

# GRUNDLEGENDE ÄNDERUNGEN DER VOB/B 2012

- AKTUELLES AUS DER RECHTSPRECHUNG -

**Kanzlei am  
Steinmarkt**

RECHTSANWÄLTE  
FACHANWÄLTE

Kanzlei am Steinmarkt  
Steinmarkt 12  
93413 Cham

**Dr. Andreas Stangl | Rechtsanwalt**

Fachanwalt Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Telefon: 0 99 71 / 85 40 – 0  
Telefax: 0 99 71 / 4 01 80  
E-Mail: [info@kanzlei-am-steinmarkt.de](mailto:info@kanzlei-am-steinmarkt.de)

## **Grundlegende Änderungen der VOB/B 2012 - Aktuelles aus der Rechtsprechung -**

### **Inhaltsverzeichnis**

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>03</b>
<b>2.</b>	<b>Die neue VOB/B 2012</b>	<b>04</b>
2.1.	Hintergrund der Neuregelung	05
2.2.	Für welche Verträge gelten die neuen VOB/B-Regeln?	05
2.3.	Die wichtigsten Änderungen in § 16 VOB/B	06
<b>3.</b>	<b>Aktuelle Rechtsprechung zur VOB/B</b>	<b>09</b>
3.1.	Höhe der Vergütung streitig	09
3.2.	Baubeschreibung: Was geht bei Widersprüchen vor?	10
3.3.	LV Position unklar: Auftragnehmer muss zur Kalkulation die Pläne heranziehen!	11
3.4.	Mehrvergütung für Zusatzleistungen nicht angekündigt: Auftraggeber muss nicht zahlen!	12
3.5.	Verjährungsfrist für Vergütungsanspruch kann nicht auf zwei Jahre verkürzt werden!	13
3.6.	Abschlagsrechnung geringfügig gekürzt: Arbeitseinstellung unzulässig	14
3.7.	Abnahme durch Ingebrauchnahme: Welcher Prüfungszeitraum ist angemessen?	15
3.8.	Auftragnehmer bestimmt Art und Weise der Mängelbeseitigung	16
3.9.	Beseitigung von Brandschutzmängeln kann nicht verweigert werden!	17
3.10.	VOB-Vertrag: Für Mängelbeseitigung kann Vorschuss verlangt werden!	18
3.11.	Dach wird neu eingedeckt: Wer ist für den Regenschutz verantwortlich?	19
3.12.	Auftraggeber fachkundig: Keine Prüfungs- und Hinweispflicht	20
3.13.	Mängelbeseitigung unter Protest: Kein Neubeginn der Gewährleistungsfrist!	21
3.14.	Vertragsstrafe in Höhe von 2 x 5 % der Auftragssumme: Klausel in AGB unwirksam	22
3.15.	Vertragsstrafe für Zwischentermin muss auf anteiligen Auftragswert begrenzt sein!	23
3.16.	Ungeklärte Vertragsstrafe in Bauvertragskette: Einbehalt unzulässig	24
<b>4.</b>	<b>Zusammenfassung</b>	<b>25</b>
	<b>TEXTE VOB/B 2012</b>	<b>26</b>

## **Grundlegende Änderungen der VOB/B 2012 - Aktuelles aus der Rechtsprechung -**

### **1. Einleitung**

Richtig ist, dass es kaum eine Baustelle „ohne Chaos“ gibt. Das Dasein des Einen bedingt schon per se die Existenz des Anderen. Um Überblick im Chaos zu behalten, ist es wichtig, dass der Auftragnehmer die Spielregeln, nach denen das „Gesellschaftsspiel“ Bau gespielt wird, beherrscht.

Im Streitfall reduzieren sich Streitigkeiten häufig auf bloße Fragen von Einhaltung der „Formalien“. Die Diskussion verlagert sich auch für die am Bau Beteiligten um unverständliche Themen wie

- rechtzeitige Ankündigung einer Vergütung
- Vorliegen von Behinderungsanzeigen usw.

Es bedarf einer „Knigge“ am Bau. Die Kenntnis der Spielregeln ist hierfür Grundvoraussetzung.

- VOB/ B 2012
- Rechtsprechung

**Cham, den 1. Februar 2013**

**Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl**

- **Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht**
- **Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht**
- **Schlichter nach BaySchIG**

#### **Freizeichnung:**

Dieses Skript wurde in bestmöglicher Sorgfalt erstellt. Es kann aber nicht das Spruchmaterial aller deutschen Gerichte berücksichtigen. Folglich ist je nach den Einzelfallumständen mit abweichenden Gerichtsentscheidungen zu rechnen. Hinzu kommen technische Neu- bzw. Weiterentwicklungen. Der Autor übernimmt hinsichtlich Sach- und Vermögensschäden keinerlei Gewährleistung für evtl. vorhandene Unvollständigkeiten, ungenaue Angaben oder Fehler sowie hinsichtlich einer Änderung von Gesetzen, Rechtsprechung, Vorschriften, technischen Normen und Regeln.

Die Verwendung dieses Skripts oder einzelner Teile davon geschieht ausschließlich auf eigene Verantwortung des Erwerbers oder Verwenders.

Dieser vorstehende Haftungsausschluss gilt nicht, soweit die vorgenannten Mängel bzw. Risiken auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Autors zurückzuführen sind.

## 2. Die neue VOB/B 2012

Die Neuregelung der VOB/B hat praktische Auswirkungen auf Auftragnehmer. Die Änderungen im Text der VOB/B sind minimal, führen aber zu erheblichen Änderungen bei der Rechnungsprüfung, Fragen der Fälligkeit und des Verzuges. Auftragnehmer müssen sich an diese neue Situation mit verkürzten Fristen anpassen, um Nachteile zu vermeiden. Im Kern wurde lediglich § 16 VOB/B geändert. Nachfolgend eine Übersicht über die Änderungen:

Übersicht Änderungen VOB/B 2012		
Regelungsumstand	VOB/B neu	VOB/B alt
Fälligkeit der Abschlagsrechnung nach deren Zugang	21 (Kalender)Tage	18 Werktage
Fälligkeit der Schlussrechnung nach deren Zugang	30 (Kalender)Tage	2 Monate
Fälligkeitsvereinbarung gerechnet ab Zugang	60 (Kalender)Tage	---
Einwand der fehlenden Prüffähigkeit bei Schlussrechnung nach deren Zugang	30 (Kalender)Tage	2 Monate
Rechtzeitigkeit der Zahlung des Auftraggebers	Erhalt des Betrages (Leistungserfolg)	Anweisung des Betrages (Leistungshandlung)
Verzug mit Rechnungen	Ohne Mahnung und Nachfristsetzung	Nachfristsetzung erforderlich
Vorbehaltserklärung nach Zugang der Schlusszahlungsmitteilung	28 (Kalender)Tage	24 Werktage
Vorbehaltbegründung innerhalb weiterer	28 (Kalender)Tage	24 Werktage
Skontoauswirkungen, wenn keine Rechtzeitigkeitsklausel	Erhalt des Betrages (Leistungserfolg)	Anweisung des Betrages (Leistungshandlung)
Skontoauswirkung auf Skontierfrist muss Fälligkeit angepasst werden, d. h. unter	21 (Kalender)Tage bei AR* 30 (Kalender)Tage bei SR**	18 Werktage bei AR* 2 Monate bei SR**

Die Gegenüberstellung zeigt, dass Handlungsbedarf auf Auftragnehmerseite besteht. Kurz gesagt, muss die Prüfung der Rechnungen beschleunigt werden. Auffällig ist die Umstellung der Fristenregelung auf (Kalender)Tage. Damit zählen nun auch Sonn- und Feiertage bei der Berechnung mit. Als Werktage zählen die Samstage mit, nicht jedoch die Sonn- und Feiertage. Kalendertage sind alle Tage einschließlich der Sonn- und Feiertage. Planer müssen beachten, dass die Fristenregelungen in anderen Paragraphen der VOB/B dagegen nicht angepasst wurden und dort weiter von Werktagen die Rede ist, beispielsweise bei § 12 Abs. 1 VOB/B (12 Werktage).

Bei der Fristberechnung müssen Auftragnehmer achtsam sein, da zum einen ältere Bauverträge noch nach der alten VOB/B 2009 zu behandeln sind, die neue VOB/B 2012 diese neuen Fristen beinhaltet, parallel dabei aber einmal auf Kalendertage und bei anderen Bestimmungen auf Werktage verweist.

\* AR = Abschlagsrechnung

\*\* SR = Schlussrechnung

## 2.1. Hintergrund der Neuregelung

Grund der Änderung der VOB7B ist die Richtlinie 2011/7/EU vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Zahlungsverzugsrichtlinie). Diese Richtlinie muss bis spätestens 16. März 2013 in nationales Recht umgesetzt werden. Die VOB/B würde in der bisherigen Fassung dieser Zahlungsverzugsrichtlinie widersprechen.

Folge der Richtlinie war die Änderung der VOB/B und eine geplante Änderung des BGB (§ 271a BGB).

## 2.2. Für welche Verträge gelten die neuen VOB/B-Regeln?

Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit die VOB/B 2012 nun anzuwenden ist.

Die VOB/B ist kein Gesetz, sondern eine Allgemeine Geschäftsbedingung. Infolge dessen sind laufende Bauverträge noch nach der VOB/B 2009 abzuwickeln, währenddessen bei neuen Bauverträgen, sofern die VOB/B 2012 einbezogen wurde, diese Anwendung findet.

Eine rechtliche Problematik entsteht durch das Auseinanderfallen von Bekanntmachung und Herausgabe des Textes der VOB/B 2012, da es unklar ist, ob im Einzelfall die VOB/B 2012 bereits vor der Herausgabe der Neufassung gilt.

Bei öffentlichen Auftraggebern ist die Verwendung der VOB/B 2012 erst dann verbindlich geworden, wenn entsprechende Einführungserlasse erfolgt sind. Am 30.07.2012 ist die VOB/B 2012 vom 26.06.2012 in der Fassung der Bekanntmachung und im Bundesanzeiger vom 13.07.2012 per Erlass des BMVBS vom 26.07.2012 für die Bundesbauverwaltungen und die für den Bund tätigen Länderbauverwaltungen verbindlich eingeführt worden.

Bei privaten Auftraggebern bzw. Vertragspartnern besteht dagegen Rechtsunsicherheit, weil der Beschluss zur Änderung der VOB/B bereits am 13.07.2012 bekannt gemacht wurde, die neue Gesamtausgabe der VOB 2012 mit den Teilen A, B und C allerdings erst später erfolgt ist. Auftragnehmer müssen deshalb kritisch prüfen, ob im konkreten Fall die VOB/B rechtswirksam in den Bauvertrag einbezogen wurde und insbesondere in welcher Fassung. Da die VOB/B kein Gesetz, sondern eine Allgemeine Geschäftsbedingung ist, kann es bei ungeschickter Formulierung im Vertrag dazu kommen (z. B. Beifügung der alten Fassung der VOB/B), dass noch die VOB/B 2009 gilt.

### **Hinweis:**

Der Auftragnehmer muss im Einzelfall prüfen, ob und welche Fassung der VOB/B für das Vertragsverhältnis gilt.

### **2.3. Die wichtigsten Änderungen in § 16 VOB/B**

Auftraggeber müssen aufgrund der Änderung des § 16 VOB/B besonders bei der Rechnungsprüfung umdenken. Es gilt, Planungsbüros auf die neue Situation auszurichten und frühzeitig eingegangene Rechnungen des Auftragnehmers zu prüfen und gegebenenfalls die Prüffähigkeit zu rügen. Die Rechnungsprüfung ist durch die Verkürzung besonders bei der Schlussrechnung zu beschleunigen und der Auftraggeber rechtzeitig zu informieren, zumal dies für die Rechtzeitigkeit der Zahlung nicht mehr auf die Anweisung des Betrages, sondern auf den Erhalt des Betrages ankommt. Dies führt zwangsläufig zu Vorfristen im Büro des Auftraggebers. Besonders zu beachten ist, dass das Planungsbüro keine Vorwarnung vor Eintritt des Verzuges erhält. Aufgrund des Wegfalls der Nachfristsetzung tritt der Verzug automatisch ein.

Die neue VOB/B nimmt auch Einfluss auf die Vertragsgestaltung. Es kann sich im Einzelfall anbieten, die Fälligkeitsfristen zu verlängern, d. h. den Rahmen bis zu 60 Tage auszunutzen. Bei Skontovereinbarungen ist darauf zu achten, dass auch hier sich die Fristen verkürzen dürften, da Sinn und Zweck der Skontovereinbarung eine „Belohnung“ für Zahlung vor Fälligkeit ist. Bislang längere Skontierfristen verlieren ihren Sinn und sind, wenn sie vom Auftraggeber stammen, sogar unwirksam. Bei der Rechtzeitigkeit der Zahlung strahlt die Neuregelung ebenfalls aus, so dass auf den Erhalt des Geldes (Leistungserfolg) abzustellen sein wird.

#### **Im Einzelnen:**

##### **Umstellung von Werk- auf Kalendertage (§ 16 Abs. 1 Nr.3 VOB/B)**

Im Sinne der Harmonisierung wurden die Fristenregelungen in § 16 VOB/B auf (Kalender-) Tage umgestellt, d. h. nun werden Sonn- und Feiertage mitgerechnet.

##### **Anspruch von Schlusszahlungen innerhalb von 30 Tagen (§ 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B)**

Nach der Zahlungsverzugsrichtlinie ist eine Vereinbarung, nach der die Zeit für die Erfüllung der Entgeltforderung 30 Tage nach Zugang einer Rechnung überschreitet, nur wirksam, wenn sie ausdrücklich getroffen und aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist.

§ 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B – a. F. –, nach dem der Anspruch auf Schlusszahlung spätestens innerhalb von 2 Monaten nach Zugang der Schlussrechnung fällig wird, wurde an die Vorgaben der Richtlinie angepasst. Danach ist für Auftraggeber künftig grundsätzlich eine Zahlungsfrist von höchstens 30 Tagen nach Zugang der prüfbaren Schlussrechnung vorgesehen. Einzelvertraglich ist eine erweiterte Zahlungsfrist auf max. 60 Tage zulässig. Allerdings muss diese Vereinbarung ausdrücklich (d. h. nicht lediglich stillschweigend) getroffen und aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt sein. Erweiterte Zahlungsfristen kommen im Baubereich beispielsweise in Betracht, wenn die Prüfungsunterlagen bzw. Schlussrechnungen komplex sind und fachtechnischer Sachverstand notwendig ist. Es bleibt abzuwarten, ob dies neuen Streitstoff schafft. Tatsache ist aber, dass eine längere Frist die Ausnahme darstellt, so dass der Auftraggeber hierfür Argumente benötigt.

**Hinweis:**

Auftraggeber müssen sich umstellen, die Schlussrechnung zeitnah zu prüfen, da die Regelfrist nunmehr höchstens 30 Tage beträgt. In der Praxis ist zu beobachten, dass viele Architekten/Ingenieure nicht einmal die bisherigen 2 Monate eingehalten haben. Dabei handelt es sich bei den Fristen, auch bei der neuen 30-Tagefrist um eine Maximalfrist. Auftragnehmer werden ihr Forderungsmanagement auf die neuen Fristen umstellen und zeitnah Verzugszinsen einfordern.

Die Regelung in § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 3 VOB/B ist an die Regelung im bisherigen § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B angelehnt. Danach konnte sich der Auftraggeber nicht mehr auf die fehlende Prüfbarkeit berufen, wenn er nicht spätestens innerhalb von 2 Monaten nach Zugang der Schlussrechnung Einwendungen gegen die Prüfbarkeit erhoben hat. Im Hinblick auf die unterschiedlichen Fristenregelungen in § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 und 2 VOB/B wird künftig auf den „Ablauf der jeweiligen Frist“ abgestellt.

**Hinweis:**

Der Auftraggeber muss nun zeitnah bei Eingang der Rechnungsunterlagen prüfen, ob die Rechnung prüffähig ist. Sollte die Rechnung nicht prüffähig sein, muss zeitnah, d. h. innerhalb der 30-Tagesfrist eine Einwendung der fehlenden Prüffähigkeit erhoben werden. Diese ist auch zu begründen. Versäumt der Auftraggeber diese Frist, kann er zwar nach wie vor inhaltliche Einwendungen gegen die Rechnung erheben, mit dem Einwand fehlender Formalien, beispielsweise es fehlen Regiestunden oder Aufmaßblätter, wird er nicht gehört werden.

**Nach 30 Tagen tritt Zahlungsverzug ein (§ 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B)**

In § 16 Abs. 5 Nr. 3 Satz 3 und 4 VOB/B wird nun der Eintritt des Zahlungsverzugs im Sinne der Zahlungsverzugsrichtlinie geregelt. Der Auftraggeber kommt, ohne dass es einer Nachfristsetzung (Mahnung) bedarf, spätestens 30 Tage nach Zugang der Rechnung oder Aufstellung bei Abschlagszahlungen in Zahlungsverzug, wenn der Auftragnehmer seine vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt und den fälligen Entgeltbetrag nicht rechtzeitig erhalten hat, es sei denn, der Auftraggeber ist für den Zahlungsverzug nicht verantwortlich. Die Frist verlängert sich auf höchstens 60 Tage, wenn sie aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde. Verlängerte Verzugsfristen kommen bei Abschlagszahlungen nicht in Betracht, da es sich um vorläufige Zahlungen (auf bereits erbrachte Leistungen) handelt, die im Rahmen der Schlussrechnung noch einmal überprüft und ggf. korrigiert werden. Die Vereinbarung einer Höchstfrist zum Eintritt des Verzuges von 30 bzw. 60 Tagen schließt nicht das Recht des Auftragnehmers nach § 16 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B aus, durch Nachfristsetzung den Verzug schon früher herbeizuführen.

Nach § 16 Abs. 5 Nr. 3 Satz 3 und 4 VOB/B ist das Setzen einer angemessenen Nachfrist keine erforderliche Voraussetzung für den Zahlungsverzug. Zudem stellt § 16 Abs. 5 Nr. 3 Satz 3 und 4 VOB/B für die rechtzeitige Zahlung auch nicht mehr auf den Zeitpunkt der Leistungshandlung (z. B. Anweisung der Zahlung) ab, sondern auf den Zeitpunkt des Leistungserfolgs, d. h. Eingang des Zahlungsbetrags beim Auftragnehmer.

**Hinweis:**

Der Auftraggeber muss die Fristen prüfen, da er nun ohne weitere Vorwarnung automatisch mit Ablauf der Frist von 30 Tagen in Verzug gerät. Bei der 60-Tagesfrist handelt es sich um eine Ausnahme, die der Auftraggeber begründen muss. Der häufige Fehler auftragnehmerseitig, die Nachfristsetzung zu versäumen, spielt nun keine Rolle mehr.

**Zahlungsverzug bedarf keiner Nachfristsetzung (§ 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B)**

In § 16 Abs. 5 Nr. 3 Satz 3 und 4 VOB/B wird der Eintritt des Zahlungsverzugs im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Zahlungsverzugsrichtlinie geregelt. Danach ist das Setzen einer angemessenen Nachfrist (Mahnung) keine erforderliche Voraussetzung für den Zahlungsverzug. § 16 Abs. 5 Nr. 4 – alt – ist somit entbehrlich.

**MERKE:**

- Einzelfallprüfung, ob VOB/B gilt:
  - a) laufende Verträge : nein, wenn vor 14.07.2012
  - b) neue Verträge : ja, wenn vereinbart
- Auftragnehmer können ohne zusätzliche Schreiben Auftraggeber in Verzug setzen
- Vorbehaltserklärung + -begründung nach neuen Fristen
- Skontoklauseln anpassen

### 3. Aktuelle Rechtsprechung zur VOB/B

#### 3.1. Höhe der Vergütung streitig

- 1. Der Auftragnehmer muss Grund und Höhe seines Werklohnanspruchs darlegen und gegebenenfalls beweisen.**
- 2. Behauptet der Auftraggeber, dass es sich bei der vereinbarten Pauschalvergütung um einen Maximalpreis handelt, und kann er diese Vereinbarung nach Ort, Zeit und Höhe der Vergütung substantiiert darlegen, ist es Sache des Auftragnehmers, die geltend gemachten Umstände zu widerlegen.**

OLG Zweibrücken, Urteil vom 27.01.2011 - 6 U 6/08; BGH, Beschluss vom 26.01.2012 - VII ZR 39/11 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), IBR (Werkstattbeitrag vom 26.03.2012)  
nachfolgend: BGH, 26.01.2012 - VII ZR 39/11 (NZZ zurückgewiesen)  
BGB § 632 Abs. 2

#### Problem/Sachverhalt

Der Auftragnehmer (AN) führt Umbauarbeiten an einem Dachstuhl vor. Ein schriftlicher Bauvertrag existiert nicht. Nachdem er vor Auftragserteilung die Kosten mit zuletzt 62.000 Euro beziffert hatte, stellt er eine Schlussrechnung über 103.239,64 Euro. Hierauf zahlt der Auftraggeber (AG) vorprozessual 59.641,20 Euro. Im Prozess streiten die Parteien darüber, ob die "Kostenbezifferung" durch den AN ein Kostenanschlag gemäß § 650 BGB war - so der AN - oder ob auf der Grundlage dieser Kostenangabe eine Pauschalpreisvereinbarung zu Stande gekommen ist - so der AG.

#### Entscheidung

Das OLG weist die Klage des AN insgesamt ab! Der AG hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausgeführt, wann, wo und mit welchem Inhalt zwischen ihm und dem AN über die Höhe der Vergütung verhandelt worden sei. Der AN habe gewusst, welche Leistungen ausgeführt werden mussten und welcher Finanzierungsrahmen hierzu zur Verfügung stand. Der AG legt ergänzend noch einen Zettel mit dem hervorgehobenen Betrag von 62.000 Euro vor und behauptet, auf diesen Betrag habe er sich mit dem AN als Maximalvergütung geeinigt. Ein weitergehender Sachvortrag und Beweisantritt des AN zu einer abweichenden Vergütungsvereinbarung fehlt. Das Gericht bejaht in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass der AG seinen Substanziierungsobliegenheiten zum Vorliegen einer Vergütungsvereinbarung entsprochen hat. Der AN ist zu seiner Behauptung, es liege keine Vergütungsvereinbarung vor, so dass er nach § 632 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung abrechnen könne, beweispflichtig geblieben. Damit ist die vom AG behauptete Preisvereinbarung für die Vergütungsabrede maßgeblich.

#### Praxishinweis

Die Entscheidung des OLG Zweibrücken dokumentiert einmal mehr, dass der Auftragnehmer gut daran tut, Vertragsinhalte schriftlich zu fixieren. Wenn der Auftraggeber nach Zeit, Ort und Inhalt eine (mündliche) Vergütungsabrede darstellen kann, wird es dem Auftragnehmer vielfach nicht möglich sein, den Beweis zu führen, dass etwas anderes vereinbart war. Das gilt sowohl für den Fall des unredlichen Auftraggebers, aber auch den Fall des Missverständnisses zwischen den Vertragsparteien: Der Auftraggeber meint eine Vergütungsvereinbarung, der Auftragnehmer einen Kostenanschlag. Abhilfe schafft nur ein schriftlicher Vertrag, mit dem die Vertragskonditionen festgelegt werden. Wenn dann der Auftraggeber behauptet, diese Vereinbarung sei nachträglich abgeändert worden, trägt er und nicht der Auftragnehmer hierfür die Darlegungs- und Beweislast.

### 3.2. Baubeschreibung: Was geht bei Widersprüchen vor?

**Im Fall von Widersprüchen zwischen dem Inhalt der Baubeschreibung und den Ansichtszeichnungen kommt der Baubeschreibung kein Vorrang gegenüber den Plänen zu, weil alle Bestandteile der Leistungsbeschreibung als gleichrangig anzusehen sind. Für die Bestimmung des Leistungsumfangs ist vielmehr die konkretere Darstellung maßgeblich.**

OLG Bremen, Urteil vom 30.12.2010 - 1 U 51/08; BGH, Beschluss vom 12.04.2012 - VII ZR 28/11 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), BGH IBR 2012, 314

Vorhergehend : LG Bremen, 11.07.2008 - 13 O 545/01

Nachfolgend : BGH, 12.04.2012 - VII ZR 28/11 (NZB zurückgewiesen)  
BGB §§ 133, 157; VOB/B § 2 Nr. 6

#### Problem/Sachverhalt

Ein Unternehmer fordert aus einem Vertrag über die schlüsselfertige Errichtung der gesamten Baulichkeit zusätzliche Vergütung für Abdeckungen von Balkon- und Brüstungsgeländern in Höhe von 2.400 Euro. Er macht geltend, in der Baubeschreibung sei die Leistung der Balkon- und Brüstungsgeländer exakt beschrieben und stehe daher im Widerspruch zu den Ansichtszeichnungen des Gebäudes, aus denen sich die Ausführung von Abdeckungen ergebe. Der Unternehmer ist der Auffassung, dass dem - exakten - Inhalt der Leistungsbeschreibung gegenüber den Ansichtsplänen der Vorrang zukomme und folglich die Abdeckungen nicht vom ursprünglichen Bauvertrag umfasst seien. Als der Auftraggeber nicht zahlt, erhebt der Unternehmer Klage.

#### Entscheidung

Ohne Erfolg! Das OLG Bremen folgt dieser Ansicht nicht. Grundsätzlich seien sämtliche Bestandteile der Leistungsbeschreibung als zumindest gleichrangig anzusehen, gleichgültig ob es sich um die Baubeschreibung oder Zeichnungen handle. Es komme vielmehr darauf an, an welcher Stelle konkret die zu erbringende Leistung beschrieben werde. Dies könne auch dazu führen, dass beispielsweise nicht auf die Positionen des Leistungsverzeichnisses, sondern auf die Vorbemerkung zum Leistungsverzeichnis abzustellen sei. Da die Ansichtszeichnungen eine genauere Grundlage für die Beschreibung der vom Unternehmer zu erbringenden Ausführung der Balkongeländer bieten, liege auch kein Widerspruch zwischen Baubeschreibung und Ansichtszeichnungen vor, sondern vielmehr eine Konkretisierung.

#### Praxishinweis

Das OLG Bremen ergänzt die in der Entscheidung des BGH vom 11.03.1999 (IBR 1999, 300) erfolgte Klarstellung, dass die Vertragsunterlagen als sinnvolles Ganzes auszulegen sind. Die Auslegung des Vertrags soll anhand der Vertragsunterlagen vorgenommen werden, die die Leistung konkret beschreibt. Im Falle des BGH waren dies die Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis im Verhältnis zu den LV-Positionen; im Falle des OLG Bremen sind es die Ansichtszeichnungen im Verhältnis zum Leistungsverzeichnis. Diese Auslegung ist dann richtig, wenn die Beschreibung im Leistungsverzeichnis tatsächlich eine Konkretisierung durch die Pläne zulässt und dementsprechend allgemein gehalten ist, also keinen Widerspruch zwischen den Vertragsunterlagen hervorruft. Zudem dürfen die Vertragsunterlagen keiner vertraglichen Rangfolge unterliegen, die eine solche Bewertung ausschließt.

**3.3. LV Position unklar: Auftragnehmer muss zur Kalkulation die Pläne heranziehen!**

**Sind in zwei Positionen eines Leistungsverzeichnisses (LV) vergleichbare Leistungen beschrieben und ist die Abgrenzung dieser Positionen zueinander unklar, muss der Auftragnehmer die Unklarheit bereits bei der Kalkulation durch Heranziehung der Pläne klären.**

OLG Dresden, Urteil vom 31.05.2011 - 6 U 1798/10; BGH, Beschluss vom 26.04.2012 - VII ZR 149/11 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), BGH IBR 2012, 499  
Vorhergehend : LG Dresden, 09.11.2010 - 8 O 207/09  
Nachfolgend : BGH, 26.04.2012 - VII ZR 149/11 (NZB zurückgewiesen)  
BGB §§ 133, 157, 631 Abs. 1

**Problem/Sachverhalt**

Auftraggeber (AG) und Auftragnehmer (AN) streiten darüber, wie der Verbau für Gräben mit einer Grabentiefe von über 4 m zu vergüten ist. Der Einheitspreis (EP) der LV-Position 50.3.10 für eine "Grabentiefe bis 4 m" ist deutlich niedriger als der EP für eine "Grabentiefe 4,01 bis 6,0 m" (LV-Position 50.3.20). Der AG meint, bei Gräben mit einer Tiefe von über 4 m seien die ersten 4 m nach der - günstigeren - Position 50.3.10 zu vergüten. Die - teurere - Position 50.3.20 finde nur auf die Verbauarbeiten Anwendung, die in einer Tiefe von über 4 m ausgeführt worden seien. Der AN steht demgegenüber auf dem Standpunkt, der Verbau für Gräben mit einer Tiefe von über 4 m sei insgesamt zum höheren EP der LV-Position 50.3.20 zu vergüten, und verlangt Zahlung von 452.600 Euro.

**Entscheidung**

Ohne Erfolg! Der AN war bereits aufgrund des Leistungsverzeichnisses gehalten, die Pläne heranzuziehen, um die - verschiedenen - Stellen, für die ein tieferer Verbau gefordert wurde, hinreichend einzuordnen. Nur so hätte der AN verlässlich einschätzen können, in wie vielen Fällen er die geplante andere Technologie für tieferen Verbau zum Einsatz bringen muss. Andernfalls müsste er spekulativ kalkulieren, was jedenfalls keine Schutzwürdigkeit eines Vertrauens auf die Richtigkeit des Ausschreibungstextes begründen kann. Die Pläne selbst geben eine Sachlage wieder, die es rechtfertigt, die Bezahlung bis 4 m Tiefe nach der LV-Position 50.3.10 und für den Bereich über 4 m nach der LV-Position 50.3.20 zu vergüten. Denn aufgrund der zeichnerischen Festlegungen konnte sich der AN ohne Weiteres die Vorsätze der LV-Positionen herleiten. Unabhängig davon mag zwar das LV nicht eindeutig sein, wird dies aber durch Heranziehung der Pläne. Die Unklarheit ergibt sich daraus, dass eine Position eine "Grabentiefe bis 4 m", die nachfolgende eine "Grabentiefe 4,01 bis 6,0 m" aufführt. Aus objektiver Bietersicht war damit jedenfalls unklar, inwieweit bei der "tieferen" Leistungsposition ab 4.01 m zu rechnen ist oder bis zur jeweiligen Tiefe. Wegen der unklaren Abgrenzung musste der AN unabhängig vom Wortlaut der Einzelposition eine Gesamtbetrachtung vornehmen und die Unklarheit durch Heranziehung der Pläne klären.

**Praxishinweis**

Welche Leistungen zur vereinbarten Vergütung auszuführen sind, bestimmt sich nicht nur nach dem Leistungsverzeichnis, sondern nach der Leistungsbeschreibung im Sinne der Gesamtheit aller Vertragsunterlagen (vgl. BGH, IBR 1999, 300). Ist die Leistungsbeschreibung aus Sicht des Bieters/Auftragnehmers unklar, darf er das nicht einfach hinnehmen und mit der für ihn günstigsten Ausführungsvariante kalkulieren. Vielmehr muss er die sich aus der Ausschreibung ergebenden Zweifelsfragen vor Angebotsabgabe durch entsprechende Nachfragen beim Auftraggeber ausräumen (BGH, BauR 1987, 683 ff). Das bedeutet allerdings nicht, dass der Bieter die Ausschreibungsunterlagen auf Planungsfehler oder Fehler im Leistungsverzeichnis hin untersuchen muss, weil die Ausschreibung nur unter kalkulatorischen Aspekten bearbeitet wird. Bei offenkundigen Mängeln und Lücken der Leistungsbeschreibung gibt es aber keine besondere Vergütung für zusätzlich erbrachte Leistungen, soweit diese für den Bieter im Rahmen der Kalkulation erkennbar zur Erstellung des Bauwerks erforderlich waren (OLG Koblenz, IBR 2010, 313).

**3.4. Mehrvergütung für Zusatzleistungen nicht angekündigt: Auftraggeber muss nicht zahlen!**

- 1. Ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung gemäß § 2 Nr. 6 VOB/B setzt voraus, dass der Auftragnehmer diesen vor der Leistungserbringung ankündigt.**
- 2. Die Entbehrlichkeit der Ankündigungspflicht ist ein vom Auftragnehmer dezidiert darzulegender und gegebenenfalls zu beweisender Ausnahmetatbestand, der nur dann greift, wenn die Zusatzarbeiten offenkundig vergütungspflichtig sind und/oder den Auftragnehmer an der Versäumung der Ankündigung keine Schuld trifft.**
- 3. Versäumt es der Auftragnehmer, seinen zusätzlichen Vergütungsanspruch anzukündigen, kann er Werklohnansprüche nicht auf andere rechtliche Gesichtspunkte, insbesondere nicht auf die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage stützen.**

OLG Köln, Beschluss vom 28.11.2011 - 17 U 141/10; BGH, Beschluss vom 25.10.2012 - VII ZR 233/11 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), BGH IBR 2013, 66  
Nachfolgend : BGH, 25.10.2012 - VII ZR 233/11 (NZB zurückgewiesen)  
BGB § 642; VOB/B § 2 Nr. 3, 5, 6, § 6 Nr. 6

**Problem/Sachverhalt**

Bei einem Auftrag über Stahlbetonarbeiten für die Brandschutzsanierung eines Schulzentrums verlängert sich die Bauzeit um zwei Jahre. Grund hierfür sind Mengenmehrungen, 28 Nachträge und insbesondere die zusätzliche Beauftragung mit Fassadenarbeiten in einem das ursprüngliche Auftragsvolumen übersteigenden Umfang. Die Mehrleistungen werden vom Auftraggeber (AG) im Wesentlichen bezahlt. Der Auftragnehmer (AN) macht jedoch darüber hinaus einen Mehraufwand für das Vorhalten der Bauleitung während der Bauzeitverlängerung geltend (ca. 284.000 Euro). Er stützt seine Forderung auf wechselnde Anspruchsgrundlagen, weist jedoch weder deren tatbestandliche Voraussetzungen noch den Mehraufwand konkret nach. Das Landgericht weist die Klage als un schlüssig ab. Der AN legt Berufung ein.

**Entscheidung**

Ohne Erfolg! Der Hauptteil der Forderung (ca. 210.000 Euro Bauleitungskosten wegen der Fassadenarbeiten) wird zuletzt auf § 2 Nr. 6 VOB/B gestützt. Diese Anspruchsgrundlage setzt voraus, dass der AN die Mehrkosten vor der Leistungserbringung ankündigt. Die Ankündigungspflicht ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn die Zusatzarbeiten offenkundig vergütungspflichtig sind und/oder die Versäumung der Ankündigung entschuldigt ist (BGH, IBR 1996, 313). Diesen Anforderungen genügt der Klagevortrag nicht, denn der AG hat sich durchgehend auf den Standpunkt gestellt, die Kosten der Bauleitung seien mit den (erheblichen) Zusatzaufträgen abgegolten. Der AN bleibt eine plausible Erklärung schuldig, warum es ihm nicht möglich gewesen sein soll, auf die Notwendigkeit der zusätzlichen Kosten für die Bauleitung hinzuweisen.

**Praxishinweis**

Die Kosten für die beauftragten Mehrleistungen sind über Nachtragsvereinbarungen abgerechnet worden. Will die Baufirma darüber hinaus noch zusätzliche Bauleitungskosten für die Bauzeitverlängerung verlangen, ist es zwingend erforderlich, dass sie in ihrem Nachtragsangebot und in der Nachtragsvereinbarung einen entsprechenden Vorbehalt erklärt. Hat sie dies versäumt, können bauzeitbedingte Mehrkosten auch deshalb nachträglich nicht mehr geltend gemacht werden (OLG Brandenburg, IBR 2011, 395). Es gilt der Grundsatz, dass die Nachtragsvereinbarung eine abschließende Regelung darstellt (kein Nachtrag zum Nachtrag!).

**3.5. Verjährungsfrist für Vergütungsanspruch kann nicht auf zwei Jahre verkürzt werden!**

**Eine vom Auftraggeber in einem Bauvertrag gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung, mit der die Verjährungsfrist für den Werklohnanspruch des Auftragnehmers auf zwei Jahre abgekürzt wird, ist unwirksam, weil sie den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.\*)**

BGH, Urteil vom 06.12.2012 - VII ZR 15/12, BGH IBR 2013, 65  
Vorhergehend : LG Berlin, 11.11.2011 - 50 S 72/10  
AG Tiergarten, 25.02.2010 - 10 C 147/09  
BGB §§ 195, 307

**Problem/Sachverhalt**

Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer auf der Grundlage eines VOB-Vertrags mit der Ausführung von Elektroarbeiten. Teil B Ziffer IX des Vertrags lautet: "Die Ansprüche des Auftragnehmers auf Werklohn verjähren in zwei Jahren." Der Auftragnehmer stellt im Juni 2006 seine Schlussrechnung. In Höhe von 2041,20 Euro wird die Forderung vom Auftraggeber nicht bezahlt. Im Juni 2009 erhebt der Auftragnehmer daraufhin Werklohnklage. Der Auftraggeber beruft sich auf Verjährung und stützt sich dabei auf die von ihm gestellte AGB-Klausel, nach der die Werklohnansprüche des Auftragnehmers in zwei Jahren verjähren. Er meint, die Frist für die Verjährung der in der Schlussrechnung geltend gemachten Vergütungsforderung habe am 01.01.2007 zu laufen begonnen. Verjährung sei daher am 31.12.2008, spätestens jedoch im März 2009 eingetreten. Die Verjährungseinrede würde durchgreifen, wenn die Verjährung tatsächlich wirksam auf zwei Jahre verkürzt wäre.

**Entscheidung**

Amtsgericht und Landgericht halten die Forderung des Auftragnehmers für verjährt. Der BGH sieht das anders. Die maßgebliche Klausel ist nicht wirksam. Nach Ansicht des BGH benachteiligt die Verkürzung der Verjährungsfrist für den Werklohnanspruch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers den Auftragnehmer unangemessen, da sie gegen das gesetzliche Leitbild des § 195 BGB (dreijährige Verjährungsfrist) verstößt und keine Interessen des Auftraggebers erkennbar sind, die eine derartige Verkürzung rechtfertigen könnten.

**Praxishinweis**

Der Baurechtssenat des BGH setzt mit dieser Entscheidung seine strenge Rechtsprechung zu AGB-Klauseln in einem Bauvertrag konsequent fort. Das ist zu begrüßen. AGB-Klauseln, deren Zweck sich darin erschöpft, die berechtigten Interessen des Vertragspartners zu beschneiden, haben in einem Vertrag nichts zu suchen. Angesichts der schon seit Jahren restriktiven AGB-Rechtsprechung des BGH verwundert es allerdings, dass sich derartige Klauseln immer noch in zahlreichen Bau- und Bauträgerverträgen finden lassen. Den Vertragsparteien ist mit solchen Klauseln - von deren Wirksamkeit sie in der Regel ausgehen - jedenfalls nicht gedient.

### **3.6. Abschlagsrechnung geringfügig gekürzt: Arbeitseinstellung unzulässig**

- 1. Die geringfügige Kürzung von Abschlagsrechnungen (hier: in Höhe von 1,5% des Rechnungsbetrags) berechtigt den Auftragnehmer nicht dazu, seine Arbeiten einzustellen. Das gilt auch dann, wenn der Auftraggeber bei einem früheren Bauvorhaben bereits Abzüge vorgenommen hat, die zu einem langwierigen Rechtsstreit geführt haben.**
- 2. Stellt der Auftragnehmer die Arbeiten ohne rechtfertigenden Anlass ein, steht ihm gegen den Auftraggeber kein Anspruch auf Ersatz des daraus resultierenden Stillstandsschadens zu.**

OLG Saarbrücken, Urteil vom 13.10.2010 - 1 U 380/09; BGH, Beschluss vom 23.08.2012 - VII ZR 192/10 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), BGH IBR 2013, 6

Vorhergehend : LG Saarbrücken, 06.07.2009 - 15 O 75/08

Nachfolgend : BGH, 23.08.2012 - VII ZR 192/10 (NZB zurückgewiesen)  
VOB/B § 6 Nr. 6, § 16 Nr. 5 Abs. 5

#### **Problem/Sachverhalt**

Der Auftragnehmer (AN) hat - weil der Auftraggeber (AG) eine Abschlagsrechnung gekürzt hat - die Arbeiten eingestellt und macht nunmehr einen Anspruch aus § 6 Nr. 6 Satz 1 VOB/B auf Erstattung von "Stillstandskosten" geltend. Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, es habe kein rechtfertigender Grund zur Einstellung der Arbeiten bestanden. Diese Befugnis habe sich auch nicht aus § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B ergeben. Nach Treu und Glauben dürfe der Auftragnehmer die Arbeiten nämlich dann nicht einstellen, wenn nur ein relativ geringfügiger Teil der fälligen Zahlungen ausstehe. Diese Voraussetzung sei hier gegeben, da der Zahlungsrückstand des AG nicht einmal 1,5% des Rechnungsbetrags ausgemacht habe. Angesichts dieser Umstände habe sich der AN nicht zur Arbeitseinstellung "herausgefordert" sehen dürfen. Dagegen richtet sich die Berufung des AN.

#### **Entscheidung**

Ohne Erfolg! Der Senat war in der glücklichen Situation, über eine offensichtlich unbegründete Berufung entscheiden zu dürfen. Warum er nicht nach § 522 Abs. 2 ZPO verfahren ist, ist unklar. Der Senat hat die Erwägungen des Landgerichts ausdrücklich bestätigt und ergänzend ausgeführt, dass sich eine andere Beurteilung auch nicht darauf stützen lasse, dass es nach einem früheren Bauvorhaben zu einem langwierigen Vergütungsprozess zwischen den Parteien gekommen sei. Die Einstellung der Arbeiten sei auch nicht deshalb gerechtfertigt gewesen, weil es an der schriftlichen Beauftragung der Nachträge gefehlt habe. Zum einen sei eine entsprechende Schriftformvereinbarung nicht feststellbar. Zum anderen habe der AG durch seine Zahlungen zu erkennen gegeben, dass er den Anspruch jedenfalls dem Grunde nach für gerechtfertigt halte.

#### **Praxishinweis**

Man kann nur mit Erstaunen zur Kenntnis nehmen, mit welcher Beharrlichkeit der Auftragnehmer vorliegend seinen ersichtlich unbegründeten Anspruch durch zwei Instanzen verfolgt hat. Die Einstellung der Arbeiten wegen Zahlungsverzugs ist immer nur "ultima ratio". Das Risiko ist groß, dass der Auftragnehmer nicht nur auf den "Stillstandskosten" sitzenbleibt, sondern seinerseits auch noch für den eingetretenen Verzögerungsschaden einstehen muss. Es ist daher Aufgabe des Anwalts, den wutentbrannten Mandanten, der wegen einer Kürzung der Abschlagsrechnung um 1,5% die Arbeiten hinwerfen will, zu bremsen und ihn in aller Deutlichkeit auf die Risiken hinzuweisen.

### **3.7. Abnahme durch Ingebrauchnahme: Welcher Prüfungszeitraum ist angemessen?**

- 1. Bei einer konkludenten Abnahme durch Ingebrauchnahme ist dem Auftraggeber von der Aufnahme der Nutzung an eine gewisse Prüfungszeit zuzubilligen.**
- 2. Maßgebend für die Angemessenheit der Länge der Prüfungszeit sind stets die Umstände des Einzelfalls. In der Regel ist ein Zeitraum von sechs bis acht Wochen angemessen.**

OLG Jena, Urteil vom 14.07.2009 - 5 U 736/06; BGH IBR 2012, 324,  
Beschluss vom 23.02.2012 - VII ZR 143/09 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)  
Vorhergehend : LG Erfurt, 21.07.2006 - 8 O 721/98  
Nachfolgend : BGH, 23.02.2012 - VII ZR 143/09 (NZB zurückgewiesen)  
BGB a.F. § 640; VOB/B § 12 Nr. 5

#### **Problem/Sachverhalt**

Ein Bauträger errichtet im Jahr 1994 auf Grundlage eines BGB-Bauvertrags ein Wohnhaus. Die förmliche Abnahme des Sondereigentums erfolgt am 15.07.1994. Eine förmliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums findet nicht statt. Mit Schreiben vom 15.09.1994 fordert der Bauträger die Wohnungseigentümer zur Zahlung der Schlussraten unter Verweis auf die Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums auf. Dieser Fertigstellung widersprechen die Wohnungseigentümer wegen zahlreicher Mängel am Gemeinschafts- und Sondereigentum. Gleichwohl werden sämtliche Wohnungen in der Folgezeit vermietet, so dass eine Ingebrauchnahme stattgefunden hat. Die mangelhafte Schalldämmung des Treppenhauses rügt die Wohnungseigentümergeinschaft erstmalig mit Schriftsatz vom 06.03.2000 und beruft sich auf eine einjährige Prüfungszeit, da alle Wohnungen vermietet seien, so dass die Prüfung erschwert sei. Die Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft nehmen den Bauträger unter anderem auf Zahlung von Kostenvorschuss für die mangelhafte Schalldämmung im Treppenhaus, die das Gemeinschaftseigentum betrifft, in Anspruch.

#### **Entscheidung**

Ohne Erfolg! Der Kostenvorschussanspruch ist verjährt. Zwar fehlt es an einer förmlichen Abnahme, die Ingebrauchnahme des Wohnhauses hat jedoch stattgefunden (BGB § 640 Abs. 1). Zwar ist bei der konkludenten Abnahme durch Ingebrauchnahme den Wohnungseigentümern eine gewisse Prüfungszeit zuzubilligen. Diese liegt jedoch nicht bei einem Jahr, sondern ist mit einem Zeitraum von sechs bis acht Wochen zu bemessen. Eine unzureichende Schalldämmung bei einer Nutzung von ein bis zwei Monaten ist auch im Falle der Vermietung des gesamten Wohnhauses erkennbar und durch die Wohnungseigentümer überprüfbar. Ihnen obliegt dann die Pflicht, sich einen Eindruck vor Ort zu verschaffen oder bei den Mietern nachzufragen.

#### **Praxishinweis**

Für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme kommt es zeitlich nicht auf die erste überhaupt feststellbare scheinbare Nutzungshandlung an. Ab der tatsächlichen Inbesitz- bzw. Ingebrauchnahme hat der Auftraggeber vom Zeitpunkt der ersten Nutzungshandlung an eine gewisse Prüfungszeit (BGH, Urteil vom 20.09.1984 - VII ZR 377/83, ibr-online). Die Angemessenheit der Prüfungszeit bemisst sich nach den Umständen des Einzelfalls, wobei sechs bis acht Wochen ab Einzug bzw. Ingebrauchnahme für die Feststellung von Mängeln ausreichend erscheinen. Ob diese Grundsätze auch auf die Abnahme nach § 12 Abs. 5 Satz 2 VOB/B anzuwenden sind, wurde nicht entschieden. Dort ist für die fiktive Abnahme eine Frist von sechs Werktagen ab Beginn der Benutzung geregelt. Diese Frist könnte beim VOB/B-Vertrag als Prüffrist im vorstehenden Sinne angenommen werden.

### **3.8. Auftragnehmer bestimmt Art und Weise der Mängelbeseitigung**

- 1. Der Auftraggeber kann dem Auftragnehmer nicht vorschreiben, wie vorhandene Mängel zu beseitigen sind. Auf welche Art und Weise die Mängelbeseitigung erfolgt, bestimmt grundsätzlich allein der Auftragnehmer.**
- 2. Der Auftragnehmer muss den Auftraggeber nicht darüber aufklären, dass die zur Verlegung ausgewählten Steinplatten Eisen enthalten, das unter Witterungseinfluss oxidiert. Die unvermeidliche Bildung von Rostflecken ist auch kein Mangel der Platten.**

OLG Celle, Urteil vom 17.03.2011 - 6 U 125/10; BGH, Beschluss vom 09.08.2012 - VII ZR 81/11 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), BGH IBR 2013, 21

Nachfolgend : BGH, 09.08.2012 - VII ZR 81/11 (NZB zurückgewiesen)  
BGB § 635 Abs. 1, 3, § 638

#### **Problem/Sachverhalt**

Der Bauherr (B) und der Bauunternehmer (U) streiten um wechselseitige Ansprüche aus einem Vertrag über die Ausführung von Natursteinarbeiten und das Anbringen einer Brüstungsabdeckung. U hat zunächst die Zahlung von Restwerklohn in Höhe von ca. 25.500 Euro verlangt. Demgegenüber macht B kleinere Mängel der Bauausführung geltend. U lehnt die Beseitigung der gerügten Mängel wegen Unverhältnismäßigkeit ab, reduziert aber seine Forderung um einen Betrag in Höhe von ca. 3.850 Euro. Ein Gutachter bestätigt die gerügten Mängel zum Teil und beziffert die Kosten für die Beseitigung auf ca. 2.300 Euro. B verlangt Mängelbeseitigung. Nach Ansicht des B sind die Fugen zwischen den verlegten Terrassenplatten unterschiedlich breit, im Bereich der Auflagerpunkte der Platten soll Feuchtigkeit nur sehr langsam abtrocknen und ferner bilden sich auf den Platten Rostflecken. U bietet an, die Mängel durch Verschieben der Platten zu beseitigen. Dies lehnt B ab und besteht auf einer Neuverlegung. Das Landgericht verurteilt B zur vollständigen Zahlung des reduzierten Restwerklohns. B legt hiergegen Berufung ein.

#### **Entscheidung**

Nur zu einem kleinen Teil mit Erfolg! Der Anspruch des U auf Restwerklohn ist in Höhe von ca. 14.700 Euro begründet. In Höhe von ca. 6.900 Euro besteht der Anspruch nur Zug um Zug gegen Nacherfüllung der festgestellten Mängel. Ein Anspruch auf Nacherfüllung wegen der Terrassenplatten steht B nicht zu. Nach Ansicht des OLG verweigert U diese zu Recht als unverhältnismäßig. Zudem reicht der gewährte Preisnachlass auch aus, um einen möglichen Minderungsanspruch des B zu erfüllen. Ferner hat B die von U vorgeschlagene Nacherfüllung abgelehnt, gleichwohl U die Art und Weise der Nacherfüllung selbst wählen kann (BGB § 635 Abs. 1). Die Rostflecken auf einem Teil der Platten stellen ebenfalls keinen Mangel dar. Nach gutachterlichen Feststellungen sind bei diesen Platten, die Eisen enthalten, Rostbildungen unvermeidlich. Anhaltspunkte für eine unzureichende Aufklärung des B hierüber vermag das OLG nicht zu erkennen.

#### **Praxishinweis**

Von Interesse an diesem Fall sind insbesondere die Ausführungen zum Umfang der geeigneten Nacherfüllung. Nach § 635 Abs. 1 BGB steht dem Auftragnehmer ein Wahlrecht zu. Im Rahmen seiner Abwendungsbefugnis ist der Auftragnehmer grundsätzlich nur dann zur Vornahme einer bestimmten Art und Weise der Mängelbeseitigung verpflichtet, wenn dieses die einzig mögliche Ausführung ist (BGH, IBR 2011, 398). Lehnt der Auftraggeber eine taugliche Nacherfüllung ab, gerät er zunächst in Annahmeverzug. Im Annahmeverzug kann der Auftraggeber in der Regel lediglich den einfachen und nicht wie üblich den doppelten Betrag der Mängelbeseitigungskosten zurückhalten (BGH, IBR 2002, 361; IBR 2010, 558). Lehnt der Auftraggeber geeignete Maßnahme sogar endgültig ab, kann er seinen Anspruch auf Nacherfüllung gänzlich verlieren (vgl. dazu Kniffka/Krause-Allenstein, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 20.08.2012, § 635 Rz. 31).

**3.9. Beseitigung von Brandschutzmängeln kann nicht verweigert werden!**

- 1. Liegt ein Verstoß gegen Brandschutzbestimmungen vor, ist die Mängelbeseitigung auch dann nicht unverhältnismäßig, wenn die Leistung gebrauchstauglich ist.**
- 2. Der Umstand, dass eine DIN-gerechte Sanierung mangelbehafteter Arbeiten unmöglich ist, führt nicht dazu, dass eine Sanierung auch insoweit unterbleibt, wie sie möglich und notwendig ist.**
- 3. Die Verurteilung zur Vorschusszahlung umfasst regelmäßig die unausgesprochene Feststellung, dass - falls der Vorschuss nicht auskömmlich ist - auch der übersteigende Betrag geschuldet ist. Diese Feststellungswirkung führt dazu, dass der Anspruch auf die übersteigenden Kosten der Mängelbeseitigung erst 30 Jahre nach Rechtskraft des Urteils verjährt. Dabei ist unerheblich, ob neues oder altes Verjährungsrecht Anwendung findet.**

OLG Schleswig, Urteil vom 03.11.2011 - 16 U 132/10; BGH, Beschluss vom 22.11.2012 - VII ZR 222/11 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), BGH IBR 2013, 73

Nachfolgend : BGH, 22.11.2012 - VII ZR 222/11 (NZB zurückgewiesen)  
BGB a.F. § 633 Abs. 3; BGB § 242

**Problem/Sachverhalt**

Ein Bauträger (B) errichtet bis 1998 eine Wohnungseigentumsanlage mit 32 Wohnungen. Auf eine 2003 erhobene Klage der WEG wird B 2006 rechtskräftig zur Zahlung von 80.000 Euro Vorschuss auf die Beseitigungskosten unter anderem von Brandschutzmängeln der Schächte in den Bädern und Fluren sowie von Pfützenbildungen auf Balkonen und Laubengängen verurteilt. 2009 verklagt die WEG den B auf weitere 200.000 Euro Vorschuss zur Beseitigung derselben Mängel. Das Landgericht verurteilt B antragsgemäß. B legt Berufung ein. Er beruft sich auf Verjährung und macht geltend, wegen nur geringfügiger Einschränkungen der Gebrauchstauglichkeit sei der beabsichtigte Kostenaufwand unverhältnismäßig. Auch führe er nicht zu einem DIN-gerechten Bauwerk.

**Entscheidung**

Ohne Erfolg! Der Anspruch auf weiteren Vorschuss zur Mängelbeseitigung ergibt sich aus § 633 Abs. 3 BGB a.F., § 242 BGB. Er ist nicht verjährt. Denn die Verurteilung zur Vorschusszahlung enthält regelmäßig unausgesprochen auch die Feststellung, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist, die gesamten Mängelbeseitigungskosten zu tragen (BGH, IBR 2005, 364; BGH, IBR 2008, 721). Infolge dieser Feststellungswirkung des rechtskräftigen Urteils von 2006 verjährt der weitergehende Vorschussanspruch erst nach 30 Jahren (BGB § 197 Abs. 1 Nr. 3). Die Mängelbeseitigung ist zudem nicht unverhältnismäßig. Denn unabhängig von der Frage der Gebrauchstauglichkeit müssen die gegen Brandschutzbestimmungen verstoßenden Schächte in den Bädern und Fluren saniert werden. Ebenso weisen die Balkone und Laubengänge nicht nur geringfügige Mängel auf, weil dort hohe Rutschgefahr durch Pfützen und noch höhere Sturzgefahr bei Frost besteht. Schließlich scheidet der Vorschussanspruch nicht deshalb, weil an den Türen zu den Balkonen und Laubengängen die Aufbauhöhe für die Abdichtung statt 15 cm maximal 9 cm beträgt, weshalb eine Sanierung der Beläge ohnehin nicht DIN-gerecht möglich ist. Dazu ist im Urteil von 2006 festgestellt worden, dass die Sanierung notwendig ist, weil auf den Bauteilen Wasser steht. Das kann durch die Sanierung behoben werden. Für eine DIN-gerechte Sanierung müssten die Balkone und Laubengänge abgerissen und neu gebaut werden, was jedoch nicht möglich sein soll.

**Praxishinweis**

Die zutreffende Entscheidung enthält im Anschluss an BGH, IBR 2010, 135, auch lesenswerte Ausführungen zur Frage, nach Ablauf welcher Frist der Vorschuss abzurechnen und gegebenenfalls zurückzuzahlen ist.

**3.10. VOB-Vertrag: Für Mängelbeseitigung kann Vorschuss verlangt werden!**

- 1. Auch im VOB-Vertrag hat der Auftraggeber einen Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung.**
- 2. Im Rahmen einer Vorschussklage können die Kosten der Mängelbeseitigung geschätzt werden, wenn hierfür eine ausreichende Grundlage vorhanden ist.**

OLG Frankfurt, Urteil vom 07.12.2010 - 5 U 95/09; BGH, Beschluss vom 26.08.2012 - VII ZR 220/10 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), BGH IBR 2013, 18

Nachfolgend : BGH, 26.08.2012 - VII ZR 220/10 (NZB zurückgewiesen)  
VOB § 13 Nr. 1, 5 Abs. 2

**Problem/Sachverhalt**

Der Auftragnehmer (AN) übernahm im Auftrag des Auftraggebers (AG) die Verlegung von Edelstahlrohren für eine Trinkwasserleitung. Nach der Abnahme wurden Leckstellen an den Schweißnähten der Edelstahlrohre festgestellt. Der AG hatte den AN mehrfach unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Der AN beseitigte die Mängel in der Folgezeit indessen nicht. Daraufhin lehnte der AG die Mängelbeseitigung durch den AN ab und beabsichtigte, die Mängelbeseitigung durch ein Drittunternehmen ausführen zu lassen. Der AG macht gegen den AN einen Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung in Höhe von 104.000 Euro geltend. Die Kosten für die Mängelbeseitigung wurden dabei vom AG auf der Grundlage eines Kostenvoranschlags eines Drittunternehmens geschätzt.

**Entscheidung**

Mit Erfolg! Der AG hat gegen den AN einen Kostenvorschussanspruch. Voraussetzung für den Anspruch ist das Vorliegen eines Mangels (VOB/B § 13 Nr. 1), der auf eine vertragswidrige Leistung zurückzuführen ist (VOB/B § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 1). Ferner muss der Auftragnehmer gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B der Aufforderung zur Mängelbeseitigung in einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nicht nachgekommen sein. Beide Voraussetzungen sind erfüllt. Der vom Gericht bestellte Sachverständige hatte festgestellt, dass die Schweißnähte nicht mangelfrei ausgeführt wurden. Im Übrigen wurde der AN mehrfach vergeblich unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Hinsichtlich der Darlegung zur Anspruchshöhe dürfen nicht die gleich strengen Anforderungen gestellt werden wie bei den Kosten einer Ersatzvornahme. Dem AG wird insoweit zugebilligt, dass er die zu erwartenden Kosten schätzt, wenn hierfür eine ausreichende Grundlage vorhanden ist. Dies kann dann angenommen werden, wenn der AG den Kostenvoranschlag eines Drittunternehmens vorlegt.

**Praxishinweis**

Die Regelung in § 13 VOB/B spricht dem Auftraggeber ausdrücklich keinen Vorschussanspruch zu, während in der seit dem 01.01.2002 gültigen Fassung des § 637 Abs. 3 BGB der Kostenvorschussanspruch erstmals gesetzlich geregelt ist. Gleichwohl geht die Rechtsprechung auch bei einem VOB-Vertrag davon aus, dass der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer einen Kostenvorschussanspruch hat, wenn der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung nicht innerhalb einer vom Auftraggeber gesetzten Frist durchgeführt hat. Die Geltendmachung des Kostenvorschussanspruchs ist allerdings dann ausgeschlossen, wenn der Auftraggeber die Mängel nicht tatsächlich beseitigen will (vgl. BGH, IBR 1999, 206). Dann kommen nur noch Minderung oder Schadensersatz in Betracht. Die Höhe der Kosten einer Ersatzvornahme darf der Auftraggeber schätzen. Denn es handelt sich um eine vorläufige Zahlung, über die am Ende abgerechnet werden muss (BGH, IBR 2001, 254). Reicht der Vorschuss nicht aus, besteht eine Nachschusspflicht des Auftragnehmers (BGH, IBR 2008, 721). Der Vorschussanspruch muss sich allerdings an den tatsächlich zu erwartenden Kosten orientieren und darf nicht gleichsam "ins Blaue hinein" geltend gemacht werden (vgl. KG, IBR 2008, 722).

### **3.11. Dach wird neu eingedeckt: Wer ist für den Regenschutz verantwortlich?**

**Beauftragt der Auftraggeber ein Unternehmen mit dem Abdecken und Entsorgen des alten Daches und ein anderes Unternehmen mit der Neueindeckung, muss er entweder selbst für eine Abplanung zum Schutz vor Feuchtigkeit sorgen oder die Koordination der Abplanung einem der Unternehmen übertragen. Andernfalls besteht kein Anspruch auf Ersatz des Schadens, der durch eindringendes Regenwasser entsteht. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Auftraggeber zu Beginn der Arbeiten auf das Erfordernis einer Notabplanung hingewiesen worden ist und er darauf verzichtet hat.**

OLG Celle, Urteil vom 14.04.2011 - 6 U 112/10; BGH, Beschluss vom 23.05.2012 - VII ZR 106/11 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), BGH IBR 2012, 640

Nachfolgend : BGH, 23.05.2012 - VII ZR 106/11 (NZB zurückgewiesen)  
ATV DIN 18299; BGB §§ 31, 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1, § 823

#### **Problem/Sachverhalt**

Der Auftraggeber (AG) möchte das Dach seines Gebäudes erneuern lassen. "Zwecks Kostenersparnis" beauftragt er einen Auftragnehmer (AN 1) mit der Abdeckung des Daches und einen anderen Auftragnehmer (AN 2) mit der Neueindeckung des Daches. Nach Abschluss der Abdeckungsarbeiten, aber vor Beginn der Neueindeckungsarbeiten dringt durch das offene Dach Feuchtigkeit in das Gebäude ein. Den dadurch entstandenen Schaden in Höhe von über 85.000 Euro klagt der AG gegen AN 1 und AN 2 ein und trägt zur Begründung vor, AN 1 habe die Abplanung vornehmen müssen und AN 2 habe sich zur Koordination dieser Abplanung verpflichtet.

#### **Entscheidung**

Das OLG Celle weist die Klage ab. AN 1 habe zum einen nicht gegen die in Nr. 4.1.10 der ATV DIN 18299 geregelte Pflicht zur Sicherung seiner Arbeiten gegen Regenwasser verstoßen, denn Gegenstand dieser Arbeiten sei nicht das offene Gebäude an sich, sondern nur dessen Abdeckung gewesen. Ebenso wenig habe er seine Pflicht verletzt, sich bei Abwicklung des Vertragsverhältnisses so zu verhalten, dass es nicht zu Verletzungen des Auftraggebers kommt (BGB § 280 Abs. 1), denn dieses Vertragsverhältnis sei bereits beendet gewesen, als das Wasser durch das offene Dach in das Gebäude eindrang. Dass der AG ihn zur Abplanung des Daches angewiesen habe, lasse sich nicht beweisen. Auch eine deliktische Haftung des AN 1 (BGB § 823 i.V.m. § 31 BGB analog) komme nicht in Betracht, weil ihn nicht die (Verkehrssicherungs-)Pflicht getroffen habe, das Eigentum des AG vor Feuchtigkeit zu schützen. Im Übrigen sei nicht feststellbar, dass sich AN 2 dazu verpflichtet habe, für die Abplanung des Daches zu sorgen.

#### **Praxishinweis**

Mit der Klageabweisung erhält der AG die Quittung dafür, dass er die durch die Beauftragung zweier aufeinanderfolgend tätiger Auftragnehmer zwangsläufig entstehende Schnittstelle - die hier mit dem offenen Dach denkbar deutlich in Erscheinung tritt - durch die Gestaltung der jeweiligen Verträge nicht (jedenfalls nicht beweisbar) vermieden/minimiert hat. Trotz Beendigung des Vertrags - besser: Erfüllung der vertraglichen Hauptpflichten - kann ein Auftragnehmer nach § 241 Abs. 2 BGB weiterhin dazu verpflichtet sein, die Rechtsgüter des Auftraggebers zu schützen (sog. nachvertragliche Schutzpflichten).

**3.12. Auftraggeber fachkundig: Keine Prüfungs- und Hinweispflicht**

- 1. Die Prüfungs- und Hinweispflicht des Werkunternehmers ist eine leistungsbezogene Verpflichtung und folgt unmittelbar der Herstellungspflicht der §§ 631, 633 Abs. 2 BGB. Der Umfang der Hinweis- und Prüfungspflicht hängt dabei entscheidend von den Umständen des Einzelfalls ab.**
- 2. Die Prüfungs- und Hinweispflicht folgt dem vom Auftragnehmer übernommenen Leistungsumfang und wird hierdurch begrenzt. Die Prüfungspflicht reicht deshalb nicht über die vertragliche Leistungspflicht und deren Ordnungsmäßigkeit hinaus.**
- 3. Eine Prüfungs- und Mitteilungspflicht entfällt, wenn sich der Auftragnehmer darauf verlassen kann, dass der Auftraggeber selbst hinreichend fachlich in der Lage ist, die Unzulänglichkeiten und Abweichungen von der an sich notwendigen Art der Ausführung zu erkennen.**
- 4. Eine Einstandspflicht des Auftragnehmers wegen eines unterlassenen Hinweises auf eine mangelnde Eignung der ihm zur Verfügung gestellten Materialien besteht nicht, wenn aufgrund des Prozessverhaltens des Auftraggebers feststeht, dass dieser aus einem etwaigen Hinweis keine Konsequenzen gezogen hätte.**

OLG Celle, Urteil vom 23.03.2011 - 14 U 89/09; BGH, Beschluss vom 09.08.2012 - VII ZR 93/11 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen) BGH IBR 2012, 580

Vorhergehend : LG Hannover, 24.04.2009 - 4 O 109/06

Nachfolgend : BGH, 09.08.2012 - VII ZR 93/11 (NZZB zurückgewiesen)

BGB §§ 280, 281, 631, 633 Abs. 2, § 634 Nr. 4, § 636; VOB/B § 4 Abs. 3, § 13 Abs. 3

**Problem/Sachverhalt**

Ein seit 22 Jahren nicht mehr praktizierender Bauingenieur beschichtet als Auftraggeber (AG) in Eigenleistung eine Fassade mit Dämmmaterial und beauftragt einen Putzer als Auftragnehmer (AN), hierauf mit vom AG gestelltem Material eine Armierungsschicht und einen Strukturputz aufzubringen. Nach Ausführung der Arbeiten macht der AG Schadensersatzansprüche wegen Mängeln geltend. Vor Gericht beharrt er entgegen der Darstellung des Gutachters darauf, dass seine Gesamtkonstruktion mit den von ihm ausgewählten Materialien bei fachgerechter Leistung des AN ein mangelfreies Wärmedämmverbundsystem (WDVS) ergeben hätte.

**Entscheidung**

Der AG unterliegt im Prozess. Sachverständig beraten geht das OLG davon aus, dass die Leistung des AN zwar nicht fachgerecht in das vom AG angestrebte Wärmedämmverbundsystem passe, ansonsten jedoch mangelfrei sei. Mit den in den Leitsätzen genannten Gründen verneint das OLG eine Haftung wegen nicht erfolgter Prüfungen und Hinweise zur Funktion des WDVS.

**Praxishinweis**

Die vorsorglich kumulierten Begründungen des OLG in den Leitsätzen sprechen für eine recht "knappe" Entscheidung zu Gunsten des AN. Das Urteil ist sicher kein pauschaler Freibrief für lediglich mit Einzelleistungen beauftragte Putzer bei Funktionsproblemen im erkennbaren Zusammenhang mit einem WDVS. Auch sollte man bei Ingenieuren, zumal nicht mehr praktizierenden, regelmäßig nicht von einer Entbehrlichkeit derartiger Prüfungen und Hinweise ausgehen. Schließlich liefert das Prozessverhalten des AG mit der "Quittung" im letzten Leitsatz ein Paradebeispiel für den gelegentlich kontraproduktiven Umgang der Parteien mit gerichtlichen Gutachten. Der AG hätte zumindest klarstellen sollen, dass er bei entsprechenden Hinweisen des AN vor Ausführung der Arbeiten unter Hintanstellung seiner fachlichen Gegenauffassung vorsorglich als sichersten Weg die Ausführung entsprechend dem Hinweis geändert hätte.

.....