kündigungsfolgekosten und des OLG Celle zu vorvertraglichen Hinweispflichten vorstellen.

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 wünschen Ihnen ein besinnliches Weihnachtsfest und ein gesundes und erfolgreiches Jahr 2020!

Themen

Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

Regelmäßige Verjährungsfrist für Kündigungsfolgeansprüche!

Dipl.-Ing. (FH) Frerk Schäfer, Hamburg

Vorvertragliche Hinweispflichten – Was gilt?

Igor Zarva, LL.M., Berlin

Mangelbeseitigungskostenklausel gilt auch für den Generalunternehmer

Danilo Rosendahl, Berlin

Die Abrechnung eines einvernehmlich vorzeitig beendeten Bauvertrags!

Philipp Buslowicz, LL.M., Berlin

Förmliche Abnahme schließt konkludente Abnahme und Fiktion aus!



Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

Regelmäßige Verjährungsfrist für Kündigungsfolgeansprüche!

BGH, Urteil vom 10.10.2019, VII ZR 1/19

Ein Auftraggeber (AG) kündigt drei mit einer Auftragnehmerin (AN) geschlossene Reinigungsverträge zum 31.10.2013, wegen Mängel an der Leistung der AN. Im Folgenden verlangt er von ihr Schadensersatz in Form der Erstattung ihm aus der Beauftragung von Drittunternehmen entstandener Mehrkosten. In den zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) zu den Verträgen wurde unter Verweis auf §§ 634a, 438 BGB vereinbart, dass die Verjährungsfrist für Mängelansprüche zwei Jahre beträgt. Der Auftraggeber erhebt am 01.11.2016 Klage, die dem Auftragnehmer am 08.11.2016 zugestellt wird und beansprucht Ersatz von Mehrkosten in Höhe von EUR 158.435,81, die ihm für die Beauftragung eines Drittunternehmens für die Zeit vom 01.11.2013 bis zum 31.05.2016 entstanden seien. Das LG und das OLG weisen die Klage wegen Verjährung ab.

Der BGH hebt das Berufungsurteil auf und verweist es zurück an das OLG, weil die Forderung jedenfalls nicht verjährt sei. Dies begründet der Senat damit, dass ein Schadensersatzanspruch nicht je nach geltend gemachten Kündigungsgrund einer eigenständigen (verjährungs-)rechtlichen Beurteilung unterzogen werden könne. Das habe das OLG verkannt, weil es für die Verjährungsfrist auf § 634a BGB bzw. auf die ZVB des Unternehmers abgestellt habe und dabei annahm, dass es um einen Folgeschaden aus der behaupteten Mangelhaftigkeit der Leistung der AN gehe. Werde dann der Zeitpunkt der Kündigung zum 31.10.2013 zugrunde gelegt, wäre die Verjährung mit Ablauf des 31.10.2015 eingetreten und die erst im November 2016 erhobene Klage damit verspätet. Der BGH stellt demgegenüber klar, dass Streitgegenstand der Klage ein Schadensersatzanspruch des AG auf Erstattung der Mehrkosten ist, die ihm aufgrund der außerordentlichen Kündigung durch die Beauftragung von Drittunternehmen entstanden sei. Dabei könne dahinstehen, ob die Kündigung auf Mängel gestützt werde, weil es sich bei Kündigungsfolgeschäden um Mehrkosten und nicht um einen Schaden wegen der Beseitigung der Mängel handle. Auf einen solchen Anspruch finde die Verjährungsregelung aus §§ 195, 199 BGB Anwendung und nicht diejenige aus § 634a BGB.

Fazit:

Der Entscheidung des BGH ist zuzustimmen. Bei Folgeschäden aus einer Kündigung folgt der Schadensersatzanspruch über die Mehrkosten aus den allgemeinen Schadensersatzrecht, also unmittelbar aus §§ 280 ff. BGB und nicht wegen Mangelhaftigkeit der Leistung aus §§ 634 Nr. 4, 280 BGB. Der Anspruch unterliegt somit der allgemeinen Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß §§ 195, 199 BGB. Im vorliegenden Fall war die Verjährungsfrist für die Mehrkostenansprüche des AG somit länger, als die vereinbarten Verjährungsfristen für Mängelansprüche. Besondere Aufmerksamkeit ist

jedoch bei Verträgen über Bauwerke sowie Planungs- und Überwachungsleistungen geboten, weil nach der Entscheidung des BGH für Mehrkostenansprüche nach Kündigung nicht die fünfjährige Verjährungsfrist für Mängelansprüche aus § 634 Abs. 1 Nr. 2 BGB gilt, sondern die Mehrkostenansprüche bereits nach drei Jahren, beginnend mit Schluss des Jahres, in dem die Kündigung erklärt wird, verjähren.



Dipl.-Ing. (FH) Frerk Schäfer, Hamburg

Vorvertragliche Hinweispflichten – Was gilt?

OLG Celle, **Urteil vom 02.10.2019 - 14 U 171/18**

Heißt es in den Leitsätzen zu der Entscheidung des OLG Celle vom 02.10.2019, dass sich für den Auftragnehmer aus dem „Grundsatz des Gebots zu korrektem Verhalten bei Vertragsverhandlungen“ eine Prüfungs- und Hinweispflicht für den Fall ergibt, dass die Vergabe- und Vertragsunterlagen offensichtlich falsch sind, und der Auftragnehmer bei Unterlassen des gebotenen Hinweises nach dem Grundsatz von Treu und Glauben an der Geltendmachung einer zusätzliche Vergütung gehindert sei, so geben diese Leitsätze Anlass zur Richtigstellung.

Zum Sachverhalt: Der beklagte Auftraggeber (AG) beauftragte den klagenden Auftragnehmer (AN) mit Straßenbau- und Straßenentwässerungsarbeiten. Nach Abschluss der Arbeiten begehrt der AN zusätzliche Vergütung. Er meint, er habe die Straßenbauarbeiten unter erschwerten Bedingungen erbringen müssen, weil die zwischen den beiden Richtungsfahrbahnen verlaufenden Gleise der Stadtbahn über die Bauzeit nicht gesperrt worden seien. Der AN beruft sich auf das LV zum Straßenbau, in welchem es unter "Ausführung der Bauleistung" heißt: "Herstellen Fahrbahn unter Vollsperrung (analog Regelplan B I / 17 RSA 95)". Der im Klammerzusatz in Bezug genommene Regelplan zeigt eine Sperrung allein der Richtungsfahrbahnen. Im LV zu den Entwässerungsarbeiten heißt es zudem: "Die Stadtbahn im R. S. wird an 3 Stellen durch die geplanten Rohrverlegearbeiten in offener Bauweise gekreuzt. Der Stadtbahnverkehr bleibt in Betrieb".

Das OLG Celle weist die Berufung der AN zurück: Bei Unklarheiten sei ein Bauvertrag als sinnvolles Ganzes auszulegen. Grundlage der Auslegung sei der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter, nicht das subjektive Verständnis des Auftraggebers von seiner Ausschreibung. Neben dem Wortlaut des Vertrags seien die Umstände des Einzelfalls, unter anderem die konkreten Verhältnisse des Bauwerks, sowie die Verkehrssitte und Treu und Glauben zu berücksichtigen. Es müsse davon ausgegangen werden, dass der Anbieter eine Leistung widerspruchsfrei anbieten will. Bei Unklarheiten über nicht von vornherein in Übereinstimmung zu bringende Vertragserklärungen habe sich die Auslegung zunächst an demjenigen Teil zu orientieren, der die Leistung konkret beschreibt. Dabei komme dem Wortlaut der Leistungsbeschreibung gegenüber etwaigen Plänen jedenfalls dann eine vergleichsweise große Bedeutung zu, wenn sich die Pläne im Vergleich zum Wortlaut nicht im Detail an dem angebotenen Bauvorhaben orientierten. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze stünde dem AN der geltend gemachte Mehrvergütungsanspruch nicht zu. Dem im LV in Bezug genommenen Regelplan sei selbst für einen Laien zu entnehmen, dass eine Sperrung lediglich der Fahrbahnen, nicht der Gleise erfolgen sollte. Zudem seien die Maßnahmen "Straßenbau" und

"Entwässerung" im Paket ausgeschrieben worden. Soweit es im LV der Stadtentwässerung also heißt, dass der Stadtbahnverkehr in Betrieb bleibt, habe der AN hiervor nicht die Augen verschließen dürfen.

Fazit:

Falsche Leitsätze, richtige Entscheidung! Die abweisende Entscheidung gründet nicht, wie die Leitsätze vermuten lassen, auf einer vorvertraglichen Hinweispflichtverletzung. Vielmehr setzt das OLG Celle ordnungsgemäß die gefestigte Rechtsprechung des BGH um, dass allem voran die Auslegung des Vertrags steht (vgl. BGH, Urteil vom 12.09.2013, VII ZR 227/1, IBR 2013, 664; Urteil vom 13.03.2008, VII ZR 194/06; Urteil vom 11.11.1993, VII ZR 47/93).

Es gibt keinen, insbesondere keinen vom BGH aufgestellten Grundsatz, dass der AN mit Mehrvergütungsansprüchen ausgeschlossen ist, wenn er den AG in der Ausschreibungsphase nicht auf einen offenkundigen Fehler in der Ausschreibung hinweist. Fehlen kalkulationserhebliche Angabe, ist die Leistungsbeschreibung also unter kalkulatorischen Gesichtspunkten lückenhaft, ist der AN jedoch gut beraten, den AG um Aufklärung zu bitten und nicht "ins Blaue hinein" mit der für ihn günstigsten Ausführungsvariante zu kalkulieren (BGH, Urteil vom 25.02.1988, VII ZR 310/86, BauR 1988, 338). Tut er dies doch, geht er das in diesem Fall große Risiko ein, dass das erkennende Gericht – im Wege der Auslegung – zu dem Ergebnis kommt, der Bieter habe trotz oder gerade wegen der erkennbar fehlerhaften Ausschreibungsunterlagen mit der Angebotsabgabe erklärt, den werkvertraglichen Erfolg herbeizuführen. Anders liegt der Fall, wenn die Leistungsbeschreibung aus kalkulatorischer Sicht nicht unklar, sondern lediglich unvollständig ist. Eine unvollständige Leistungsbeschreibung, so das OLG München (vgl. OLG München, Beschluss vom 04.04.2013 - Verg 4/13, IBR 2013, 299), dürfe der Bieter sogar zu seinem Vorteil nutzen. Diese Entscheidung ist richtig. Ist es doch umgekehrt (bis zur Grenze der Zumutbarkeit, vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 02.07.2019, 16 U 975/19) auch dem Auftraggeber gestattet, auf ein offenkundig kalkulationsfehlerbehaftetes Angebot den Zuschlag zu erteilen.



Igor Zarva, LL.M., Berlin

Mangelbeseitigungskostenklausel gilt auch für den Generalunternehmer

OLG Rostock, Beschluss vom 31.05.2019, 4 U 17/16

Die Mangelbeseitigungsnebenkostenklausel erfasst auch Kosten, die dadurch entstehen, dass ein Generalunternehmer zur Beseitigung eines aufgetretenen Mangels seiner Werkleistungen in Bauleistungen eingreifen muss, die er selbst erstellt hat.

Im zugrunde liegenden Fall ist es im Rahmen von Tiefgaragenarbeiten eines Generalunternehmers aufgrund unzureichender Abdichtungshochführung an den aufgehenden Bauteilen der Tiefgarage zu Durchfeuchtungen der Tiefgaragendecke gekommen. Aufgrund dessen sieht sich der GU vertraglichen Ansprüchen auf Nachbesserung ausgesetzt. Zwecks Beseitigung des eigentlichen Schadens wäre es laut einem Sachverständigengutachten notwendig, die gebäudeanschließenden Terrassen- und Rasenflächen weiter abzusenken und sodann die Abdichtungsanschlüsse hinterlaufsicher auszuführen, das bedeutet insbesondere eine großflächige Entfernung der Begrünung einschließlich des Terrassenbelages auf der Abdichtung der Tiefgaragendecke.

Das OLG Rostock stellt zunächst heraus, dass alle Ansprüche, die mit dem Ausgleich oder der Beseitigung des Mangelschadens zusammenhängen und daher dem unmittelbaren Interesse des Bestellers an dem vertraglich geschuldeten Leistungsgegenstand entsprechen, dem nicht versicherten Leistungsgegenstand zuzuordnen seien. Ebenso seien Ansprüche wegen Schäden, die im Rahmen der Durchführung der Nacherfüllung verursacht werden, sog.

Mangelbeseitigungsnebenkosten, grundsätzlich vom Erfüllungsausschluss der Allgemeinen Haftpflichtbedingungen (AHB) erfasst. Hierunter fielen auch die streitgegenständlichen Freilegungskosten. Weiter weist das OLG Rostock allerdings darauf hin, dass die Parteien des Versicherungsvertrages abweichend Deckungserweiterungen einbauen könnten. Hier wurde im Vertrag eine sog. Mangelbeseitigungsnebenkostenklausel vereinbart, die einen Wiedereinschluss u.a. der Freilegungskosten zur Folge habe. Der Versicherungsschutz erstreckte sich damit auch auf Schäden, die als Folge eines mangelhaften Werkes auftreten und erfasse insoweit zusätzlich die Kosten, die erforderlich sind, um die mangelhafte Werkleistung zum Zwecke der Schadensbeseitigung zugänglich zu machen und den vorherigen Zustand wiederherzustellen. Entscheidend sei auf dem Gebiet des Versicherungsrechts das Verständnis eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers. Ein juristischer Laie dürfe die Klausel so verstehen, dass sämtliche Mangelbeseitigungskosten versichert sind, solange nur ein über den Mangel hinausgehender Folgeschaden eingetreten ist und dieser die Mängelbeseitigung erforderlich macht. Lediglich die unmittelbaren Beseitigungskosten für den Mangel blieben ausgeschlossen. Schließlich enthalte die Mangelbeseitigungsnebenkostenklausel keine Einschränkung dahingehend, dass der

Schaden außerhalb der Werkleistung des Versicherungsnehmers auftreten müsse. Etwaige Unklarheiten diesbezüglich gingen nach überzeugender Absicht des OLG mangels einer eindeutigen Regelung ohnehin versicherungsrechtsspezifisch zu Lasten des Versicherers als Verwender der Versicherungsbedingungen. Im Ergebnis müsse der Versicherer aufgrund der extra eingeschlossenen Klausel die Freilegungskosten für den GU übernehmen.

Fazit:

Der vorliegende Fall zeigt deutlich, dass die Aufnahme einer Mangelbeseitigungsnebenkostenklausel in den Versicherungsvertrag unbedingt zu empfehlen ist. Es kommt jedoch wie immer auf den Einzelfall an, ob eine Deckung tatsächlich zu gewähren ist. Leider bedarf es wie so oft erheblicher Überzeugungsarbeit gegen den Haftpflichtversicherer, um auch eindeutige Fälle zur Regulierung zu bringen, im Zweifel auch vor Gericht.



Danilo Rosendahl, Berlin

Die Abrechnung eines einvernehmlich vorzeitig beendeten Bauvertrags!

Im Falle einer einvernehmlichen vorzeitigen Vertragsaufhebung steht dem Auftragnehmer (AN) nach Ansicht des KG Berlin nur ein Anspruch auf Vergütung der bis zum Zeitpunkt der Vertragsaufhebung erbrachten Leistungen zu, wenn zu diesem Zeitpunkt zu Gunsten des Auftraggebers (AG) ein wichtiger Kündigungsgrund verwirklicht war. Der AN hat hinsichtlich der nicht erbrachten Leistungen keinen Anspruch auf volle Vergütung abzgl. ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs.

KG, Urteil vom 11.06.2019 -21 U 142/18

Der AG kann den Bauvertrag mit dem AN gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B und § 648 S. 1 BGB n.F. bis zur Vollendung jederzeit kündigen. Das wirksam gekündigte Bauvertragsverhältnis wandelt sich dann in ein Abrechnungsverhältnis. In Folge dieser sog. „freien Kündigung“ hat der AN einen Vergütungsanspruch für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen. Hinsichtlich der geschuldeten, aber in Folge der Kündigung nicht mehr ausgeführten Leistungen kann der AN gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B i.V.m. § 648 S. 2 BGB n.F. (649 BGB a.F.) die volle Vergütung abzgl. ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs verlangen (vgl. Leinemann-Franz, VOB/B, § 8, Rn. 59). Kündigt der AG dagegen gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B aus wichtigem Grund, weil sich der AN z.B. weigert, gerügte Mängel abzustellen, steht dem AN („nur“) ein Anspruch auf Vergütung der bis dahin erbrachten Leistungen gemäß § 648a Abs. 5 BGB n.F. zu (vgl. BGH, BauR 1995, 545; Ingenstau/Korbion-Joussen/Vygen, VOB, § 8 Abs. 3 VOB/B, Rn. 23; Kapellmann/Messerschmidt-Lederer, VOB/B, § 8, Rn. 101 m.w.N.). In beiden Fällen ist die Kündigung gemäß § 8 Abs. 6 VOB/B und § 650h BGB schriftlich zu erklären. Die Einhaltung der Schriftform ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung; sie dient nicht lediglich Beweis Zwecken (vgl. Leinemann-Franz, VOB/B, § 8, Rn. 210 m.w.N.).

In der Praxis fehlt es häufig an der Schriftform. Nicht selten kommt es vor, dass der AG entweder nur mündlich kündigt, mündlich ein Baustellenverbot ausspricht und/oder schlichtweg Leistungen an Stelle des AN ausführt. Auch kommt es vor, dass der AN in Folge von Meinungsverschiedenheiten mit dem AG die Baustelle unverrichteter Dinge verlässt und sich sodann weigert, die Leistungen wieder aufzunehmen. Es stellt sich dann regelmäßig die Frage, ob das Verhalten der Parteien als eine einvernehmliche vorzeitige Vertragsaufhebung zu bewerten ist und auf welcher Grundlage der AN zur Abrechnung erbrachter und nicht erbrachter Leistungen berechtigt ist.

Nach der Rechtsprechung des KG steht dem AN in Folge einer einvernehmlichen vorzeitigen Vertragsaufhebung nur ein Anspruch auf Vergütung der bis dahin erbrachten Leistungen zu, wenn der AG zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt war. Im Falle einer einvernehmlichen

Vertragsaufhebung hat der AN – so das KG – denselben Vergütungsanspruch wie im Fall einer Kündigung durch den AG. D.h. wäre der AG im Zeitpunkt der Vertragsaufhebung zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt gewesen, hätte der AN im Falle einer solchen Kündigung nur Anspruch auf Vergütung für die erbrachten Leistungen. Es ist dabei nicht erforderlich, dass sich der AG ausdrücklich auf den wichtigen Kündigungsgrund bezogen hat. Es genügt, dass dieser Grund tatsächlich besteht, dann kann er als Begründung für die Vertragsbeendigung nachträglich nachgeschoben werden.

Mit dieser Auffassung weicht das KG gewissermaßen von der Rechtsprechung des BGH (BGH, Urt. v. 26.04.2018 – Az. VII ZR 82/17) ab. Nach Ansicht des BGH hat der AN im Falle einer einvernehmlichen vorzeitigen Vertragsaufhebung regelmäßig einen Anspruch auf volle Vergütung abzgl. ersparter Aufwände und anderweitigen Erwerbs gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B i.V.m. § 648 S. 2 BGB n.F. Der Vergütungsanspruch des AN ist nur dann auf die tatsächlich ausgeführten Leistungen beschränkt, wenn die Parteien dies ausdrücklich oder konkludent vereinbart haben.

Fazit

Das Urteil des KG wirft Fragen und Probleme auf. Das KG höhlt mit seiner Entscheidung nicht nur das Schriftformerfordernis des § 8 Abs. 6 VOB/B (§ 650h BGB) als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Kündigung aus. Darüber hinaus entstehen erhebliche Abgrenzungs- und Beweisschwierigkeiten. Führt der AG z.B. Leistungen an Stelle des AN im Wege der Selbstvornahme aus, ohne zuvor den Vertrag zu kündigen, hätte der AN für diese teilentzogenen Leistungen einen Anspruch auf volle Vergütung abzgl. ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs gemäß § 2 Abs. 4 VOB/B i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B. Der AG hätte die Kosten der Selbstvornahme selbst tragen. Stand dem AG aber zu diesem Zeitpunkt ein Kündigungsgrund bei Seite und hätte er zuvor den Werkvertrag gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B gekündigt, hätte der AN nur einen Anspruch auf Vergütung der bis dahin erbrachten Leistungen (§ 648a Abs. 5 BGB n.F.). Darüber hinaus hätte der AG gegen den AN einen Anspruch auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B.

Kündigt der AG den Vertrag nur mündlich oder durch konkludentes Handeln (eben durch die Selbst- bzw. Ersatzvornahme) und stellt der AN daraufhin die Leistungen ein, kommt es zu erheblichen Abgrenzungs- und Beweisschwierigkeiten. Dem AG kann nicht pauschal unterstellt werden, durch konkludentes Verhalten einerseits dem AN die Vergütung für nicht ausgeführte Leistungen zuzubilligen und andererseits auf Ersatzansprüche zu verzichten. Gleiches gilt umgekehrt. Der AN wird regelmäßig nicht freiwillig auf seine Vergütung verzichten wollen, nur weil ihm der AG Leistungen ausdrücklich oder konkludent entzieht. Erst Recht nicht wird er für die Kosten der Ersatzvornahme einstehen wollen.

D.h., je nach Interessenlage und Prozesssituation wird der AN die mündliche Kündigung bzw. einvernehmliche Vertragsaufhebung bestreiten und behaupten, leistungsbereit gewesen zu sein. Verlangt der AN für die teilentzogenen Leistungen eine Vergütung, wird der AG dagegen einwenden, zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt gewesen zu sein. Denn nach der Rechtsprechung des BGH (BGH, Beschl. v. 11.10.2017 - VII ZR 46/15) ist das „Nachschieben“ von Kündigungsgründen zulässig, wenn die Voraussetzungen zum Zeitpunkt der (nicht) erfolgten Kündigung bzw. einvernehmlichen Vertragsaufhebung bereits vorlagen. Um solche Abgrenzungs- und Beweisschwierigkeiten zu vermeiden, sind die Parteien daher gut beraten, bei Vorliegen der Voraussetzungen die Kündigung schriftlich zu erklären oder aber mit dem Aufhebungsvertrag die Vergütungsfolgen schriftlich zu regeln.



Philipp Buslowicz, LL.M., Berlin

Förmliche Abnahme schließt konkludente Abnahme und Fiktion aus!

OLG Hamm, **30.04.2019, 24 U 14/18**

Legen die Parteien ausdrücklich eine förmliche Abnahme im Vertrag fest, ist eine konkludente Abnahme oder gar Abnahmefiktion ausgeschlossen.

Die Klägerin (Auftragnehmerin) macht gegen die Beklagte (Auftraggeberin) einen Anspruch auf Zahlung von Restwerklohn aus einem VOB/B-Bauvertrag über die Erweiterung eines Bestandsgebäudes geltend. Im Vertrag wurde u.a. festgelegt, dass sich die Abnahme nach § 12 VOB/B richtet und förmlich zu erfolgen hat.

Die Klägerin führte die Arbeiten aus und verlangte von der Beklagten die Abnahme. Die Beklagte lehnte eine Abnahme auf Grund noch ausstehender Restleistungen sowie diverser Mängel ab. In der Folgezeit entstand zwischen den Parteien Streit über die Mangelhaftigkeit der Arbeiten sowie der damit verbundenen Weigerung zur Durchführung einer Abnahme. Im Endeffekt verklagte die Klägerin die Beklagte auf Zahlung der restlichen Vergütung.

In der ersten Instanz hat das Landgericht Münster die Klage abgewiesen. Das Gericht begründete seine Entscheidung mit der fehlenden Abnahme und damit fehlenden Fälligkeit der Vergütung i.S.d. § 641 Abs. 1 BGB. Die anschließend durch die Klägerin eingelegte Berufung wurde durch das OLG Hamm als unbegründet zurückgewiesen.

Der Senat folgte der Rechtsauffassung der erstinstanzlichen Entscheidung. Die Fälligkeit der eingeklagten Vergütung ist mangels einer Abnahme nicht eingetreten. Es wurde ausdrücklich eine förmliche Abnahme vereinbart, welche nicht durchgeführt worden ist. Das Vorbringen der Beklagten, die Parteien hätten konkludent auf die förmliche Abnahme verzichtet, kann nicht durchgreifen. Insoweit vertritt hier das Berufungsgericht die Auffassung, dass eine vertraglich festgelegte förmliche Abnahme eine Abnahmefiktion nach § 12 Abs. 5 VOB/B oder konkludente Abnahme ausschließt. Die Abnahmefiktion wird schon dadurch ausgeschlossen, dass es durch die ausdrücklich vereinbarte Abnahme auf ein Verlangen i.S.d. § 12 Abs. 5 VOB/B nicht mehr ankommt. Durch diese Vereinbarung liegt nach Ansicht des OLG gerade „ein Verlangen“ vor. Für die Fiktion müsste aber gerade kein Verlangen vorliegen. Zwar ist ein konkludenter Verzicht auf die förmliche Abnahme grundsätzlich möglich, jedoch nur unter strengen Voraussetzungen. Das bloße Unterlassen weiterer Mängelrügen seitens der Beklagten kann gerade nicht als ein solcher Verzicht ausgelegt werden. Hier wiegt die Tatsache besonders schwer, dass noch unzählige offene Mängel vorlagen. Für einen verobjektivierten Empfänger konnte Angesichts dieser Mängel das bloße Schweigen der Beklagten nicht als Verzicht verstanden werden. Des Weiteren fand auch entgegen der klägerischen

Auffassung keine konkludente Abnahme durch die Beklagte statt. Eine solche wäre nur möglich gewesen, wenn die Beklagte nicht zuvor schon eine Vielzahl an Mängeln gegenüber der Klägerin gerügt hätte. Auf Grundlage dessen konnte die Klägerin nicht einfach davon ausgehen, dass trotz dieser Mängel und vorher erklärten Abnahmeverweigerung, jetzt eine Abnahme erfolgt ist. Hier konnte insbesondere in dem Vorschussverlangen zum Zwecke der Selbstvornahme kein solcher Verzicht gesehen werden, obwohl dies grundsätzlich möglich ist. Jedoch waren zwischen den Parteien gerade noch weitere Mängel offen. Auch eine konkludente Abnahme durch die Nutzung des Bauwerks ist nach Ansicht des Senats ausgeschlossen, denn durch die vertragliche Festlegung einer förmlichen Abnahme sollte nach dem Willen der Parteien eine Billigung des Werks als mängelfrei nur mit dieser Form der Abnahme einhergehen.

Fazit:

Das Urteil zeigt einmal mehr, dass sich ein Auftragnehmer nicht auf das Schweigen bzw. die Untätigkeit seines Vertragspartners verlassen kann. Weiterhin zeigt es auch, dass die strenge Rechtsprechung an die Anforderungen einer Abnahme bzw. ihrer Surrogate fortgeführt wird. Die Bedeutung ist immens, denn mit ihr siegen und fallen Werklohnklagen.