



## Rechtsrätsel des Monats Februar

### Vertragsstrafe für Zwischenfristen

BGH-Urteil vom 06.12.2012, VII ZR 133/11

Zwischen den Vertragsparteien war für die Herstellung eines Werks eine Zwischenfrist zum 30.08.2008 vereinbart worden. Gleichzeitig war im Vertrag vereinbart worden, dass für jeden Tag der Überschreitung eine Vertragsstrafe in Höhe von 5.000,00 € zu bezahlen sei. Die Vertragsstrafe wurde insgesamt auf 5 % der Auftragssumme beschränkt. Nachdem der Auftragnehmer mit seiner Bauleistung in Verzug geraten ist, machte der Auftraggeber diese Vertragsstrafe geltend.

Zu Recht?

Die Lösung finden Sie unter  
[www.raetsel.heinicke.com](http://www.raetsel.heinicke.com).

### Anerkannte Regel der Technik

BGH, Urteil vom 21.11.2013 - VII ZR 275/12

Eine Wohnungseigentümergeinschaft nimmt einen Bauträger auf Kostenvorschuss wegen einer mangelhaften Ausführung einer Hofffläche in Anspruch. Es wird behauptet, ein Gefälle sei nicht ausgebildet worden und dies stelle einen Mangel dar. Das Gericht hat hierzu ein Sachverständigengutachten erholt. Der Sachverständige führt aus, es gäbe keine technischen Normen, aus denen sich ergeben würde, dass ein Gefälle ausgeführt werden müsse.

Kann gleichwohl ein Mangel vorliegen?

Der BGH führte in seiner Entscheidung aus, dass die Frage, ob ein Mangel vorliegt nicht allein anhand der technischen schriftlich niedergelegte Vorschriften zu beurteilen sei, sondern dass es auf ungeschriebene anerkannte Regeln der Technik geben würde. Der BGH bestätigte, dass die DIN-Normen nicht zwingend übereinstimmen mit den anerkannten Regeln der Technik. Nachdem das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen hatte, hatte der BGH das Urteil aufgehoben und zur weiteren Beweisaufnahme an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. Der BGH führt hierzu folgendes wörtlich aus:

*Das Berufungsgericht wird, wenn es noch darauf ankommen sollte, der Frage nachgehen müssen, ob die Ausführung ohne Gefälle den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Das Gutachten des Sachverständigen gibt darüber keine abschließende Auskunft. Der Sachverständige hat lediglich festgestellt, es lägen keine normgemäßen Angaben (...) bzw. kein Regelwerk (...) vor, das ein Gefälle bei einem Belag mit Epoxydharz vorsehe. Das beantwortet nicht die Frage, ob es*

*eine ungeschriebene anerkannte Regel der Technik gibt, die das Gefälle fordert. Diese wäre ebenso maßgeblich wie eine geschriebene Regel (...).*

### Berechnung der Nachtragsvergütung gemäß § 2 Absatz 5 VOB/B

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.10.2013 - 22 U 21/13

Der Auftragnehmer wurde beauftragt, Entkernungsarbeiten an einem Klinikgebäude vorzunehmen. Für diese Leistungen machte der Auftragnehmer aufgrund besonderer Anordnungen des Auftraggebers zur Erbringung von zusätzlichen Leistungen nach § 2 Abs. 5 VOB/B gelten. Er legte hierfür im Prozess die reinen Mehrkosten dar, die für die Erbringung dieser Leistungen angefallen sind.

Das Gericht hielt diese Abrechnung nicht für ausreichend. Zunächst stellte es aber fest, dass es sich bei der Vereinbarung eines "neuen Preises" unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten im Sinne von § 2 Nr. 5 Satz 2 VOB/B 1996 lediglich um eine Sollbestimmung und nicht um eine Anspruchsvoraussetzung handelt.

Grundlage für die Festlegung des neuen Preises sei stets der zuvor vereinbarte Preis. Diesem werden die vorkalkulierten bzw. im Voraus zu kalkulierenden Mehrkosten im Zeitpunkt der Kalkulation des Nachtragsangebots nach erfolgter Bauentwurfsänderung hinzugerechnet. Dies erfordert die Vorlage der ursprünglichen Angebotskalkulation. Fehlt diese, ist vom Auftragnehmer nachträglich eine plausible Kalkulation für die vereinbarten Vertragspreise zu erstellen und der neuen Kalkulation für den geforderten Nachtragspreis gegenüberzustellen.

### Stillschweigende Abnahme (konkludente Abnahme) trotz Vereinbarung der förmlichen Abnahme?

OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.11.2013 - 23 U 15/13

Ein Auftraggeber beauftragt einen Auftragnehmer Wiederherstellung eines Hauses. Vertraglich ist vereinbart, dass die Leistung des Auftragnehmers förmlich abzunehmen ist. Eine förmliche Abnahme wird zunächst nicht durchgeführt. Der Auftragnehmer stellt die Schlussrechnung. Der Auftraggeber prüft die Schlussrechnung und nimmt die Zahlung in Höhe des geprüften Betrages vor. Ferner übergibt der Auftragnehmer eine Gewährleistungsbürgschaft, die der Auftraggeber auch annimmt. Der Auftragnehmer fordert den Restbetrag an und weist in diesem Schreiben darauf hin, dass seiner Meinung nach die Abnahme der Leistung erfolgt sei. Ein Widerspruch hiergegen erfolgt nicht. Mängel werden durch den Auftraggeber zunächst nicht eingewandt.



Als der Auftragnehmer die restliche Werklohnforderung gerichtlich geltend macht, wendet der Auftraggeber ein, die Forderung sei nicht fällig, weil eine Abnahme bisher nicht erfolgt sei. Außerdem würden in der Leistung des Auftragnehmers Mängel vorliegen, die einer Abnahme entgegenstehen.

Das Gericht ging vorliegend von einer Abnahme aus. Es führte aus, die Abnahme könne eben nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent, das heißt durch schlüssiges Verhalten erklärt werden. Diese Voraussetzung seine jedenfalls dann erfüllt, wenn der Auftraggeber die Rechnung des Auftragnehmers prüft und bezahlt, ein Schreiben des Auftragnehmers, in dem dieser auf eine aus seiner Sicht erklärte Abnahme hinweist, nicht beantwortet, er keine Mängelrügen erhebt und eine Gewährleistungsbürgschaft annimmt, die erst nach der Abnahme zu stellen ist.

Auch die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme schließe die Möglichkeit der Abnahme durch konkludente Erklärung nicht aus, wenn die Parteien (konkludent) von der vereinbarten förmlichen Abnahme abgerückt sind.

#### **Abrechnung von Regiearbeiten auch ohne Vorlage von Regiescheinen?**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.08.2013 - 22 U 161/12

Zwischen den Parteien eines Bauvertrages wurde die Geltung der VOB/B vereinbart. Der Auftragnehmer wurde insolvent. Der Insolvenzverwalter macht nun gegen den Auftraggeber Werklohn aus erbrachten Regieleistungen geltend. Die Beauftragung bestimmter Leistungen als Regiearbeiten ist zwischen den Parteien unstrittig. Der Auftraggeber wendet ein, die Regiekosten seien nicht zu vergüten, weil die Regiescheine nicht rechtzeitig vorgelegt worden seien.

Anders sah dies jedoch das Gericht. Der Auftragnehmer könne der werkvertraglichen Verpflichtung zur Vorlage von Rapporten bzw. Stundenzetteln auch noch mit der Erteilung der Schlussrechnung Genüge tun, soweit darin die erforderlichen Angaben enthalten sind bzw. nachgeholt werden. Die unterbliebene Vorlage von vertraglich vereinbarten Rapporten führe ebenso wenig wie die unterbliebene Vorlage von Stundenzetteln ohne Weiteres zum Verlust des Werklohnanspruchs. Jedoch müsse der Auftragnehmer dann nachträglich alle notwendigen Angaben machen, die in den Rapporten bzw. Stundenzetteln hätten enthalten sein müssen, um den Vergütungsanspruch zu rechtfertigen.

#### **Wirkung eines Baustellenprotokolls**

KG, Urteil vom 18.09.2012 - 7 U 227/11; BGH, Beschluss vom 11.10.2013 - VII ZR 301/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Die Parteien streiten über die Frage der Vereinbarung eines Zwischentermins zur Vorlage einer Werkstattplanung. Der Auftraggeber behaupteten, der Auftragnehmer habe diese zugesagt bis zum 7.12.2011. Dies ergebe sich auch aus einem Baustellenprotokoll, welches anlässlich einer Besprechung am 1.12.2011 erstellt worden sei. Der Auftragnehmer behauptet, er habe eine derartige Zusage nicht gegeben sondern lediglich erklärt, dass er seinem Subunternehmer eine entsprechende Frist zur Erstellung der Werkstattplanung gesetzt habe. Das Baustellenprotokoll war seinerzeit allen an der Besprechung teilnehmenden Personen zugestellt worden. Da die Werkstattplanung bis zum 7.12.2011 nicht vorlag, erklärte der Auftraggeber die Kündigung aus wichtigem Grund.

Das Gericht hielt die Kündigung aus wichtigem Grunde für wirksam. Die Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben sind auf (Baustellen-)Protokolle entsprechend anwendbar. Der Auftragnehmer muss daher dem Inhalt eines vom Auftraggeber erstellten Protokolls unverzüglich widersprechen, will er verhindern, dass sein Schweigen wie eine nachträgliche Genehmigung behandelt wird.

#### **Einwendungen gegen Sicherheitsleistung nach § 648 a BGB**

OLG Schleswig, Urteil vom 30.08.2013 - 1 U 99/12

Der Auftragnehmer eines Werkvertrags fordert vom Auftraggeber eine Sicherheit nach § 648 a BGB in Höhe der offen stehenden Werklohnforderung zzgl. 10 %. Der Auftraggeber wendet ein, dass der Leistungsumfang insgesamt einvernehmlich reduziert worden sei. Die Auftragssumme, die noch zur Ausführung anstehen würde, sei wesentlich geringer und die Sicherheitsleistung sei nur aus dieser geringeren Summe zu berechnen. Der AN bestreitet eine Reduzierung des Leistungsumfangs.

Das Landgericht gibt der Klage statt und macht deutlich, dass die Unternehmerin einen einklagbaren Anspruch auf Sicherheit für die vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung hat. Erhobene Gegenrechte sind unzulässig, soweit sie nicht unstrittig und rechtskräftig festgestellt sind. Die Hilfswiderklagen behandelt das Landgericht insgesamt als unzulässig, sieht die Anträge als gestellt mit entsprechender Erhöhung des Streitwerts. Die Berufung des Bestellers hat in der Hauptsache hinsichtlich der Sicherheit keinen Erfolg. Das OLG bestätigt, dass Leistungsreduzierungen u. Ä., soweit sie



nicht unstrittig sind, insbesondere bei vereinbartem Pauschalpreis, nicht zur Reduzierung der Sicherheit führen.

#### **Gewährleistung trotz Erfüllung der Hinweispflicht?**

OLG Stuttgart, Urteil vom 26.07.2011 - 10 U 4/11; BGH, Urteil vom 08.03.2012 - VII ZR 177/11

Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit der Erbringung von Verlegearbeiten hinsichtlich eines PVC's. Als dieser mit den Arbeiten beginnen möchte, stellt er fest, dass der Estrich noch nicht ausreichend abgetrocknet ist und meldet Bedenken bezüglich der Ausführung an. Der Auftraggeber ordnet an, dass der Auftragnehmer sofort mit den Verlegearbeiten beginnt. Nach Fertigstellung der Verlegearbeiten lässt der Auftragnehmer auftragsgemäß den Boden durch einen Subunternehmer reinigen. Die Reinigung erfolgt nass.

Der Boden wirft anschließend in erheblichem Umfang Blasen. Es ist auch durch Sachverständigengutachten nicht mehr festzustellen, ob diese Blasenbildung darauf zurückzuführen ist, dass der Estrich bei der Verlegung zu nass war oder dass der Boden zu nass gereinigt wurde.

Der Auftraggeber verweigert die Zahlung des Werklohns mit der Begründung, der Boden sei zu nass gereinigt worden und dies habe zu dem Schaden geführt.

Das OLG geht davon aus, es könne zwar nicht angenommen werden, dass der AG den AN auch von der Blasenbildung aufgrund anderer Ursachen als der Estrichfeuchte habe freistellen wollen. Der AG bleibe aber für seine nach der Bedenkenanzeige getroffene Anordnung verantwortlich (VOB/B § 4 Abs. 3 Halbs. 2). Er habe darum mit seiner Enthaltungserklärung nicht nur das Risiko der Mängelentstehung wegen zu hoher Estrichfeuchte übernommen, sondern auch das Risiko des Nachweises, in welchem Umfang die Estrichfeuchte

den Mangel mit verursacht habe. Wenn kein Vergütungsanspruch bestehen würde, stünde dem AN aus den Gründen des Leitsatzes zu 2) ein Anspruch auf Erstattung der Reparaturleistungen aus § 280 Abs. 1 BGB zu.

#### **Nachbesserung aus Kulanz**

LG Münster, Urteil vom 05.11.2012 - 2 O 465/11 (nicht rechtskräftig)

Der Auftraggeber rügt beim AN kurz vor Ablauf der Gewährleistungsfrist das Vorliegen von Mängeln. Der AN erklärt, dass er die Mängel beseitigen würde, jedoch aus Kulanz und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht. Die Mängelbeseitigung wird durchgeführt. Daraufhin erhebt der Auftraggeber kurz vor Ablauf der Gewährleistungsfristfeststellungsklage, dass es sich bei den durchgeführten Arbeiten um Mängelbeseitigungsarbeiten gehandelt habe./Erreichen, dass durch die Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten ein Neubeginn der Verjährung nach § 212 Abs. 1 BGB eingetreten ist.

Ohne Erfolg! Der Bauherr hat kein berechtigtes Interesse im Sinne von § 256 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an der Feststellung, dass es sich bei den durch den Bauunternehmer durchgeführten Arbeiten um Mängelbeseitigungsarbeiten gehandelt hat. Das Feststellungsinteresse folgt auch nicht bereits daraus, dass die Mangelfolgen noch nicht abschließend feststehen. Zwar ist dem Bauherrn zuzugeben, dass die Beseitigung der Mängel "aus Kulanz" zu einer Unsicherheit im Hinblick auf einen möglichen Neubeginn der Verjährung gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB führt. Gleichwohl geht das Landgericht davon aus, dass ein der Klage stattgebendes Feststellungsurteil nicht dazu geeignet ist, die vom Bauherrn befürchtete Unsicherheit zu beseitigen. Nur bei Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten verbunden mit einem erklärten Anerkenntnis tritt der Neubeginn der Verjährung gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB ein.