

# Aktuelle Entwicklung im Bauvertragsrecht

RA Prof. Dr. Günter Schmeel

*Der Schwerpunkt des Rechtsprechungsüberblicks liegt u.a. bei folgenden Themen: AGB-Recht, Leistungspflichten und Vergütung. Der Beitrag knüpft an die Übersicht in MDR 2009, 304 an. In einem der nächsten Hefte wird der Autor auf weitere aktuelle Entwicklungen im Bauvertragsrecht eingehen.*

## 1. Zustandekommen des Vertrages

### a) Mehrvergütungsansprüche bei verzögertem Vertragsschluss

Verzögert sich der Zuschlag, insbesondere durch ein Nachprüfungsverfahren, kommt der Vertrag unverändert zustande, also auch zu den ausgeschriebenen Fristen und Terminen. Ob diese überhaupt noch gehalten werden können, ist unbeachtlich. Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ist der Vertrag anzupassen:

- Zeit: Unter Berücksichtigung der normalen Ausführungszeit, zzgl. etwaiger Zuschläge wegen anderer Jahreszeiten;
- Geld: In Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B, weil die Verzögerung ausschließlich in die Risikosphäre des Auftraggebers fällt, ohne Rücksicht auf Verschulden.

*In beiden Fällen sind also die Regelungen der VOB/B übernommen. D.E. kommt es nicht darauf an, ob die VOB/B vertraglich vereinbart ist, denn diese Regelungen bieten sich an und andere gibt es nicht. (Sofern der Vertrag nicht dafür eigene Bestimmungen vorsieht, wovon normalerweise nicht auszugehen ist.)*

BGH v. 11.5.2009 – VII ZR 11/08, MDR 2009, 797

### b) Verlängerung der Bindefrist und Mehrvergütungsansprüche

Wird nur die Bindefrist verlängert und ändert sich die Ausführungsfrist nicht, ist für Mehrvergütungsansprüche grundsätzlich kein Raum. Das gilt insbesondere dort, wo der Bieter die Verlängerung nicht von einem Anerkenntnis abhängig gemacht hat *und, so muss man hinzufügen, er schon erkennen musste, dass die Grundlage(n) seiner Preiskalkulation nicht mehr zu halten waren.*

BGH v. 10.9.2009 – VII ZR 82/08, MDR 2009, 1334

Verschiebt sich allein die Zuschlagsfrist, ohne dass – was ausdrücklich erfolgen muss – sich auch die Ausführungsfrist verschiebt, so ist mangels Veränderung des Leistungsinhalts für einen Mehrvergütungsanspruch kein Raum. Wird die Ausführungsfrist verschoben, kommt ein Mehrvergütungsanspruch – nur – für bauzeitbezogene Mehrkosten in Betracht.

BGH v. 10.9.2009 – VII ZR 152/08, BauR 2009, 1901 = NZBau 2009, 771

Der Bieter ist gehalten, voraussehbare Mehrkosten wegen einer Bauzeitverschiebung bei Abschluss des Vertrages, besser noch im Vorfeld, geltend zu machen.

BGH v. 10.9.2009 – VII ZR 255/08, BauR 2009, 1908 = NZBau 2009, 781

### c) Verlängerung der Bindefrist: Auswirkungen auf den Preis

Das Vergaberecht hat keine eigenen Regeln über die Auswirkungen einer Verlängerung der Bindefrist auf die Vergütung des Bieters/AN (Verschiebung der Ausführungszeit, eintretende oder eingetretene Erhöhung von Kosten). Sie sind daher nach materiellem Recht zu beurteilen, wofür sich § 2 Nr. 5 VOB/B anbietet. Zu welchen Konditionen der Vertrag nun abgeschlossen ist (s. etwa Anschreiben, Vorbehalte des Bieters), richtet sich nach erfolgtem Zuschlag wiederum ausschließlich nach bürgerlichem Recht, §§ 140 ff. BGB.

OLG Celle v. 25.6.2008 – 14 U 14/08, BauR 2009, 252

### d) Verzögerter Zuschlag

Enthält der Zuschlag neue Termine/Fristen, ist es Sache des Auftragnehmers, unverzüglich Mehrkosten geltend zu machen. Schweigt er, darf der Auftraggeber davon ausgehen, dass es bei der bisherigen Vergütungsabrede bleiben kann.

OLG Celle v. 17.6.2009 – 14 U 62/08, BauR 2009, 1308

### e) Vertragsschluss und vollmachtloser Vertreter

Ein Schulbeispiel für die Deklination aller Vollmachts- und GOA-Ansprüche bietet:

OLG Brandenburg v. 30.10.2008 – 12 U 101/08, NJW-RR 2009, 235 = NZBau 2009, 313

### f) Änderungsbefugnis des Architekten

Stets ist eine Gesamtschau aller Umstände für die Beurteilung erforderlich, ob der AN auf die „Vollmacht des Architekten“ vertrauen durfte. Dazu gehören die vertraglichen Regelungen – auch – im Architektenvertrag zur Anordnungs- und Änderungsbefugnis (s. etwa 3.3 ÄVA), aber auch der Anlass der Änderung, hier eine berechtigte Behinderungsanzeige des AN, sowie die Auswirkung der Änderung.

KG v. 29.4.2008 – 7 U 108/07, BauR 2009, 107

### g) Architektenvollmacht

Der Architekt ist grundsätzlich zur Anordnung von Stundenlohnarbeiten (§ 15 Nr. 3 VOB/B) befugt. Kann die Anordnung vom AN nicht bewiesen werden, so liegt in der Gegenzeichnung der Stundenlohnzettel ein „Anerkenntnis“ der Anordnung.

OLG Oldenburg v. 18.1.2007 – 8 U 181/06 (rechtskräftig durch Beschluss BGH v. 27.8.2009 – VII ZR 29/07, BauR 2009, 1917)

## Aktuelle Entwicklung im Bauvertragsrecht

### h) Schmiergeld

Bei Vertragsverhandlungen besteht die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck vereiteln können und deshalb für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte. Hat eine Partei, um einen Auftrag zu erhalten, Schmiergelder gezahlt, ist sie verpflichtet, ihren Vertragspartner davon in Kenntnis zu setzen. Wird der Werkvertrag durchgeführt, muss der Betrag als ersatzfähiger Schaden anerkannt werden, um den die Werkleistung zu teuer bezahlt wurde. Es besteht ein Anscheinsbeweis dafür, dass der Bestochene einen für seinen Geschäftsherrn ungünstigen Abschluss zustande gebracht hat. Entsteht Streit darüber, ob der Geschädigte durch die Schmiergeldzahlung einen Nachteil erlitten hat, muss derjenige, der den/die Mitarbeiter bestochen hat, das Fehlen eines Nachteils beweisen.

OLG Frankfurt v. 9.2.2009 – 17 U 247/07 (rechtskräftig durch Beschluss BGH v. 8.7.2009 – VII ZR 57/09, BauR 2009, 1604)

### i) Schwarzarbeit: Kenntnis des Vertragspartners

Ein Werkvertrag, durch den lediglich der Unternehmer gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verstößt, ist nicht gem. § 134 BGB ungültig, wenn und weil der Besteller den Gesetzesverstoß des Vertragspartners nicht kennt.

OLG Düsseldorf v. 18.12.2008 – I-5 U 84/08, BauR 2009, 1158

## 2. AGB-Recht

### a) Einbeziehung der VOB/B

Auch ein „Nichtbewanderter“ muss die nur pauschale Einbeziehung der VOB/B gegen sich gelten lassen, wenn sie sein Architekt veranlasst hat.

BGH v. 9.10.2008 – VII ZR 80/07, MDR 2009, 81 = NJW 2009, 354 = NZBau 2009, 173

### b) „VOB/B als Ganzes“

Schon die Nutzung einer „offenen“ Klausel der VOB/B – hier die Verlängerung der Mangleinstandsfrist – führt dazu, dass die VOB/B nicht mehr als Ganzes vereinbart ist, und eröffnet damit die Klauselkontrolle.

OLG Hamm v. 17.7.2009 – 21 U 145/05, BauR 2009, 1913

### c) „VOB in der geltenden Fassung“

Liegt ein Rahmenvertrag vor, kommt es auf die Version bei Erteilung des Einzelauftrages an. *Eine Begründung hierfür ist nicht geliefert; so einfach liegen die Dinge auch nicht.*

OLG Stuttgart v. 26.6.2009 – 19 U 186/07, BauR 2009, 990

### d) Verbraucherfeindliche Klauseln

In einem vorformulierten Bauvertrag eines Fertighausanbieters sind u.a. folgende Klauseln unwirksam und deshalb nicht mehr zu verwenden und sich bei bestehenden Verträgen auf diese Klauseln nicht zu berufen:

§ 1 Nr. 5: Werden aus baurechtlichen oder bau- und produktionstechnischen Gründen Änderungen erforderlich, so kann das Unternehmen diese vornehmen, sofern hierdurch keine Wertminderung eintritt und die Änderungen für den Bauherrn zumutbar sind.

§ 4 **Zahlungsbürgschaft:** Der Bauherr ist verpflichtet, spätestens acht Wochen vor dem vorgesehenen Baubeginn dem Unternehmen eine unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaft eines in Deutschland zugelassenen Kreditinstituts in Höhe der nach dem vorliegenden Vertrag geschuldeten Gesamtvergütung (unter Berücksichtigung von aus Sonderwünschen resultierenden Mehr- oder Minderkosten) zur Absicherung aller sich aus dem vorliegenden Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen des Bauherrn vorzulegen. Die Bürgschaftsurkunde ist innerhalb von 14 Tagen zurückzugeben, nachdem feststeht, dass keine Zahlungsverpflichtungen des Bauherrn ggü. dem Unternehmen mehr bestehen.

OLG Celle v. 3.7.2008 – 13 U 68/08, BauR 2009, 103, rechtskräftig

### e) Verwirkung gegenüber unwirksamer AGB-Ausschlussklausel

Ein Verwender AGB-widriger Ausschlussklauseln, die den Vertragspartner von der Geltendmachung von Gegenrechten abhalten können, kann sich nicht auf Verwirkung berufen, wenn das Abhalten über längere Zeit erfolgreich gewesen war.

BGH v. 12.3.2008 – XII ZR 147/05, MDR 2008, 909 = NJW 2008, 2254

### f) Vergütung nur bei eigenem Zahlungseingang?

AGB-Klauseln sind unwirksam, die die Bezahlung verdienter und fälliger Vergütung vom eigenen Geldeingang es (Haupt-)AG/Bauherrn abhängig machen. Damit will der Verwender nicht nur eine unbegrenzte Stundung erreichen, sondern den NU auch noch an einem etwaigen Forderungsausfall teilhaftig werden lassen. Das ist verständlich, aber unwirksam.

OLG Celle v. 29.7.2009 – 14 U 67/09, MDR 2009, 1158 = BauR 2009, 1754

### g) Vertragsstrafe: Einwendungsverzicht

Eine Klausel des Verwenders, wonach der AN auf den Einwand „verspäteter oder ausgefallener Materiallieferungen“ verzichtet, ist unwirksam.

OLG Celle v. 11.10.2007 – 6 U 40/07 (rechtskräftig durch Beschluss BGH v. 10.7.2008 – VII ZR 199/07, BauR 2009, 111)

### h) AGB-Hürden für zusätzliche Vergütung

Die Klausel im Architektenvertrag des öffentlichen Auftraggebers, wonach für Mehr- und Sonderleistungen eine Vergütung nur gewährt wird, wenn der Bauherr zu den

## Aktuelle Entwicklung im Bauvertragsrecht

Leistungen zuvor sein schriftliches Einverständnis erteilt hat und vor der Ausführung eine Vereinbarung über die Höhe der Vergütung schriftlich getroffen wurde, ist als AGB unwirksam.

OLG Stuttgart v. 3.5.2007 – 19 U 13/05 (rechtskräftig durch Beschluss BGH v. 14.8.2008 – VII ZR 99/07, BauR 2009, 842)

### i) Bauzeitverlängerung beim Architekten

Weit verbreitet, insbesondere bei öffentlichen Aufträgen, sind Mehrkostenklauseln, die erst ab einem bestimmten Zeitraum einsetzen. Es wird also eine angenommene Bauzeit (plus Sicherheitszuschlag) festgelegt, was erst bei ihrer Überschreitung zu Mehrvergütungsansprüchen des Architekten führt. Klauseln, die eine angemessene Bauzeit als mit abgegolten ansehen, sind AGB-rechtlich und nach HOAI (keine verdeckte Mindestsatzüberschreitung) unbedenklich. *Bedenken bestehen allerdings bei den Vertragsmustern der öffentlichen Hand, weil diese eine starre Frist vorsehen, unabhängig von der Bauzeit.* Wird die Frist überschritten, so ist nach der Differenzhypothese vorzugehen, das heißt es sind die effektiven Mehraufwendungen zu ersetzen, die im Vergleich zwischen geplanter und tatsächlicher Bauzeit angefallen sind – klassische Verlängerungskosten.

OLG Düsseldorf v. 26.10.2006 – I-5 U 100/02, NZBau 2007, 109 (rechtskräftig durch BGH 8.7.2009 – VII ZR 218/06, BauR 2009, 1929)

### f) Zahlung nach Baufortschritt

Unwirksam ist eine notarielle Unterwerfungsklausel, die als Nachweis des Baufortschritts eine Bauleiter- oder Architektenbestätigung genügen lässt. Beide stehen „im Lager des Bauträgers“, der Besteller ist schutzlos.

OLG München v. 8.7.2009 – VII ZR 53/09, BauR 2009, 1760

### g) Stundenzettel: Vorlage

Eine Klausel, nach der Stundenlohnarbeiten nur vergütet werden, wenn die Stundenlohnzettel spätestens am nächsten Tag der Bauleitung zur Unterschrift vorgelegt werden, ist gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, weil sie den Werkunternehmer unangemessen benachteiligt. *Das Gericht bleibt allerdings jegliche Begründung schuldig. Man hätte gern gewusst, was daran so unzumutbar und unangemessen ist. § 15 Nr. 4 VOB/B ist jedenfalls, soweit ersichtlich, nicht ausgeschlossen*

OLG Düsseldorf v. 4.7.2006 – I-21 U 149/05 (rechtskräftig durch BGH v. 14.8.2008 – VII ZR 147/06, BauR 2009, 1315)

### h) Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch Sachverständigen

Die Klausel in Bauträgerverträgen, wonach die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen vom Bauträger bestimmten Sachverständigen vorgenommen werden soll, benachteiligt die Erwerber unangemessen und ist daher gem. § 9 AGBG unwirksam. Eine entsprechende Erklärung des Sachverständigen löst die Abnahmewirkungen nicht aus. Rügt ein Erwerber umfangreiche Män-

gel, kommt auch eine konkludente Abnahme nicht in Betracht.

LG München I v. 2.7.2008 – 18 O 21458/07 (rechtskräftig durch OLG München v. 15.12.2008 – 9 U 4149/08, BauR 2009, 1444)

### i) Formularmäßiger Einwendungsausschluss

Eine Formular-Sicherungsabrede des Bauauftraggebers, die zur Ablösung des Gewährleistungsbareinhalts die Stellung einer Bürgschaft fordert, die den Ausschluss des § 768 BGB enthalten muss, ist insgesamt unwirksam; eine ergänzende Vertragsauslegung kommt nicht in Betracht. *Das ist richtig. Über den vollständigen Ausschluss der Akzessorietät kann man nicht diskutieren; über §§ 771-73 BGB schon.*

KG v. 12.11.2008 – 21 U 56/07, BauR 2009, 512

### j) Ablösung des Sicherheitseinhalts

Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Werkbestellers, die vorsieht, dass der Werkunternehmer einen Sicherheitseinbehalt von 5 % der Schlussabrechnungssumme nur gegen Stellung einer Bürgschaft ablösen kann, die den Verzicht auf sämtliche Einreden des § 768 BGB enthält, benachteiligt den Werkunternehmer unangemessen und ist nach § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) unwirksam. Damit ist die Klausel insgesamt unwirksam, die gesamte Sicherungsabrede hinfällig. *„K.-O.-Kriterium“ ist hierbei offensichtlich der Verzicht auf alle Einreden aus dem Hauptschuldverhältnis. Damit kommt die Bürgschaft einer „garantieähnlichen Haftung“ gleich.*

BGH v. 16.6.2009 – XI ZR 145/08, MDR 2009, 1218 = BauR 2009, 1742

### k) (Nur) Subsidiäre Haftung?

Wirksam ist eine AGB-Klausel, nach der eine Haftung des mit der Objektüberwachung beauftragten Architekten wegen nicht ausreichender Aufsicht oder Überprüfung der von einem Dritten erbrachten Leistungen nur in Betracht kommt, wenn der Auftraggeber von dem Dritten Schadensersatz nicht zu erlangen vermag. Der Auftraggeber ist danach nur verpflichtet, vorrangig den ausführenden Unternehmer in Anspruch zu nehmen. Der Zugriff auf den Architekten bleibt erhalten. *Es fehlt eine nähere Begründung dafür, dass dieser zweistufige Zugriff und die weiter dem Auftraggeber aufgebürdeten verjährungstechnischen und prozessualen Probleme als nicht unangemessen anzusehen sind. Vielleicht kann man AGB-rechtlich zu diesem Ergebnis kommen; das Urteil macht dazu aber keine Ausführungen.*

OLG Schleswig v. 31.1.2007 – 9 U 43/06

### l) Nachfrist für Anspruch auf Verzinsung, § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B

Die Bestimmung hält einer isolierten Inhaltskontrolle nicht stand, wenn die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart und vom AG gestellt ist.

BGH v. 20.8.2009 – VII ZR 212/07, MDR 2009, 1270 = BauR 2009, 1736

## Aktuelle Entwicklung im Bauvertragsrecht

### m) Abtretungsverbot

§ 354a HGB setzt sich zwar ggü. vertraglichen Abtretungsverboten durch, gewährt jedoch nur einen Reflex des Gläubigerrechts des Abtretungsgläubigers, nämlich (zum Schutz des zahlungspflichtigen Schuldners), das Geld mit schuldbefreiender Wirkung entgegenzunehmen. Zum Abschluss eines Vergleichs zu Lasten („Dritter“) des Gläubigers berechtigt die Norm nicht.

BGH v. 13.11.2008 – VII ZR 188/07, MDR 2009, 210 = BauR 2009, 241 = NZBau 2009, 169

## 3. Inhalt der Leistungspflichten

### a) Funktionale Leistungsbeschreibung und Leistungsänderung

Fordert der AG ein funktionales Angebot des AN zur Erstellung einer technischen Anlage für ein Bauwerk unter Vorlage der von ihm bis zu diesem Zeitpunkt erstellten Bauwerksplanung, so wird diese grundsätzlich Gegenstand des Angebots des AN. Das bedeutet, dass die Bauwerksplanung die für die Technik zu erbringenden Leistungen bestimmt. Soweit nach Vertragsschluss vom AG angeordnete Änderungen der Bauwerksplanung Änderungen der technischen Leistungen zur Folge haben, ist das als Änderung des Bauentwurfs anzusehen, § 1 Nr. 3 VOB/B, und kann zu einem geänderten Vergütungsanspruch des Auftragnehmers führen, § 2 Nr. 5 VOB/B. Hingegen ist mangels eindeutiger Festlegung im Vertrag nicht davon auszugehen, dass der AN auch geänderte Leistungen ohne zusätzliche Vergütung ausführen will und damit soll, § 157 BGB. *Das heißt auch für die funktionale Leistungsbeschreibung:*

1. *Wie bei jedem Vertrag werden die jeweiligen Leistungspflichten durch die Festlegungen bei Vertragsschluss bestimmt.*

2. *Wie bei jedem Vertrag löst eine zusätzliche/geänderte und aufwendigere Leistung einen Anspruch auf Mehrvergütung aus.*

3. *Davon können die Parteien zwar abgehen und den AN auch insoweit jede „Mehrleistung ohne Mehrvergütung“ auferlegen. Davon ist im Zweifel, d.h. ohne ausdrücklich klare Festlegung nicht auszugehen, weil ein AN normalerweise solche völlig unkalkulierbaren Risiken nicht zu übernehmen bereit ist.*

BGH v. 13.3.2008 – VII ZR 194/06, MDR 2008, 739 = NZBau 2008, 437 „Bistroküche“

*Darauf folgte:* Ist – nur – ein Bistro vorgesehen, so gehören hierzu nur die für ein Bistro üblicherweise notwendigen Aufwärm-Vorrichtungen, nicht die einer vollwertigen gastronomischen Küche. Wird die Ausstattung hierfür verlangt, ohne dass dies im Vertrag seinen Niederschlag gefunden hat, liegt eine vergütungspflichtige Vertragsänderung vor.

OLG Brandenburg v. 23.4.2009 – 12 U 111/04, BauR 2009, 1312

### b) Nebenangebot bei funktionaler Leistungsbeschreibung

Gibt der AN ein funktionales Angebot für eine von dem Vertrag abweichende Ausführung von Gründungsarbeiten ab, für die eine von ihm einzuholende öffentlich-rechtliche Zustimmung im Einzelfall notwendig ist, kann

dessen Annahme durch den AG unter dem Vorbehalt, dass die Zustimmung im Einzelfall erteilt wird, nicht dahin ausgelegt werden, der AG wolle das funktionale Angebot in ein detailliertes Angebot in der Weise ändern, dass die Auflagen der zunächst erteilten Zustimmung im Einzelfall den Vertragsinhalt bestimmen und die sich aus weiteren Auflagen ergebenden Mehrkosten von ihm zu übernehmen sind (hier: Nachtrag zur Zustimmung im Einzelfall für das Pfahlssystem „Soil-Jet-Gewi“ einschließlich Verbundkonstruktion am Pfahlkopf mit einer HDI-Sohle).

BGH v. 20.8.2009 – VII ZR 205/07, MDR 2009, 1271 f. = NZBau 2009, 707 = BauR 2009, 1724

### c) Technische Spezifikation (TS)

Unter technischen Spezifikationen versteht der Anh. TS zur VOB/A sämtliche, insbesondere die in den Verbindungsunterlagen enthaltenen technischen Anforderungen an eine Bauleistung, ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung, mit deren Hilfe die Bauleistung, das Material, das Erzeugnis oder die Lieferung so bezeichnet werden können, dass sie ihren durch den Auftraggeber festgelegten Verwendungszweck erfüllen. Zu diesen technischen Anforderungen gehören Qualitätsstufen, die Konzeption für alle Verwendungsarten sowie Konformitätsbewertungsverfahren, Terminologie, Symbole, Versuchs- und Prüfmethode, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung sowie Produktionsprozesse und -methoden. Außerdem gehören dazu auch die Vorschriften über die Planung und die Berechnung von Bauwerken, die Bedingungen für die Prüfung, Inspektion und Abnahme von Bauwerken, die Konstruktionsmethoden oder -verfahren und alle anderen technischen Anforderungen, die der Auftraggeber für fertige Bauwerke oder dazu notwendige Materialien oder Teile durch allgemeine und spezielle Vorschriften anzugeben in der Lage ist.

OLG München v. 28.7.2008 – Verg 10/08, VergaberR 2008, 965

### d) „Schlüsselfertiges Haus“

Auch bei Vereinbarung der Errichtung eines „schlüsselfertigen“ Bauwerks bleibt die zugleich im Einzelnen vereinbarte Leistungsbeschreibung in erster Linie für den Vertragsinhalt maßgeblich, auch wenn hierbei Leistungen fehlen, die üblicherweise zur „Schlüsselfertigkeit“ gerechnet werden. Wird hierfür ein „Festpreis“ vereinbart, ist dieser als Pauschalpreis für die der Leistungsbeschreibung entsprechenden Leistungen geschuldet. Für erbrachte Zusatzleistungen beim BGB-Bauvertrag ist mangels konkreter Preisvereinbarung die übliche Vergütung geschuldet, nicht eine entsprechend der Urkalkulation für den Pauschalpreis ermittelte Vergütung.

OLG Koblenz v. 30.5.2008 – 10 U 652/07, NJW-RR 2009, 163 = NZBau 2009, 382

### e) „Baugrundrisiko“

Ist vertraglich festgelegt, dass bestimmte Leistungen vom AG in eigener Verantwortung „gerechnet“ werden müssen, so führen geänderte Lastannahmen des AN nicht zu einem zusätzlichen Vergütungsanspruch. Daran ändert auch § 9 VOB/A nichts. *Ein grundsätzlich vom Auftraggeber zu tragendes „Baugrundrisiko“ gibt es nicht. Maßgeblich ist ausschließlich, was der Vertrag festlegt. Sind*

## Aktuelle Entwicklung im Bauvertragsrecht

*Baugrundbeurteilungen darin enthalten, die der Auftraggeber „beigestellt“ hat, kann er dafür einstehen müssen. § 9 VOB/A dient nur dazu, mit klaren Aussagen die Angebote vergleichbar zu machen. Im Vertragsrecht hat er nichts verloren.*

OLG Brandenburg v. 16.7.2008 – 4 U 187/07, NZBau 2009, 181

### f) Pauschalvertrag: erkennbare Risiken

Ist, etwa in einer Baugrundbeurteilung, die dem Auftragnehmer vor Angebot/Vertragsschluss zugänglich gemacht ist, auf mögliche Risiken oder unvollständige Erkundung hingewiesen, kann der Auftragnehmer bei Eintritt dieser Risiken keine zusätzliche Vergütung verlangen. *Merke: Eine Risikoverlagerung kostet den Auftraggeber Geld. Entweder im Auftrag an den richtig kalkulierenden oder in der Insolvenz des sorglos kalkulierenden Auftragnehmers.*

OLG München v. 10.6.2008 – 9 U 2192/07 (rechtskräftig durch Beschluss BGH v. 12.2.2009 – VII ZR 145/08, BauR 2009, 1156)

### g) Unvollständige Planunterlagen

Sind vom Auftraggeber beizustellende Unterlagen (hier: Bodengutachten) erkannt oder erkennbar unvollständig, muss der Auftragnehmer hierauf hinweisen. Er verdient bei einem Gebot auf erkanntermaßen unklare oder unvollständige Unterlagen keinen Vertrauensschutz.

OLG Rostock v. 7.12.2006 – 1 U 19/06 (rechtskräftig BGH v. 8.7.2009 – VII ZR 2/07, BauR 2009, 1599)

### h) Unrichtiges Leistungsverzeichnis: Hinweispflicht

Erkennbar unrichtige Angaben muss der AN klären und darf nicht im Vertrauen auf die Richtigkeit seiner Ansicht „frivol“ kalkulieren. LV-Texte sind nach ihrem objektiven Erklärungsinhalt auszulegen. Umgekehrt soll der AG nicht verpflichtet sein, die Angaben (= Preise) des AN auf ihre Schlüssigkeit zu prüfen. *M.E. muss aber ein einheitlicher Maßstab gelten.*

OLG Jena v. 23.10.2008 – 1 U 25/08 (rechtskräftig BGH v. 23.7.2009 – VII ZR 231/08, BauR 2009, 1603)

### i) Herstellerhinweise

Sie sind sowohl für den Einbau und Betrieb als auch für die Wartung wie Allgemein anerkannte Regeln der Technik zu beachten. Kennt ein nicht autorisierter AN sie nicht bzw. erhält er sie nicht, kann er sich hierauf nicht berufen, sondern muss den AG hierüber aufklären. Gehen solche Anweisungen über die Allgemein anerkannten Regeln der Technik hinaus, sind sie jedenfalls dann zu beachten – und führt ihre Nichtbeachtung zu einem Mangel, wenn sie sicherheitsrelevant sind.

BGH v. 23.7.2009 – VII ZR 164/08, MDR 2009, 1095 = BauR 2009, 1589

### j) Schallschutz bei Vereinbarung der DIN 4109

Maßgeblich ist die Auslegung des Vertrages. Ist keine Aussage zum Schallschutz getroffen, ist der Qualitäts- und Komfortstandard der Anpreisungen der Baubeschreibung heranzuziehen, sonst der „übliche Standard“. Wird ein üblicher Komfort- und Qualitätsstandard geschuldet, gehört hierzu auch ein entsprechender Schallschutz; dazu ist die Baubeschreibung zu analysieren. Dieser wird nicht durch die DIN 4109 definiert. Anhaltspunkte bieten etwa ihr Beiblatt 2 bzw. die VDI-Richtlinie 4100. Ist die DIN 4109 ausdrücklich zugrunde gelegt, bedarf es eines unmissverständlichen Hinweises (*d.h. in der notariellen Urkunde*), dass dieser Standard hinter dem zu erwartenden Standard deutlich zurückbleibt, und über die Folgen für die Wohnqualität aufklären. *Der BGH hält sich vornehm zurück. Er hätte auch schreiben können, dass der Hinweis „Schalldämmung nach DIN 4109“ pure Bauernfängerei ist, weil er den erwarteten sonst beschriebenen Qualitätsstandard nur vorgaukelt.*

BGH v. 4.6.2009 – VII ZR 54/07, MDR 2009, 978 = NJW 2009, 2439

### k) Altbau-Standard: Asbest

Baustoffe, die bei der Errichtung eines Wohnhauses gebräuchlich waren, später aber als gesundheitsschädlich erkannt worden sind, können einen Mangel der Kaufsache begründen, der ungefragt zu offenbaren ist; Fragen des Vertragspartners müssen vollständig und richtig beantwortet werden. *Allerdings muss dem Verkäufer Kenntnis nachgewiesen werden, da sonst der in jedem Kaufvertrag enthaltene Haftungsausschluss greift. Die Vorinstanzen haben offenbar dies Gefährdungspotential asbesthaltiger Baustoffe verkannt: Schon eine „harmlose“ Bohrung eines Heimwerkers in die betroffenen Bauteile lässt Asbestfasern in die Raumluft austreten.*

BGH v. 27.3.2009 – V ZR 30/08, MDR 2009, 742 = BauR 2009, 1143 = ZfBR 2009, 460

### l) Altbau-Schallschutz

Für Mietwohnungen gilt grundsätzlich der Standard zu Zeit der Errichtung. Das soll auch gelten, wenn – etwa durch den „Übermieter“ – der Austausch des Fußbodenbelages der Schallschutz verschlechtert wird. Für Neuausbauten (typisch: Dachgeschosse) gilt jedoch der Standard des Errichtungszeitraumes.

BGH v. 17.6.2009 – VIII ZR 131/08, MDR 2009, 975 = NJW 2009, 2441

### m) Kaufvertrag, § 651 BGB

Kaufrecht ist auf alle Verträge – auch zwischen Unternehmen – anzuwenden, mit der sich der Auftragnehmer zur Herstellung oder Erzeugung beweglicher Sachen verpflichtet. Weder die Zweckbestimmung, in Bauwerke eingebaut zu werden, noch untergeordnete Planungsleistungen ändern hieran etwas.

BGH v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08, MDR 2009, 1155 = BauR 2009, 1581 = NZBau 2009, 644

## Aktuelle Entwicklung im Bauvertragsrecht

### n) Projektsteuerungsvertrag: Werkvertrag

Ein Projektsteuerungsvertrag, der eine weitgehende Entlastung des Auftraggebers und die Sicherung und Steuerung der Kosten, Termine und Qualitäten sowie die gesamte Koordinierung des Bauablaufs beinhaltet, ist als Werkvertrag zu charakterisieren. Die werkvertragliche Haftung enthält ohne dahingehende vertragliche Regelung weder eine Garantiezusage noch ein Einstehenmüssen für definierte Termin- und Kostenvorgaben. Es soll eine Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung entbehrlich sein, wenn die Arbeiten gem. § 646 BGB vollendet und abgeschlossen oder wenn Nacherfüllungsansprüche aufgrund der Fertigstellung des Projekts zwischenzeitlich entfallen sind. *Dafür ist im Gesetz nichts ersichtlich.*

OLG Naumburg v. 14.3.2008 – 10 U 64/07, NZBau 2009, 318 = BauR 2009, 1171

### o) Projektsteuerer: Freibrief für schlechte Rechtsberatung?

Die rechtliche Betreuung durch einen Projektsteuerer stellt in der Regel eine Zusatzleistung zu den Leistungen zur Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange dar. Erbringt der Projektsteuerer in diesem Zusammenhang Rechtsbetreuungsleistungen, so soll er nur nach dem Maßstab eines durchschnittlich rechtskundigen Projektsteuerers, nicht nach dem Maßstab eines Rechtskundigen haften. *Die Entscheidung ist rundweg abzulehnen. Wer sich an der Rechts-(namentlich: Vertrags-)beratung verhebt, muss auch dafür einstehen. Eine Unterscheidung danach, ob es sich um eine „bloße Nebenleistung“ handelt – was obnein unzutreffend sein dürfte, oder der Projektsteuerer eben kein Rechtsanwalt sei, dem die Rechtsberatung vorbehalten ist, ist verfehlt.*

OLG Saarbrücken v. 3.3.2009 – 4 U 143/08-46, OLG-Report Saarbrücken 2009, 469

## 4. Vergütung

### a) Dissens über die Vergütung

Liegt ein Dissens vor, gibt es keinen vertraglichen Vergütungsanspruch. Dieser kann auch nicht aus § 632 Abs. II BGB hergeleitet werden. *Abzuwickeln ist nach Bereicherungsrecht.*

OLG Bremen v. 29.10.2008 – 1 U 47/08, MDR 2009, 443 = NJW-RR 2009, 668

### b) „Centklausel“

Eine vertragliche Regelung zur Anpassung der Vergütung wegen gestiegener Lohnkosten ist wirksam, wenn ihre Umsetzung ergibt, dass sie einer richtigen Gewichtung entspricht und keiner der Vertragspartner durch ihre Anwendung unangemessen benachteiligt wird. Sie kann auch im Vertragsverhältnis zum Subunternehmer angewendet werden.

OLG Schleswig v. 27.4.2007 – 14 U 113/06 (NZB zurückgewiesen BGH v. 13.11.2008 – VII ZR 98/07, BauR 2009, 503)

### c) Preisobergrenze

Eine Preisobergrenze berührt die Grundlage der Preisermittlung, namentlich die Vereinbarung eines Einheitspreisvertrages, grundsätzlich nicht. Sie führt nur zur Deckelung der Vergütung. Zeichnet sich ab, dass die Preisobergrenze überschritten wird, können die Parteien zu Kostensenkungsmaßnahmen verpflichtet sein. *Anders, wenn die vertraglichen Regelungen ersichtlich das Risiko der Überschreitung der Preisobergrenze allein dem Auftragnehmer zuweisen.*

OLG Frankfurt v. 8.7.2008 – 14 U 134/07 (rechtskräftig BGH v. 10.3.2009 – VII ZR 158/08, BauR 2009, 1440)

### d) Transportwege

Änderungen/Sperrungen von Transportwegen können insbesondere bei Tiefbau/Erdarbeiten zu beträchtlichen Mehrkosten führen. Ein Mehrvergütungsanspruch (etwa nach § 2 Nr. 5 VOB/B) ist aber nur dort begründet, wo die Transportstrecke vertraglich festgelegt ist. Bei einer Regelung wie „die Wahl des Transportweges obliegt dem AN“ – wozu auch die Wahl zwischen Schiene, Straße oder Wasserweg gehören kann, ist das nicht der Fall

OLG Brandenburg v. 17.10.2007 – 4 U 48/07 (rechtskräftig BGH v. 9.10.2008 – VII ZR 200/07, BauR 2009, 821)

### e) Berechnung einer Mehrforderung

Eine Forderung aus § 2 Nr. 5 VOB/B kann grundsätzlich nicht in der Weise berechnet werden, dass lediglich bestimmte Mehrkosten geltend gemacht werden, ohne den sich aus einer Änderung des Bauentwurfs oder einer anderen Anordnung des Auftraggebers ergebenden neuen Preis darzulegen, der unter Berücksichtigung sämtlicher Mehr- und Minderkosten zu ermitteln ist.

BGH v. 20.8.2009 – VII ZR 205/07, MDR 2009, 1271 = NZBau 2009, 707 = BauR 2009, 1724

### f) Mehrkosten wegen Bauzeitverlängerung: Einigung

Eine Vereinbarung über die Zahlung von Mehrkosten wegen Bauzeitverlängerung kann auch dadurch zustandekommen, dass der AN die Mehrkosten in einem Nachtragsangebot aufstellt, nach mehrfachen Verhandlungen und Schriftwechsel in eine Abschlagsrechnung übernimmt und diese von einem (jedenfalls: öffentlich-rechtlichen) AG vollständig bezahlt sind.

KG v. 12.2.2008 – 21 U 155/06 (NZB zurückgewiesen BGH v. 27.11.2008 – VII ZR 78/08, BauR 2009, 650)

### g) Sittenwidrig überhöhte Einheitspreise

Ein spekulativ überhöhter Einheitspreis kann sittenwidrig sein. Es kommt auf die Umstände der Angebotswertung und Vertragsgestaltung an; der Umstand, dass der Vertrag „so“ abgeschlossen ist, ist nicht maßgeblich. *Zu Recht weist der BGH darauf hin, dass insbesondere bei sehr umfangreichem Leistungsverzeichnis und/oder „besseren“ Kenntnissen des Bieters eine solche Position sehr gut „versteckt“ werden kann. Hier war der Einheitspreis um knapp das 900-fache des Marktpreises überhöht.*

## Aktuelle Entwicklung im Bauvertragsrecht

BGH v. 18.12.2008 – VII ZR 201/06, MDR 2009, 256 = BauR 2009, 491

### 5. Durchführung des Vertrages

#### a) Anordnung zur Bauzeit

Auch ein daraus entstehender Anspruch auf Mehrvergütung regelt sich nach § 2 Nr. 5 VOB/B. Dazu genügt schon die Aufstellung eines neuen Vertragsterminplans mit neuen Fertigstellungsterminen, und zwar unabhängig davon, ob der AN dem zugestimmt hat oder nicht. Denn diese Zustimmung muss der AN u.U. schon aus der Kooperationspflicht geben und lässt nicht etwa den Anspruch entfallen. *Das würde nämlich dazu führen, dass keiner mehr zustimmt.*

KG v. 12.2.2008 – 21 U 155/06 (NZB zurückgewiesen)  
BGH v. 27.11.2008 – VII ZR 78/08, BauR 2009, 650)

#### b) Verantwortung für die Sicherheit auf der Baustelle

Mehrere Personen (oder Firmen), die an einer gefahrenträchtigen Baumaßnahme beteiligt sind, sind untereinander verpflichtet, sich in zumutbarer Weise gegenseitig zu informieren und abzustimmen, um vermeidbare Risiken für Dritte auszuschalten. Insbesondere dann, wenn erkennbar Sicherungsmaßnahmen erforderlich sind, die vor Beginn der eigentlichen gefahrträchtigen Handlung durchgeführt werden müssen, muss sich der für die Gefahrenquelle Verantwortliche im Rahmen des ihm Zumutbaren vergewissern, dass der für die notwendige Sicherung Verantwortliche seine Aufgabe erfüllt hat. Die Sorgfaltspflichten sind nicht auf die jeweils vertraglich geschuldeten Leistungen beschränkt, wovon das LG ersichtlich ausgegangen ist. Denn für die Begründung von Sorgfaltspflichten genügt regelmäßig bereits die tatsächliche Übernahme eines entsprechenden Pflichtenkreises.

BGH v. 13.11.2008 – 4 StR 252/08, NJW 2009, 240 = NZBau 2009, 178

#### c) „Unverhältnismäßigkeit“

Leistet der AN unter Berufung hierauf gar nicht erst, verliert er seinen Werklohnanspruch (hier: erforderliche Aufdoppelung der Leisten wegen zu kleiner, vom AN beschaffter Fenster).

OLG Celle v. 27.11.2008 – 6 U 102/08, NZBau 2009, 123 = NJW-RR 2009, 315

### 6. Subunternehmer

**Durchgriffsfälligkeit:** Die sog. Durchgriffsfälligkeit alter und neuer Fassung befasst sich ausschließlich mit der Frage, wann die Werklohnforderung des Subunternehmers fällig wird – dann nämlich, wenn der Hauptunternehmer bezahlt ist. Sie ersetzt also praktisch die Abnahme. Scharf davon zu trennen sind Gegenansprüche des Hauptunternehmers wegen mangelhafter Leistung des Subunternehmers. Dass dies, auch ausstrahlend auf eine Abnahme, anders ausgehen kann als im Verhältnis Hauptunternehmer/Bauherr, hat sich erst jetzt als Erkenntnis durchgesetzt.

OLG Bamberg v. 27.3.2008 – 1 U 164/07, BauR 2009, 113 = NZBau 2009, 41

### 7. Verzug

#### a) Mittelbare Bestimmung

Verzug kann auch eintreten durch mittelbare Bestimmung (§ 286 Abs. II Nr. 2 BGB), etwa wie hier „acht Tage nach Erhalt der (Plan)unterlagen“. Nur muss dann auch zweifelsfrei sein, welche Unterlagen/welche Angaben die Frist auslösen.

OLG Koblenz v. 25.9.2008 – 5 U 552/08, NZBau 2009, 131

#### b) Annahmeverzug, § 642 BGB

Annahmeverzug kann nicht nur vorliegen, wenn der Auftraggeber die Leistung überhaupt nicht, sondern auch, wenn er sie nicht rechtzeitig entgegennimmt. Annahmeverzug liegt vor, wenn der Auftraggeber nicht zum vertragsgemäß vorgesehenen Zeitpunkt Baufreiheit gewährt. Annahmeverzug setzt als Anspruchsgrundlage nach § 642 BGB voraus, dass der Auftragnehmer seinerseits

- zur Leistung bereit
- zur Leistung imstande ist
- sie wie geschuldet dem Auftraggeber anbietet und
- die Behinderung anzeigt.

KG v. 29.4.2008 – 7 U 58/07 (rechtskräftig)

#### c) Bauverzögerung

Verantwortlich ist der Auftraggeber dann, wenn die Ursachen in seinen Verantwortungsbereich fallen (hier: Überarbeitung von Plänen, nicht rechtzeitige Verkehrsleistung). Dann liegt in der Anordnung späteren Baubeginns eine Anordnung nach § 2 Nr. 5 VOB/B, die zu einem Mehrvergütungsanspruch führt.

OLG Celle v. 22.7.2009 – 14 U 166/08, BauR 2009, 1591

#### d) Gutachterkosten

Aufwand zur „gerichtsfesten“ Ermittlung von Bauverzögerungskosten durch einen externen Gutachter sind regelmäßig nach § 2 Nr. 5 VOB/B geltend zu machen, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Das gilt nicht, wenn der Auftragnehmer die Ermittlung mit eigenem Personal durchführen könnte.

OLG Celle v. 22.7.2009 – 14 U 166/08, BauR 2009, 1591

#### e) Nutzungsausfall

Schadensersatz neben (anders: statt) der Leistung kann auch verlangt werden, wenn die Verzugsvoraussetzungen (§ 280 S. 2 BGB) nicht erfüllt sind, der Anspruch sich mithin nach § 280 S. 1 BGB regelt.

BGH v. 19.6.2009 – V ZR 93/08, MDR 2009, 1030 = BB 2009, 1939 = BauR 2009, 1585; OLG Bamberg v. 25.4.2008 – 6 U 66/07 (rechtskräftig durch BGH 26.2.2009 – VII ZR 126/08 BauR 2009, 1455)

## Aktuelle Entwicklung im Bauvertragsrecht

### 8. Vorzeitige Beendigung des Vertrages

#### a) Bedenken kein Kündigungsgrund

Äußert der Auftragnehmer Bedenken nach § 4 Nr. 3 VOB/B, so ist das seine Pflicht und berechtigt in keinem Falle zu einer „fristlosen“ Kündigung. Sonst würde das Ziel der Regelung in sein Gegenteil verkehrt, unter Einsatz der eigenen Fachkenntnis für eine mangelfreie Bauleistung zu sorgen.

OLG Naumburg v. 2.10.2008 – 1 U 42/08, MDR 2009, 376 = BauR 2009, 980

#### b) Nicht erbrachte Leistungen

Ein auf § 649, § 642 oder § 242 BGB begründbarer Anspruch setzt stets voraus, dass der präsumtive Auftraggeber sich seines Willens entäußert hat. Der Umfang der Leistungsbeauftragung ist auf der Grundlage der vertragsbegründenden Willenserklärungen nach den allgemeinen Auslegungskriterien zu ermitteln.

OLG Düsseldorf v. 26.3.2009 – I-5 U 63/08, BauR 2009, 1751

#### c) Detail-Pauschalpreisvertrag: Wegfall von Teilleistungen

Eine Anordnung des AG, bestimmte Leistungen nicht auszuführen, führt stets zur Abrechnung nach sog. „freier“ (Teil-)Kündigung, § 649 BGB bzw. § 8 Nr. 1 VOB/B. Das Gleiche gilt dort, wo eine Leistung aus Gründen nicht ausgeführt werden kann, die der AG zu vertreten hat (hier: fehlerhafte Statik).

OLG Celle v. 7.10.2008 – 16 U 49/08, BauR 2009, 256

#### d) „Teil-Kündigung“

Eine Entziehung des Auftrags nach § 8 Nr. 3 VOB/B ist nur total oder für „in sich abgeschlossene Teile der Leistung“ möglich. Der Begriff ist wie in § 13 Nr. 2 VOB/B auszulegen und damit „eng“, weil in einem Klauselwerk gleiche Begriffe grundsätzlich auch den gleichen Inhalt haben sollen. Nicht einmal die von vornherein vorgesehene Gliederung des BV in drei (allerdings nicht technisch unterscheidbare) „Bauabschnitte“ soll eine Teilkündigung ermöglichen.

BGH v. 20.8.2009 – VII ZR 212/07, MDR 2009, 1270 = BauR 2009, 1736

#### e) „Verunglückte“ Kündigung

Ist der Auftragnehmer nach einer unzulässigen Teilkündigung des Auftraggebers seinerseits zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigt, kann der Auftraggeber dem sich hieraus ergebenden Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers gem. § 254 Abs. 1 BGB den Einwand des Mitverschuldens entgegenhalten, wenn der Auftragnehmer durch sein vertragswidriges Verhalten Anlass für die Teilkündigung gegeben hat. *Über die Quote hat sich der BGH leider nicht ausgelassen.*

BGH v. 20.8.2009 – VII ZR 212/07, MDR 2009, 1270 = BauR 2009, 1736

#### f) Abrechnung „von oben“

Wenn der AN aus dem Bauch heraus kalkuliert, kann er – wenn er wie hier, was unausgesprochen blieb, offenbar Generalübernehmer war – seine Abrechnung dadurch vornehmen, dass er der Vergütung alle Subunternehmer-Angebote gegenüberstellt, und keinerlei Eigenleistungen des AN berücksichtigt. *Voraussetzung ist freilich, dass es solche tatsächlich nicht gibt.*

OLG Celle v. 10.9.2008 – 14 U 79/08, NZBau 2009, 245

#### g) Fertigstellungsaufwand

Nach berechtigter Entziehung des Auftrages kann der Auftraggeber den Mehraufwand der Fertigstellung durch das Zweigtwerk geltend machen. Er muss dazu darlegen

- die noch zu erbringende Leistung und erbrachte Leistung,
- die hierfür entstandenen Kosten
- die für diese Leistung, da nicht mehr erbracht, vom Auftragnehmer nicht mehr einzufordernde und daher abzusetzende Vergütung.

OLG Naumburg v. 4.9.2008 – 6 U 179/01 (rechtskräftig durch BGH v. 8.7.2009 – VII ZR 194/08, BauR 2009, 1595)

### 9. Abnahme

#### a) Abnahme

Insbesondere bei vereinbart förmlicher Abnahme – die jeder schriftlich abgefasste Vertrag vorsieht! – kann in einer Niederschrift über eine gemeinsame Baustellenbegehung ein Abnahmeprotokoll nicht gesehen werden. Insbesondere dann nicht, wenn die Leistungen noch nicht vollständig erbracht sind.

OLG Hamm v. 17.6.2008 – 19 U 152/04 (rechtskräftig durch BGH v. 18.6.2009 – VII ZR 184/08, BauR 2009, 1600)

#### b) „Abnahme unter Vorbehalt“

Damit ist regelmäßig § 641 Abs. II BGB gemeint. Es handelt sich um eine vollgültige Abnahme unter Vorbehalt der gelisteten Mängel, sofern sich nicht aus Ort/Umfang der Mängelliste etwas anderes ergibt.

OLG Hamm v. 30.10.2007 – 21 U 34/07, NZBau 2009, 43)

## Aktuelle Entwicklung im Bauvertragsrecht

### c) Abnahme trotz nicht vollständig erbrachter Leistung?

Eine stillschweigende Abnahme durch Ingebrauchnahme soll auch dort möglich sein, wo noch untergeordnete Leistungen ausstehen (hier: Verfügen der Sockelfliesen einer Terrasse, rund 5 % der Gesamtleistung nach Aufwand wie Vergütung). *Vorsicht ist geboten. Ersichtlich sollte dem privaten AG zum Erfolg seiner Verjährungseinrede verholfen werden. Im umgekehrten Falle – mangelnde Fälligkeit des Werklohns wegen ausstehender Arbeiten – wäre wohl anders entschieden worden.*

OLG Brandenburg v. 29.4.2009 – 4 U 85/07, NJW-RR 2009, 957 = NZBau 2009, 513

### d) Verzicht auf förmliche Abnahme

Ist im Vertrag eine förmliche Abnahme vorgesehen und eine fiktive Abnahme ausgeschlossen, so sind die Hürden für den Nachweis eines konkludenten „Verzichts“ auf die förmliche Abnahme sehr hoch. Insbesondere dann, wenn der Bauherr die Abnahme wegen Mängeln verweigert und sich die Diskussion hierüber hinzieht. Beseitigt der AG im Wege der Ersatzvornahme die Leistung, scheidet eine Abnahme der Werkleistung begrifflich aus. Das Vertragsverhältnis tritt dann auch ohne Abnahme in ein Abrechnungsstadium. *Das Gericht verkennt leider die Unterschiede zwischen förmlicher und fiktiver Abnahme. Der Leitsatz ist missverständlich, da es nicht um eine „übereinstimmende Dokumentation“ der Verweigerung der Abnahme geht, sondern um den Nachweis, dass auf die förmliche Abnahme verzichtet ist. Und diesen Nachweis hat nicht der AG, sondern der AN zu führen.*

OLG München v. 2.6.2009 – 9 U 2141/06, rechtskräftig

### e) Tragwerksplanung: Abnahme

Auch die Tragwerksplanung bedarf selbstverständlich der Abnahme, die bekanntlich für die Festlegung des Beginns der Verjährung der wechselseitigen Ansprüche maßgeblich ist. Eine Abnahme kann liegen in

- vorbehaltloser Zahlung der Schlussrechnung

- *(ausdrücklich!)* billiger Entgegennahme der Statik
- Abnahme der Rohbauleistung, für die die Statik erstellt worden ist.

Regelmäßig nicht durch Freigabe durch den Prüfingenieur („grüner Stempel“), soweit der später auftretende Mangel nicht die Standfestigkeit des Bauwerks betrifft.

LG München v. 28.11.2006 – 11 O 18415/05 (rechtskräftig durch OLG München v. 22.5.2007 – 9 U 1548/07, BauR 2009, 270)

### f) Revisionspläne

Revisionspläne sind beim AN unbeliebt. Sie sind aufwendig in der Erstellung, und jeder möchte sich lieber neuen Projekten zuwenden als die alten abzarbeiten. Für den AG sind sie aber extrem wichtig. Die Pflege des Gebäudes („facility management“) ist auf die Lebensdauer des Gebäudes gerechnet weitaus kostspieliger als die Errichtung. Die Übergabe der Revisionspläne ist Vertragspflicht und regelmäßig Voraussetzung für die Abnahmefähigkeit des Werkes. Und sie kann im Prozess nicht dadurch nachgeholt werden, dass der AN dem Berufungsgericht 8 Stehordner auf den Tisch stellt. Sie müssen nämlich auch noch vollständig und korrekt sein. Das muss niemand im Termin prüfen.

OLG Hamm v. 17.6.2008 – 19 U 152/04 (rechtskräftig durch BGH v. 18.6.2009 – VII ZR 184/08, BauR 2009, 1600)

### g) Unterbrechung der Ausführung

Tatbestandsmäßig ist nur die vollständige Einstellung der Arbeiten des Auftragnehmers. Eine nicht im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers liegende Verzögerung, Verschleppung oder auch nur „Verdünnung“ der Arbeitsleistung fällt nicht hierunter.

OLG Düsseldorf v. 29.1.2008 – I-21 U 22/07 (rechtskräftig durch BGH v. 23.7.2009 – VII ZR 46/08, BauR 2009, 1597)