



Rechtsrätsel des Monats Januar

Haftung für vom Auftraggeber vorgegebene Materialien

OLG Brandenburg, Urteil vom 09.05.2007, AZ: 13 U 103/03

Aufgrund eines Bauvertrags gab der Auftraggeber auf Basis eines von einem Sonderfachmann erstellten Leistungsverzeichnisses bestimmte Materialien vor. Er ordnete an, dass Stahlheizkörper in Aluminiumheizkörper ausgetauscht werden sollten. Nachdem diese nach geringer Zeit begannen zu korrodieren, macht der Auftraggeber Mängelbeseitigungsansprüche geltend. Erst durch nachträgliche wissenschaftliche Erkenntnisse, konnte festgestellt werden, dass aufgrund einer Mischinstallation von Stahl- und Aluminiumheizkörpern die Korrosion entstand. Der Unternehmer konnte dies bei Ausführung seiner Leistung nicht erkennen.

Haftet der Auftragnehmer für diesen Mangel?

Die Lösung finden Sie unter
www.raetsel.heinicke.com.

Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB bei Bauzeitverlängerung

Aufsatz Rechtsanwalt Wolfgang Heinicke Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Im Hinblick auf die notwendige Preisgestaltung, insbesondere im Zusammenhang mit dem öffentlichen Bauauftrag (Vergabe an das preiswerteste Angebot) geraten Entschädigungsansprüche wegen Bauzeitverlängerung immer mehr in den Fokus der Betrachtung. Die Geltendmachung dieser Ansprüche ist jedoch kompliziert und bedarf eines hohen Dokumentationsaufwandes.

Die Geltendmachung dieses Anspruchs ist unabhängig davon möglich, ob die Geltung der VOB/B vereinbart ist oder nicht. Ist sie vereinbart, so bestimmt § 6 Abs. 6 VOB/B, dass neben dem Schadensersatzanspruch ein Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB unberührt bleibt, sofern eine ordnungsgemäße Baubehinderungsanzeige erfolgt ist.

Die Voraussetzung für diesen Anspruch besteht also zunächst darin, dass eine den Anforderungen der VOB/B entsprechende Baubehinderungsanzeige an den Auftraggeber versandt wurde.

Weitere Voraussetzung des § 642 BGB ist, dass sich der Auftraggeber in Annahmeverzug befunden hat. Der wesentliche Vorteil gegenüber einem Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B besteht darin, dass der Auftraggeber auch dann in Annahmeverzug gelangt, wenn ihn an der Verzögerung kein Verschulden trifft. Voraussetzung ist lediglich, dass er einer ihm obliegenden Mitwirkungspflicht nicht nachkommt und der Auftragnehmer die ihm obliegende Leistung dem Auftraggeber gegenüber ausdrücklich wörtlich anbietet.

Dies bedeutet, dass neben der Baubehinderungsanzeige gleichzeitig das Angebot der eigenen Leistung erfolgen muss.

Ist dies erfolgt, so steht dem Auftragnehmer eine angemessene Entschädigung für die Dauer zu, während derer er nicht arbeiten kann und um die sich die Bauzeit verlängert.

Probleme bereitet dieser Anspruch im Zusammenhang mit der Durchsetzung.

Nach der herrschenden Rechtsprechung setzt die Geltendmachung dieses Anspruchs nämlich eine nachvollziehbare Darlegung des Annahmeverzugs und der damit verbundenen Auswirkungen auf den Bauablauf voraus (zuletzt KG, Urteil vom 19.4.2011, Aktenzeichen 21 U 55/07). Die Bauzeitverlängerung ist dabei möglichst konkret darzulegen. Es muss eine baustellenbezogene Darstellung erfolgen, wie die Baustelle ohne Baubehinderung abgelaufen wäre, wie sie nunmehr tatsächlich aufgrund der Baubehinderung abgelaufen ist und welche finanziellen Konsequenzen sich hieraus ergeben.

Erfolgt eine Bauzeitverlängerung aufgrund der Erteilung von Nachträgen, so ist die hieraus resultierende Bauzeitverlängerung in die Kalkulation des Nachtrags einzubeziehen.

Häufig wird es sich so verhalten, dass eine Bauzeitverlängerung teilweise aus Nachträgen, teilweise aus Gründen erfolgt, die der Auftragnehmer



zu vertreten hat und teilweise aus Gründen erfolgt, die der Auftraggeber zu vertreten hat. Dies erfordert es, dass jede einzelne Verzögerung genauestens dokumentiert wird. Man muss also zum einen festhalten, an welchem Tag eine Baubehinderung eingetreten ist, wann die Baubehinderungsanzeige und das Angebot der eigenen Leistung erfolgt ist, um welchen Zeitraum sich eine Verzögerung ergeben hat und welche wirtschaftlichen Konsequenzen dies für den Auftragnehmer hat.

Allein ein baubetriebliches Gutachten, in dem die Bauzeitverlängerung auf der Grundlage beliebig herausgegriffener Einzelaspekte des Geschehens und anhand einer arbeitswissenschaftlichen Schätzung errechnet wird, ist nicht geeignet, den Anspruch zu begründen (Kammergericht Berlin, a. A. O.).

Diese Darstellung ist ausgesprochen schwierig. Man muss sozusagen den regulären Bauzeitenplan unter Berücksichtigung von Verzögerungen aufgrund von Nachträgen und eventuelle Verzögerungen, die durch den Auftragnehmer verursacht wurden erstellen. Hierbei kann man eventuell auf einen vereinbarten oder durch die Bauleitung erstellten Bauzeitenplan zurückgreifen, wenn dieser realistisch ist. Dies stellt den Soll-Ablauf der Baustelle dar.

Dem muss nun gegenübergestellt werden, wie die Baustelle tatsächlich abgelaufen ist. Man muss für entsprechende Nachweise sorgen und muss genauestens dokumentieren, welche Kosten entstanden sind und welche tatsächlichen Auswirkungen sich für den Bauablauf ergeben haben (Ist-Ablauf). Man muss also einen Bauzeitenplan über den tatsächlichen Ablauf der Baustelle ermitteln und darstellen.

Wenn man diese Hürde überwunden hat, muss der Schaden als solcher dargestellt werden. Das Thema, welche Kosten hier zu erstatten sind, ist in der Rechtsprechung hoch umstritten. Insbesondere stellt sich die Frage, wie mit den allgemeinen Geschäftskosten zu verfahren ist, die leistungsbezogen für eine Baustelle kalkuliert sind. Problematisch kann dies insbesondere sein, wenn die allgemeinen Geschäftskosten nicht bezogen auf die Baustellendauer zugrundegelegt wurden und in die Kalkulation eingeflossen sind. Dies be-

ruht darauf, dass die Leistung als solche schließlich tatsächlich erbracht wird, lediglich über einen längeren Zeitraum oder zu einem anderen Zeitpunkt.

Geltend gemacht werden können aber eventuell länger vorzuhaltende Baustelleneinrichtungen, wie auch sonstige zeitabhängige Baustelleneinkosten, eventuell auch zusätzlicher Aufwand dafür, dass wegen Baubehinderung an anderer Stelle weiter gearbeitet werden musste und Geräte umgesetzt werden mussten, das Personal nicht im vollem Umfang oder nicht mit der gleichen Effizienz eingesetzt werden konnte. Diese Ansprüche müssen aber konkret beziffert werden.

Wir werden uns zukünftig weiter im Rahmen unseres Newsletters mit dieser Thematik befassen und Beispiele an die Hand geben, wie man dieses Thema möglichst konkret in den Griff bekommen kann.

Nachtragsforderung wegen nicht im Leistungsverzeichnis ausgeschriebener Kontamination

BGH Urteil vom 22.12.2011, Aktenzeichen VII ZR 67/11

Ein öffentlicher Auftraggeber hatte den Auftragnehmer beauftragt, die Asphaltdecke einer Ortsdurchfahrt zu beseitigen. Gegenstand des Auftrags war ferner, den darunter befindlichen Boden abzutragen.

Bei Durchführung der Arbeiten stellte sich heraus, dass dieser Unterboden leicht kontaminiert war, so dass Mehrkosten angefallen sind. Im Leistungsverzeichnis war diese nicht vermerkt.

Der Auftragnehmer macht Mehrkosten geltend.

Der BGH hat diese Klage abgewiesen. Dabei hat er die Grundsätze angewandt, die für die Geltendmachung eines Nachtrags gelten. Zunächst war zu ermitteln, was Gegenstand des erteilten Auftrags war, d.h. das geschuldete Bauleistungssoll. Der BGH führt hierzu aus, dass grundsätzlich nach dem Leistungsverzeichnis der Aushub des vorgefundenen Bodens geschuldet ist. Dabei war für den BGH maßgeblich, dass in einem Gutachten festgestellt worden war, dass unter einer Asphaltdecke mit einer derartigen Kontamination re-



gelmäßig zu rechnen sei. Da demnach auch vorliegend mit der Kontamination zu rechnen war, bedurfte es keines ausdrücklichen Hinweises in der Ausschreibung, dass der Boden kontaminiert sein könnte.

Durch diese Entscheidung soll allerdings dem Auftragnehmer nicht das Risiko des Baugrunds überbürdet werden. Dies liegt grundsätzlich beim Auftraggeber. Maßgeblich war vorliegend, wie der Auftragnehmer die Ausschreibung verstehen durfte und mit welchen Belastungen er rechnen musste. Wäre mit einer Kontamination nicht zu rechnen gewesen, weil eine solche in der Regel nicht auftritt, dann wäre eine Nachtragsforderung berechtigt gewesen. Der BGH hat also anhand des Leistungsverzeichnisses ausgelegt, was nach diesem Leistungsumfang des Auftragnehmers gehört.

**Nebenleistungen nach dem Vertrag einzukalkulieren. Gleichwohl Nachtragsforderung?
OLG Dresden, Urteil vom 31.8.2011, AZ 1 U 1682/10 und OLG Celle vom 05.01.1995, AZ 22 U 7/94**

In einem Bauvertrag fand sich folgende Vereinbarung: "Alle Baustelleneinrichtungen und Nebenleistungen, die nicht im Leistungsverzeichnis besonders aufgeführt sind, sind in die Einheitspreise einzukalkulieren."

Der Auftragnehmer berechnete gleichwohl die nach der einschlägigen DIN nicht im Preis enthaltenen besonderen Nebenleistungen. Der Auftraggeber berief sich auf die obige Klausel.

Das OLG Dresden hat die Klage des Auftragnehmers abgewiesen. Es ist der Meinung, dass die oben genannte Klausel wirksam sei und nicht gegen die gesetzlichen Bestimmungen über die allgemeinen Geschäftsbedingungen verstößt. Diese sei nicht überraschend. Anders entschied dies das OLG Celle in der oben zitierten Entscheidung. Dieses war der Meinung, die Klausel sei überraschend und es könne ein Nachtrag geltend gemacht werden.

Die Entscheidung des OLG Dresden überzeugt aus unserer Sicht nicht. Denn bei der oben genannten Klausel handelt es sich um eine Variation

der so genannten "Komplettheitsklauseln", die regelmäßig von der Rechtsprechung für unwirksam gehalten wird. Wenn die VOB/C vereinbart wird, dann ist es eben schon überraschend, wenn Leistungen, die nach der VOB/C gesondert abgerechnet werden können, plötzlich im Vertrag enthalten sein sollen. Der Auftragnehmer muss aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht damit rechnen, dass sich der Auftraggeber derart widersprüchlich verhält, einerseits nämlich die DIN-Norm für anwendbar erklärt, andererseits im Vertragstext wiederum hiervon abweicht.

**Bis wann sollte ein Nachtrag gestellt werden?
OLG Dresden, Urteil vom 31.8.2011, Aktenzeichen 1 U 1682/10**

Vorliegend handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag zum Einbau von Fenstern. Die Leistungsbeschreibung ist ausgesprochen lückenhaft. In der Schlussrechnung machte der Auftragnehmer eine Nachtragsforderung geltend.

Die Klage wurde durch das OLG Dresden abgewiesen. Dies stellt sich auf den Standpunkt, dass Nachträge, aus welchem Rechtsgrund auch immer, bis zur Abnahme angekündigt sein müssten. Wenn bis zur Abnahme ein Nachtrag nicht angekündigt sei, gebe der Auftragnehmer hierdurch zu erkennen, dass er sämtliche erbrachten Leistungen als zum vertraglichen Leistungsumfang gehörend ansieht. Aus diesem Grunde sei er mit der Geltendmachung weitergehender Ansprüche ausgeschlossen.

Diese Entscheidung steht aus unserer Sicht im eindeutigen Widerspruch zur BGH Rechtsprechung. Es steht insbesondere im Widerspruch zu einer Entscheidung des BGH vom 14.4.2005, Aktenzeichen VII ZR 14/04. Dort hat der BGH den Leitsatz aufgestellt, dass die VOB/B für ein Verlangen auf Preisanpassung keine zeitliche Begrenzung enthält. Die Vertragsparteien seien aber gehalten, die entsprechenden Nachträge möglichst beschleunigt geltend zu machen. Das Recht auf Preisanpassung kann nach allgemeinen Grundsätzen verwirkt werden. Ein solcher Verwirkungstatbestand kann aber dann nicht vorliegen, wenn der Nachtrag in der Schlussrechnung geltend gemacht wird.