

# Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB Rechtsanwaltsgesellschaft

Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht, Architekten- und Ingenieurrecht

## Baurecht

### Ausschluss fiktiver Mängelbeseitigungskosten im Werkvertrag

BGH, U.v. 21.06.2018 - VII ZR 173/16

#### LEITSATZ

Der Auftraggeber, der das Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, kann im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gegen den Auftragnehmer gem. § 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B 2002 seinen Schaden nicht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 22.02.2018 - VII ZR 46/17, IBR 2018, 196 = BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201).

#### PRAXISHINWEIS

Der BGH hat bereits mit Grundsatzurteil vom 22.02.2018 (vgl. Newsletter 2-2018, S. 1) unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass ein Auftraggeber, der den Mangel nicht beseitigen lässt, seinen Schaden nicht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen kann. Hieran hält der BGH fest.

Der Auftraggeber muss seine auf den Ersatz der fiktiven Mängelbeseitigungskosten gerichtete Schadensersatzklage umstellen. Der BGH hat nochmals klargestellt, dass dies auch im laufenden Rechtsstreit noch zulässig ist. Dem Auftraggeber muss vom Gericht unter Hinweis auf die geänderte Rechtsprechung Gelegenheit gegeben werden, seinen Schaden anderweitig darzulegen und zu beziffern.

Will der Auftraggeber - wie vorliegend - den Mangel nicht beseitigen lassen, kann er nach Ansicht des BGH seinen Schaden nur in

der Weise berechnen, dass er im Wege einer Vermögensbilanz die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert des Bauwerks ohne Mangel und dem tatsächlichen Wert des Bauwerks mit

#### Inhalt

<b>Aktuelles aus der Rechtsprechung</b>	<b>1</b>
<b>Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft</b>	
➤ HOAI-Vertragsverletzungsverfahren	3
➤ Pflicht zur eVergabe bei EU-Ausschreibungen	5
➤ Änderung der VOB/A Abschnitt 1 beschlossen	9
<b>TSP – Intern</b>	<b>11</b>
<b>Auf einen Blick</b>	
Rechtswirkungen der Abnahme	12

## Editorial

Zum Jahresbeginn überreichen wir Ihnen die aktuelle TSP-Newsletter-Ausgabe mit zahlreichen Rechtsprechungshinweisen und Nachrichten aus den Bereichen des Bau-, Architekten-, Vergabe- und Immobilienrechts.

Zum Baurecht ist insbesondere auf die nebenstehende Entscheidung des BGH vom 21.06.2018 zum Ausschluss der fiktiven Mängelbeseitigungskosten als Schadensersatz auch im VOB/B hinzuweisen. Darüber hinaus hat das KG in seiner Entscheidung vom 10.07.2018 die sog. Korbion'sche Preisformel "guter Preis bleibt guter Preis" gekippt. Nun muss der BGH entscheiden. Ferner berichten wir zum Stand des HOAI-Vertragsverletzungsverfahrens vor dem EuGH. In unserer Rubrik „Auf einen Blick“ finden Sie eine Übersicht zu den Rechtsfolgen der Abnahme.

Eine interessante Lektüre und alles Gute für das neue Jahr wünschen Ihnen

TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB  
Rechtsanwaltsgesellschaft

#### Impressum

TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB  
Rechtsanwaltsgesellschaft  
(Herausgeber)

Palais am Bundesrat  
Leipziger Platz 11  
10117 Berlin

Telefon (030) 399776-0  
Telefax (030) 399776-22

Berlin@ts-law.de  
www.ts-law.de

Partnerschaftsgesellschaft mbB  
AG Charlottenburg PR 431 B

Mangel ermittelt. Der Schaden kann zudem in der Weise ermittelt werden, dass ausgehend von der vereinbarten Vergütung der Minderwert des Bauwerks wegen des (nicht beseitigten) Mangels geschätzt wird. Eine Minderung anhand der Mängelbeseitigungskosten - wie die bisher geübte Praxis - ist nicht möglich.

Der Auftraggeber, der dagegen den Mangel beseitigen lässt, kann die von ihm aufgewandten Mängelbeseitigungskosten als Schaden ersetzt verlangen. Vor Begleichung dieser Kosten steht dem Auftraggeber ein zweckgebundener und abrechnungspflichtiger Kostenvorschuss zu.

### Haftung für Beschädigung einer Versorgungsleitung

OLG Rostock, U.v. 28.08.2018 - 4 U 105/15

#### LEITSATZ

1. Vor der Ausführung von Tiefbauarbeiten muss der Tiefbauunternehmer selbst bei Versorgungsträgern Auskunft über Vorhandensein und Lage von Versorgungsleitungen einholen und deren Lage vor Durchführung der Arbeiten überprüfen, wenn dies entsprechend vereinbart wurde.\*
2. Wenn sich der Auftraggeber mit den Geschädigten wegen mehrerer Einzelschäden auf einen Pauschalbetrag verglichen hat, dann muss der Auftragnehmer vortragen, ob und inwiefern der Vergleichsbetrag unter Berücksichtigung der Einzelforderungen unangemessen bzw. überhöht gewesen sei.\*

#### PRAXISHINWEIS

Die klagende Auftraggeberin beauftragte die Beklagte als Nachunternehmerin mit Tiefbauarbeiten; konkret sollte im Bereich einer Kreuzung ein Leerrohr verlegt werden. Die Beklagte hatte sich vertraglich gegenüber der Klägerin verpflichtet, zur Vermeidung von Schäden an Versorgungsleitungen das Vorhandensein und die Lage dieser Leitungen vor Aufnahme ihrer Arbeiten eigenverantwortlich durch geeignete Maßnahmen festzustellen und für den Fall einer Beschädigung der Versorgungsleitungen, die Klägerin von Ansprüchen Dritter freizustellen. Durch eine von der Beklagten eingesetzte Verdrängungsrakete wurde eine Gashochdruckleitung beschädigt, wodurch erhebliche Schäden bei Anwohnern sowie auf der Seite des Netzbetreibers und der Stadtwerke verursacht wurden. Die insofern in Anspruch ge-

nommene Klägerin hat sich teilweise verglichen und nimmt die Beklagte auf Freistellung und Zahlung in Anspruch. Der Sache nach mit Erfolg.

Das OLG bejaht einen Anspruch auf Freistellung und Zahlung wegen der durch die Beklagte verursachten Schäden gem. §§ 631, 280 Abs. 1 BGB. Die beklagte Subunternehmerin habe den Nachweis nicht geführt, dass sie die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Ein von ihr unterschriebenes Einweisungsprotokoll belege, dass sie von der Klägerin Pläne erhalten habe, in denen die Gashochdruckleitung eingezeichnet gewesen sei. Unabhängig davon sei sie verpflichtet gewesen, sich bei den Versorgungsträgern über Vorhandensein und Lage von Versorgungsleitungen zu informieren. Daher müsse sie auch den Betrag für einen Vergleich zwischen der klagenden Auftraggeberin und den Stadtwerken ersetzen, der die dort aufgelaufene Forderungen von Anwohnern und eigene Kosten umfasst.

Auch das Bestreiten der Beklagten bezüglich Höhe der von den Stadtwerken gegen die Klägerin im Zusammenhang mit dem Schadensereignis erhobenen Einzelforderungen sei unbeachtlich, da sie nicht substantiiert vorgetragen habe, inwiefern der Vergleichsbetrag im Hinblick auf die verglichenen Einzelforderungen überhöht gewesen sein sollen.

### Neue Berechnung der Nachtragsvergütung gem. § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B?

KG, U.v. 10.07.2018 - 21 U 30/17 (nicht rechtskräftig)

#### LEITSATZ

1. Grundlage des Mehrvergütungsanspruchs aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sind die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten, die dem Unternehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen.
2. Die Preiskalkulation des Unternehmers ist nur ein Hilfsmittel bei der Ermittlung dieser Kostendifferenz. Im Streitfall kommt es nicht auf die Kosten an, die der Unternehmer in seiner Kalkulation angesetzt hat, sondern auf diejenigen, die ihm bei Erfüllung des nicht geänderten Vertrages tatsächlich entstanden wären.
3. Soweit der Unternehmer die Werkleistung durch einen Nachunternehmer erbringen lässt, liegen seine Mehrkosten in der Mehrvergütung, die er aufgrund einer Leistungsänderung an die-

\* Kein amtlicher Leitsatz

sen entrichten muss, solange diese Mehrvergütung marktgerecht ist.

4. Übersteigt die einem Bauunternehmer zugesagte Vergütung die Kosten, die ihm durch die Vertragserfüllung tatsächlich entstehen, so dass er einen Zuschlag zur Deckung seiner allgemeinen Geschäftskosten und seines Gewinns erwirtschaftet, ist bei Ermittlung des Mehrvergütungsanspruchs nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B der entsprechende Zuschlagsfaktor auch auf die änderungsbedingten Mehrkosten anzuwenden ("guter Preis bleibt guter Preis").

5. Auch bei der Ermittlung dieses Zuschlagsfaktors kommt es im Streitfall nicht auf den vom Unternehmer kalkulierten Wert, sondern den Faktor an, der in Anbetracht der tatsächlichen Kosten des Bauvorhabens und der Vergütungshöhe zutreffend ist.

6. Auch wenn die Vergütung des Unternehmers zur Deckung seiner Kosten nicht auskömmlich ist, beläuft sich sein Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B stets zumindest auf seine änderungsbedingten Mehrkosten zuzüglich eines angemessenen Zuschlags zur Deckung seiner allgemeinen Geschäftskosten und seines Gewinns.

7. Dieser angemessene Zuschlagsfaktor beträgt analog §§ 649 Satz 3 und 648a Abs. 5 Satz 3 BGB a.F. mindestens  $100/95=20/19=1,0526$ .

8. Für Bauprozesse folgt hieraus: Ein Bauunternehmer hat seinen Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B jedenfalls in Höhe eines Sockelbetrages schlüssig dargelegt, wenn er die ihm durch die Leistungsänderung tatsächlich entstandenen Mehrkosten vorgetragen hat. Ist dies geschehen, muss der Unternehmer die Kalkulation seiner Vergütung nicht weiter darlegen.

#### PRAXISHINWEIS

In dem vom Kammergericht Berlin entschiedenen Fall stritten ein Generalunternehmer (GU) und die Bauherren über die Höhe einer Nachtragsvergütung für zusätzlich erbrachte Leistungen, die über die im Generalunternehmervertrag vorgesehene Standardausstattung hinausgingen. Das Gericht bezieht sich zunächst auf den Wortlaut des § 2 Abs. 5 VOB/B, wonach im Falle von Leistungsänderungen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren ist. Die Mehrkosten seien im Vergleich zwischen den Kosten<sub>„alt“</sub> und den änderungsbedingten Kosten<sub>„neu“</sub> zu ermitteln. Dabei handele es sich z.B. um tatsächlich entstandene Mehrkosten,

#### HOAI- VERTRAGSVERLETZUNGSVERFAHREN: ENTSCHEIDUNG FÄLLT IN DER ZWEI- TEN JAHRESHÄLFTE 2019

Im Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland fand am 07.11.2018 die mündliche Verhandlung vor dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg (C-377/17) statt. Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob das verbindliche Preisrecht der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) mit vorrangigem EU-Recht, insbesondere der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, vereinbar ist. Nach Ansicht der Kommission rechtfertigen insbesondere die mit der HOAI verfolgten Ziele nicht, durch die Vorgabe von Mindest- und Höchstsätzen den Marktzugang zu erschweren. Der Generalanwalt hat die Erstattung seiner Schlussanträge für den 30.01.2019 angekündigt. Diese sind zwar für den Gerichtshof unverbindlich. Allerdings folgen in der Praxis die Richter häufig dem Generalanwalt. Mit einem Urteil ist voraussichtlich in der zweiten Jahreshälfte 2019 zu rechnen. Wie der EuGH entscheiden wird, bleibt weiterhin offen.

die sich bei Weitervergabe an einen Nachunternehmer ergäben. Demgegenüber habe die Kalkulation der ursprünglich vereinbarten Vergütung für die Preisermittlung nach § 2 Abs. 5 VOB/B nur die Bedeutung eines Hilfsmittels, wenn die tatsächlichen Kosten umstritten seien oder in der Kalkulation nicht richtig wieder gegeben werden. Danach gilt im Falle von Mehrkosten die Formel: Mehrkosten = Kosten<sub>„neu“</sub> - Kosten<sub>„alt“</sub>. Auf dieser Basis könne der Unternehmer außerdem einen angemessenen Zuschlag zur Deckung seiner allgemeinen Geschäftskosten und seines Gewinns i.H.v. mindestens 5 % des ungeminderten Vergütungsanteils verlangen. Dieser entspricht damit einem Zuschlagsfaktor von  $100/95=20/19=1,0526$ . Dieses Auslegungskonzept entspricht der neuen Fassung des § 650c Abs.1, 2 BGB, wonach die Vergütungsanpassung für geänderte Leistungen nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu errechnen ist.

Nach bisheriger Rechtsprechung erfolgt die Nachtragsberechnung im VOB-Vertrag allerdings nach der Regel "guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis" (z.B. OLG Brandenburg, IBR 2016, 70), und zwar unter Preisfortschreibung auf Grundlage einer Urkalkulation. Von dieser Auslegung (sog. Korbion'sche Preisformel) verabschiedet sich die Entscheidung des KG und lässt insofern die Revision zu. Es bleibt abzuwarten, ob sich das Konzept der Nachtragsberechnung auf Grundlage der tatsächlich entstandenen Mehr- oder Minderkosten höchstrichterlich durchsetzen wird.

### **Pflichten zur Prüfung von Mängelursachen bei mangelhafter Vorleistung**

OLG Oldenburg, U.v. 21.08.2018 - 2 U 62/18 (nicht rechtskräftig)

#### **LEITSATZ**

1. Die Leistung eines Unternehmers ist mangelhaft, wenn sie die vereinbarte Funktion allein aus dem Grunde nicht erfüllt, dass die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Leistungen anderer Unternehmer, von denen die Funktionsfähigkeit des Werks abhängt, unzureichend sind. Eine Enthftung von seiner Mängelverantwortlichkeit kann der Auftragnehmer allein durch eine ausreichende Prüfung des Vorgewerks und eine sich daran anschließenden Bedenkenhinweis gegenüber dem Auftraggeber erreichen (st. Rspr. BGH, IBR 2008, 78).
2. Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 280, 634 Nr. 4 BGB und Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280, 281, 634 Nr. 4 BGB erfolgt im Werkvertragsrecht nicht danach, ob es sich um Mangel- oder Mangelfolgeschäden handelt. Vielmehr unterfallen Schäden, die im Falle einer ordnungsgemäßen Erfüllung der werkvertraglichen Verpflichtung spätestens im Wege der Nachbesserung nicht entstanden wären, den §§ 280, 281, 634 Nr. 4 BGB, während Schäden, die auch im Wege einer Nacherfüllung nicht hätten vermieden werden können, nach den §§ 280, 634 Nr. 4 BGB zu ersetzen sind.
3. Beruht der Mangel der Werkleistung des Auftragnehmers darauf, dass er auf eine unzureichende Vorunternehmerleistung aufgebaut hat, setzt eine ordnungsgemäße Fristsetzung im Sinne der §§ 281, 634 Nr. 4 BGB voraus, dass der Auftraggeber die Mitwirkungshandlungen vorge-

nommen oder jedenfalls angeboten hat, die dem Unternehmer die Herstellung eines funktionierenden Nachfolgegewerks ermöglichen. Das gilt auch, wenn der Auftraggeber die konkrete Mangelursache nicht kennt, weil der Auftragnehmer seiner Verpflichtung, die Mängelbehauptungen des Auftraggebers zu prüfen und den Umfang seiner Leistungspflicht selbst zu beurteilen, nicht nachgekommen ist.

4. Die Pflicht des Auftragnehmers, die Mängelbehauptungen des Auftraggebers zu prüfen und Grund und Umfang seiner Leistungspflicht selbst zu beurteilen, ist eine solche nach § 241 Abs. 2 BGB, deren Verletzung einen neben dem Sachmängelgewährleistungsrecht stehenden Schadensersatzanspruch aus den §§ 241 Abs. 2, 280, 633 BGB nach sich ziehen kann.

#### **PRAXISHINWEIS**

Der klagende Generalunternehmer (GU) war von den Bauherren mit der Errichtung eines Wohnhauses beauftragt worden. Nachdem sich Feuchtigkeitsschäden am Bauwerk zeigten, forderten die Bauherren den GU unter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung auf. Der GU leitete das Schreiben an den beklagten Nachunternehmer (NU) weiter, der von ihm mit den Maurerarbeiten beauftragt worden war. Dieser reagierte darauf nicht und nahm auch keine Untersuchung zur Mangelursache vor. Weder der GU noch sein NU beseitigten den Mangel. Daraufhin leiteten die Bauherren ein selbständiges Beweisverfahren gegenüber dem GU ein. Ein im selbständigen Beweisverfahren erstelltes Sachverständigen Gutachten stellte fest, dass die Feuchtigkeitsschäden auf die mangelhafte Abdichtung der Fenster zurückzuführen seien, die der Fensterbauer als Vorunternehmer im Auftrag des GU durchgeführt hatte. Der im Anschluss tätige NU führte die beauftragten Maurerarbeiten ohne Rücksicht auf die fehlerhafte Vorleistung durch. Die im selbständigen Beweisverfahren entstandenen Sachverständigenkosten musste der GU den Bauherren erstatten. Wegen dieser Kosten nimmt der GU im Klagewege seinen mit den Maurerarbeiten beauftragten NU in Regress, im Ergebnis mit Erfolg. Das Gericht geht im Einklang mit der ständigen BGH-Rechtsprechung davon aus, dass die Leistung des beklagten NU als mangelhaft anzusehen ist, auch wenn sie die vereinbarte Funktion allein auf Grund mangelhafter Vorleistung nicht erfüllt (vgl. BGH NZBau 2008, 109 ff; NZBau

### **PFLICHT ZUR E-VERGABE BEI EUROPAWEITEN AUSSCHREIBUNGEN**

Seit dem 19.10.2018 müssen die Kommunikation und die Abwicklung von EU-weiten Vergabeverfahren in elektronischer Form erfolgen. Dies umfasst insbesondere die Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen, das elektronisch unterstützte Ausfüllen der Vergabeunterlagen, das Stellen von Bieterfragen, die Einbindung von Nachweisen, die Angebotsabgabe sowie etwaige Aufklärungen und Nachforderungen, die Vorabinformation nach § 134 GWB und die Zuschlagserteilung.

Bieter, die ihr Angebot nicht elektronisch einreichen, werden künftig automatisch vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Ausnahmen gelten, wenn Angebotsbestandteile einzureichen sind, die sich für eine elektronische Übermittlung nicht eignen oder für den Auftraggeber nicht handhabbar sind. Diese können auch zukünftig postalisch eingesandt oder abgegeben werden.

Einzig für nationale Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich ist eine papiergebundene Einreichung von Angeboten weiterhin zulässig. Für den Liefer- und Dienstleistungsbereich sieht die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) vor, dass Auftraggeber ab dem 01.01.2019 elektronische Angebote akzeptieren und ab dem 01.01.2020 ausschließlich elektronische Angebote verlangen müssen. Für den Baubereich legt die VOB/A 2016 keinen Termin fest, sodass hier weiterhin Angebote in Papierform eingereicht werden können.

2008, 109 ff.) Der im Anschluss tätige Unternehmer könne sich von der eigenen Haftung nur durch Prüfung der Vorleistung und Bedenkenhinweis gegenüber dem Auftraggeber befreien. Dies habe der beklagte NU aber unterlassen.

Das Gericht verneint einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung wegen gescheiterter Mangelbeseitigung (Nacherfüllung) gem. § 281 BGB, weil es der GU versäumt habe, den mit den Maurerarbeiten beauftragten NU unter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung aufzufordern

Soweit es aber um Schäden gehe, die im Wege der Nacherfüllung nicht hätten beseitigt werden können, stünden dem klagenden GU die im Beweisverfahren entstandenen Sachverständigen-

kosten gem. § 280 Abs. 1 BGB als Schadensersatz neben der Leistung zu. Dieser könne auch ohne vorherige Mangelbeseitigungsaufforderung beansprucht werden, weil es sinnlos sei, unabwendbar eintretende Schäden von einer Fristsetzung zur Nacherfüllung abhängig zu machen. Die Verletzung vertraglicher Pflichten bestehe darin, dass der NU nichts unternahm, um die Mangelursache aufzuklären. Dadurch sei die Durchführung des Beweisverfahrens erforderlich und die Entstehung der Sachverständigenkosten unabwendbar verursacht worden. Die Besonderheit der Entscheidung liegt darin, dass das Gericht die Pflichtverletzung im Sinne der §§ 241 Abs. 2, 280 BGB darin sieht, dass der beklagte NU nichts unternommen hatte, eine möglicherweise nicht im eigenen Verantwortungsbereich liegende Mangelursache aufzuklären. Da diese Frage nach Auffassung des Gerichts bisher höchstrichterlich ungeklärt ist, hat das Gericht insoweit die Revision zugelassen.

### **Vergütung für nicht erbrachte Leistungen: Keine Sicherungshypothek**

KG, U.v. 24.07.2018 - 7 U 134/17

#### **LEITSATZ**

1. Die Einräumung einer Sicherungshypothek kann nur für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangt werden. Die Höhe der vom Unternehmer für seine Vergütung zu beanspruchenden Sicherungshypothek richtet sich also nach dem jeweiligen Baufortschritt.\*
2. Der Anspruch auf Vergütung für nicht erbrachte Leistungen – wie im Fall einer freien Kündigung – kann nicht durch eine Sicherungshypothek gesichert werden.\*

#### **PRAXISHINWEIS**

Nach einer Vertragskündigung durch den Auftraggeber macht der Auftragnehmer Vergütung für nicht erbrachte Leistungen gemäß § 649 Satz 2 BGB a.F. geltend. Zugleich beansprucht er hierfür die Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 Abs. 1 BGB a.F.

Das Kammergericht weist den Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek zurück, weil diese gemäß § 648 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangt werden kann. Nach dem Grundgedanken dieser Regelung soll der Unter-

nehmer eines Bauwerks einen Sicherungsanspruch für seinen Werklohn nur in dem Umfang erhalten, in dem die von ihm geleistete Arbeit dem Wert nach der vereinbarten Vergütung entspricht. Da durch seine Leistung der Wert des Baugrundstücks erhöht wurde, wird der Unternehmer für seine Werklohnforderung gegenüber anderen Gläubigern privilegiert und ihm eine Sicherheit am Baugrundstück verschafft. Aufgrund der Kündigung fehlte es vorliegend gerade an einer Leistung, die den Wert des Baugrundstücks erhöht hat. In einem solchen Fall besteht daher kein Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek.

### **Anforderungen an einen Bedenkenhinweis des Werkunternehmers**

OLG Schleswig, U.v. 18.07.2018 - 12 U 8/18

#### **LEITSATZ**

1. Auch mündliche Bedenkenhinweise führen im VOB-Vertrag dazu, dass der Auftragnehmer von seiner Haftung für Mängel frei wird.\*
2. Der Auftragnehmer muss den Auftraggeber nicht ausdrücklich darauf hinweisen, dass die geplante Ausführung nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Es genügt, wenn er den Auftraggeber in die Lage versetzt, die Tragweite der Nichtbefolgung des Hinweises zu erkennen.\*
3. Der Auftragnehmer hat in seinem Bedenkenhinweis nur auf die nachteiligen Folgen der geplanten Ausführung hinzuweisen. Möglichkeiten der Abhilfe muss er nicht aufzeigen.\*

#### **PRAXISHINWEIS**

Im entschiedenen Fall bestätigte das OLG Schleswig ein vorangehendes Urteil des LG Kiel vom 18.10.2017 – 9 O 230/16. Der Auftraggeber hatte die Sanierung und Neueindeckung des Dachgeschosses eines landwirtschaftlichen Wirtschaftsgebäudes beauftragt. Hierzu war eine Dachdeckerfirma (spätere Beklagte zu 1), ein Schreinerunternehmen (spätere Beklagte zu 3) und ein Architekt (späterer Beklagter zu 2) mit der Planung und Überwachung der Arbeiten beauftragt worden. Das Dach wurde u.a. mit Faserzementplatten eingedeckt; eine Unterspannbahn oder eine andere regensichernde Maßnahme wurde lediglich über einen kleinen ausgebauten Bereich des Obergeschosses ausgeführt. Eine regensichernde Dacheindeckung für das land-

wirtschaftliche Wirtschaftsgebäude wurde damit nicht erzielt. Der Auftraggeber behauptet, das Obergeschoss für Wohn- und Veranstaltungszwecke nutzen zu wollen. Die Beklagten zu 1) bis 3) wandten ein, dies sei bei Vertragsschluss nicht bekannt gewesen. Das LG Kiel hatte die Klage abgewiesen und ausgeführt, der Kläger habe gegen die Beklagten zu 1) bis 3) keinen Anspruch auf Schadenersatz. Die Dacheindeckung selbst wies keinen Mangel auf. Anders liege es bei dem fehlenden Unterdach. Die anerkannten Regeln der Technik hätten es erfordert, ein Unterdach zum Schutz vor Flugschnee und Regen einzubauen. Eine Haftung der Beklagten zu 1) bis 3) für den Dachmangel sei gleichwohl nicht gegeben.

Eine Haftung des Beklagten zu 1) (Dachdeckerfirma) bestünde nicht, da der Mangel auf eine Anordnung des Klägers als Auftraggeber zurückzuführen sei, gegen welche der Beklagte zu 1) Bedenken mitgeteilt habe. Bei der Vergabe habe der Beklagte zu 2) (Architekt) unter Verweis auf denkmalschutzrechtliche Vorgaben im Vergabegespräch erklärt, man wolle auf die Unterspannbahn verzichten. Der Auftraggeber und seine Ehefrau hätten dem im Vergabegespräch nicht widersprochen. Sie hätten vielmehr geäußert, wenn eine Unterspannbahn verbaut werden würde, dann würde man ja „die Latten nicht mehr sehen“. Die Beklagte zu 1) (Dachdeckerfirma) habe erklärt, es müsse dann aber mit Flugschneeeintrieb gerechnet werden. Der Beklagte zu 3) (Schreinerunternehmen) hafte ebenfalls nicht auf Schadenersatz. Er habe sich darauf verlassen dürfen, dass er als Schreiner für die Herstellung des Unterdachs nicht verantwortlich sei.

Das OLG Schleswig bestätigte das klageabweisende Urteil des LG Kiel. Bedenkenhinweise gem. § 4 Abs. 3 VOB/B können auch mündlich erfolgen. Obgleich die §§ 13 Abs. 3, 4 Abs. 3 VOB/B eine schriftliche Bedenkenanmeldung des Unternehmers fordern, wäre vorliegend der Schutzfunktion der §§ 4 Abs. 3, 13 Abs. 3 VOB/B durch die erfolgte mündliche Bedenkenanzeige Genüge getan worden.

Dies ist rechtlich zutreffend. Ein Vorschussanspruch gem. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B gegen den Beklagten zu 1) (Dachdeckerfirma) bzw. gem. §§ 634 Nr. 4, 280 BGB gegen den Beklagten zu 2) (Architekt) besteht nicht.

Mündliche Bedenkenanmeldungen erfüllen zwar nicht die Enthaltungstatbestände gem. den §§ 4 Abs. 3, 13 Abs. 3 VOB/B. Hier ist eine schriftliche Bedenkenanzeige erforderlich. Mündliche Hin-

weise sind dagegen nicht schlechthin unbeachtlich. So kann sich der Auftragnehmer, wenn der Auftraggeber trotz zuverlässiger mündlicher Belehrung die Hinweise des Auftragnehmers nicht befolgt, hinsichtlich der daraus ergebenden Mängel des Bauwerks auf ein mitwirkendes Verschulden des Auftraggebers (§ 254 BGB) berufen. Das kann im Einzelfall dazu führen, dass sich der Auftraggeber, der trotz ausreichender Belehrung bei seiner gegenteiligen Anordnung bleibt, die daraus ergebenden Folgen allein tragen muss (BGH, Urteil vom 10.04.1975, VII ZR 183/74). Es kommt daher im Einzelfall darauf an, ob auch der mündlich erteilte Hinweis die Interessen des Auftraggebers ausreichend schützt. Davon war vorliegend auszugehen.

### **Prüfungs- und Hinweispflicht eines Werkunternehmers gegenüber dem Generalunternehmer**

OLG Schleswig, U.v. 27.06.2018 - 12 U 13/18

#### **LEITSATZ**

1. Ein Auftragnehmer haftet nicht für einen Mangel, wenn dieser auf einer ausdrücklichen Anweisung des Auftraggebers beruht und der Auftragnehmer den Auftraggeber auf die mit der Ausführung der Anweisung vorhandenen Nachteile (Bedenken) hingewiesen hat.\*
2. Die Hinweispflicht bezieht sich auch auf die Vorgaben des Auftraggebers sowie die Vorgewerke und die vom Auftraggeber bauseitig gestellten Materialien. Diese sind eingehend darauf zu untersuchen, ob sie geeignet sind, ein mangelfreies (Gesamt-)Werk entstehen zu lassen.\*
3. Soweit sich der Auftragnehmer nicht in der Lage sieht, seiner Prüfungspflicht nachzukommen, muss er darauf ebenfalls hinweisen.\*
4. Die Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers entfällt, wenn der Auftraggeber über eine größere Fachkenntnis verfügt, auf die der Auftragnehmer vertrauen darf (hier verneint).\*

#### **PRAXISHINWEIS**

Das OLG Schleswig hob ein vorangehendes Urteil des LG Flensburg vom 01.12.2017 auf und verurteilte den beklagten Bauunternehmer zur Zahlung von Kostenvorschuss und Schadenersatz an den Auftraggeber. Der Beklagte hatte Verputz- und Verschlämmungsarbeiten für den Auftraggeber, eine Generalunternehmerin, die

ihrerseits vom Bauherrn beauftragt war, durchgeführt. Bei diesen Arbeiten verwendete er einen Schlämmputz, den er bei der Streitverkündeten Baustoffhändlerin erworben hatte. Von dieser Baustoffhändlerin hatte er einen Verarbeitungszettel erhalten. Über weitere Produktinformationen verfügte er nicht. Der Putz wurde auf nasse Verschlämmsteine aufgetragen und anschließend schadhafte. Es kam zu Abplatzungen, Abschälungen bzw. Ausblühungen an sämtlichen Fassadenseiten.

Da der Beklagte vorliegend nicht mit seiner Auftraggeberin über die Nachteile der Ausführung der Putzarbeiten auf dem noch nassen Mauerwerk gesprochen hatte oder gar einen schriftlichen Bedenkenhinweis erteilte, wurde er vom OLG Schleswig – entgegen der vorangegangenen Entscheidung des LG Flensburg – zur Zahlung verurteilt. Die Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht besteht nach dem OLG Schleswig auch in einer Beauftragungskette. Dass die Auftraggeberin selbst im entschiedenen Fall als Generalunternehmerin tätig war, steht dem nach dem OLG Schleswig nicht entgegen. Die Beklagte als Subunternehmerin war daher auf Leistung von Ersatzvornahmekosten und Schadenersatz zu verurteilen.

Hinweispflichten bestehen insbesondere auch gegenüber dem fachkundigen Auftraggeber. Diese entfallen allenfalls dann, wenn der Auftraggeber über größere Fachkenntnis verfügt, wie der Auftragnehmer selbst und auf welche er vertrauen darf. Dies wurde vorliegend vom OLG Schleswig verneint.

## **Architektenrecht**

### **Baukostenobergrenze**

KG, U.v. 28.08.2018 - 21 U 24/16 - nicht rechtskräftig

#### **LEITSATZ**

1. - 7. (...)
8. Vereinbaren die Parteien eines Architektenvertrags eine Kostenobergrenze für das Projekt, so stellt dies keine Beschaffenheitsvereinbarung für die Werkleistung des Architekten dar. Die rechtliche Bedeutung einer Kostenobergrenze liegt darin, dass sie die kostenbezogenen Vertragspflichten des Architekten konkretisiert.

### PRAXISHINWEIS

Der Auftraggeber macht gegen den Architekten einen Schadensersatzanspruch wegen der Überschreitung einer nachträglich vereinbarten Baukostenobergrenze geltend. Voraussetzung hierfür ist, dass in der Vereinbarung der Obergrenze eine Beschaffenheitsvereinbarung liegt. Dies ist nach Ansicht des KG nicht der Fall. Hiermit stellt sich das KG gegen die in Rechtsprechung und Literatur immer wieder geäußerte Ansicht, wonach die Vereinbarung einer Kostenobergrenze in einem Architektenvertrag eine Beschaffenheitsvereinbarung darstellt (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 06.10.2016, VII ZR 185/13).

Zwar können die Parteien eines Architektenvertrages in dem Vertrag oder nachträglich eine Kostenobergrenze vereinbaren. Allerdings soll nach Ansicht des KG mit einer solchen Vereinbarung nie die Beschaffenheit der Werkleistung des Architekten bestimmt werden können. Zu welchen Kosten sich eine Planung umsetzen lässt, sei - so das KG - keine Eigenschaft des Architektenwerks. Die Planung sei nicht der einzige Faktor, der die Baukosten letztlich bestimmt. Die Kosten hängen auch entscheidend von der Marktlage bei der Ausschreibung ab. Die Preise, zu denen Bauunternehmen dem Bauherrn die Umsetzung einer Planung anbieten, können vom Architekten nicht beeinflusst werden. Die vom Architekten geschuldeten Kostenermittlungen und -kontrollen sollen auch nicht dazu führen, dass es zu den Eigenschaften der Werkleistung eines Architekten gehört, dass das Bauvorhaben zu einem bestimmten Höchstbetrag umgesetzt werden kann. Auch die Rechtsfolgen aus der Verletzung einer Beschaffenheitsvereinbarung passen nach Ansicht des KG nicht, weil es nicht um die Beschaffenheit der Werkleistung des Architekten, sondern um die Haftung für die Kosten der Leistungen Dritter geht.

Die rechtliche Bedeutung einer Kostenobergrenze soll darin bestehen, dass hierdurch die kostenbezogenen Vertragspflichten des Architekten konkretisiert werden. Haben die Parteien eine Kostenobergrenze vereinbart, müsse der Architekt den Bauherrn darauf hinweisen, wenn eine Überschreitung dieser Obergrenze droht. Außerdem sei der Architekt verpflichtet, kostensparend zu planen. Eine Verletzung dieser durch die Obergrenze konkretisierten Pflichten konnte das KG im vorliegenden Rechtsstreit nicht feststellen, sodass die Berufung insoweit zurückgewiesen wurde.

Im Hinblick auf das bereits anhängige Revisionsverfahren - VII ZR 192/18 - bleibt abzuwarten, ob der BGH seine bisherige Rechtsprechung zur Baukostenobergrenze aufgibt und dem KG folgt.

---

### Fiktive Mängelbeseitigungskosten bei Architekten

BGH, B.v. 05.07.2018 – VII ZR 35/16

#### LEITSATZ

Der Schadensersatzanspruch gegen einen Architekten, der für die Errichtung eines mangelhaften Bauwerks haftet, kann nicht nach den fiktiven Kosten der Beseitigung der Mängel am Bauwerk bemessen werden.\*

### PRAXISHINWEIS

Es handelt sich hier um eine Folge-Entscheidung zum BGH-Urteil vom 20.02.2018. Der Bundesgerichtshof hat bereits für Ansprüche gegen bauausführende Unternehmen entschieden, dass eine Berechnung des Schadensersatzanspruchs nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten nicht möglich ist. Konsequenterweise gilt dies auch für Schadensersatzansprüche gegen einen Architekten oder einen Ingenieur. Der Auftraggeber hat also seine Argumentation umzustellen. Es ist vorzutragen, dass er die streitgegenständlichen Mängel beseitigen lassen wird, und er den Aufwand der Beseitigung dieser Mängel als Voranschuss geltend macht.

---

### Externer Bauüberwacher: Freigabe von Zusatzleistungen

OLG München, B.v. 13.03.2018 – 28 U 88/18

#### LEITSATZ

Es existiert kein allgemeiner Rechtssatz, wonach bauüberwachende Architekten grundsätzlich nur als Vertreter des Bauherrn auftreten und nie in eigenem Namen handeln.\*

### PRAXISHINWEIS

In dem vorliegenden Fall hat ein Architekt, der mit der Leistungsphase 8 beauftragt war, auf die Anfrage des Bauunternehmers, „die vorgelegte Werkstattzeichnung des Geländers mit Rellinghandlauf zu beauftragen und freizugeben“ eine entsprechende Freigabe erklärt („Zeichnungen



## ÄNDERUNGEN DER VOB/A ABSCHNITT 1 BESCHLOSSEN

Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) hat am 13.11.2018 Änderungen der VOB/A Abschnitt 1 beschlossen. Für Vergaben des Bundes sollen die Änderungen bereits ab Anfang 2019 gelten. Eine Überarbeitung der VOB/A Abschnitte 2 und 3 soll folgen. Eine neue Gesamtausgabe der VOB wird für Mitte 2019 angestrebt. Die Änderungen in Abschnitt 1 betreffen insbesondere:

- künftige Wahlfreiheit zwischen der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb,
- Einführung eines Direktauftrages bei einem Auftragswert von bis zu € 3.000,00,
- Zulassung mehrerer Hauptangebote,
- Einführung einer abschließenden Liste mit den vorzulegenden Unterlagen,
- erleichterter Nachweis der Eignung,
- Verzicht auf Nachweise, wenn die den Zuschlag erteilende Stelle bereits in deren Besitz ist,
- im Teilnahmewettbewerb sollen Nachweise nur von den in Frage kommenden Bietern verlangt werden,
- Neufassung der Nachforderungsregeln und
- Klarstellung der Zuschlagsentscheidung.

sind ok und somit freizugeben“). Der Auftraggeber weigerte sich später, diese Leistungen zu vergüten. Daraufhin nahm der Bauunternehmer den Bauüberwacher auf Zahlung von Werklohn in Anspruch. Das Oberlandesgericht München gab der Klage statt.

Es ist zunächst mit der herrschenden Meinung festzuhalten, dass ein Architekt nicht über eine „originäre Vollmacht“ verfügt, nach der er als Vertreter für den Bauherrn zu dessen Lasten Rechtsgeschäfte abschließen kann. Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob der Architekt über eine entsprechende Vollmacht verfügt. Ist dies – wie vorliegend – nicht der Fall, kann nach den Regeln der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht eine Zurechnung der Erklärung möglich sein. Ist auch dies zu verneinen, so handelt er entweder als Vertreter ohne Vertretungsmacht und haftet entsprechend. Oder aber es liegen – so die Feststellungen des Oberlandesgerichts München im vorliegenden Fall – zwei übereinstimmende Willenserklärungen mit Rechtsbindungsabsicht vor, die eine unmittelbare vertragliche Beziehung zwischen dem Bauunternehmer und dem Bauüberwacher begründen. Das OLG stellt im vorliegenden Fall auf die Formulierung des Bauunternehmers „zu beauftragen und freizugeben“ ab, welche indiziert, dass der Bauunternehmer von einer Beauftragung durch den Bauüberwacher ausging. Hier hätte der Bauüberwacher einen entsprechenden Vorbehalt erklären müssen, dass der Bauunternehmer nur beauftragt werde, wenn der Bauherr dem zustimme.

## Vergaberecht

### Ausschluss eines vergaberechtswidrigen Spekulationsangebots

BGH, U.v. 19.06.2018 - X ZR 100/16

#### LEITSATZ

1. Der Umstand, dass das Angebot des Bieters bei einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses Preise enthält, die deutlich unter den Kosten des Bieters liegen, rechtfertigt für sich genommen nicht die Annahme, der Bieter habe die geforderten Preise nicht angegeben.
2. Eine Angebotsstruktur, bei der deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegenden Ansätzen bei bestimmten Positionen auffällig hohe Ansätze bei anderen Positionen des Leistungsverzeichnisses entsprechen, indiziert jedoch eine unzulässige Verlagerung von Preisangaben auf hierfür nicht vorgesehene Positionen. Kann der Bieter die Indizwirkung nicht erschüttern, rechtfertigt dies die Annahme, dass das Angebot nicht die geforderten Preisangaben enthält.
3. Ein Angebot, das spekulativ so ausgestaltet ist, dass dem Auftraggeber bei Eintritt bestimmter, zumindest nicht gänzlich fernliegender Umstände erhebliche Übervorteilungen drohen, ist nicht zuschlagsfähig. Vielmehr verletzt der betreffende Bieter seine Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB, wenn er für eine Position einen Preis ansetzt, der so überhöhte Nachforderungen nach sich ziehen kann, dass aus Sicht eines verständigen Teilnehmers am Vergabeverfahren das Ziel verfehlt

wird, im Wettbewerb das günstigste Angebot hervorzubringen, und dem zu einem verantwortungsvollen Einsatz der Haushaltsmittel verpflichteten Auftraggeber nicht mehr zugemutet werden kann, sich auf ein derartiges Angebot einzulassen.

#### PRAXISHINWEIS

Das klagende Bauunternehmen wurde als Bieter wegen vergaberechtswidriger Mischkalkulation von der Vergabe ausgeschlossen und machte insofern Schadensersatzansprüche gegen den Auftraggeber geltend, die er auch in der Revisionsinstanz verfolgte, allerdings ohne Erfolg:

Das Angebot des Bieters beinhaltete Vorhaltekosten für das vom Kläger auf- bzw. abzubauen- de Gerüst für den Fall eventueller witterungsbedingter Verzögerung, und zwar für eine Woche verlängerter Standzeit i.H.v.12.678 Euro. Demgegenüber berechnete das Angebot für die wöchentliche reguläre Standzeit des Gerüsts einen Durchschnittspreis i.H.v. 5.300 Euro. Darin sieht auch die Revisionsinstanz eine erhebliche spekulative Aufpreisung, zumal dieser Preis sich für den Auftraggeber progressiv umso nachteiliger auswirken könne, je länger die Unterbrechung andauert. Damit habe der Kläger gegen seine Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verstoßen, weil er für eine Position, bei der in der Ausführung nicht unerhebliche Mehrmengen anfallen können, einen Preis ansetzt, der so überhöhte Nachforderungen nach sich ziehen kann. Damit werde das Ziel des Vergabeverfahrens, im Wettbewerb das günstigste Angebot hervorzubringen, verfehlt; insbesondere weil vorliegend eine relativ hohe Wahrscheinlichkeit bestanden habe, dass das Gerüst länger vorgehalten werden muss. Damit könne sich der Bieter bei einer Wertung nach Preis einen geringfügigen, aber gegebenenfalls für die Rangfolge der Angebote ausschlaggebenden Vorteil verschaffen, der mit der Chance eines deutlich erheblicheren wirtschaftlichen Nachteils für den Auftraggeber bei der Abrechnung des Auftrags verbunden ist. In einem solchen Fall ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, den Zuschlag zu erteilen, auch wenn das fragliche Angebot formal-rechnerisch als das preiswerteste erscheint.

#### Kein Erstattungsanspruch der Vorhaltekosten bei verzögerter Zuschlagserteilung

BGH, U.v. 26.04.2018 - VII ZR 81/17

#### LEITSATZ

Ein Anspruch auf Ersatz von nach Vertragspreisen einschließlich eines Prozentsatzes für Allgemeine Geschäftskosten kalkulierten Vorhaltekosten wegen verzögerter Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren steht dem Auftragnehmer nicht aufgrund einer entsprechenden Anwendung des § 642 BGB zu.

#### PRAXISHINWEIS

Der BGH stellt in dieser Entscheidung klar, dass der Klägerin ein Anspruch auf die Erstattung der Vorhaltekosten wegen verzögerter Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zusteht.

Ein Erstattungsanspruch in Anlehnung an § 2 Abs. 5 VOB/B (§ 2 Nr. 5 VOB/B 2002) bestehe nicht. Das Begehren der Erstattung von Vorhaltekosten beruhe - anders als im § 2 Abs. 5 VOB/B vorausgesetzt - nicht auf einer nach Vertragsschluss eingetretenen Veränderung/Störung von rechtsgeschäftlich an die Einhaltung der Bauzeit geknüpften Leistungspflichten des Auftragnehmers, die durch eine entsprechende Anpassung der Vergütung des Auftragnehmers auszugleichen wäre. Die Erstattung der Vorhaltekosten knüpft vielmehr an die verzögerte Erteilung des Zuschlags und damit an eine Störung an, die in der vorvertraglichen Beziehung der Parteien aufgetreten sei. Die Grundsätze der vertraglichen Vergütungsanpassung nach Vertragsschluss nach § 2 Abs. 5 VOB/B seien auf vorvertragliche Störungen nicht anwendbar.

Die Erstattung der Vorhaltekosten könne die Klägerin auch nicht als Schadensersatz nach § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 Nr. 1 und § 280 Abs. 1 BGB verlangen. Mit der Erstattung der Vorhaltekosten werde eine Entschädigung für das Vorhalten einer Leistung verlangt und nicht die Erstattung von in Erwartung des Vertragsschlusses getätigten konkreten Aufwendungen. Eine Entschädigung in diesem Sinne können nach § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 Nr. 1 und § 280 Abs. 1 BGB nicht verlangt werden.

Ein Erstattungsanspruch stehe der Klägerin schließlich auch nach § 642 BGB nicht zu, weder in direkter noch in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift. Eine direkte Anwendung des

§ 642 BGB scheidet aus, weil zum Zeitpunkt des Vergabeverfahrens - vorvertraglicher Zeitraum - kein Werkvertrag zwischen den Parteien bestanden habe, sodass der Auftraggeber keine Obliegenheit zur Vornahme einer bei der Herstellung des Werkes erforderliche Mitwirkungshandlung im Sinne des § 642 Abs. 1 BGB habe.

seine Bauleistung im Wesentlichen vertragsgerecht ist; dass der Bauträger dies dem Erwerber auch nachweist, ist für die Abnahmereife grundsätzlich nicht erforderlich.

## Immobilienrecht

### Schadensersatzanspruch des Erwerbers bei Verzug des Bauträgers

KG, U.v. 15.05.2018 – 21 U 90/17

#### LEITSATZ

1. Die Pflicht des Bauträgers zur Übergabe einer bezugsfertigen Wohneinheit umfasst zwei Teile: Die Herstellungspflicht – insoweit ist der Bauträger vorleistungspflichtig – und die Übergabepflicht, die vom Bauträger nur Zug um Zug gegen Zahlung der Bezugfertigkeitssrate zu erfüllen ist.
2. Hat ein Bauträger die Wohneinheit bezugsfertig hergestellt, befindet er sich mit der Übergabe nicht in Verzug, solange der Erwerber die Zug um Zug gegen Übergabe geschuldeten Zahlungen nicht in Annahmeverzug begründender Form anbietet.
3. Ein Bauträger hat abnahmereif geleistet, wenn

In dem zugrunde liegenden Fall erfolgte die Übergabe der bezugsfertigen Wohneinheit durch den Bauträger an den Erwerber verspätet. Der Erwerber machte daraufhin gegenüber dem Bauträger Schadensersatz für die Miete einer Ersatzwohnung, die Einlagerung der Möbel, Vertragsstrafe sowie eine Nutzungsentschädigung geltend.

Wie das Kammergericht in seinem Urteil ausführt, stehen dem Erwerber aufgrund des Verzugs die Kosten für Ersatzmaßnahmen wie die Anmietung einer Ersatzwohnung zu. Weiter führt das Kammergericht aus, dass der Erwerber allein wegen der Vorenthaltung der Wohnung eine Nutzungsausfallentschädigung geltend machen kann, wenn sich die Vorenthaltung der Nutzungsmöglichkeit fühlbar auf seine Lebensführung ausgewirkt hat. Dies ist dann der Fall, wenn dem Erwerber während des Verzugs kein in etwa gleichwertiger Wohnraum zur Verfügung stand. Allerdings ist der Schadensersatzanspruch für die Anmietung einer Ersatzwohnung auf die Nutzungsentschädigung anzurechnen.

Theißen Stollhoff & Partner mbB  
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT



– INTERN –

#### ➤ RA Dr. Jörg Deutscher verstärkt TSP Rechtsanwälte

Zum November 2018 wechselte Herr RA Dr. Jörg Deutscher zu TSP. Herr RA Dr. Deutscher ist Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Lehrbeauftragter für Gesellschaftsrecht und Wirtschaftsrecht an der Hochschule für Technik und Wirtschaft (HTW) Berlin. Als versierter Rechtsanwalt im Gesellschafts-, Bau- und Immobilienrecht verstärkt er bei TSP das stark nachgefragte Projektgeschäft. Wir begrüßen Herrn RA Dr. Deutscher im Team und freuen uns, mit ihm einen in den TSP-Kernkompetenzen äußerst kompetenten Kollegen für uns gewonnen zu haben.

#### ➤ TSP ist Mitglied im Deutschen Institut für Normung (DIN)

TSP ist als aktives Mitglied im Deutschen Institut für Normung. TSP erhält damit direkten Zugriff auf aktuelle Normungsprozesse des DIN e.V. und aktuelle Neuregelungen baurechtsrelevanter DIN-Normen. Diese wichtigen Informationen werden unmittelbar der anwaltlichen Beratungstätigkeit von TSP zugutekommen. Die Qualität der anwaltlichen Tätigkeit von TSP wird hierdurch weiter gesteigert.

## Auf einen Blick

### Rechtswirkungen der Abnahme

Die Abnahme ist bekanntermaßen mit zahlreichen für den Auftragnehmer günstigen Rechtsfolgen verbunden. Die Abnahme umfasst insbesondere folgende Rechtsfolgen:

#### Umkehr der Beweislast

Im Hinblick auf das Vorhandensein von Mängeln tritt eine Umkehr der Beweislast ein: Bis zur Abnahme hat der Auftragnehmer die Mängelfreiheit zu beweisen; nach der Abnahme trifft die Beweislast den Auftraggeber.

**Hinweis:** Eine Umkehr der Beweislast zu Lasten des Auftraggebers tritt nicht allein deshalb ein, weil er den Mangel der Werkleistung im Wege der Selbstvornahme hat beseitigen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 23.10.2008 – VII ZR 64/07).

#### Übergang der Vergütungs- und Leistungsgefahr

Bis zur Abnahme trägt der Auftragnehmer die Vergütungs- und Leistungsgefahr (vgl. §§ 644, 645 BGB; § 7 VOB/B): „Der Unternehmer hat sein Werk bis zur Abnahme zu schützen“. Nach den Regeln des BGB verliert der Unternehmer seinen Werklohnanspruch bei zufälligem Untergang oder zufälliger Verschlechterung des Werkes vor Abnahme. Er ist gegebenenfalls auch verpflichtet, das Werk neu herzustellen. Ist die Abnahme erfolgt, so geht die Gefahr auf den Auftraggeber über.

#### Fälligkeitvoraussetzung für die Schlusszahlung

Die Abnahme ist eine Voraussetzung für die Schlusszahlung (bzw. bei Teilabnahme für die Teilschlusszahlung). Gemäß § 641 Abs. 1 BGB ist die Vergütung „bei der Abnahme des Werkes zu entrichten“.

#### Beginn der Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche

Gemäß § 634a Abs. 2 BGB beginnt die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche mit der Abnahme. Verweigert der Bauherr die Abnahme grundlos, so beginnt die Verjährung in dem Zeitpunkt, indem er die Abnahme endgültig abgelehnt hat (vgl. RGZ 165, 41, 54). In Fällen der fiktiven Abnahme (§ 12 Abs. 5 VOB/B) ist für die Berechnung des Verjährungsbeginns § 187 Abs. 1 BGB anzuwenden. Es ist der Kalendertag maßgebend, der auf die Frist von zwölf bzw. sechs Werktagen folgt.

#### Ausschluss der Erfüllungswirkung

Mit der Abnahme ist die Erfüllung ausgeschlossen. Der Nacherfüllungsanspruch des Auftraggebers beschränkt sich auf das konkret abgenommene Werk.

#### Wegfall der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers

Gemäß § 641 Abs. 1 BGB entfällt mit der Abnahme der Bau-/Planungsleistungen die Vorleistungspflicht des Auftragnehmers.

#### Vorbehalt verwirkter Vertragsstrafen

Eine verwirkte Vertragsstrafe kann der Auftraggeber nur geltend machen, wenn er sie sich bei der Abnahme ordnungsgemäß vorbehalten hat (vgl. § 341 Abs. 3 BGB; § 12 Abs. 4 VOB/B).

**Hinweis:** Nach neuerer Rechtsprechung des BGH ist der Vorbehalt der Vertragsstrafe bei Abnahme gemäß § 341 Abs. 3 BGB dann nicht erforderlich, wenn der Auftraggeber bereits vor Abnahme die Aufrechnung mit der Vertragsstrafe erklärt hat und der Anspruch der Vertragsstrafe infolgedessen bereits erloschen ist (vgl. BGH, NZBau 2016, 93 = BauR 2016, 499; anders die ältere Rechtsprechung des BGH, vgl. etwa BGH BauR 1997, 640).

#### Vorbehalt bekannter Mängel

Gemäß § 640 Abs. 3 BGB bzw. § 12 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B muss sich der Auftraggeber bekannte Mängel im Zeitpunkt der Abnahme vorbehalten. Anderenfalls verliert er sämtliche Nacherfüllungs-, Selbstvornahme-, Rücktritts- und Minderungsrechte im Hinblick auf die nicht vorbehaltenen Mängel. Von dem Rechtsverlust werden indes Schadenersatzansprüche nach § 634 Nr. 4 BGB bzw. § 13 Abs. 7 VOB/B nicht erfasst.

**Hinweis:** Es kommt allein auf eine positive Kenntnis des Auftraggebers im Hinblick auf die Mängel an. Das heißt beispielsweise, der Vortrag des Auftragnehmers, der Mangel „sei doch offensichtlich gewesen und hätte vom Auftraggeber erkannt werden müssen“, führt nicht zu einem Rechtsverlust. Für die positive Kenntnis des Auftraggebers trägt der Auftragnehmer die Beweislast.