



Rechtsrätsel des Monats Februar

Kooperationspflicht: Unterbrechung der Arbeiten wegen Bedenken

BGH, Urteil vom 10.05.2007 - VII ZR 226/05
Beim Ausbau einer Heizzentrale weigerte sich der Auftragnehmer die Arbeiten weiterzuführen, weil er Bedenken hatte, ob die Weiterführung der Arbeiten zum einen zu einer fachgerechten Arbeit führen würde, zum anderen aber nicht eventuell gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen würde, die ein Bußgeld auslösen würden. Der Auftraggeber kündigte daraufhin nach fruchtloser Fristsetzung zur Weiterarbeit den Vertrag. Der Auftragnehmer war der Meinung, dass die Kündigung ohne wichtigen Grund ausgesprochen wurde, somit als freie Kündigung, so dass er die volle Vergütung abzüglich ersparte Aufwendungen beim Auftraggeber abrechnete.

Die Lösung finden sie unter

www.raetsel.heinicke.com.

Urteile

Was gilt bei Widersprüchen im Vertrag OLG Oldenburg, Urteil vom 06.05.2010, 8 U 100/09

In einem Vertrag zwischen einem Generalunternehmer und einem Nachunternehmer ist festgehalten, dass bei Widersprüchen die Auftragsunterlagen in folgender Rangfolge gelten sollen:

- der Vertrag
- das Auftragschreiben
- die Baugenehmigung
- die Baubeschreibung des Bauherrn
- die GU-Leistungsbeschreibung und
- die Ausführungspläne des Ingenieurbüros.

Die Baubeschreibung sieht grundsätzlich eine generelle Fabrikatsfreiheit vor. Jedoch ist in den Ausführungszeichnungen jeweils eine Fabrikatangebe für die Produkte enthalten.

Der Nachunternehmer baut andere Produkte ein, als diese in den Ausführungsplänen bezeichnet

sind. Fraglich war, ob vorliegend ein Mangel vorhanden ist.

Das Gericht hat sich zunächst mit der Thematik auseinandergesetzt, wie der Inhalt der geschuldeten Leistung zu bestimmen ist. Grundsätzlich ist zunächst der Vertrag als solcher auszulegen. Auf die Rangfolge der Vertragsunterlagen kommt es erst dann an, wenn sich aus dem Vertrag nicht durch Auslegung ermitteln lässt, was die Parteien bei Vertragsabschluss zur Durchführung der Arbeiten gewollt haben. Kann durch Auslegung ein derartiger Wille der Parteien nicht eindeutig ermittelt werden und ergeben sich hieraus Widersprüchlichkeiten, die nicht durch Auslegung aufzulösen sind, so ist auf die Rangfolge des Vertrages zurück zu greifen.

Auch vorliegend hat sich das Gericht auf den Standpunkt gestellt, dass ein Mangel nicht vorliegt. Die nachrangigen Regelungen in den Ausführungsplänen seien nur beispielhafte Umsetzungen einer vorrangig eröffneten Möglichkeit, beliebige geeignete Fabrikate zum Einsatz zu bringen. Dies ergäbe sich auch aus der Interessenslage der Parteien, da sich der GU des Nachunternehmers zur Erfüllung seiner eigenen vertraglichen Verpflichtung gegenüber seinem eigenen Auftraggeber bedient. Vorrangig waren daher die Anforderungen des Hauptauftraggebers einzuhalten.

Diese Entscheidung zeigt, dass ein Bauvertrag immer in seiner Gesamtheit zur Auslegung heran zu ziehen ist. Es gilt nicht generell, dass die speziellere Regelung einer allgemeinen Regelung vorgeht, insbesondere dann nicht, wenn ein bestimmtes Rangverhältnis zwischen den einzelnen Elementen eines Bauvertrags vereinbart ist.

Mangelhaftigkeit einer Leistung des Nachunternehmers ohne Mängelrüge des Bauherrn? BGH-Beschluss vom 20.12.2010, VII ZR 92/10

Ein Generalunternehmer war vom Bauherrn beauftragt worden, Heizungs-, Lüftungs- und Sanitärarbeiten auszuführen. Zur Durchführung dieser Arbeiten beauftragte der GU einen Nachunternehmer. Grundlage der Beauftragung durch den Auftraggeber an den GU war eine Fabrikatsliste des Bauherrn. Grundlage der Vergabe an den



Nachunternehmer war eine Ausführungsplanung, in der Sanitäröbekte eingetragen waren, die mit dieser Fabrikatsliste des Bauherrn nicht identisch waren. Der Nachunternehmer nimmt den Einbau entsprechend der Fabrikatsliste des Bauherrn vor. Der GU macht gegenüber dem NU nunmehr Minderung geltend, weil sich der NU durch Einbau der Fabrikate gemäß der Fabrikatsliste eigene Kosten erspart habe. Die Ausführungsplanung gehe insoweit der Fabrikatsliste vor. Ein Mangel liege vor.

Der BGH hatte in der Vergangenheit bereits entschieden, dass ein GU gegenüber einem Nachunternehmer dann keine Ansprüche aus mangelhafter Leistung geltend machen kann, wenn im Verhältnis zu seinem eigenen Auftraggeber ausgeschlossen ist, dass er selbst insoweit auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird.

Im vorliegenden Fall hat der BGH diese Rechtsprechung nunmehr auch auf den Fall der Minderung, d. h. Herabsetzung des Werklohns erstreckt. Nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung könne der Generalunternehmer nur Ansprüche wegen Mängeln gegenüber seinem Nachunternehmer geltend machen, solange nicht feststeht, dass er wegen dieses Mangels von seinem eigenen Auftraggeber nicht mehr in Anspruch genommen werden kann. Da vorliegend die Leistung des NU der Leistungsverpflichtung des GU gegenüber seinem eigenen Auftraggeber entsprach, war eine Inanspruchnahme des GU selbst durch den Bauherrn ausgeschlossen. In diesem Fall könne der GU auch gegen den NU keine Ansprüche mehr geltend machen, sondern muss sich den eigenen Vorteil, selbst nicht mehr in Anspruch genommen werden zu können, anrechnen lassen.

**Wirksamkeit der Vertragserfüllungsbürgschaft in Kombination mit einer Kürzung der Abschlagszahlung
BGH-Urteil vom 09.12.2010, VII ZR 7/10**

In einem VOB/B-Werkvertrag war enthalten, dass der Auftragnehmer vor Ausführung der Leistung eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % der Auftragssumme zu stellen habe. In den Zahlungsbedingungen war enthalten, dass auf die Abschlagsrechnungen nur eine Zahlung in Höhe von 90 % der Abschlagsrechnungssumme zu leis-

ten sei. Der BGH hatte zu entscheiden, ob eine derartige Klausel wirksam ist. Denn nach Insolvenz des Auftragnehmers klagte der Auftraggeber gegen den Bürgen aus der Vertragserfüllungsbürgschaft.

Die Klage des Bauherrn wurde abgewiesen. Der BGH entschied, dass die Kombination derartiger Klauseln unwirksam sei. Denn sie führe in ihrer Kombination zu einer Übersicherung des Bauherrn in Höhe von insgesamt 20 % der Bausumme. dies führe zu einer unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers.

In Konsequenz dessen seien beide Klauseln unwirksam. Denn das Gericht könne nicht entscheiden, welche von beiden Klauseln Bestand haben soll, um einen noch wirksamen Vertrag zu erlangen. Im Hinblick darauf, dass die Sicherungsabrede damit unwirksam ist, war auch die auf Basis der Sicherungsabrede gegebene Bürgschaft nicht wirksam, mit der Folge, dass der Bürge durch den Bauherrn nicht in Anspruch genommen werden konnte.

**Keine Haftung des Gewährleistungsbürgen bei Abweichung von Abnahmemodalitäten
OLG München, Beschluss vom 24.01.2011, 13 U 3970/10**

Vorliegend war zwischen dem Auftraggeber und dem in Insolvenz gefallenen Auftragnehmer ein Bauvertrag geschlossen worden, der detaillierte Regelungen zur förmlich durchzuführenden Abnahme und zum Beginn der Gewährleistungsfrist enthält. Den von der Schlussrechnung einbehaltenen Sicherheitseinbehalt löste der Auftragnehmer durch Gewährleistungsbürgschaft ab. Diese beinhaltet, dass die Bürgschaft übernommen wird, nach den Bedingungen des Bauvertrags für die Erfüllung der Ansprüche auf Gewährleistung, einschließlich Schadenersatz. Nach einem Streit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer wird der Vertrag durch den Auftraggeber gekündigt. Nunmehr nimmt der Auftraggeber den Bürgen in Anspruch wegen Schadenersatzansprüchen aus Gewährleistung. Eine förmliche Abnahme hat nicht stattgefunden.



Das OLG München wies die Klage ab. Der Bürge sei durch den Verzicht auf die förmliche Abnahme von der Verpflichtung zur Zahlung frei geworden.

Denn aus dem bauvertraglichen Konzept der Gewährleistung ergäbe sich, dass von der Gewährleistung nur Mängel erfasst sein sollten, die erst nach der Abnahme erstmals auftreten. Restarbeiten und sonstige Mängel, die bei der Abnahme auftreten und bekannt waren, sollten durch die Gewährleistungsbürgschaft nicht erfasst werden.

Es komme daher für die Haftung der Bürgschaft darauf an, dass zum Zeitpunkt der förmlichen Abnahme die noch durchzuführenden Restarbeiten und bestehenden Mängel festgestellt werden.

Daher entstehe durch den Verzicht auf die förmliche Abnahme für den Bürgen eine Unsicherheit über das Bestehen des Mangels und seine Bürgenhaftung. Schadenersatzansprüche, die vor der Abnahme entstünden, würden durch die Bürgschaft überhaupt nicht gesichert.

Diese Entscheidung zeigt, dass auch scheinbar eindeutige Ansprüche einer Überprüfung auf ihre sachliche Berechtigung bedürfen.

**„Pay-when-paid-Klausel“ im Bauvertrag
OLG München, Urteil vom 25.01.2011, 9 U
1953/10**

In einem Subplanervertrag war die Vereinbarung enthalten, dass der Generalplaner erst zur Zahlung verpflichtet ist, wenn sein Auftraggeber Zahlung an ihn geleistet hat (sogenannte Pay-when-paid-Klausel). Der Subplaner klagte gleichwohl auf Zahlung seines Honorars, obwohl der Generalplaner behauptete, er sei selbst noch nicht für diese Leistung vergütet worden.

Das OLG München stellte in der Entscheidung ebenso wie das OLG Köln in einer Entscheidung (IBR 2010, 277) fest, dass die Klausel als allgemeine Geschäftsbedingung grundsätzlich unwirksam sei und den Subplaner unangemessen benachteilige. Letzten Endes kann der Generalplaner sein eigenes Risiko, auch das Risiko eines Insolvenzausfalls seiner eigenen Vergütungsansprüche damit nicht in unzumutbarer Weise auf seinen Subplaner überbürden.

Diese Rechtsprechung gilt sicherlich auch für normale Werkverträge im Verhältnis zwischen Hauptauftragnehmer und Subunternehmer.



Rechtsrätsel des Monats Februar

Kooperationspflicht: Unterbrechung der Arbeiten wegen Bedenken

BGH, Urteil vom 10.05.2007 - VII ZR 226/05
Beim Ausbau einer Heizzentrale weigerte sich der Auftragnehmer die Arbeiten weiterzuführen, weil er Bedenken hatte, ob die Weiterführung der Arbeiten zum einen zu einer fachgerechten Arbeit führen würde, zum anderen aber nicht eventuell gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen würde, die ein Bußgeld auslösen würden. Der Auftraggeber kündigte daraufhin nach fruchtloser Fristsetzung zur Weiterarbeit den Vertrag. Der Auftragnehmer war der Meinung, dass die Kündigung ohne wichtigen Grund ausgesprochen wurde, somit als freie Kündigung, so dass er die volle Vergütung abzüglich ersparte Aufwendungen beim Auftraggeber abrechnete.

Die Lösung finden sie unter

www.raetsel.heinicke.com.

Urteile

Was gilt bei Widersprüchen im Vertrag OLG Oldenburg, Urteil vom 06.05.2010, 8 U 100/09

In einem Vertrag zwischen einem Generalunternehmer und einem Nachunternehmer ist festgehalten, dass bei Widersprüchen die Auftragsunterlagen in folgender Rangfolge gelten sollen:

- der Vertrag
- das Auftragschreiben
- die Baugenehmigung
- die Baubeschreibung des Bauherrn
- die GU-Leistungsbeschreibung und
- die Ausführungspläne des Ingenieurbüros.

Die Baubeschreibung sieht grundsätzlich eine generelle Fabrikatsfreiheit vor. Jedoch ist in den Ausführungszeichnungen jeweils eine Fabrikatangebe für die Produkte enthalten.

Der Nachunternehmer baut andere Produkte ein, als diese in den Ausführungsplänen bezeichnet

sind. Fraglich war, ob vorliegend ein Mangel vorhanden ist.

Das Gericht hat sich zunächst mit der Thematik auseinandergesetzt, wie der Inhalt der geschuldeten Leistung zu bestimmen ist. Grundsätzlich ist zunächst der Vertrag als solcher auszulegen. Auf die Rangfolge der Vertragsunterlagen kommt es erst dann an, wenn sich aus dem Vertrag nicht durch Auslegung ermitteln lässt, was die Parteien bei Vertragsabschluss zur Durchführung der Arbeiten gewollt haben. Kann durch Auslegung ein derartiger Wille der Parteien nicht eindeutig ermittelt werden und ergeben sich hieraus Widersprüchlichkeiten, die nicht durch Auslegung aufzulösen sind, so ist auf die Rangfolge des Vertrages zurück zu greifen.

Auch vorliegend hat sich das Gericht auf den Standpunkt gestellt, dass ein Mangel nicht vorliegt. Die nachrangigen Regelungen in den Ausführungsplänen seien nur beispielhafte Umsetzungen einer vorrangig eröffneten Möglichkeit, beliebige geeignete Fabrikate zum Einsatz zu bringen. Dies ergäbe sich auch aus der Interessenslage der Parteien, da sich der GU des Nachunternehmers zur Erfüllung seiner eigenen vertraglichen Verpflichtung gegenüber seinem eigenen Auftraggeber bedient. Vorrangig waren daher die Anforderungen des Hauptauftraggebers einzuhalten.

Diese Entscheidung zeigt, dass ein Bauvertrag immer in seiner Gesamtheit zur Auslegung heran zu ziehen ist. Es gilt nicht generell, dass die speziellere Regelung einer allgemeinen Regelung vorgeht, insbesondere dann nicht, wenn ein bestimmtes Rangverhältnis zwischen den einzelnen Elementen eines Bauvertrags vereinbart ist.

Mangelhaftigkeit einer Leistung des Nachunternehmers ohne Mängelrüge des Bauherrn? BGH-Beschluss vom 20.12.2010, VII ZR 92/10

Ein Generalunternehmer war vom Bauherrn beauftragt worden, Heizungs-, Lüftungs- und Sanitärarbeiten auszuführen. Zur Durchführung dieser Arbeiten beauftragte der GU einen Nachunternehmer. Grundlage der Beauftragung durch den Auftraggeber an den GU war eine Fabrikatsliste des Bauherrn. Grundlage der Vergabe an den



Nachunternehmer war eine Ausführungsplanung, in der Sanitäröbekte eingetragen waren, die mit dieser Fabrikatsliste des Bauherrn nicht identisch waren. Der Nachunternehmer nimmt den Einbau entsprechend der Fabrikatsliste des Bauherrn vor. Der GU macht gegenüber dem NU nunmehr Minderung geltend, weil sich der NU durch Einbau der Fabrikate gemäß der Fabrikatsliste eigene Kosten erspart habe. Die Ausführungsplanung gehe insoweit der Fabrikatsliste vor. Ein Mangel liege vor.

Der BGH hatte in der Vergangenheit bereits entschieden, dass ein GU gegenüber einem Nachunternehmer dann keine Ansprüche aus mangelhafter Leistung geltend machen kann, wenn im Verhältnis zu seinem eigenen Auftraggeber ausgeschlossen ist, dass er selbst insoweit auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird.

Im vorliegenden Fall hat der BGH diese Rechtsprechung nunmehr auch auf den Fall der Minderung, d. h. Herabsetzung des Werklohns erstreckt. Nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung könne der Generalunternehmer nur Ansprüche wegen Mängeln gegenüber seinem Nachunternehmer geltend machen, solange nicht feststeht, dass er wegen dieses Mangels von seinem eigenen Auftraggeber nicht mehr in Anspruch genommen werden kann. Da vorliegend die Leistung des NU der Leistungsverpflichtung des GU gegenüber seinem eigenen Auftraggeber entsprach, war eine Inanspruchnahme des GU selbst durch den Bauherrn ausgeschlossen. In diesem Fall könne der GU auch gegen den NU keine Ansprüche mehr geltend machen, sondern muss sich den eigenen Vorteil, selbst nicht mehr in Anspruch genommen werden zu können, anrechnen lassen.

**Wirksamkeit der Vertragserfüllungsbürgschaft in Kombination mit einer Kürzung der Abschlagszahlung
BGH-Urteil vom 09.12.2010, VII ZR 7/10**

In einem VOB/B-Werkvertrag war enthalten, dass der Auftragnehmer vor Ausführung der Leistung eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % der Auftragssumme zu stellen habe. In den Zahlungsbedingungen war enthalten, dass auf die Abschlagsrechnungen nur eine Zahlung in Höhe von 90 % der Abschlagsrechnungssumme zu leis-

ten sei. Der BGH hatte zu entscheiden, ob eine derartige Klausel wirksam ist. Denn nach Insolvenz des Auftragnehmers klagte der Auftraggeber gegen den Bürgen aus der Vertragserfüllungsbürgschaft.

Die Klage des Bauherrn wurde abgewiesen. Der BGH entschied, dass die Kombination derartiger Klauseln unwirksam sei. Denn sie führe in ihrer Kombination zu einer Übersicherung des Bauherrn in Höhe von insgesamt 20 % der Bausumme. dies führe zu einer unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers.

In Konsequenz dessen seien beide Klauseln unwirksam. Denn das Gericht könne nicht entscheiden, welche von beiden Klauseln Bestand haben soll, um einen noch wirksamen Vertrag zu erlangen. Im Hinblick darauf, dass die Sicherungsabrede damit unwirksam ist, war auch die auf Basis der Sicherungsabrede gegebene Bürgschaft nicht wirksam, mit der Folge, dass der Bürge durch den Bauherrn nicht in Anspruch genommen werden konnte.

**Keine Haftung des Gewährleistungsbürgen bei Abweichung von Abnahmemodalitäten
OLG München, Beschluss vom 24.01.2011, 13 U 3970/10**

Vorliegend war zwischen dem Auftraggeber und dem in Insolvenz gefallenen Auftragnehmer ein Bauvertrag geschlossen worden, der detaillierte Regelungen zur förmlich durchzuführenden Abnahme und zum Beginn der Gewährleistungsfrist enthält. Den von der Schlussrechnung einbehaltenen Sicherheitseinbehalt löste der Auftragnehmer durch Gewährleistungsbürgschaft ab. Diese beinhaltet, dass die Bürgschaft übernommen wird, nach den Bedingungen des Bauvertrags für die Erfüllung der Ansprüche auf Gewährleistung, einschließlich Schadenersatz. Nach einem Streit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer wird der Vertrag durch den Auftraggeber gekündigt. Nunmehr nimmt der Auftraggeber den Bürgen in Anspruch wegen Schadenersatzansprüchen aus Gewährleistung. Eine förmliche Abnahme hat nicht stattgefunden.



Das OLG München wies die Klage ab. Der Bürge sei durch den Verzicht auf die förmliche Abnahme von der Verpflichtung zur Zahlung frei geworden.

Denn aus dem bauvertraglichen Konzept der Gewährleistung ergäbe sich, dass von der Gewährleistung nur Mängel erfasst sein sollten, die erst nach der Abnahme erstmals auftreten. Restarbeiten und sonstige Mängel, die bei der Abnahme auftreten und bekannt waren, sollten durch die Gewährleistungsbürgschaft nicht erfasst werden.

Es komme daher für die Haftung der Bürgschaft darauf an, dass zum Zeitpunkt der förmlichen Abnahme die noch durchzuführenden Restarbeiten und bestehenden Mängel festgestellt werden.

Daher entstehe durch den Verzicht auf die förmliche Abnahme für den Bürgen eine Unsicherheit über das Bestehen des Mangels und seine Bürgenhaftung. Schadenersatzansprüche, die vor der Abnahme entstünden, würden durch die Bürgschaft überhaupt nicht gesichert.

Diese Entscheidung zeigt, dass auch scheinbar eindeutige Ansprüche einer Überprüfung auf ihre sachliche Berechtigung bedürfen.

**„Pay-when-paid-Klausel“ im Bauvertrag
OLG München, Urteil vom 25.01.2011, 9 U
1953/10**

In einem Subplanervertrag war die Vereinbarung enthalten, dass der Generalplaner erst zur Zahlung verpflichtet ist, wenn sein Auftraggeber Zahlung an ihn geleistet hat (sogenannte Pay-when-paid-Klausel). Der Subplaner klagte gleichwohl auf Zahlung seines Honorars, obwohl der Generalplaner behauptete, er sei selbst noch nicht für diese Leistung vergütet worden.

Das OLG München stellte in der Entscheidung ebenso wie das OLG Köln in einer Entscheidung (IBR 2010, 277) fest, dass die Klausel als allgemeine Geschäftsbedingung grundsätzlich unwirksam sei und den Subplaner unangemessen benachteilige. Letzten Endes kann der Generalplaner sein eigenes Risiko, auch das Risiko eines Insolvenzausfalls seiner eigenen Vergütungsansprüche damit nicht in unzumutbarer Weise auf seinen Subplaner überbürden.

Diese Rechtsprechung gilt sicherlich auch für normale Werkverträge im Verhältnis zwischen Hauptauftragnehmer und Subunternehmer.



Rechtsrätsel des Monats Februar

Kooperationspflicht: Unterbrechung der Arbeiten wegen Bedenken

BGH, Urteil vom 10.05.2007 - VII ZR 226/05
Beim Ausbau einer Heizzentrale weigerte sich der Auftragnehmer die Arbeiten weiterzuführen, weil er Bedenken hatte, ob die Weiterführung der Arbeiten zum einen zu einer fachgerechten Arbeit führen würde, zum anderen aber nicht eventuell gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen würde, die ein Bußgeld auslösen würden. Der Auftraggeber kündigte daraufhin nach fruchtloser Fristsetzung zur Weiterarbeit den Vertrag. Der Auftragnehmer war der Meinung, dass die Kündigung ohne wichtigen Grund ausgesprochen wurde, somit als freie Kündigung, so dass er die volle Vergütung abzüglich ersparte Aufwendungen beim Auftraggeber abrechnete.

Die Lösung finden sie unter

www.raetsel.heinicke.com.

Urteile

Was gilt bei Widersprüchen im Vertrag OLG Oldenburg, Urteil vom 06.05.2010, 8 U 100/09

In einem Vertrag zwischen einem Generalunternehmer und einem Nachunternehmer ist festgehalten, dass bei Widersprüchen die Auftragsunterlagen in folgender Rangfolge gelten sollen:

- der Vertrag
- das Auftragschreiben
- die Baugenehmigung
- die Baubeschreibung des Bauherrn
- die GU-Leistungsbeschreibung und
- die Ausführungspläne des Ingenieurbüros.

Die Baubeschreibung sieht grundsätzlich eine generelle Fabrikatsfreiheit vor. Jedoch ist in den Ausführungszeichnungen jeweils eine Fabrikatangebe für die Produkte enthalten.

Der Nachunternehmer baut andere Produkte ein, als diese in den Ausführungsplänen bezeichnet

sind. Fraglich war, ob vorliegend ein Mangel vorhanden ist.

Das Gericht hat sich zunächst mit der Thematik auseinandergesetzt, wie der Inhalt der geschuldeten Leistung zu bestimmen ist. Grundsätzlich ist zunächst der Vertrag als solcher auszulegen. Auf die Rangfolge der Vertragsunterlagen kommt es erst dann an, wenn sich aus dem Vertrag nicht durch Auslegung ermitteln lässt, was die Parteien bei Vertragsabschluss zur Durchführung der Arbeiten gewollt haben. Kann durch Auslegung ein derartiger Wille der Parteien nicht eindeutig ermittelt werden und ergeben sich hieraus Widersprüchlichkeiten, die nicht durch Auslegung aufzulösen sind, so ist auf die Rangfolge des Vertrages zurück zu greifen.

Auch vorliegend hat sich das Gericht auf den Standpunkt gestellt, dass ein Mangel nicht vorliegt. Die nachrangigen Regelungen in den Ausführungsplänen seien nur beispielhafte Umsetzungen einer vorrangig eröffneten Möglichkeit, beliebige geeignete Fabrikate zum Einsatz zu bringen. Dies ergäbe sich auch aus der Interessenslage der Parteien, da sich der GU des Nachunternehmers zur Erfüllung seiner eigenen vertraglichen Verpflichtung gegenüber seinem eigenen Auftraggeber bedient. Vorrangig waren daher die Anforderungen des Hauptauftraggebers einzuhalten.

Diese Entscheidung zeigt, dass ein Bauvertrag immer in seiner Gesamtheit zur Auslegung heran zu ziehen ist. Es gilt nicht generell, dass die speziellere Regelung einer allgemeinen Regelung vorgeht, insbesondere dann nicht, wenn ein bestimmtes Rangverhältnis zwischen den einzelnen Elementen eines Bauvertrags vereinbart ist.

Mangelhaftigkeit einer Leistung des Nachunternehmers ohne Mängelrüge des Bauherrn? BGH-Beschluss vom 20.12.2010, VII ZR 92/10

Ein Generalunternehmer war vom Bauherrn beauftragt worden, Heizungs-, Lüftungs- und Sanitärarbeiten auszuführen. Zur Durchführung dieser Arbeiten beauftragte der GU einen Nachunternehmer. Grundlage der Beauftragung durch den Auftraggeber an den GU war eine Fabrikatsliste des Bauherrn. Grundlage der Vergabe an den



Nachunternehmer war eine Ausführungsplanung, in der Sanitäröbekte eingetragen waren, die mit dieser Fabrikatsliste des Bauherrn nicht identisch waren. Der Nachunternehmer nimmt den Einbau entsprechend der Fabrikatsliste des Bauherrn vor. Der GU macht gegenüber dem NU nunmehr Minderung geltend, weil sich der NU durch Einbau der Fabrikate gemäß der Fabrikatsliste eigene Kosten erspart habe. Die Ausführungsplanung gehe insoweit der Fabrikatsliste vor. Ein Mangel liege vor.

Der BGH hatte in der Vergangenheit bereits entschieden, dass ein GU gegenüber einem Nachunternehmer dann keine Ansprüche aus mangelhafter Leistung geltend machen kann, wenn im Verhältnis zu seinem eigenen Auftraggeber ausgeschlossen ist, dass er selbst insoweit auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird.

Im vorliegenden Fall hat der BGH diese Rechtsprechung nunmehr auch auf den Fall der Minderung, d. h. Herabsetzung des Werklohns erstreckt. Nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung könne der Generalunternehmer nur Ansprüche wegen Mängeln gegenüber seinem Nachunternehmer geltend machen, solange nicht feststeht, dass er wegen dieses Mangels von seinem eigenen Auftraggeber nicht mehr in Anspruch genommen werden kann. Da vorliegend die Leistung des NU der Leistungsverpflichtung des GU gegenüber seinem eigenen Auftraggeber entsprach, war eine Inanspruchnahme des GU selbst durch den Bauherrn ausgeschlossen. In diesem Fall könne der GU auch gegen den NU keine Ansprüche mehr geltend machen, sondern muss sich den eigenen Vorteil, selbst nicht mehr in Anspruch genommen werden zu können, anrechnen lassen.

**Wirksamkeit der Vertragserfüllungsbürgschaft in Kombination mit einer Kürzung der Abschlagszahlung
BGH-Urteil vom 09.12.2010, VII ZR 7/10**

In einem VOB/B-Werkvertrag war enthalten, dass der Auftragnehmer vor Ausführung der Leistung eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % der Auftragssumme zu stellen habe. In den Zahlungsbedingungen war enthalten, dass auf die Abschlagsrechnungen nur eine Zahlung in Höhe von 90 % der Abschlagsrechnungssumme zu leis-

ten sei. Der BGH hatte zu entscheiden, ob eine derartige Klausel wirksam ist. Denn nach Insolvenz des Auftragnehmers klagte der Auftraggeber gegen den Bürgen aus der Vertragserfüllungsbürgschaft.

Die Klage des Bauherrn wurde abgewiesen. Der BGH entschied, dass die Kombination derartiger Klauseln unwirksam sei. Denn sie führe in ihrer Kombination zu einer Übersicherung des Bauherrn in Höhe von insgesamt 20 % der Bausumme. dies führe zu einer unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers.

In Konsequenz dessen seien beide Klauseln unwirksam. Denn das Gericht könne nicht entscheiden, welche von beiden Klauseln Bestand haben soll, um einen noch wirksamen Vertrag zu erlangen. Im Hinblick darauf, dass die Sicherungsabrede damit unwirksam ist, war auch die auf Basis der Sicherungsabrede gegebene Bürgschaft nicht wirksam, mit der Folge, dass der Bürge durch den Bauherrn nicht in Anspruch genommen werden konnte.

**Keine Haftung des Gewährleistungsbürgen bei Abweichung von Abnahmemodalitäten
OLG München, Beschluss vom 24.01.2011, 13 U 3970/10**

Vorliegend war zwischen dem Auftraggeber und dem in Insolvenz gefallenen Auftragnehmer ein Bauvertrag geschlossen worden, der detaillierte Regelungen zur förmlich durchzuführenden Abnahme und zum Beginn der Gewährleistungsfrist enthält. Den von der Schlussrechnung einbehaltenen Sicherheitseinbehalt löste der Auftragnehmer durch Gewährleistungsbürgschaft ab. Diese beinhaltet, dass die Bürgschaft übernommen wird, nach den Bedingungen des Bauvertrags für die Erfüllung der Ansprüche auf Gewährleistung, einschließlich Schadenersatz. Nach einem Streit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer wird der Vertrag durch den Auftraggeber gekündigt. Nunmehr nimmt der Auftraggeber den Bürgen in Anspruch wegen Schadenersatzansprüchen aus Gewährleistung. Eine förmliche Abnahme hat nicht stattgefunden.



Das OLG München wies die Klage ab. Der Bürge sei durch den Verzicht auf die förmliche Abnahme von der Verpflichtung zur Zahlung frei geworden.

Denn aus dem bauvertraglichen Konzept der Gewährleistung ergäbe sich, dass von der Gewährleistung nur Mängel erfasst sein sollten, die erst nach der Abnahme erstmals auftreten. Restarbeiten und sonstige Mängel, die bei der Abnahme auftreten und bekannt waren, sollten durch die Gewährleistungsbürgschaft nicht erfasst werden.

Es komme daher für die Haftung der Bürgschaft darauf an, dass zum Zeitpunkt der förmlichen Abnahme die noch durchzuführenden Restarbeiten und bestehenden Mängel festgestellt werden.

Daher entstehe durch den Verzicht auf die förmliche Abnahme für den Bürgen eine Unsicherheit über das Bestehen des Mangels und seine Bürgenhaftung. Schadenersatzansprüche, die vor der Abnahme entstünden, würden durch die Bürgschaft überhaupt nicht gesichert.

Diese Entscheidung zeigt, dass auch scheinbar eindeutige Ansprüche einer Überprüfung auf ihre sachliche Berechtigung bedürfen.

**„Pay-when-paid-Klausel“ im Bauvertrag
OLG München, Urteil vom 25.01.2011, 9 U
1953/10**

In einem Subplanervertrag war die Vereinbarung enthalten, dass der Generalplaner erst zur Zahlung verpflichtet ist, wenn sein Auftraggeber Zahlung an ihn geleistet hat (sogenannte Pay-when-paid-Klausel). Der Subplaner klagte gleichwohl auf Zahlung seines Honorars, obwohl der Generalplaner behauptete, er sei selbst noch nicht für diese Leistung vergütet worden.

Das OLG München stellte in der Entscheidung ebenso wie das OLG Köln in einer Entscheidung (IBR 2010, 277) fest, dass die Klausel als allgemeine Geschäftsbedingung grundsätzlich unwirksam sei und den Subplaner unangemessen benachteilige. Letzten Endes kann der Generalplaner sein eigenes Risiko, auch das Risiko eines Insolvenzausfalls seiner eigenen Vergütungsansprüche damit nicht in unzumutbarer Weise auf seinen Subplaner überbürden.

Diese Rechtsprechung gilt sicherlich auch für normale Werkverträge im Verhältnis zwischen Hauptauftragnehmer und Subunternehmer.