



#### **Haftung des Bauunternehmers für Baugrundverhältnisse**

OLG Brandenburg, Urteil vom 13.09.2007, Az.: 12 U 214/06

Die Auftraggeber beauftragten im vorliegenden Fall den Auftragnehmer mit der Ausführung von Kanalarbeiten.

In der Ausschreibung war der Baugrund beschrieben. Im Zuge der Durchführung der Arbeiten wurde festgestellt, dass größere Mengen an Beton und Reste vom Fundament des alten Gebäudes im Boden vorhanden waren. Dies führte zu einem höheren Aufwand des Unternehmers. Die angefallenen Mehrkosten machte der Unternehmer gegen den Auftraggeber geltend. Dieser wandte ein, dass ein Anspruch auf Mehrvergütung nicht bestünde. Es sei Sache des Auftragnehmers gewesen, sich vor Abgabe des Angebots über die Verhältnisse des Baugrundes zu informieren. Der Auftragnehmer war der Auffassung, dass das Risiko des Baugrundes beim Auftraggeber liege.

Das Gericht gab dem Auftragnehmer Recht. Dieser habe Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung für die Mehraufwendungen infolge der erschwerten Bodenverhältnisse. Das Risiko des Baugrundes liege grundsätzlich beim Auftraggeber, weil es sich hierbei um einen vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Stoff handelt. Nur wenn die Erschwernisse für den Unternehmer vorhersehbar gewesen wären, hätte dieser eine entsprechende Hinweispflicht gehabt. Erkennbar ist die Erschwernis aber nur, wenn diese vor Ort sichtbar ist oder sich aufgrund einer lückenhaften Ausschreibung aufdrängt.

#### **Berechnung der Vergütung bei Leistungsänderung, Mischkalkulation und Kalkulationsirrtum**

OLG Frankfurt, Urteil vom 22.3.2006, Aktenzeichen 4 U 94/05

In einem Bauvertrag war vereinbart, dass die Abdeckung eines Bodens in einem Teilbereich mit 19 mm Stärke durchzuführen sei. In einem anderen Bereich sollte sie mit einer Stärke von 9 mm Dicke durchgeführt werden. Der Bauherr ordnete schließlich an, dass auch der Teilbereich, bei dem eine Stärke von 19 mm vorgesehen war, nur mit 9 mm Dicke durchzuführen sei. Diese geringere Stärke war von dem Unternehmer wesentlich günstiger angeboten worden. Der Unternehmer machte nunmehr für die zusätzliche Fläche jedoch Mehrkosten im Verhältnis zu seiner Urkalkulation geltend und berief sich darauf, dass er bei der ursprünglichen Kalkulation für

die Stärke von 9 mm den Lohnanteil vergessen habe. Außerdem bestünde zwischen beiden Positionen eine Mischkalkulation.

Das Gericht gab dem Auftraggeber Recht. Auch wenn sich die Mehrung der Masse auf einen Umfang von mehr als 10% belaufe, könne der Unternehmer nicht nachträglich die Lohnkosten kalkulieren. Aus der VOB/B ergäbe sich vielmehr, dass der Unternehmer nur die durch die Mehrungen bedingten Mehrkosten geltend machen kann, nicht jedoch im ursprünglichen Angebot vergessene Bestandteile des Werklohns. Ein Anspruch auf Bildung eines neuen Preises bestehe hier nicht, weil durch die Anordnung des Bauherrn nicht die Lohnkosten als Mehrkosten verursacht wurden. Auch in diesem Fall sei vielmehr auf die Urkalkulation zurückzugreifen. Der Auftragnehmer könne sich auch nicht auf eine Mischkalkulation berufen, weil die Gebote dem Inhalt der Ausschreibung entsprechen müssen.

#### **Anfechtung des Bauvertrags wegen arglistiger Täuschung bei unberechtigtem Einsatz von einem Subunternehmer**

OLG Celle, Urteile vom 4.2.2007, Aktenzeichen 7 U 165/06

Der Auftraggeber beauftragte den Auftragnehmer mit der Durchführung von Malerarbeiten. Während der Ausführung dieser Arbeiten kam es zu Differenzen. Der Auftraggeber war der Auffassung, dass sich der Auftragnehmer mit seiner Leistung in Verzug befindet. Der Auftragnehmer hatte zur Durchführung der Arbeiten einen Subunternehmer beauftragt. Die Geltung der VOB/B war vereinbart. Der Auftraggeber kündigte den Auftrag wegen Leistungsverzugs. Erst im Prozess berief sich der Auftraggeber darauf, dass der Auftragnehmer zu Unrecht einen Subunternehmer beauftragt habe. Da der Auftragnehmer von Anfang an vorgehabt habe einen Subunternehmer zu beauftragen, habe dieser den Auftraggeber arglistig getäuscht. Der Auftraggeber erklärte daher die Anfechtung des Werkvertrags wegen arglistiger Täuschung.

Das Gericht teilte die Auffassung des Auftraggebers im Prozess nicht. Bei derartigen Großaufträgen sei es üblich, dass Subunternehmer eingesetzt würden. Der Auftraggeber habe daher mit einem Einsatz von Subunternehmern auch rechnen müssen. Wenn er dies hätte ausschließen wollen, hätte er sich entsprechend bei seinem Auftragnehmer bei Vertragsabschluss erkundigen müssen. Zwar könne der Auftraggeber den Vertrag eventuell kündigen, wenn der Auftragnehmer zu Subunternehmer einsetzt, obwohl



er gemäß § 4 Nr. 8 VOB/B hierzu nicht berechtigt ist, jedoch setze diese Kündigung voraus, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt hat. Dies war vorliegend nicht der Fall, wobei sich der Auftraggeber bei Ausspruch der Kündigung auch nicht auf den unberechtigten Einsatz von Subunternehmern berufen hat, obwohl ihm deren Einsatz bekannt war.

#### **Leistungsverweigerungsrecht wegen Geltendmachung von Vertragsstrafe und Schadensersatz**

OLG Naumburg, Urteil vom 22.11.2006, Aktenzeichen 6 U 79/06

Zwischen den Parteien bestand ein Werkvertrag. Vor Beginn der Arbeiten meldete der Auftragnehmer Baubehinderung an. Der Auftraggeber wies dies zurück und forderte den Auftragnehmer unter Fristsetzung auf, mit den Arbeiten zu beginnen. Gleichzeitig kündigte er die Geltendmachung von Vertragsstrafe und Schadensersatz an. Daraufhin erklärte der Auftragnehmer, mit seinen Arbeiten nur dann zu beginnen, wenn der Auftraggeber die Androhung der Geltendmachung dieser Ansprüche zurücknimmt. Der Auftraggeber kam dieser Aufforderung nicht nach und kündigte den Werkvertrag. Er ließ die Arbeiten im Wege der Ersatzvornahme durchführen und machte die Mehrkosten gegen den Auftragnehmer geltend.

Das Gericht gab der Klage statt. Dabei kann dahinstehen, ob tatsächlich eine Baubehinderung vorlag. Der Auftragnehmer habe vorliegend die Erbringung seiner Leistung unbedingt davon abhängig gemacht, dass der Auftraggeber die angekündigten Ansprüche nicht mehr geltend macht. Darin liege auch kein Angebot auf die Durchführung von Verhandlungen, sondern hierin liege die Androhung der Verweigerung der eigenen Leistung für den Fall, dass der Auftraggeber auf die Ansprüche nicht verzichtet. Hierauf habe der Auftragnehmer aber keinen Anspruch und könne seine Leistung davon nicht abhängig machen. Dabei handelt es sich um eine derart gravierende Verletzung in Form der Verweigerung der eigenen Leistung, dass auch eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung entbehrlich war. Das Vertrauensverhältnis sei hierdurch in einer Weise gestört worden, dass dem Auftraggeber eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zumutbar gewesen sei.

#### **Berechnung der Vergütung abzüglich ersparte Aufwendungen bei unberechtigtem Einsatz eines Subunternehmers**

OLG Celle, Urteile vom 14.2.2007, Aktenzeichen 7 U 165/06

Der Auftraggeber beauftragte den Auftragnehmer mit der Durchführung von Malerarbeiten. Die VOB/B war zwischen den Beteiligten vereinbart. Ohne dass der Auftraggeber dies genehmigt hatte, vergab der Auftragnehmer die Durchführung des Auftrags an einen Subunternehmer. Während der Durchführung kam es zwischen den Vertragsparteien zu Differenzen. Aufgrund dessen sprach der Auftraggeber die Kündigung des Werkvertrages aus. Er stützte sich dabei darauf, dass für die Kündigung ein wichtiger Grund vorliegen würde. Im Prozess bestätigte sich ein solcher jedoch nicht. Der Auftragnehmer rechnete daraufhin seinen Vergütungsanspruch so ab, dass er von der vereinbarten Vergütung die mit dem Subunternehmer vereinbarte Vergütung in Abzug brachte und den Restbetrag geltend macht. Der Auftraggeber war der Auffassung, dass diese Abrechnung nicht zulässig sei, weil er den Einsatz eines Subunternehmers nicht genehmigt hatte. Aus diesem Grunde stünde dem Auftragnehmer eine Vergütung für den gekündigten Teil nicht zu.

Das OLG gab der Klage jedoch statt. Wenn der Unternehmer zu Unrecht einen Subunternehmer beauftragt, so hat der Auftraggeber nach der VOB/B die Möglichkeit, eine Frist mit Ablehnungsandrohung zu setzen. Macht er hiervon keinen Gebrauch, so gibt es keine Rechtfertigung dafür, dass der Auftragnehmer die Vergütung für den gekündigten Teil nicht erhält. Die Abrechnung kann dabei genauso erfolgen, wie sie der Unternehmer im vorliegenden Fall vorgenommen hat.

#### **Leistungsverweigerungsrecht bei Mängeln trotz Abtretung der Gewährleistungsansprüche**

BGH, Urteil vom 26.7.2007, Aktenzeichen VII ZR 262/05

Ein Bauherr beauftragte einen Unternehmer als Generalunternehmer mit der Erstellung von zwei Stadthäusern. Bei der Abnahme rügt der Bauherr eine Reihe von Mängeln, wobei er sich die Rechte aus diesen Mängeln ausdrücklich vorbehält. Da an dem Grundstück ein Erbbaurecht zu Gunsten einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestellt war, trat der Bauherr anschließend die Gewährleistungsansprüche an diese Gesellschaft ab. Der Unternehmer klagt daraufhin die restlichen Vergütungsansprüche gegen den Bauherrn ein. Im Prozess macht der



Bauherr wegen der bestehenden Mängel ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Der Unternehmer ist der Auffassung, dass der Bauherr hierzu nicht mehr berechtigt sei, weil er die Gewährleistungsansprüche an die Gesellschaft bürgerlichen Rechts abgetreten habe.

Der BGH teilt diese Auffassung nicht. Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen führe nicht dazu, dass der Auftraggeber dem Zahlungsanspruch des Unternehmers das Zurückbehaltungsrecht wegen bestehender Mängel nicht mehr entgegenhalten könne.

#### **Verhältnis der Gewährleistungsansprüche Auftraggeber-Auftragnehmer-Subunternehmer**

BGH, Urteil vom 28.6.2007, Aktenzeichen VII ZR 8/06

Ein Auftraggeber hatte einem Auftragnehmer einen Auftrag zur Durchführung werkvertraglichen Leistungen erteilt. Der Auftragnehmer wiederum hatte einen Subunternehmer beauftragt, diese Leistungen durchzuführen.

Der Auftraggeber machte gegen den Auftragnehmer Gewährleistungsansprüche wegen bestehender Mängel geltend. Im Prozess schlossen der Auftraggeber und Auftragnehmer bezüglich dieser Mängel jedoch einen Vergleich, nach dem der Auftragnehmer wegen dieser Mängel nicht mehr in Anspruch genommen werde.

Gleichzeitig führte der Auftragnehmer einen Rechtsstreit mit seinem Subunternehmer. Obwohl er mit seinem Auftraggeber einen Vergleich geschlossen hatte, nahm er den Subunternehmern in vollem Umfang wegen der bestehenden Mängel in die Haftung und verlangte von diesem vollständige Mängelbeseitigung.

Dem widersprach der BGH. Soweit feststehe, dass ein Auftraggeber gegen einen Auftragnehmer kei-

nerlei Ansprüche mehr erheben kann, spricht dies dafür, dass sich der Auftragnehmer dies auch im Verhältnis zu seinem Subunternehmer im Wege der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen muss.

#### **Stellt die Zusage einer Mängelbeseitigung immer ein Anerkenntnis oder den Verzicht auf die Verjährungseinrede dar?**

OLG Naumburg, Urteil vom 28.3.2007, Aktenzeichen 6 U 83/06

Ein Bauherr macht gegen einen Dachdecker nach Ablauf der Gewährleistungsfrist Gewährleistungsansprüche geltend. Dabei stellte der Auftraggeber einen neuen, weitergehenden Auftrag in Aussicht. Im Hinblick hierauf sagte der Dachdecker zu, im Zuge der Ausführung dieses neuen Auftrags die vom Bauherrn gerügten Mängel ebenfalls zu beseitigen. Der Bauherr vergibt den Auftrag jedoch anderweitig, woraufhin der Dachdecker bezüglich der Mängel die Einrede der Verjährung erhebt und sich weigert, eine Beseitigung der Mängel vorzunehmen. Der Bauherr ist der Auffassung, dass der Dachdecker die Mängel anerkannt hat mit der Folge, dass eine neue Gewährleistungsfrist zu laufen beginnt. Jedenfalls habe der Dachdecker auf die Einrede der Verjährung verzichtet.

Diese Auffassung teilte das OLG Naumburg nicht. Ein Anerkenntnis sei in der Erklärung des Dachdeckers nicht zu sehen. Die Erklärung, die Mängel zu beseitigen, habe der Dachdecker vielmehr kulanthaber nur angeboten, um den Auftrag zu erhalten. Nichts deute darauf hin, dass er unabhängig davon auf die Verjährung beziehungsweise die Erhebung der Einrede der Verjährung verzichten wollte. Auch liege in der Erklärung kein vorbehaltloses Anerkenntnis der Mängel. Hierfür wäre erforderlich, dass der Dachdecker nicht nur aus Kulanz, sondern in dem Bewusstsein handelte, zur Nachbesserung verpflichtet zu sein. Dies war hier nicht der Fall, weil der Dachdecker seine Zusage von der Erteilung des neuen Auftrags abhängig machte.