



Der Frühling bringt nicht nur neue Blüten, sondern auch neue Gerichtsentscheidungen. Einige Urteile und Beschlüsse, die wir für Ihre praktische Arbeit für bedeutsam halten, haben wir für Sie ausgewählt.

Zwei Urteile des BGH und des OLG Jena befassen sich mit einer Sicherheit nach § 648 a BGB. Die Entscheidungen zeigen, dass auch im Falle einer streitigen außerordentlichen Kündigung und einer zu gering bemessenen Sicherheit das Interesse des Auftragnehmers, Sicherheit zu erlangen, effektiv zu schützen ist.

Kein Ersatz von Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln ohne angemessene Frist zur Nacherfüllung! Auf diesen Grundsatz kann gar nicht oft genug hingewiesen werden – dieses Mal vom OLG München. Das OLG München befasst sich außerdem in einem weiteren Urteil mit einem in der Praxis immer wieder vorkommenden Thema: der Kenntnis von Mängeln bei der Abnahme und dem daraus resultierenden Verlust von Mangelrechten.

Auch zur Architektenhaftung gibt es neue Entscheidungen. Zum einen hat wiederum das OLG München festgestellt, dass der Auftraggeber nicht mit einem Werk leben muss, das mit einem Restrisiko behaftet ist; das Gericht hat dem Auftraggeber daher einen Anspruch auf Abriss und Neuherstellung zugesprochen, wenn dies die einzige Möglichkeit ist, um dauerhaft ein mangelfreies und funktionstaugliches Werk herzustellen. Eine gute Nachricht für Entwurfsplaner enthält das Urteil des OLG Köln. Das Gericht hat die Klage gegen einen Genehmigungsplaner abgewiesen, von dessen Vorgaben in der Ausführungsplanung abgewichen wurde.

Zuletzt möchten wir auf ein Urteil des Landgerichts Mainz hinweisen, weil es die Vorgaben des BGH zu den Nachunternehmerkosten bei verzögerter Zuschlagserteilung gut nachvollziehbar umsetzt.

Wir wünschen Ihnen eine spannende Lektüre. Wie immer gilt: Haben Sie Fragen? Fragen Sie uns!

**avocado rechtsanwälte**

spichernstraße 75–77

50672 köln

t +49 221 390710

f +49 221 39071-29

köln@avocado.de

www.avocado.de



## Bauhandwerkersicherung nach Kündigung des Bauvertrages

Auch nach einer außerordentlichen Kündigung des Bauvertrages durch den Besteller hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf eine Sicherheit nach § 648 a BGB. Der Unternehmer kann jedoch keine Sicherheit mehr in Höhe der ursprünglich vereinbarten Vergütung fordern, sondern muss die ihm nach der Kündigung regelmäßig geringere Vergütung schlüssig berechnen (BGH, Urteil vom 06.03.2014 – VII ZR 349/12; bisher liegt nur die Pressemitteilung des BGH Nr. 45/2014 vor).

Der Auftraggeber hatte den Auftragnehmer mit der Ausführung von Bauarbeiten beauftragt. Er kündigte das Vertragsverhältnis wegen Nichteinhaltung von Sicherheitsvorschriften mit sofortiger Wirkung. Der Auftragnehmer hielt die Kündigung für unwirksam und berechnete neben der Vergütung für die erbrachten Leistungen auch entgangenen Gewinn für die nicht erbrachten Leistungen. Der Auftragnehmer forderte eine Bauhandwerkersicherung sowohl für die erbrachten Leistungen als auch für den entgangenen Gewinn.

Der BGH hat entschieden, dass der Unternehmer auch nach einer Kündigung des Bauvertrages gemäß § 648 a Abs. 1 BGB eine Sicherheit für die noch nicht bezahlte Vergütung verlangen kann. Allerdings kann der Unternehmer keine Sicherheit mehr in Höhe der ursprünglich vereinbarten Vergütung fordern, da die ihm nach der Kündigung zustehende Vergütung regelmäßig geringer ist. Er muss die ihm zustehende Vergütung daher schlüssig berechnen. Einwendungen des Auftraggebers gegen diese schlüssige Berechnung der Vergütung, die den Rechtsstreit verzögern würden, sind nicht zugelassen. Wären sie zugelassen, wäre der Unternehmer nicht effektiv geschützt, weil er während des Rechtsstreits ohne Sicherung wäre. Trotz der damit verbundenen Nachteile muss es der Auftraggeber hinnehmen, dass es möglicherweise zu einer Übersicherung kommt. Sind die zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigenden Gründe streitig und würde deren Aufklärung den Rechtsstreit verzögern, ist für die Höhe der zu sichernden Vergütung von einer freien Kündigung auszugehen. Der Unternehmer kann damit regelmäßig eine höhere Sicherheit verlangen, weil ihm auch eine Sicherung der Vergütung für nicht erbrachte Leistungen nach § 649 Satz 2 BGB und



nicht nur für die erbrachten Leistungen wie im Falle einer außerordentlichen Kündigung zusteht. Der Auftragnehmer hat seinen Vergütungsanspruch gemäß § 649 Satz 2 BGB schlüssig darzulegen und dabei die Vergütung für die erbrachten Leistungen und für die nicht erbrachten Leistungen abzurechnen.

### Komplette Leistungsverweigerung bei zu geringer Sicherheit nach § 648 a BGB

Der Auftragnehmer darf seine Leistung in vollem Umfang zurückhalten, wenn der Auftraggeber keine ausreichende Sicherheit gemäß § 648 a BGB stellt (OLG Jena, Urteil vom 19.12.2012 – 2 U 34/12; BGH, Beschluss vom 07.11.2013 – VII ZR 7/13 – Nichtzulassungsbeschwerde wurde zurückgewiesen). In diesem Fall besteht das Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers nicht nur anteilig bis zum Erreichen eines Leistungsstandes, der der Bürgschaftshöhe entspricht.

Der Auftraggeber beauftragte den Auftragnehmer mit Bauarbeiten. Bereits vor Aufnahme der Arbeiten forderte der Auftragnehmer gemäß § 648 a BGB eine Bürgschaft für den Hauptauftrag und den von ihm angekündigten Nachtrag. Der Auftraggeber stellte für den Hauptauftrag eine Bürgschaft über 72.678,24 Euro. Später kündigte er den Bauvertrag und machte Mehrkosten der Fertigstellung geltend. Der Auftragnehmer verteidigte sich damit, dass die Bürgschaft für den Hauptauftrag zu gering gewesen sei. Dem widersprach der Auftraggeber und stellte sich auf den Standpunkt, dass der Auftragnehmer jedenfalls die Leistungen bis zum Erreichen des Leistungsstandes hätte erbringen müssen, der der Höhe der gesicherten Forderung entsprach.

Das OLG Jena ist davon ausgegangen, dass der Auftragnehmer nicht verpflichtet war, die Arbeit aufzunehmen und Teilleistungen zu erbringen. Nach § 648 a BGB (in der bis zum 01.01.2009 geltenden Fassung) habe der Werkunternehmer ein Leistungsverweigerungsrecht. Er hätte nach der damaligen Gesetzeslage auch eine Nachfrist setzen können, nach deren Ablauf der Vertrag dann als aufgehoben gegolten hätte. Mit dieser Gesetzeslage sei



es nach Auffassung des Gerichts nicht in Einklang zu bringen, wenn er zuvor den Vertrag noch teilweise erfüllen müsse. Ob dies auch dann gilt, wenn nur ein geringfügiger Restbetrag fehlt, hat das Gericht nicht entschieden.

Die Entscheidung ist auch nach der Neufassung des § 648 a BGB relevant. Auch hier kann sich der Auftragnehmer auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen, wenn keine ausreichende Sicherheit gestellt wurde.

### Mängelbeseitigungsaufforderung immer mit Fristsetzung

Ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln setzt grundsätzlich voraus, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer zuvor eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn der Auftraggeber erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit und Fähigkeit des Auftragnehmers hat (OLG München, Urteil vom 13.03.2012 – 9 U 2658/11; BGH, Beschluss vom 07.11.2013 – 7 ZR 96/12 – Nichtzulassungsbeschwerde wurde zurückgewiesen).

Der Auftraggeber hatte den Auftragnehmer mit der Erneuerung einer Heizungsanlage beauftragt. Im Abnahmetermin hat ein Privatgutachter Mängel an der Heizungsanlage gerügt. Mit Schreiben vom 25.06.2009 verlangte der Auftraggeber die Durchführung eines Abnahmetermins und kündigte zugleich an, dass er sich die Geltendmachung weiterer Rechte vorbehalten, wenn beim Abnahmetermin Mängel festgestellt werden. Mit Schreiben vom 15.08.2009 übersandte der Auftraggeber dem Auftragnehmer das Gutachten, kündigte den Vertrag fristlos und kündigte an, dass die Mängelbeseitigung von einem anderen Unternehmer ausgeführt werde. Die Ersatzvornahme wurde bereits Ende August 2009 ausgeführt.

Nach Auffassung des Oberlandesgerichts München liegen die Voraussetzungen für die Erstattung der Selbstvornahmekosten nicht vor, da der Auftraggeber die nach § 637 Abs. 1 BGB erforderliche Frist zur Nacherfüllung nicht gesetzt hat. Die Fristsetzung stelle eine eindringliche Mahnung dar, dass nunmehr spätestens innerhalb der Frist die Mängel beseitigt werden müssten. Erst nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung könne der Auftraggeber die sekundären Mängelrechte geltend machen. Diese Anforderun-



gen erfülle das Schreiben des Auftraggebers vom 25.06.2009 nicht, da es keine Fristsetzung enthalte, sondern sich der Auftraggeber lediglich die Geltendmachung weiterer Rechte vorbehalten habe. Eine Fristsetzung sei vorliegend auch nicht entbehrlich gewesen. Ein substantiiertes Sachvortrag, wann der Auftragnehmer hinsichtlich welcher Mängel welche Mangelbeseitigungsarbeiten erfolglos durchgeführt habe, fehlte. Es könne daher weder von einer endgültigen Verweigerung der Nacherfüllung noch von einer Unzumutbarkeit der Nachbesserung ausgegangen werden.

### Nur die positive Kenntnis von Mängeln bei der Abnahme führt zum Verlust der Mängelansprüche

Nimmt der Auftraggeber in positiver Kenntnis des Mangels die vorbehaltlose Abnahme vor, sind seine Mängelrechte nach § 640 Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Nicht ausreichend für den Verlust der Gewährleistungsrechte ist ein bloßes Kennenmüssen des Mangels. Das hat aktuell das OLG München (Beschluss vom 08.02.2012 – 13 U 2928/11Bau; BGH, Beschluss vom 09.01.2014 – VII ZR 75/12 – Nichtzulassungsbeschwerde wurde zurückgewiesen) entschieden.

Der Auftragnehmer war mit Fenster- und Türarbeiten beauftragt. Bei der Abnahme hatte der Auftraggeber keine Mängel gerügt. Der Auftragnehmer trug im Rechtsstreit vor, dass die vom gerichtlichen Sachverständigen festgestellten Mängel bei der Abnahme für den Auftraggeber klar erkennbar gewesen seien und er demnach keine Mängelrechte mehr geltend machen könne.

Das Oberlandesgericht München stellt klar, dass ein Ausschluss der Mängelrechte aufgrund einer vorbehaltlosen Abnahme (§ 640 Abs. 2 BGB) nur in Betracht komme, wenn der Auftraggeber in positiver Kenntnis des Mangels die Abnahme vornehme. Bloß fahrlässige Kenntnis des Mangels reiche dagegen für den Verlust der Gewährleistungsrechte nicht aus.

Anmerkung: Die Darlegungs- und Beweislast für die Kenntnis des Auftraggebers trägt der Auftragnehmer.



## Abdichtung mangelhaft: Abriss und Neuherstellung

Der Architekt schuldet ein dauerhaft mangelfreies und funktionstaugliches Werk und keine Werkleistung, die mit einem „Restrisiko“ behaftet ist. Auf eine Nachbesserung, bei der nicht feststeht, dass sich tatsächlich ein dichtes Bauwerk herstellen lässt, muss sich der Auftraggeber nicht einlassen. Ist ein bereits errichtetes Bauwerk nicht nachbesserungsfähig, kann eine Mangelbeseitigung durch Neuherstellung erfolgen. In diesem Fall ist der Schaden des Auftraggebers nach den Kosten zu bemessen, die bei Abriss und Neuherstellung des mangelhaften Bauwerks anfallen (OLG München, Beschluss vom 22.02.2012 – 9 U 3562/11; BGH, Beschluss vom 30.10.2013 – VII ZR 71/12 – Nichtzulassungsbeschwerde wurde zurückgewiesen).

Der Architekt plante eine Tiefgarage mit beheizbarer Tiefgaragenrampe, deren Bodenplatte gegen drückendes Wasser abzudichten war. Die Heizung sollte direkt in die Bodenplatte eingebaut werden. Es kam zu Wassereintrüben in die Rampe. Sonst übliche nachträgliche Abdichtungsmaßnahmen schieden aus, weil sie die Heizung zerstört oder mangels erfolgter Rissbreitenbeschränkung keine sichere Abdichtung gewährleisten hätten.

Der Architekt haftet auf Schadensersatz in Höhe der Kosten für den Abriss und die Neuherstellung der Tiefgaragenrampe. Er schuldet ein dauerhaft mangelfreies und funktionstaugliches Werk. Auf eine Nachbesserung, für welche nicht sicher prognostiziert werden kann, dass tatsächlich ein dichtes Bauwerk entsteht, braucht sich der Besteller nicht einzulassen. Dabei kann es nach Auffassung des Gerichts dahinstehen, ob die Rampe mittels nachträglicher Innenwand und zweiter Bodenplatte abgedichtet werden könnte, denn eine solche Maßnahme weiche eklatant von den vertraglichen Vereinbarungen ab und laufe auf eine Vertragsänderung hinaus, die vom Besteller deshalb nicht akzeptiert werden müsse. Der Besteller könne darauf bestehen, dass alle Einzelheiten der vertraglichen Vereinbarung durch die Nachbesserung erfüllt werden.



## Keine Haftung des Entwurfsplaners für Mängel der abweichenden Ausführungsplanung

Die Mangelhaftigkeit einer Tiefgaragenzufahrt in der Genehmigungsplanung kann dahinstehen, wenn es am Kausalzusammenhang zwischen der Genehmigungsplanung und dem eingetretenen Schaden fehlt, weil die Tiefgaragenzufahrt entsprechend der mangelhaften Ausführungsplanung mangelhaft errichtet wurde (OLG Köln, Urteil vom 30.09.2013 – 7 U 32/13).

Ein Bauträger beauftragte einen Architekten mit der Genehmigungsplanung für zwei Gebäude nebst Tiefgarage und einen anderen Architekten mit der Ausführungsplanung. Die Genehmigungsplanung sah eine Rampe mit einer Länge von 11,31 m ohne durchgängiges Gefälle und ohne durchgängige Wendung vor. Die Zufahrt wurde aber entsprechend der abweichenden Ausführungsplanung errichtet. Die Ausführungsplanung sah eine durchgängige, um eine Kurve verlaufende Rampe mit einer Länge von 11,11 m vor.

Das OLG Köln wies die Klage gegen den Genehmigungsplaner ab. Nach Auffassung des Gerichts könne es dahinstehen, ob die Genehmigungsplanung fehlerhaft sei, weil es an der notwendigen Kausalität zwischen der Genehmigungsplanung und dem eingetretenen Schaden in Gestalt der mangelhaften Tiefgaragenzufahrt fehle. Die Genehmigungsplanung habe sich nicht auf die nachfolgende Ausführungsplanung und die nach der Ausführungsplanung erfolgte mangelhafte Ausführung der Zufahrt ausgewirkt. Ein Vergleich der Genehmigungsplanung mit der Ausführungsplanung zeige, dass beide erhebliche Unterschiede aufwiesen und der Ausführungsplanung ein neues planerisches Konzept zugrunde liege, das alleine zum Schaden geführt habe.

Das Urteil des OLG Köln hat für Genehmigungsplaner erhebliche Bedeutung, da in der Praxis häufig von ihrer Planung abgewichen wird.



## Verzögerte Zuschlagserteilung: Kosten anderer Nachunternehmer

Das LG Mainz setzt in seinem Urteil vom 30.10.2013 (Az.: 9 O 42/11) die Grundsätze des BGH zur Berechnung des Mehrvergütungsanspruchs bei verzögerter Zuschlagserteilung nachvollziehbar um. Der BGH stellt bei der Berechnung des Mehrvergütungsanspruchs nicht auf die Angebotspreise ab, sondern auf die (hypothetischen) Preise, die bei Einhaltung der geplanten Bauzeit hätten gezahlt werden müssen. Dabei sind nur die Mehrkosten zu berücksichtigen, die ursächlich auf die Verschiebung der Bauzeit zurückzuführen sind. Der Bezeichnung „freibleibend“ im Nachunternehmerangebot kommt in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu, zumal wenn der Zusatz üblicherweise erfolgt, sich die Firma aber gleichwohl an ihre Angebote gebunden fühlt.

In einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren erhielt der Auftragnehmer wegen eines Nachprüfungsverfahrens den Zuschlag ein halbes Jahr später. Der Auftragnehmer machte Mehrvergütungsansprüche wegen verschobener Bauzeit geltend. Er begründete seinen Anspruch mit einem anderweitigen, teureren Nachunternehmereinsatz, weil die ursprünglichen Nachunternehmer in der verschobenen Ausführungszeit nicht mehr zur Verfügung gestanden hätten. Alle Nachunternehmerangebote waren freibleibend.

Das Landgericht Mainz setzt die Vorgaben aus den BGH-Urteilen vom 11.05.2009 (Az.: VII ZR 11/08), vom 10.09.2009 (Az.: VII ZR 152/08) und 08.03.2012 (Az.: VII ZR 202/09) zu Mehrvergütungsansprüchen entsprechend § 2 Abs. 5 VOB/B wegen verzögerter Zuschlagserteilung um. Danach berechnet sich ein Mehrvergütungsanspruch aus der Differenz der Kosten, die dem Auftragnehmer bei Ausführung der Leistung im ausgeschriebenen Zeitraum entstanden wären, im Vergleich zu denjenigen Kosten, die im nun verschobenen Ausführungszeitraum entstanden sind. Für die hypothetischen Nachunternehmer-Soll-Kosten, die bei einer Ausführung in der ursprünglichen Bauzeit entstanden wären, ist nicht die Angebotskalkulation des Auftragnehmers maßgebend, sondern das konkrete Nachunternehmerangebot. Zu den Kosten gemäß Nachunternehmerangeboten hat das Landgericht eine Beweisaufnahme



durchgeführt, in der die Nachunternehmer einen Vertragsschluss zur ursprünglich Bauzeit mit einem Nachlass aufgrund der damaligen schlechten Auftragslage bestätigten. Außerdem ergab die Beweisaufnahme, dass der Hinweis „freibleibend“ in den Nachunternehmerangeboten immer erfolgte, sich die Nachunternehmer aber daran gebunden gefühlt hätten, wenn der Bieter rechtzeitig den Zuschlag erhalten hätte.



### Impressum

#### avocado rechtsanwälte

spichernstraße 75–77

50672 köln

t +49 [0]221.39071-0

f +49 [0]221.3907-129

koeln@avocado.de

www.avocado.de

www.brak.de

ust-id-nr. de 814 17 29 76

steuer nr. 13/225/62722

fa berlin-charlottenburg

avocado rechtsanwälte ist eine eingetragene dienstleistungsmarke der berger, figgen, gerhold, kaminski, voß rechtsanwälte part mbb.

die partnerschaft sowie deren partner sind im partnerschaftsregister des amtsgerichts berlin-charlottenburg unter pr 331 b eingetragen. salary partner, counsel, of counsel und associates sind nicht partner der partnerschaftsgesellschaft.

Verantwortlich für den Inhalt des Newsletters sind:

Markus Figgen    Saskia Barth