



### **Höherer Vergütungsanspruch bei unklarer Ausschreibung**

OLG Köln, Urteil vom 09.07.2008 - 11 U 72/07

Der Auftraggeber hatte eine Leistung zum Abbruch eines Gebäudes ausgeschrieben. Gemäß Leistungsverzeichnis sollte das Gebäude vollständig abgebrochen werden einschließlich eventueller Beseitigung des Sondermülls. Die Belastung des Abbruchmaterials war sehr allgemein beschrieben. Tatsächlich stellte sich heraus, dass das Abbruchmaterial wesentlich stärker belastet war, als ursprünglich angenommen. Es fällt daher in eine andere Abbruchklasse, als der Unternehmer zunächst angenommen hatte. Aufgrund dessen machte der Unternehmer gegen den Auftraggeber einen Mehrvergütungsanspruch geltend, da er mit diesem erhöhten Aufwand nicht habe rechnen können.

Das Gericht wies die Klage ab. Aus der Ausschreibung ergäbe sich nur eine sehr allgemeine Beschreibung des Sondermülls. Für den Unternehmer sei deutlich gewesen, dass die gemäß Ausschreibung zu erbringenden Leistung funktional beschrieben worden sei. Wenn der Unternehmer dann keine Klarheit gegenüber seinem Auftraggeber einfordert, so übernimmt er bewusst das damit verbundene Risiko. Denn der Unternehmer habe von Anfang an nicht gewusst, in welche Abbruchklasse das Material fällt. Der Auftraggeber wiederum habe sich darauf verlassen können, dass die Gesamtleistung einschließlich sämtlicher für den Unternehmer bei Abgabe des Angebots als möglich in Betracht kommende Erschwernisse durch den vereinbarten Preis abgegolten ist.

### **Ausführung einer Bedarfsposition ohne gesonderten Auftrag des Bauherrn**

OLG Oldenburg, Urteil vom 03.05.2007 - 8 U 254/06

Im vorliegenden Fall war in einem Leistungsverzeichnis zum Bodenaushub vorgesehen, dass unter bestimmten Umständen es erforderlich sein könnte, dass die Aushubarbeiten in Handschachtung durchgeführt werden. Bei dieser Position handelte es sich nach den Feststellungen des Gerichts um eine Bedarfsposition.

Die ausführende Firma führte die Aushubarbeiten teilweise in Handschachtung aus, ohne dass der Bauherr hierfür einen gesonderten Auftrag erteilt hatte. In einem gemeinsamen Aufmaß wurde dies extra festgehalten.

Der Bauherr bezahlte diese Leistung entsprechend dem Einheitspreis für den günstigeren Maschinenaushub mit der Begründung, dass eine Bedarfsposition nur dann zu vergüten sei, wenn sie auch gesondert beauftragt wurde.

Das Gericht gab der Klage des Unternehmers statt. Dabei stellte es klar, dass die Feststellung in dem gemeinsamen Aufmaß noch nicht dazu führe, dass die Leistung auch zu dem erhöhten Preis zu bezahlen sei. Denn das gemeinsame Aufmaß treffe nur tatsächliche Feststellungen, besagen aber nichts über die rechtlichen Grundlagen.

Im vorliegenden Fall sei die Handschachtung aber erforderlich gewesen, weil an dieser Stelle das Risiko für die vorhandenen Bauteile so hoch gewesen sei, dass die Arbeiten nur in Handschachtung ausgeführt werden konnten. Damit liege ein Fall des § 2 Nr. 8 VOB/B vor, da die Arbeiten in dieser Form dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprochen hätten. Da die Arbeiten notwendig nur so ausgeführt werden konnten, wie sie tatsächlich ausgeführt wurden, sei es auch nicht schädlich, dass diese Art der Ausführung dem Bauherrn nicht unverzüglich angezeigt worden sei, weil im vorliegenden Fall die Schutzfunktion dieser Anzeige entfalle, da es sich um die einzig mögliche Art der Ausführung gehandelt habe.

### **Rücktritt vom Werkvertrag bei Vorliegen gravierender Mängel**

BGH, Beschluss vom 08.05.2008 - VII ZR 201/07

Der Auftraggeber hat den Auftragnehmer im vorliegenden Fall mit der Erbringung von Werkleistungen beauftragt. Der Auftraggeber trat vom Vertrag zurück, weil die Leistung des Auftragnehmers mit massiven Mängeln belastet war. Der Rücktritt erfolgte zu einem Zeitpunkt, als eine zur Nacherfüllung gesetzte Frist noch nicht abgelaufen war. Im vorliegenden Fall wies das Werk ganz massive Mängel auf. Der Unternehmer hatte in besonderem Maße gegen die anerkannten Regeln der Technik verstoßen und sogar die Standsicherheit



des Gebäudes war aufgrund dieser Mängel gefährdet.

Das Landgericht hielt den Rücktritt für wirksam, obwohl die gesetzte Frist zur Nacherfüllung noch nicht abgelaufen war. Die hiergegen erhobene Beschwerde hat der BGH nicht angenommen. Es sei zutreffend, dass der Auftraggeber bei schwerwiegenden und gravierenden Mängeln, die zudem noch in einer großen Häufung auftreten, insbesondere bei gravierenden Auswirkungen dieser Mängel auf das Gesamtwerk auch ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten könne.

#### **Pflicht zur Abrechnung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung**

OLG Oldenburg, Urteil vom 17.04.2008 - 8 U 2/08

Der Auftraggeber hatte den Auftragnehmer mit der Erbringung verschiedener Werkleistungen beauftragt. Die Leistungen wiesen diverse Mängel auf. Aufgrund dessen verklagte der Auftraggeber den Auftragnehmer auf Zahlung eines Vorschusses für die Kosten der Mängelbeseitigung.

Nach einem Jahr beauftragte der Auftraggeber einen Architekten mit der Planung und Ausschreibung der Mängelbeseitigungsarbeit. Nach Ablauf von weiteren zwei Jahren waren die Mängel beseitigt und der Auftraggeber hat die Kosten hierfür mit dem Vorschuss gezahlt.

Der Auftragnehmer machte gegen den Auftraggeber gerichtlich die Rückzahlung des geleisteten Vorschusses geltend. Das Landgericht gab der Klage statt. Die Berufung gegen dieses Urteil hatte keinen Erfolg. Das Oberlandesgericht führte aus, dass nach Zahlung eines Vorschusses die Mängelbeseitigungsarbeiten so bald als möglich durchzuführen seien. In der Regel müssten die Mängelbeseitigungsarbeiten innerhalb eines Jahres durchgeführt werden. Eine längere Frist käme nur im Ausnahmefall unter Berücksichtigung der besonderen Umstände in Betracht. Im vorliegenden Fall hätten die Arbeiten innerhalb von 18 Monaten ohne weiteres fertig gestellt werden können. Die Überschreitung dieser Frist führe dazu, dass der Auftraggeber nur die Aufwendungen von dem Vorschuss in Abzug bringen könne, die er innerhalb dieser Frist geleistet habe. Dies seien im vorliegenden Fall aber nur die Zahlungen an

den Architekten gewesen. Die weiteren Zahlungen zur Mängelbeseitigung könne der Auftraggeber auch dann nicht in Abzug bringen, wenn er diese zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich aufgewandt habe.

**Hinweis:** Häufig werden von Auftraggebern Ansprüche auf Vorschusszahlungen für die Beseitigung von Mängeln geltend gemacht. Nach einem langwierigen Prozess wird dann häufig übersehen, dass von Seiten des Auftraggebers auch die Pflicht zur Abrechnung besteht. Beseitigt der Auftraggeber die Mängel tatsächlich nicht oder zu spät, so kann der Auftragnehmer den gesamten nicht aufgewandten Teil der Vorschusszahlungen zurückverlangen. Die Geltendmachung dieses Rückforderungsanspruchs wird häufig übersehen. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Auftraggeber gegen den Auftragnehmer einen Schadensersatzanspruch geltend macht, da dieser Anspruch nicht der Abrechnungspflicht unterliegt.

#### **Kein Anspruch auf erhöhte Miete bei unwirksamer Klausel zur Durchführung der Schönheitsreparaturen**

BGH, Urteil vom 09.07.2008 - VIII ZR 83/07

In einem Mietvertrag war vereinbart, dass der Mieter innerhalb fest vereinbarten Fristen die Schönheitsreparaturen innerhalb der Mietwohnung durchführen muss. Aufgrund der Rechtsprechung des BGH steht fest, dass diese Klausel des Mietvertrags unwirksam ist.

Der Vermieter ist der Auffassung, dass nicht nur die Zahlung der Miete, sondern auch die Übernahme der Pflicht zur Erbringung der Schönheitsreparaturen eine vertraglich übernommene Leistung des Mieters für die Überlassung der Mietwohnung sei. Wenn die Klausel zur Übernahme der Schönheitsreparaturen unwirksam sei, dann führe dies dazu, dass der Mieter nur noch die Miete zu bezahlen habe, einen Teil seiner Verpflichtung jedoch entfalle. Dies müsse dadurch ausgeglichen werden, dass die Miete angemessen erhöht werde.

Der BGH folgte dieser Auffassung nicht. Zum einen entspräche die Miete, die der Vermieter verlangt, bereits der ortsüblichen Vergleichsmiete. Ein Zuschlag hierzu wegen Wegfalls der Klausel



über die Schönheitsreparaturen komme nicht in Betracht, weil die ortsübliche Vergleichsmiete die Obergrenze der Miete darstelle, die der Vermieter überhaupt verlangen könne.

Auch über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage könne eine Anpassung der Miete nicht erfolgen. Eine Regelungslücke bestünde ausschließlich deshalb, weil der Vermieter eine unwirksame Vertragsklausel in den Mietvertrag aufgenommen habe und er damit auch das Risiko der Unwirksamkeit der von ihm verwendeten Klausel trage.

**Hinweis:** Die Frage, ob der Vermieter bei unwirksamer Klausel über die Schönheitsreparaturen einen Zuschlag zur Miete verlangen darf, war bisher zumindest strittig. Diese Frage hat der BGH nunmehr abschließend geklärt.

#### **Kündigung eines befristeten Gewerbemietvertrags wegen Erkrankung des Mieters**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.07.2008 - 24 W 53/08

Die Parteien hatten einen Mietvertrag mit einer Laufzeit von 10 Jahren über ein Gewerbeobjekt geschlossen. Nach einigen Jahren erkrankte der

Mieter schwer an Krebs. Der Mieter sprach daraufhin die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses aus. Der Vermieter war der Meinung, dass die Kündigung unwirksam sei. Der Mieter wollte eine Feststellungsklage gegen den Vermieter erheben und beantragte hierfür die Gewährung von Prozesskostenhilfe. Der Antrag wurde zurückgewiesen.

Das OLG Düsseldorf stellte fest, dass eine außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses nur dann in Betracht käme, wenn ein wichtiger Grund vorliege, der die Fortsetzung des Mietverhältnisses für eine der Vertragsparteien unzumutbar erscheinen lässt. Zwar liege hier ein schwerwiegender Grund vor, weitere Voraussetzung sei jedoch, dass dieser Grund nicht in der eigenen Risikosphäre desjenigen liege, der die Kündigung ausspreche. Denn nur wenn dieser Grund auf einer Art Vertragsverletzung des Vertragspartners beruhe, könne dies das Vertrauen des jeweils anderen Vertragspartners so stark erschüttern, dass diesem die Fortsetzung des Mietvertrages nicht mehr zumutbar ist. Wenn aber, wie hier, der schwerwiegende Grund in der eigenen Risikosphäre des Kündigenden liege, könne dieser die außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses nicht darauf stützen.