

Hochbau Recht

Zeitschrift zur Praxis des HochbauRechts



Heft 03 | März 2026

9.00 € Einzelheft

6.00 € Abonnement

HERAUSGEBER

RA Dr. jur. Thomas Ax

REDAKTION

Sivan Novotny

03 | 26

AX VERLAG



FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

INHALT

Von der Redaktion	5	Mein Hauskauf: Keller feucht: Wann liegt Arglist vor?	45
Rechtsprechung	7	Mein Hausbau: Verkäuferangabe zu Speicherkapazität ist vereinbarte Beschaffenheit	45
Mein Hausbau: OVG Niedersachsen: Klage auf Feststellung, dass ein Nachbargebäude nicht von einer Baugenehmigung gedeckt ist in Relation zu einer Verpflichtungsklage auf bauaufsichtliches Einschreiten	7	KI-Schriftsatz ist auf „erfundene“ Rechtsprechungsätze zu überprüfen	47
BGH ua zu der Frage, dass die Übermittlung von Bauablaufplänen keine Anordnung des Auftraggebers im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B darstellt, wenn mit ihnen lediglich auf behinderungsbedingte Störungen des Vertrags reagiert wird	14	Mein Hausbau: Energieberatung = Dienstvertrag	47
BGH ua zu der Frage, dass eine zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B auch aus mittelbaren bauzeitlichen Auswirkungen wie etwa Gerätestillstand von - unmittelbar Änderungen des Bauentwurfs betreffenden - Anordnungen gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B resultieren kann	21	Praxistipps	48
BGH ua zu der Frage, dass Faktoren, die nicht Bestandteil der Berechnung des ursprünglichen Einheitspreises sind, bei dessen Anpassung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (2012) unberücksichtigt bleiben	26	Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung	48
OLG Jena zu der Frage, dass Bedarfspositionen einer Preisanpassung zugänglich sind, wenn die Parteien bezüglich dieser Position, bei der sich der Auftraggeber ein Wahlrecht vorbehält, ob sie ausgeführt werden soll oder nicht, von einer bestimmten zu erwartenden Mehrmenge ausgegangen sind	30	Auftragnehmer als Verwender muss seinen im Baubereich nicht bewanderten Vertragspartner in die Lage versetzen, sich vor Vertragsschluss in geeigneter Weise Kenntnis von der VOB zu verschaffen	48
Beiträge	40	Ax Akademie - Schulungen	49
Voraussetzungen einer Teilkündigung gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B gegeben, außerordentliche Gesamtkündigung möglich?	40	Erfolgreiche und praxistaugliche Leistungsbeschreibungen	49
Kündigungstatbestand aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B hält einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB stand, wenn die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart ist	40	Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge an Generalüber- und Generalunternehmer	49
Sind im Rahmen des § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B auch Zwischenfristen pönalisierbar?	42	Neue Themen für Inhouse-Schulungen in Präsenz	51
Unterliegt die Ausübung des Kündigungsrechts in zeitlicher Hinsicht einer starren Beschränkung?	43	Bauvergaben - Typische Fallstricke erkennen und vermeiden	51
Mein Hauskauf: Der Verkäufer ist gehalten, Fragen des Käufers zum Zustand der Immobilie vollständig und wahrheitsgemäß zu beantworten	43	Die 10 häufigsten Fehler im Vergabeverfahren erkennen und vermeiden	52
Mein Hausbau: Unsachgemäße Beseitigung von Wurzeln stellt eine Überschreitung des Selbsthilferechts dar	44	Qualifizierung für Fach- und Führungskräfte aus Vergabestellen	53
		Der Schulungsleiter RA Dr. Thomas Ax	55
		Stellenanzeigen	56
		Rechtsanwalt (w/m/d) im privaten Baurecht für Kanzlei bei Heidelberg	56
		RECHTSANWÄLTE (m / w / d) Vergaberecht in bester Lage bei Heidelberg	57
		Redakteure m/w/d gesucht:	58
		BESTELLFORMULAR	59
		Impressum	60

Von der Redaktion

Bei größeren Bauvorhaben kommt es sehr oft zu gestörten Bauabläufen. Die Folgen sind für alle Beteiligten schwierig zu handhaben, da Bauzeit ein interdisziplinäres Thema ist. Unsere Hochbaurecht behandelt daher baubetriebliche und juristische Themen. Schwerpunkte sind die Behandlung gestörter Bauabläufe auch unter Berücksichtigung des neuen Bauvertragsrechts und der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Wir setzen uns auch mit den Anforderungen der Rechtsprechung an Darlegung und Nachweise von Bauzeitansprüchen auseinander und erörtern Praxisbeispiele. Wir wünschen angenehme Lektüre.

Ihre Redaktion

Rechtsprechung

Mein Hausbau: OVG Niedersachsen: Klage auf Feststellung, dass ein Nachbargebäude nicht von einer Baugenehmigung gedeckt ist in Relation zu einer Verpflichtungsklage auf bauaufsichtliches Einschreiten

vorgestellt von Thomas Ax

Die Klage auf Feststellung, dass ein Nachbargebäude nicht von einer Baugenehmigung gedeckt ist, ist zu einer Verpflichtungsklage auf bauaufsichtliches Einschreiten weder subsidiär, noch fehlt dem Kläger aufgrund der Möglichkeit einer solchen Klage das Rechtsschutzbedürfnis. Der Umstand, dass die Genehmigungsbehörde in der Formensprache einer Nachtragsbaugenehmigung gehandelt hat, schließt im Einzelfall die Annahme einer Vollgenehmigung des geänderten Vorhabens nicht aus.

OVG Niedersachsen, Urteil vom 19.03.2026 - 1 LB 19/25

Tatbestand

Der Kläger wendet sich - in erster Instanz erfolgreich - gegen zwei durch den Beklagten der Beigeladenen zu 1. und Berufungsklägerin erteilte, als Nachtragsbaugenehmigungen bezeichnete Bescheide, die im Zusammenhang mit einer umfangreichen baulichen Umgestaltung seines Nachbargrundstücks erlassen wurden.

Der Kläger ist Eigentümer eines mit einem zweigeschossigen Wohngebäude bebauten Grundstücks in der Innenstadt der Beigeladenen zu 2. (C. -Straße 18). An die rückwärtige Südseite seines Grundstücks grenzt der rückwärtige Bereich des Vorhabengrundstücks an. Dieses war ursprünglich in seinem vorderen, östlichen Bereich mit einem zweieinhalbgeschossigen Hauptgebäude mit Gaststätte im Erdgeschoss und Pensionszimmern in den Obergeschossen bebaut, im an das Klägergrundstück angrenzenden rückwärtigen, westlichen Bereich durch einen Hinterhof und dahinter ein eingeschossiges Nebengebäude mit Flachdach ausgenutzt.

Mit Bauschein vom 16. Oktober 2014 erhielt die Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1. die Genehmigung zu "Umbau und Erweiterung" des Hauptgebäudes. Im Erdgeschoss sollte der Norden des Innenhofs überbaut werden. Dieser Anbau und ein Großteil des bestehenden Erdgeschosses sollten in einen Speise-

raum der Gaststätte umgewandelt, von den Innenwänden dort nur noch Stützpfeiler belassen werden. Im Südwesten des bestehenden Erdgeschosses sollten Nebenräume (Küche, Toiletten u.ä.) durch Wände abgetrennt werden. Die Treppe ins Obergeschoss sollte im Südosten angeordnet werden und einen separaten Zugang von der Straße erhalten. Im Ober- und Dachgeschoss sollte ein rückwärtiger, auf Teile des Erdgeschossanbaus aufgesetzter Anbau entstehen. Das Dach des Bestandsbaus sollte erhöht werden. Die Innenaufteilung des Bestandsbaus sollte in Ober- und Dachgeschoss verändert werden, um die bisherigen Pensionszimmer durch Ferienwohnungen zu ersetzen. Die Ostfassade des Dachgeschosses sollte durch zwei zurückgesetzte Loggien und zwei mit der Fassade des Obergeschosses bündige Gauben gegliedert werden. Das Nebengebäude an der Westgrenze des Grundstücks sollte unverändert bleiben.

Bei Ortsbesichtigungen stellte der Beklagte fest, dass die Beigeladene zu 1. teilweise abweichend von der Baugenehmigung baute. Mit Bescheid vom 13. April 2017 verfügte er zunächst die Einstellung der Bauarbeiten, erteilte der Beigeladenen zu 1. dann unter dem 19. Oktober 2017 eine als Nachtragsbaugenehmigung bezeichnete Genehmigung. Die grüngestempelten Bauvorlagen weisen gegenüber der Genehmigung vom 16. Oktober 2014 insbesondere folgende bauliche Änderungen aus: Die ursprünglich für Nebenräume vorgesehene Fläche im Erdgeschoss des Bestandsbaus ist teilweise in den Gastraum integriert; die hier vorhandenen Innenwände sind durch Stützpfeiler ersetzt. Stattdessen ist die Fläche des rückwärtigen Anbaus überwiegend in Nebenräume der Gastwirtschaft aufgeteilt. Die Fenster und Türen in der Straßenfassade sind wesentlich verändert. Die Nordwand im Bereich des Bestandsbaus wird verstärkt. Während auf Grundlage der Baugenehmigung von 2014 noch Teile der Erdgeschossdecke als Holzbalkendecke unverändert bleiben sollten, ist nun eine durchgängige Stahlbetondecke vorgesehen. Auch die ursprünglich insgesamt als Holzbalkendecke zu erhaltende Decke des 1. Obergeschosses soll nunmehr durch eine Stahlbetondecke ersetzt werden. Das Nebengebäude an der westlichen Grundstücksgrenze wird abgebrochen und auf den nördlichen zwei Dritteln seiner Grundfläche durch einen Bau gleicher Kubatur und Raumaufteilung ersetzt. Die Raumaufteilung im 1. Obergeschoss und Dachgeschoss ist nochmals verändert. Auf dem Dach des Bestandsbaus ist ein Technikraum aufgesetzt. Teil der Bauvorlagen ist eine Stellplatzabläsevereinbarung vom 14. September 2017. Hinsichtlich der Einzelheiten des

Bauscheins und der Bauvorlagen wird auf den Inhalt der Beilakte 003 Bezug genommen.

Gegen diese Genehmigung hat der Kläger nach erfolglosem Widerspruchsverfahren zunächst Anfechtungsklage erhoben, u.a. mit dem Vortrag, die Genehmigung sei als Nachtragsbaugenehmigung erteilt und als solche unwirksam, da die Ursprungsbaugenehmigung, auf die sie sich beziehe, aufgrund der Errichtung eines "aliud" erloschen sei.

Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens erteilte der Beklagte der Beigeladenen zu 1. Unter dem 27. Juli 2021 eine weitere als Nachtragsbaugenehmigung bezeichnete Genehmigung, die - neben weiteren Änderungen der Raumaufteilung im Erd- und Kellergeschoss sowie im Nebengebäude und einer Überdachung der Kellertreppe - die Errichtung einer Abluftanlage mit einer trapezförmigen Einhausung auf dem Dach des rückwärtigen Anbaus des Hauptgebäudes zum Gegenstand hatte. Diese hat der Kläger nach Zurückweisung seines erhobenen Widerspruchs fristgerecht in das Verfahren einbezogen und sich zur Begründung auf seine Widerspruchsbegründung bezogen.

In der mündlichen Verhandlung hat er seinen Antrag umgestellt und beantragt,

festzustellen, dass die Nachtragsbaugenehmigung vom 19. Oktober 2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Januar 2018 und die Nachtragsbaugenehmigung vom 27. Juli 2021 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. August 2023 unwirksam sind sowie

hilfsweise,

die Baugenehmigung vom 19. Oktober 2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Januar 2018 und die Nachtragsbaugenehmigung vom 27. Juli 2021 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. August 2023 aufzuheben.

Das Verwaltungsgericht hat der Klage mit dem Hauptantrag stattgegeben. Die Feststellungsklage sei zulässig. Die Subsidiarität gegenüber der Anfechtungsklage stehe dem nicht entgegen, da der Kläger schon die Wirksamkeit der Nachtragsgenehmigungen bestreite. Der Kläger verfüge über ein Feststellungsinteresse; dies sei stets der Fall, wenn bei einer dem Nachbarn erteilten, ausdrücklich als solche deklarierten Nachtragsgenehmigung eine wirksame Ursprungsbaugenehmigung

fehle. Die Klage sei auch begründet. Die angegriffenen Bescheide seien tatsächlich Nachtrags- und keine eigenständigen Baugenehmigungen. Dies ergebe die gebotene Auslegung vom objektiven Empfängerhorizont aus. Neben ihrer ausdrücklichen Bezeichnung spreche für die Einordnung als Nachtragsgenehmigung, dass in ihnen auf die Geltungsdauer der Ursprungsgenehmigung und den Fortbestand der zu dieser erteilten Nebenbestimmungen verwiesen werde und dass in den Bauvorlagen der Bestand sowie der Regelungsinhalt der Baugenehmigung von 2014 und derjenige der Nachtragsgenehmigung(en) durch unterschiedliche Färbungen kenntlich gemacht worden seien. Die Nachtragsgenehmigungen seien unwirksam, da die Ursprungsgenehmigung bei ihrer Erteilung bereits erloschen gewesen sei. Die Baumaßnahmen der Beigeladenen zu 1. seien kein Baubeginn; sie hätten nicht dem genehmigten Vorhaben, sondern einem aliud gegolten. Dies hätten der Beklagte und die Beigeladene zu 2. anlässlich von Vorortkontrollen zunächst selbst so gesehen. Ein aliud liege vor, wenn sich das errichtete vom genehmigten Vorhaben in Bezug auf baurechtlich relevante Kriterien unterscheide; dies sei der Fall, wenn sich für das abgewandelte Bauvorhaben die Frage der Genehmigungsfähigkeit neu stelle, d.h. wenn die Abweichungen die Grenze einer gewissen "Erheblichkeit" überschritten. Das sei hier der Fall.

Die eingangs dargestellten Änderungen erforderten eine erneute Prüfung der statischen Tragfähigkeit, der brandschutzrechtlichen und -technischen Anforderungen und des Grenzabstandsrechts. Die Frist nach § 71 Satz 1 NBauO sei nicht durch die zeitweise geltende Baueinstellungsverfügung des Beklagten gehemmt gewesen, da deren Erlass von der Beigeladenen zu 1. zu vertreten gewesen sei. Auch die Nachtragsbaugenehmigungen hätten eine Verlängerung der Geltungsdauer nicht bewirkt. Eine Umdeutung der Nachtrags- in selbständige Baugenehmigungen komme nicht in Betracht, da sie auf einen anderen Regelungsgehalt gerichtet seien als diese und u.a. für den Kläger ungünstigere Rechtsfolgen hätten.

Die Beigeladene zu 1. begründet ihre vom Senat zugelassene Berufung wie folgt: Die Klage sei bereits unzulässig, da der Kläger die Frist des § 6 UmwRG nicht eingehalten habe. Das ausgeführte stelle gegenüber dem am 16. Oktober 2014 genehmigten Vorhaben kein aliud dar. Dies führt sie mit Blick auf jede einzelne Änderung aus. Namentlich die statik- und brandschutzrelevanten Umstände hätten sich nicht grundlegend geändert. Auch der Prüfsachverständige, der die Änderungen begleitet habe, sei zu keinem Zeitpunkt von einem aliud

ausgegangen. Ferner habe das Verwaltungsgericht verkannt, dass die Genehmigung vom 19. Oktober 2017 keine Nachtrags-, sondern eine vollständige Neugenehmigung sei; der Landkreis habe in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht selbst erklärt, das Vorhaben wie ein Neuvorhaben geprüft zu haben. Auch die Korrespondenz des Beklagten mit dem Architekten verdeutliche, dass eine Nachtragsgenehmigung nicht beabsichtigt gewesen sei. Das sei auch für den Kläger, der Akteneinsicht gehabt habe, erkennbar gewesen. Sehe man dies anders, komme jedenfalls eine Umdeutung in eine Neugenehmigung in Betracht. Die Dreijahresfrist des § 71 Satz 1 NBauO sei durch die Baueinstellungsverfügung vom 13. April 2017, die auf Irrtümern des Beklagten, nicht auf Fehlverhalten der Beigeladenen zu 1. beruht habe, durch das Bauverbot nach der Lärmschutzverordnung der Beigeladenen zu 2. im Zeitraum vom 15. Mai bis 30. September 2017 und durch den Drittrechtsbehelf des Klägers vom 3. November 2017 gehemmt worden; da über den Drittrechtsbehelf nicht rechtskräftig entschieden sei, dauere die Hemmung noch an. Der Kläger sei durch die Baugenehmigungen schließlich nicht in seinen Rechten verletzt. Die Baugenehmigungen seien nicht zu seinen Lasten unbestimmt.

Die Beigeladene zu 1. beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Oldenburg vom 10. September 2024, AZ: XXX, die Klage abzuweisen.

Der Beklagte stellt keinen Antrag und meint, die Klage sei mit dem Feststellungsantrag bereits unzulässig, da dieser subsidiär zu einer vom Kläger zu erhebenden Verpflichtungsklage, gerichtet auf ein bauaufsichtliches Einschreiten des Beklagten gegen das Vorhaben, sei. Eine solche Verpflichtungsklage habe der Kläger nicht erhoben. Ferner sei die Klagebegründungsfrist des § 6 UmwRG verstrichen. Die Klage sei auch unbegründet. Das ausgeführte stelle gegenüber dem 2014 genehmigten Vorhaben kein aliud dar. Mit Blick auf die Genehmigung vom 19. Oktober 2017 sprächen die besseren Gründe für eine unselbständige Nachtragsgenehmigung, die sich auf die erteilte Ausgangsgenehmigung bezogen habe. Danach habe der Kläger aber nur noch Nachbarrechtsverletzungen geltend machen können, die sich gerade aus den Änderungen gegenüber der Ausgangsgenehmigung ergäben. Namentlich die Fragen des Grenzabstands und des Entwässerungskonzepts seien nicht neu aufgeworfen worden.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er macht geltend, er habe seine Klage innerhalb der Frist des § 6 UmwRG durch Bezugnahme auf sein Widerspruchsvorbringen sowie durch Schriftsätze vom 26. Februar, 16. März und 13. April 2018 ausreichend begründet. Die eigentliche Klagebegründung vom 13. Juni 2018 habe nur noch Vertiefungen enthalten. Auch der Vortrag hinsichtlich der in das Verfahren einbezogenen "Nachtragsgenehmigung" vom 27. Juli 2021 sei fristgemäß erfolgt.

In der Sache sei gegenüber der Ausgangsgenehmigung ein aliud gebaut worden; das habe auch eine Mitarbeiterin des Beklagten zunächst so gesehen. Die Ausgangsgenehmigung sei für den Umbau eines bestehenden Gebäudes unter Beibehaltung des Bestandsschutzes erteilt worden; das tatsächlich errichtete Vorhaben stelle sich dagegen als Neubau dar. Schon der komplette Austausch der Dachkonstruktion führe zur Annahme eines aliud. Die Genehmigung vom 19. Oktober 2017 sei eine Nachtragsgenehmigung; das habe der Beklagte im Widerspruchsbescheid selbst geltend gemacht. Eine Umdeutung komme aus den vom Verwaltungsgericht angeführten Gründen nicht in Betracht. Die Baueinstellungsverfügung gehe auf das Verhalten der Beigeladenen zu 1. zurück und könne die Ausführungsfrist des § 71 Satz 1 NBauO daher nicht hemmen. An seiner Auffassung, das Vorhaben verletze Nachbarrechte sowohl infolge eines Grenzabstandsverstößes, als auch eines Verstößes gegen das Rücksichtnahmegebot, halte er fest.

Die Beigeladene zu 2. sowie die Beigeladenen zu 3. bis 14. haben sich im Berufungsverfahren zur Sache nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten und des Sachverhalts wird auf die Gerichtsakte und die Beiakten verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung ist begründet. Das Verwaltungsgericht hat der Klage zu Unrecht stattgegeben.

I.

Die Klage hat mit dem Hauptantrag, den der Senat nach § 88 VwGO gemäß dem Begehren des Klägers als Antrag,

festzustellen, dass das Vorhaben der Beigeladenen zu 1. in der Fassung des Bauscheins 1861/2020 insgesamt nicht durch eine wirksame Baugenehmigung gedeckt ist,

auslegt, keinen Erfolg.

1. Die Klage mit dem so formulierten Antrag ist zulässig.

Die vom Verwaltungsgericht nicht geprüfte, aber analog § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche Klagebefugnis des Klägers ergibt sich aus seinem Vortrag, dass das (Gesamt-)vorhaben in der Gestalt, die es durch die letzte Nachtragsgenehmigung erhalten hat, ihn, wäre es nicht durch eine Genehmigung legalisiert, in subjektiv-öffentlichen Rechten verletzen würde. Dieser Vortrag greift, wie die Ausführungen unter II. zeigen werden, zwar im Ergebnis nicht durch, seine Richtigkeit ist aber nicht von vornherein nach jeder denkbaren Betrachtungsweise ausgeschlossen.

Das Feststellungsinteresse des Klägers ergibt sich daraus, dass eine bei Unwirksamkeit der Baugenehmigung(en) beachtliche materielle Baurechtswidrigkeit des Vorhabens Grundlage für ein bauaufsichtliches Einschreiten des Beklagten sein müsste.

Der Klage steht aus den vom Verwaltungsgericht angeführten Gründen auch nicht die Subsidiarität einer Anfechtungsklage gegen die Baugenehmigungen entgegen, da der Kläger sich nicht auf deren Rechtswidrigkeit, sondern auf das nachträgliche Erlöschen der Ursprungs- und die anfängliche Unwirksamkeit der "Nachtrags"-Genehmigungen beruft. Die Anfechtungsklage setzt dagegen einen wirksamen Verwaltungsakt voraus.

Auch zu einer Verpflichtungsklage auf bauaufsichtliches Einschreiten gemäß § 79 NBauO ist die Feststellungsklage weder subsidiär, noch fehlt es an einem Rechtsschutzbedürfnis des Klägers, weil der Kläger sein Klageziel effektiver mit einer entsprechenden Verpflichtungsklage erreichen könnte (a.A. OVG NRW, Urt. v. 21.1.2016 - 2 A 718/15 -). Angesichts der Tatsache, dass die Bauaufsichtsbehörden in Niedersachsen nach ständiger Senatsrechtsprechung gegen baurechtswidrige Zustände in der Regel einzuschreiten haben und

hiervon nur bei Vorliegen besonderer Umstände absehen können (vgl. zuletzt Senatsurt. v. 5.6.2025 - 1 LB 127/23 -, BauR 2025, 1510), muss der Baunachbar - jedenfalls wenn die Bauaufsichtsbehörde bisher von der formellen Legalität des Bauvorhabens ausgeht - nicht gleichsam präventiv der Möglichkeit vorbeugen, dass ein Feststellungsurteil folgenlos bleiben wird. Der Sachverhalt stellt sich insoweit nicht wesentlich anders dar als im Falle der Anfechtungsklage gegen eine Baugenehmigung; auch für diese fehlt das Rechtsschutzinteresse nicht schon dann, wenn der Baunachbar es versäumt, sie mit einem Annexantrag auf bauaufsichtliches Einschreiten (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO) zu verbinden.

2. Der Hauptantrag ist aber unbegründet. Das Vorhaben ist unabhängig davon, ob die Baugenehmigung vom 16. Oktober 2014 infolge der Errichtung eines aliud erloschen ist, von einer wirksamen Baugenehmigung gedeckt, da die Baugenehmigung vom 19. Oktober 2017 das Vorhaben in der in ihr beschriebenen Gestalt insgesamt neu legitimiert und nicht lediglich eine unselbständige Nachtragsgenehmigung zur Genehmigung vom 16. Oktober 2014 darstellt. Ob die Genehmigung vom 27. Juli 2021 eine Voll- oder - was weitaus näher liegt - eine unselbständige Nachtragsgenehmigung darstellt, kann daher dahinstehen.

Dem Kläger und dem Verwaltungsgericht ist zuzugeben, dass der Wortlaut des Bauscheins stark gegen ein solches Verständnis spricht. Das gilt zum einen für die Bezeichnung als Nachtragsbaugenehmigung, die außer im Bauschein selbst auch im Bauantrag und in den grüngestempelten Bauvorlagen vorkommt. Auch der im Bauschein enthaltene Hinweis "Diese Nachtragsgenehmigung verlängert nicht die Geltungsdauer der Ursprungsgenehmigung" träfe zwar streng genommen auch auf eine neue Vollgenehmigung zu; seine Aufnahme wäre bei einer solchen aber sinnlos, da von der Ursprungsgenehmigung kein Gebrauch mehr gemacht werden müsste. Die Aufnahme dieses Satzes, der angesichts der Erteilung der "Nachtragsgenehmigung" nach Ablauf der Geltungsdauer der Ursprungsgenehmigung die gesamte Genehmigungserteilung ad absurdum führen würde, zeigt aber bereits, dass es sich nicht um eine fallbezogen gewählte Formulierung, sondern um einen - freilich aus dem "Baukasten" für Nachtragsgenehmigungen entnommenen - Textbaustein handelt. Der Umstand, dass der Beklagte in der Formensprache einer Nachtragsbaugenehmigung gehandelt hat, lässt jedoch für sich genommen keinen zwingenden Schluss darauf zu, dass tatsächlich eine unselbständige Genehmigung nur einzelner baulicher Veränderungen des

Vorhabens gegenüber der Ursprungsgenehmigung erteilt wurde; das sieht auch das Verwaltungsgericht richtig.

Die weiteren von ihm für eine Nachtragsgenehmigung angeführten Indizien haben nur geringes Gewicht. Dass die Genehmigung im Text gestattet, "gemäß § 70 NBauO die vorgenannte Baumaßnahme abweichend von der Baugenehmigung vom 16.10.2014 entsprechend den beigegeführten Bauvorlagen auszuführen", würde auch zu einer Änderungs(voll)genehmigung passen. Auch der Satz "Die Bedingungen, Auflagen und Hinweise der Ursprungsgenehmigung sind weiterhin Bestandteil dieser Nachtragsgenehmigung, soweit sie nicht ausdrücklich aufgehoben oder geändert worden sind" zwingt nicht zur Annahme einer echten Nachtragsgenehmigung. Es kann sich dabei auch um eine vereinfachte Regelungstechnik durch Verweis handeln. Relativiert wird dieser Hinweis ferner dadurch, dass der "Nachtragsgenehmigung" zahlreiche Nebenbestimmungen beigegeführt sind, die bei einer bloßen Ergänzung der Ausgangsgenehmigung überflüssig wären, da sie sich nicht auf die Veränderungen, sondern auf bereits mit der Ursprungsgenehmigung zugelassene Nutzungen und Bauelemente beziehen. Auch der Umstand, dass in den Bauvorlagen die Veränderungen gegenüber der Ausgangsgenehmigung vom 16. Oktober 2014 farblich gekennzeichnet sind, spricht nicht unbedingt für eine unselbständige Nachtragsgenehmigung, da die Kennzeichnung der Änderungen der Baugenehmigungsbehörde auch bei Erteilung einer Neugenehmigung die Arbeit erleichtert.

Für die Auslegung unerheblich ist, dass der Beklagte im Widerspruchsverfahren die Auffassung vertreten hat, die "Nachtragsgenehmigung" habe sich auf die Abweichungen gegenüber der Ursprungsgenehmigung beschränkt; das ist eine nachträglich vertretene Rechtsauffassung, die nicht geeignet ist, den Inhalt der Ausgangsgenehmigung zu ändern.

Das gilt auch mit Blick darauf, dass der Beklagte ungeachtet der Tatsache, dass er in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht angegeben hat, man habe den "Nachtragbauantrag" wie den Antrag auf eine Vollgenehmigung geprüft, im Berufungsverfahren jedenfalls schriftsätzlich wiederum den Standpunkt vertreten hat, die besseren Gründe sprächen für die Annahme einer bloßen Nachtragsgenehmigung.

Für das Verständnis der Baugenehmigung entscheidend ist aus Sicht des Senats, dass der Beklagte das Bauvorhaben - aus den Akten eindeutig erkennbar -

tatsächlich umfassend erneut geprüft und auf dieser Grundlage auch gegenüber der Genehmigung vom 16. Oktober 2014 neue Anforderungen gestellt hat, die sich aus einem auf die baulichen Änderungen beschränkten Vorhabenumfang nicht hätten rechtfertigen lassen. Schon in der grüngestempelten Baubeschreibung werden Angaben zum Gesamtgebäude - insbesondere auch zu den Gesamtherstellungskosten - gemacht. Neben der auf die Änderungen bezogenen "Ergänzenden Betriebsbeschreibung" ist auch die auf das Gesamtvorhaben bezogene Ursprungsbetriebsbeschreibung Teil der Bauvorlagen und grüngestempelt. Neu erstellt worden war der Brandschutznachweis; auch die Nachbarrechte nicht nur des Klägers waren erneut Gegenstand der bauaufsichtlichen Prüfung.

Nicht zuletzt aufgrund seiner wirtschaftlichen Bedeutung kommt besonderes Gewicht dem Umstand zu, dass, abweichend von den Bauvorlagen der Ausgangsgenehmigung, der Stellplatznachweis sich nicht mit einem Vergleich der für die Nutzung bis 2014 und der für die aktuelle Nutzung benötigten Stellplätze begnügt. Dieser Vergleich ist vielmehr grün durchgestrichen, mit dem Zusatz "'Neubau', Stellplätze sind abzulösen!" versehen, und ihm ist eine grüngestempelte Ablösevereinbarung vom 14. September 2017 beigegeführt. Für einen Nachtrag wäre diese Vorgehensweise nicht erforderlich und als Forderung der Bauaufsicht auch nicht zulässig gewesen, da nicht die Änderungen gegenüber dem 2014 genehmigten Bauvorhaben, sondern nur das Gesamtbauvorhaben, erstmals verstanden als Neuvorhaben, den von null auf vierzehn Stellplätze gesteigerten Stellplatzbedarf auslösen würde.

Die Indizwirkung der Bauvorlagen wird insoweit durch die schriftlich dokumentierte, durch den Grüneintrag in der Baugenehmigung angedeutete und daher für die Auslegung der Baugenehmigung berücksichtigungsfähige (vgl. Senatsurt. v. 20.2.2014 - 1 LB 198/11 -, BauR 2014, 1131) Entwicklung des Genehmigungsverfahrens verstärkt. Danach war die Beigeladene zu 1. Anfang 2016 noch der Auffassung, die von ihr zur Nachgenehmigung zu beantragenden Änderungen seien punktueller Natur und ließen den - ihr etwa mit Blick auf eine Stellplatzablösung, die dort, offenbar in der Annahme einer Identität des Ursprungsvorhabens mit dem Altgebäude und eines daraus folgenden Bestandsschutzes nicht gefordert wurde, günstigen - Bestand der Ursprungsgenehmigung unberührt. Um sich die Vorteile der Ursprungsgenehmigung zu erhalten, war die Beigeladene zu 1. auch bereit, sinnvolle Änderungen, etwa den Austausch von Holz- gegen Stahlbetondecken zu unterlassen (vgl. Vermerk auf gelbem Klebezettel vom

22.1.2016, BA 002 Bl. 100). In der zweiten Jahreshälfte einigten sich die Beteiligten jedoch darauf, dem weiteren Genehmigungsverfahren den Rechtsstandpunkt der Beigeladenen zu 2. zugrunde zu legen, dass es sich bei dem Vorhaben um ein Neubauvorhaben handle, das daher eines Stellplatznachweises bzw. einer Stellplatzablösung bedürfe. Dies nahm die Beigeladene zu 1. dann zum Anlass, auch den Deckenaustausch, den der Beklagte im Jahr 2016 als unvereinbar mit dem Anliegen einer Legalisierung durch bloßen Nachtrag angesehen hatte, zur Genehmigung zu stellen (vgl. Stellungnahmen der Beigeladenen zu 2. vom 10.7.2017 und 18.8.2017, BA 003 Bl. 26, 33; sowie E-Mail-Verkehr der Beigeladenen zu 1. und des Beklagten vom 1.9.2017 und 12.9.2017, BA 003 Bl. 35, 40-42). Diese Genese erklärt auch die auf eine Nachtragsbaugenehmigung zugeschnittene Form der Genehmigung vom 19. Oktober 2017: Die Beteiligten haben es versäumt, dem erst relativ spät im Genehmigungsverfahren realisierten Übergang vom Nachtrags- zum Vollgenehmigungsantrag durch eine redaktionelle Überarbeitung der Bauvorlagen und des Bauscheins Rechnung zu tragen. Für die durch Auslegung aus dem Gesamteindruck der maßgeblichen Unterlagen zu ermittelnde Rechtsnatur der Genehmigung kann dies jedoch nicht entscheidend sein.

II.

Der zulässige Hilfsantrag auf Aufhebung der Baugenehmigung vom 19. Oktober 2017 und der Nachtragsgenehmigung vom 27. Juli 2021 in Gestalt der zu diesen jeweils ergangenen Widerspruchsbescheide ist unbegründet. Die Genehmigungen verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Eine solche Rechtsverletzung würde sich nicht aus jeder Rechtswidrigkeit der Genehmigungen, sondern könnte sich lediglich aus einem Verstoß gegen Vorschriften ergeben, die gerade auch dem Schutz des Klägers zu dienen bestimmt sind. Solche Verstöße liegen nicht vor.

1. Das gilt zunächst mit Blick auf etwaige Grenzabstandsverletzungen. Sowohl hinsichtlich des grenzständig errichteten Erdgeschosses des Hauptgebäudes, als auch der von der Nordgrenze des Baugrundstücks zurückgesetzten Obergeschosse einschließlich der eingehausten Lüftungsanlage auf dem Gebäudedach, als auch hinsichtlich des grenzständigen Nebengebäudes an der rückwärtigen Grundstücksgrenze legitimieren die Baugenehmigungen keine Grenzabstandsverletzungen, auf die sich der Kläger berufen könnte.

Mit Blick auf das Erdgeschoss und die Obergeschosse des Hauptgebäudes kann der Senat dahinstehen lassen, ob diese objektiv die Grenzabstandsvorschriften des § 5 Abs. 1, 5 und 6 NBauO in der zum jeweiligen Genehmigungszeitpunkt geltenden Fassung einhalten. Denn selbst wenn dies nicht der Fall wäre, könnte sich der Kläger auf die Grenzabstandsunterschreitung nicht berufen, da sein Wohnhaus ebenfalls, und zwar in Höhe beider Geschosse, an der gemeinsamen Grundstücksgrenze errichtet ist.

Der öffentlich-rechtliche Nachbarschutz beruht auf einem Verhältnis wechselseitiger Abhängigkeit. Aus der Störung des nachbarlichen Gleichgewichts und nicht schon aus der Abweichung von öffentlich-rechtlichen Normen ergibt sich der Abwehranspruch des Nachbarn. Hieraus folgt, dass ein Nachbar aus dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung gehindert sein kann, einen Verstoß gegen nachbarschützende Vorschriften geltend zu machen, wenn er in vergleichbarer Weise gegen diese Vorschriften verstoßen hat.

Soweit das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis nicht gestört wird, d.h. die Verletzungen der Grenzabstandsvorschriften bei wertender Betrachtung einander entsprechen, ist ein Abwehranspruch ausgeschlossen (st. Senatsrspr., vgl. zuletzt Senatsbeschl. v. 30.11.2022 - 1 ME 97/22 -). Ob die Grenzabstandsunterschreitung des Nachbarn ihrerseits rechtswidrig ist, ist unerheblich (Senatsbeschl. v. 20.10.2014 - 1 LA 103/14 -). Bei der Frage, ob sich die Grenzabstandsunterschreitungen entsprechen, kommt es nicht auf eine zentimetergenaue Betrachtung an (vgl. Senatsbeschl. v. 30.3.1999 - 1 M 897/99 -, BRS 62 Nr. 190 = BauR 1999, 1163; v. 9.9.2004 - 1 ME 194/04 -, BRS 67 Nr. 188 = BauR 2005, 372). Die "Störung" des nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnisses ist vielmehr anhand der konkreten Auswirkungen zu beurteilen, wobei es insbesondere (auch) darauf ankommt, welche Abstandsschatten die Gebäudeteile auf das Grundstück des jeweils anderen werfen und in welcher Weise sie hierdurch bei Würdigung der konkreten Verhältnisse diejenigen Belange beeinträchtigen, welche die Grenzabstandsvorschriften zu schützen bestimmt sind (vgl. Senatsbeschl. v. 9.9.2004 - 1 ME 194/04 -, BRS 67 Nr. 188 = BauR 2005, 372). Das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis, welches den Nachbarn zu "treuem" und "fairem Verhalten verpflichtet, ist dann in einer Abwehrmaßnahme nach wie vor zulassenden Weise gestört, wenn die Verletzung nachbarschützender Abstandsregelungen durch das angegriffene Vorhaben schwerer wiegt, als die Inanspruchnahme des Bauwichtes durch den sich wehrenden

Nachbarn (Senatsbeschl. v. 30.3.1999 - 1 M 897/99 -, BRS 62 Nr. 190 = BauR 1999, 1163).

Ein solches Ungleichgewicht der wechselseitigen Grenzabstandsunterschreitungen ist hier nicht festzustellen. Das Hauptgebäude des Vorhabens berührt die Grundstücksgrenze des Klägers lediglich mit seinem rückwärtigen, im Grenzbereich eingeschossigen Anbau. Diesem liegt eine ebenfalls direkt an die Grenze reichende zweigeschossige Bebauung auf dem Klägergrundstück gegenüber. Selbst wenn man berücksichtigt, dass die Bebauung auf dem Vorhabengrundstück noch durch den von der nördlichen Grundstücksgrenze um 3 m zurückgesetzten rückwärtigen Anbau im Ober- und Dachgeschoss ergänzt wird, der den gesetzlichen Grenzabstand zum Klägerwohnhaus nur unter der Prämisse, dass das Erdgeschoss rechtmäßig an die Grenze gebaut und mithin § 5 Abs. 6 NBauO anwendbar ist, einhält, ergibt sich kein anderes Bild. Denn angesichts des Abstands zur Grundstücksgrenze und des Umstandes, dass der Anbau in den Obergeschossen mit Ausnahme seiner rückwärtigen Terrassen nicht auf der Höhe des Klägergrundstücks, sondern von dessen östlichem Nachbargrundstück C.-Straße 18 liegt, wird das Gewicht der Grenzabstandsunterschreitung durch diesen Gebäudeteil nur geringfügig verstärkt. Erst recht gilt dies für den mit der Nachtragsgenehmigung vom 27. Juli 2021 zugelassenen trapezförmigen Lüftungsaufbau auf dem rückwärtigen Anbau; dieser hält ebenfalls einen Abstand von mindestens 3 m von der Nordgrenze des Vorhabengrundstücks und ist 1,80 m von der Westfassade des rückwärtigen Anbaus zurückgesetzt, liegt also nicht auf Höhe des Klägergrundstücks. Auch unter Einbeziehung der Nutzung beider Gebäude ergibt sich kein anderes Bild. Das Erdgeschoss des Anbaus wird auf der Höhe des Klägergrundstücks durch die Toiletten der Gaststätte genutzt, die Obergeschosse durch Ferienwohnungen, während das Klägerwohnhaus zum Dauerwohnen genutzt wird.

Ein die Gleichwertigkeit erschütternde Andersartigkeit wie sie etwa zwischen Haupt- und Nebengebäuden besteht, ist insoweit nicht festzustellen. Hinzu kommt, dass das Klägergebäude zur gemeinsamen Grundstücksgrenze keine Fenster aufweist, die Grenzabstandsunterschreitung also zu keiner Störung der dort ausgeübten Nutzungen führen kann. Auch unter Einbeziehung des eingeschossigen rückwärtigen Nebengebäudes des Vorhabens - das entgegen der Auffassung des Klägers ein selbständiges Gebäude i.S.d. § 2 Abs. 2 NBauO ist und für sich genommen den gesetzlichen Grenzabstand gemäß § 5 Abs. 8 Satz 2 Nr. 1 NBauO in

der bei Genehmigungserteilung im Jahr 2017 geltenden Fassung einhält - ergibt sich kein anderes Bild. Denn diesem Gebäude liegt auf dem Klägergrundstück ein Teil des Hauptgebäudes gegenüber, das mit einem Abstand von ca. 1,50 m bei zweigeschossiger Bebauung den Grenzabstand ebenfalls deutlich unterschreitet und als Wohngebäude eine gegenüber dem als Lager und Technikraum genehmigten Nebengebäude eine höhere Nutzungsintensität aufweist.

2. Auch unzumutbare Lärmbelastungen, die das hier im Gebot des Einfügens nach § 34 Abs. 1 BauGB verankerte Rücksichtnahmegebot verletzen könnten, verursacht das Vorhaben in der maßgeblichen Fassung der 2. Nachtragsgenehmigung nicht. Dieser Genehmigung liegt eine Schalltechnische Untersuchung vom 23. Juli 2020 zugrunde, deren Vorgaben einzuhalten sind und die zur Unbedenklichkeit der vorhabenbedingten Schallemissionen kommt. Die gegen die Aussagekraft dieses Gutachtens gerichteten Rügen des Klägers greifen nicht durch. Das gilt zunächst für seinen Einwand, sein Haus sei als Immissionsort in dem Gutachten nicht betrachtet worden. Das trifft zwar zu. Eine Betrachtung des Hauses war jedoch nicht erforderlich, da die betrachteten Immissionsorte 13 und 14 näher an allen Immissionsquellen liegen als dieses. Einzige Ausnahme ist insoweit die WC-Abluft an der Nordwestecke des Anbaus, die aber nur mit dem sehr geringen Einzelemissionspegel von 38 dB(A) zum Gesamtlärm beiträgt und daher den Immissionspegel in mehr als 3 m Entfernung nicht maßgeblich beeinflussen kann. Die Richtwerte von 60 dB(A) tags und 45 dB(A) nachts werden an den Immissionsorten 13 und 14 mit max. 44,4 dB(A) tags und nachts am IO 14, 2. OG - teils deutlich - unterschritten. An den schutzwürdigen Wohn- und Schlafzimmerfenstern des Klägerwohnhauses, wird das Ergebnis noch wesentlich deutlicher sein.

Der Einwand des Klägers, einzelne Emissionsquellen seien im Gutachten nicht berücksichtigt, greift ebenfalls nicht durch. Hinsichtlich der Vorbelastung durch Abluftanlagen am Gebäude D.-Straße 16 trifft er nicht zu (vgl. Punkt 4.2 der Schalltechnischen Untersuchung v. 23.7.2020). Zutreffend ist, dass die Balkone der Ferienwohnungen als Lärmquelle außer Betracht geblieben sind. Angesichts der wenig attraktiven Lage der Balkone im weitgehend überbauten Blockinnenbereich ist allerdings mit einer intensiven und damit lärmintensiven Nutzung dieser Balkone nicht zu rechnen; auch nach der Erfahrung des Senats (etwa Senatsbeschl. v. 15.5.2025 - 1 ME 143/24 -, ZfBR 2025, 385) ist der Lärmbeitrag solcher Balkone und Terrassen gering. Die

Außerbetrachtlassung der Balkone als relevante Lärmquelle liegt daher im Rahmen des gutachterlichen Ermessens hinsichtlich der Methodenwahl.

Soweit der Kläger meint, die nähere Umgebung könne nicht nur den Schutz eines gemischt genutzten Gebiets, sondern den eines Kurgebiets (zumutbare Dauerschallpegel von 45dB(A) tags und 35 dB(A) nachts) beanspruchen, da die Stadt A. das Gebiet als "Kurwohnzona" einstuft, ist ihm nicht zu folgen. Bei Genehmigungserteilung war der Gebietscharakter und damit der Schutzanspruch des Klägergrundstücks mangels Bestehens eines Bebauungsplans nach dem Vorhandenen zu beurteilen. Mit Blick auf den umfangreichen Geschäftsbesatz an der F. -Straße und am C. -Straße entsprach der Schutzanspruch dem eines Mischgebiets.

3. Eine Verletzung von § 13 NBauO zu Lasten des Klägers liegt nicht vor. Eine solche käme allenfalls dann in Betracht, wenn gerade sein Grundstück durch nicht ordnungsgemäß abgeleitetes Wasser beeinträchtigt zu werden drohte. Das ist hier nicht ersichtlich. Die angeblich unzureichende Entwässerung der südwestlichen Hoffläche betrifft ihn nicht. Sein Grundstück grenzt nur an das Nebengebäude und einen Teil des Hauptgebäudes. Die Ableitung des Wassers von den Dachflächen ist Gegenstand der Bauvorlagen. Anhaltspunkte dafür, dass von den Dachflächen Wasser auf das Klägergrundstück abfließen könnte, sind nicht dargelegt und auch nicht erkennbar.

4. Die Rüge des Klägers, da das Vorhaben keine Stellplätze aufweise, sei ein Zuparken seines Grundstücks zu befürchten, ist mit Blick auf die örtlichen Verhältnisse fernliegend. In der Saison ist die Innenstadt der Beigeladenen zu 2. für PKW-Verkehr gesperrt. Nur in dieser Zeit könnte aber das Vorhaben, das durch Gastronomie und Fremdenbeherbergung genutzt wird, nennenswerten Zu- und Abgangsverkehr verursachen.

5. Eine Verletzung des Gebotes der Rücksichtnahme durch eine erdrückende Wirkung des Vorhabens ist nicht erkennbar. Insoweit wird sinngemäß auf die Ausführungen zur Vergleichbarkeit der wechselseitigen Grenzabstandsunterschreitungen von Vorhaben und der Grundstücksbebauung des Klägers Bezug genommen. Unabhängig davon ist angesichts der insgesamt sehr dichten Bebauung im Straßengeviert eine intensive Bebauung auch auf dem Vorhabengrundstück von vornherein hinzunehmen.

Eine Einsehbarkeit sensibler Räume seines Wohnhauses ist nach dem vom Kläger selbst zur Akte gereichten

Lichtbild gerade nicht gegeben. Sein Wohn- und Schlafzimmerfenster sind nach Westen orientiert und haben keine Blickbeziehung zu den Dachterrassen und Balkonen des Vorhabens. Einsehbar sind allenfalls das Bad- und das Küchenfenster. Das Badfenster ist offenbar blickdicht, hinsichtlich des Küchenfensters fehlt es erstens an einer besonderen Sensibilität und ist zweitens architektonische Selbsthilfe zumutbar. Auch insoweit ist zu berücksichtigen, dass das Klägergebäude in einer dicht besiedelten Innenstadtlage steht.

Weitere Nachbarrechtsverletzungen sind nicht geltend gemacht und auch nicht ersichtlich.

BGH ua zu der Frage, dass die Übermittlung von Bauablaufplänen keine Anordnung des Auftraggebers im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B darstellt, wenn mit ihnen lediglich auf behinderungsbedingte Störungen des Vertrags reagiert wird

vorgestellt von Thomas Ax

1. Eine Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B erfordert eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Auftraggebers, mit der einseitig eine Änderung der Vertragspflichten des Auftragnehmers herbeigeführt werden soll (Fortführung von BGH, Urteil vom 9. April 1992 - VII ZR 129/91).

2a. Ob ein Verhalten oder eine Erklärung des Auftraggebers als Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B auszulegen ist, beurteilt sich nach §§ 133, 157 BGB.

2b. Liegt eine Störung des Vertrags aufgrund einer Behinderung vor, die faktisch zu einer Bauzeitverzögerung führt, und teilt der Auftraggeber dem Auftragnehmer den Behinderungstatbestand und die hieraus resultierende Konsequenz mit, dass die Leistungen derzeit nicht erbracht werden können, liegt nach diesem Maßstab keine Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B vor.

2c. Auch die Übermittlung von Bauablaufplänen stellt keine Anordnung des Auftraggebers im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B dar, wenn mit ihnen lediglich auf behinderungsbedingte Störungen des Vertrags reagiert wird. Dies gilt auch, wenn darin im Hinblick auf die Behinderungen und die deshalb gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B verlängerten Ausführungsfristen zeitliche Konkretisierungen erfolgen.

3. Der Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B setzt voraus, dass die Bauzeitverzögerung adäquat-kausal durch hindernde

Umstände verursacht worden ist, die auf der Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch den Auftraggeber beruhen. Umstände aus der Risikosphäre des Auftraggebers, die nicht auf einer Pflichtverletzung beruhen, genügen nicht als Voraussetzung dieses Anspruchs (Bestätigung von BGH, Urteil vom 20. Oktober 2005 - VII ZR 190/02; Urteil vom 21. Oktober 1999 - VII ZR 185/98; Urteil vom 16. Oktober 1997 - VII ZR 64/96).

BGH, Urteil vom 19.09.2024 - VII ZR 10/24

Tatbestand

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Zahlung in Höhe von 56.729,59 € wegen einer Bauzeitverlängerung.

Der Beklagte beauftragte die Klägerin nach öffentlicher Ausschreibung im Juni 2018 unter Einbeziehung der VOB/B (2016) mit Leistungen des Gewerks "Starkstromanlagen an dem Bauvorhaben B. T., D. -Festung, Umsetzung museale Neukonzeption". In den Besonderen Vertragsbedingungen des Beklagten, die Teil der Ausschreibungsunterlagen waren, waren ein Ausführungsbeginn am 19. Juni 2018 und eine abnahmereife Fertigstellung der Arbeiten der Klägerin am 10. Januar 2019 vorgesehen.

Anfang Juli 2018 meldete die Klägerin erstmals eine Baubehinderung wegen fehlender Ausführungsplanung des Beklagten an. Nach Übergabe von Ausführungsplänen am 23. Juli 2018 sowie am 15. August 2018 begann die Klägerin in Teilbereichen mit der Ausführung ihrer Leistungen. Am 23. August 2018 übergab der Beklagte der Klägerin einen Bauablaufplan, der den Bauablauf ab dem 28. August 2018 abbilden und Grundlage für die weitere Bauausführung der beteiligten Gewerke sein sollte. Der Bauablaufplan sah vor, dass die Leistungen der Klägerin nur in Teilbereichen begonnen und sodann nacheinander in den verschiedenen Leistungsbereichen ausgeführt werden sollten. Wesentliche Leistungen waren danach erst im Jahr 2019 zu erbringen, wobei die Abnahme für den 17. September 2019 geplant war. Am 31. Januar 2019 übermittelte der Beklagte der Klägerin einen korrigierten Bauablaufplan für die weitere Bauausführung; dieser sah nunmehr eine Verschiebung der Abnahme der klägerischen Arbeiten auf den 29. Oktober 2019 vor. In der Zeit von Oktober 2018 bis Juni 2019 zeigte die Klägerin weitere fünf Behinderungen an, die sie mit unvollständigen Ausführungsplänen des Beklagten und fehlenden Vorunternehmerleistungen begründete. Die Parteien trafen ferner in der Zeit von Juni bis November 2019

vier Nachtragsvereinbarungen über von der Klägerin zu erbringende Leistungen.

Nach Abnahme der klägerischen Arbeiten im November 2019 stellte die Klägerin unter dem 27. Juli 2020 ihre Schlussrechnung, mit der sie unter anderem Mehrkosten in Höhe von insgesamt 56.729,59 € für Personal und Baucontainer wegen Verlängerung der Bauzeit und wegen gestiegener Tarifröhne ab dem Jahr 2019 geltend macht. Der Beklagte beglich diesen Betrag nicht.

Das Landgericht hat die auf Zahlung von 56.729,59 € nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiter.

Gründe

Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten Mehrkosten wegen Verlängerung der Bauzeit nach § 2 Abs. 5 VOB/B. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs komme als Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B nur eine Erklärung in Frage, die die vertragliche Leistungspflicht des Auftragnehmers erweitern, also eine neue Verbindlichkeit begründen solle. Zudem könne allein der Umstand, dass eine Störung des Vertrags wegen Verzögerung der Bauausführung vorliege, nicht als Anordnung gewertet werden. Demgemäß könne sich die Rechtslage auch nicht dadurch verändern, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer die Störung mitteile. Nach dieser Maßgabe liege in der Erstellung eines Bauablaufplans, bei dessen Einhaltung die Leistung nach dem vertraglich bestimmten Endtermin fertigzustellen sei, keine Anordnung nach § 2 Abs. 5 VOB/B. Dessen Erstellung oder Anpassung nach Vertragsschluss im Verlauf der Bauausführung führe nicht zu einer Erweiterung, sondern lediglich zu einer Konkretisierung der vertraglichen Leistungspflicht des Auftragnehmers. Gleichzeitig sei der Klägerin hier eine Verlängerung der Ausführungsfrist nach § 6 Abs. 2 VOB/B gewährt worden. Dass der Beklagte eine Anordnung habe treffen wollen, welche

die Leistungspflicht der Klägerin habe erweitern sollen, sei nicht ersichtlich.

Der Klageanspruch lasse sich auch nicht auf § 6 Abs. 6 VOB/B stützen, da es an einer für die geltend gemachten Mehrkosten kausalen Pflichtverletzung des Beklagten fehle. Die Klägerin werfe dem Beklagten vor, Planungsunterlagen nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt und notwendige Vorleistungen nicht rechtzeitig beauftragt zu haben. Eine vertragliche Abrede, wann der Beklagte welche Planungen zur Verfügung zu stellen gehabt habe und zu welchen Zeitpunkten notwendige Vorleistungen anderer Auftragnehmer hätten fertiggestellt sein müssen, sei nicht ersichtlich. Allerdings möge der Beklagte vertragliche Pflichten aus § 3 Abs. 1 VOB/B verletzt haben, weil er der Klägerin die Planungsunterlagen nicht so rechtzeitig übergeben habe, wie es erforderlich gewesen wäre, damit diese die Vertragsfristen hätte einhalten können. Keine Pflichtverletzung des Beklagten liege hingegen vor, soweit fehlende Vorleistungen anderer Auftragnehmer die Klägerin an der Ausführung gehindert hätten. Insoweit habe den Beklagten lediglich die Obliegenheit zu notwendigen Mitwirkungshandlungen getroffen. Dies gelte unabhängig davon, ob die fehlenden Vorleistungen an einer verspäteten Beauftragung der anderen Auftragnehmer oder an einer nicht rechtzeitigen Übermittlung der Planungsunterlagen an diese gelegen habe. Denn der Beklagte habe nach dem Vertrag keine an eine Frist gebundene Zurverfügungstellung des Bauwerks in einem für die Leistungserbringung der Klägerin geeigneten Zustand geschuldet. Die Klägerin habe nicht dargelegt, inwieweit die Verlängerung der Bauzeit gerade auf die verspätete Vorlage von Planungsunterlagen ihr gegenüber zurückzuführen sei. Ihrem Vorbringen lasse sich entnehmen, dass jedenfalls auch fehlende Vorleistungen anderer Auftragnehmer kausal für die verlängerte Bauzeit gewesen seien. Es mangle an einer baublaufbezogenen Darstellung, der die konkrete baubehindernde Wirkung der vom Beklagten zu verantwortenden Pflichtverletzungen entnommen werden könne.

Auch die Voraussetzungen eines Entschädigungsanspruchs gemäß § 642 BGB seien nicht dargelegt. Die Klägerin habe nicht hinreichend zu den Voraussetzungen des Annahmeverzugs des Beklagten vorgetragen. Zudem habe sie nicht dargelegt, für welche Zeiträume tatsächlich ein Annahmeverzug des Beklagten bestanden habe. Im Übrigen umfasse der Anspruch aus § 642 BGB jedenfalls nicht die von der Klägerin verlangten Kostensteigerungen bei den Löhnen.

Schließlich könne die Klägerin eine Mehrvergütung nicht im Rahmen einer Anpassung des Vertrags nach § 313 BGB verlangen. Allerdings stelle die Verlängerung der Bauzeit eine Änderung der zur Grundlage des Vertrags gewordenen Umstände dar. Ein Festhalten am Vertrag ohne Vergütungsanpassung sei der Klägerin jedoch nicht unzumutbar.

II.

Die Revision ist insgesamt statthaft (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Sie ist uneingeschränkt zugelassen. Die vorsorglich eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin ist damit gegenstandslos.

III.

Die Revision ist nicht begründet.

1. Das Berufungsgericht hat einen Mehrvergütungsanspruch der Klägerin gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B wegen Verlängerung der Bauzeit zu Recht verneint. Es hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Übermittlung der Bauablaufpläne am 23. August 2018 und am 31. Januar 2019 an die Klägerin keine Anordnung des Beklagten im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B darstellt.

a) Gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B ist für den Fall, dass durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden, ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Kommt eine solche Vereinbarung nicht zustande, kann der Auftragnehmer den sich aus § 2 Abs. 5 VOB/B ergebenden Vergütungsanspruch im Wege der Klage geltend machen (vgl. BGH, Urteil vom 20. August 2009 - VII ZR 205/07 Rn. 61 m.w.N., BGHZ 182, 158). Voraussetzung für einen Mehrvergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B ist danach eine Anordnung des Auftraggebers zur Änderung des Bauentwurfs oder eine andere Anordnung.

§ 2 Abs. 5 VOB/B ist dahin auszulegen, dass eine solche Anordnung eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Auftraggebers erfordert, mit der einseitig eine Änderung der Vertragspflichten des Auftragnehmers herbeigeführt werden soll (vgl. in diesem Sinne bereits BGH, Urteil vom 9. April 1992 - VII ZR 129/91, BauR 1992, 759, juris Rn. 8).

aa) Bei den Regelungen der VOB/B handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305

Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn sie - wie hier - von einer Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrags gestellt werden (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2023 - VII ZR 34/20 Rn. 18, BGHZ 236, 96; Urteil vom 24. Juli 2008 - VII ZR 55/07 Rn. 10 m.w.N., BGHZ 178, 1). Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. In erster Linie ist der Wortlaut der auszulegenden Klausel maßgeblich. Ist der Wortlaut nicht eindeutig, kommt es entscheidend darauf an, wie die Klausel aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist. Dabei sind auch der Sinn und Zweck einer Klausel sowie systematische Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Eine Formulklausel ist vor dem Hintergrund des gesamten Formularvertrags zu interpretieren. Sind nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsregeln mehrere Auslegungen rechtlich vertretbar, gehen Zweifel bei der Auslegung gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. Außer Betracht bleiben Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und nicht ernstlich in Erwägung zu ziehen sind (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2023 - VII ZR 34/20 Rn. 29 f., BGHZ 236, 96; Urteil vom 5. Mai 2022 - VII ZR 176/20 Rn. 29 f., BauR 2022, 1337 = NZBau 2022, 648, jeweils m.w.N.).

bb) Nach diesen Maßstäben ergibt die Auslegung zweifelsfrei, dass eine Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Auftraggebers erfordert, mit der einseitig eine Änderung der Vertragspflichten des Auftragnehmers herbeigeführt werden soll. Für die Änderung des Bauentwurfs, die der Auftraggeber gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B anordnen darf, liegt dies auf der Hand. Mit ihr sollen im Vertrag vereinbarte Leistungspflichten des Auftragnehmers betreffend den "Bauentwurf" geändert werden. Diese Befugnis des Auftraggebers begründet im Gegenzug den Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B, wenn hierdurch die Grundlagen des Preises geändert werden. Für die "andere Anordnung" im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B kann insoweit - unabhängig von der Frage, welche Anordnungen darunter fallen können und unter welchen sonstigen Voraussetzungen sie möglich sind - nach Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck der Regelung nichts anderes gelten.

Von der Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B sind nach der Systematik der VOB/B Störungen des Vertrags aufgrund von Behinderungen abzugrenzen, die faktisch zu Bauzeitverzögerungen führen. Derartige Störungen können nicht als Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B gewertet werden. Sie können zwar bei Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag unter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B zu einer Änderung vertraglich vereinbarter Ausführungsfristen führen; dies beruht jedoch nicht auf einer Anordnung des Auftraggebers, sondern auf der Vereinbarung des § 6 VOB/B durch die Parteien. Störungen aufgrund von Behinderungen führen nach der Systematik der VOB/B daher nicht zu einem Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B, sondern zu Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B beziehungsweise § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B in Verbindung mit § 642 BGB, wenn der Auftraggeber vertragliche Verpflichtungen oder ihm obliegende Mitwirkungshandlungen nicht erfüllt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 2017 - VII ZR 16/17 Rn. 40, BGHZ 216, 319; Urteil vom 20. April 2017 - VII ZR 194/13 Rn. 16, BGHZ 214, 340).

b) Ob eine Erklärung oder ein Verhalten des Auftraggebers als Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B auszulegen ist, beurteilt sich nach §§ 133, 157 BGB.

Liegt eine Störung des Vertrags aufgrund einer Behinderung vor, die faktisch zu einer Bauzeitverzögerung führt, und teilt der Auftraggeber dem Auftragnehmer den Behinderungstatbestand und die hieraus resultierende Konsequenz mit, dass die Leistungen derzeit nicht erbracht werden können, liegt nach diesem Maßstab keine Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B vor. Allein eine solche Mitteilung stellt aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers gemäß §§ 133, 157 BGB keine rechtsgeschäftliche, auf einseitige Änderung der Vertragspflichten gerichtete Erklärung des Auftraggebers dar. Denn der Auftraggeber bestätigt damit nur das, was durch die Behinderung ohnehin gegeben ist (vgl. Kniffka in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., Teil 4 Rn. 172; in diesem Sinne auch OLG Köln, Urteil vom 21. Dezember 2023 - 7 U 68/22, NZBau 2024, 340, juris Rn. 61; a.A. KG, Urteil vom 29. Januar 2019 - 21 U 122/18, BauR 2019, 823 = NZBau 2019, 637, juris Rn. 158 ff.). Vielmehr bleibt es für diese Fälle im VOB/B-Vertrag dabei, dass die Regelungen des § 6 VOB/B sowie § 642 BGB, auf den § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B verweist, Anwendung finden.

Auch die Übermittlung von Bauablaufplänen stellt danach gemäß §§ 133, 157 BGB keine Anordnung des Auftraggebers im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B dar, wenn mit ihnen lediglich auf behinderungsbedingte Störungen des Vertrags reagiert wird. Dies gilt auch, wenn darin im Hinblick auf die Behinderungen und die deshalb gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B verlängerten Ausführungsfristen zeitliche Konkretisierungen erfolgen. Der Auftraggeber kommt damit vielmehr nur seiner Koordinierungsaufgabe gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B nach, bei einem Bauvorhaben mit aufeinander aufbauenden Leistungen das Zusammenwirken der verschiedenen Auftragnehmer zu regeln und an die behinderungsbedingten Störungen anzupassen (vgl. zur Aufstellung eines Bauzeitenplans als Koordinierungsaufgabe BGH, Urteil vom 27. Juni 1985 - VII ZR 23/84, BGHZ 95, 128, juris Rn. 21).

c) Entgegen der Auffassung der Revision ist das Berufungsgericht nach diesen Maßstäben in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass in der Übermittlung der Bauablaufpläne vom 23. August 2018 und vom 31. Januar 2019 keine auf einseitige Änderung der Vertragspflichten der Klägerin gerichtete rechtsgeschäftliche Erklärung des Beklagten liegt und die Verlängerung der Bauzeit mithin nicht auf einer Anordnung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B beruht.

aa) Eine rechtsgeschäftliche Änderungsanordnung des Beklagten bezüglich der vereinbarten Ausführungszeit kann den Bauablaufplänen aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers gemäß §§ 133, 157 BGB nicht entnommen werden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sahen die hier in Rede stehenden Bauablaufpläne insgesamt eine Verlängerung der vereinbarten Ausführungszeit und unterschiedliche Beginnstermine für bestimmte Leistungen der Klägerin vor, die danach nicht parallel, sondern nur nacheinander erbracht werden konnten. Ursache für die Verlängerung der Bauzeit und die unterschiedlichen Beginnstermine waren nach dem eigenen Vortrag der Klägerin Behinderungen aus dem Risikobereich des Beklagten, nämlich die verspätete Vorlage von Ausführungsplänen und die verspätete Erstellung von erforderlichen Vorleistungen anderer Auftragnehmer. Dass die Bauablaufpläne einseitige bauzeitverlängernde Vorgaben aus anderen Gründen enthielten, ist nicht festgestellt und wird von der Revision nicht geltend gemacht. Die Bauablaufpläne bildeten daher in Bezug auf die verschiedenen Beginnstermine für bestimmte Leistungen der Klägerin erkennbar nur die behinderungsbedingten Störungen ab, die dem vertraglich vereinbarten Ausführungsbeginn sowie einer parallelen Ausführung

sämtlicher Leistungen ohnehin entgegenstanden, und konkretisierten die jeweilige Verschiebung der Ausführung in zeitlicher Hinsicht. Gleiches gilt für die Verschiebung der Fertigstellungsfrist und der damit einhergehenden Verlängerung der Gesamtbauzeit. Aufgrund der von der Klägerin geltend gemachten behinderungsbedingten Störungen hat sich die vertraglich vereinbarte Fertigstellungsfrist der Klägerin gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1a) VOB/B verlängert, was der Beklagte der Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bestätigt hat. Dass mit dem Bauablaufplan abweichend hiervon die vereinbarte Fertigstellungsfrist einseitig geändert werden sollte, ist nicht ersichtlich.

bb) Der Umstand, dass die Fristen des Bauablaufplans ausweislich des Protokolls "Bauberatung 06" vom 3. September 2018 verbindlich sein sollten, rechtfertigt entgegen der Auffassung der Revision keinen anderen Schluss. Denn die gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1a) VOB/B verlängerte Ausführungsfrist ist ebenso wie die ursprünglich vertraglich vereinbarte Ausführungsfrist der Parteien eine Vertragsfrist. Die Benennung dieser Frist als verbindlich belegt daher keine auf einseitige Änderung der Ausführungsfrist gerichtete rechtsgeschäftliche Anordnung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B.

Soweit das Protokoll vom 3. September 2018 in Verbindung mit dem Bauzeitenplan dahin verstanden werden könnte, dass abweichend vom Vertrag nun erstmals auch verbindliche Zwischenfristen gelten sollten, kann offenbleiben, ob dies als Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B einzuordnen wäre. Denn die von der Klägerin geltend gemachten Mehrvergütungsansprüche beruhen allein auf der Verlängerung der Gesamtbauzeit und der Verschiebung von Teilen der Ausführung bis in das Jahr 2019.

d) Soweit älteren Entscheidungen des Senats entnommen werden könnte, dass Vorgaben des Auftraggebers zur Bauzeit als Folge von Behinderungen, die aus dem Risikobereich des Auftraggebers herrühren, regelmäßig Mehrvergütungsansprüche gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B rechtfertigen können (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juni 1985 - VII ZR 23/84, BGHZ 95, 128, juris Rn. 25; Urteil vom 21. Dezember 1970 - VII ZR 184/69, juris Rn. 43; Urteil vom 21. März 1968 - VII ZR 84/67, BGHZ 50, 25, juris Rn. 21), hält der Senat hieran nicht fest.

2. Das Berufungsgericht hat ebenfalls frei von revisionsrechtlichen Bedenken einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten gemäß § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B verneint.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats setzt der gegen den Auftraggeber gerichtete Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B voraus, dass die Bauzeitverzögerung adäquat-kausal durch hindernde Umstände verursacht worden ist, die auf der Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch den Auftraggeber beruhen. Umstände aus der Risikosphäre des Auftraggebers, die nicht auf einer Pflichtverletzung beruhen, genügen nicht als Voraussetzung eines Anspruchs aus § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 20. Oktober 2005 - VII ZR 190/02, BauR 2006, 371 = NZBau 2006, 108, juris Rn. 22; Urteil vom 21. Oktober 1999 - VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32, juris Rn. 10; Urteil vom 16. Oktober 1997 - VII ZR 64/96, BGHZ 137, 35, juris Rn. 33).

Entgegen der Auffassung der Revision besteht kein Anlass, diese Rechtsprechung aufzugeben. § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B verlangt, dass die hindernden Umstände von einem Vertragsteil zu vertreten sind, und nimmt damit auf § 276 BGB Bezug. Die danach zu vertretenden Verschuldensformen, die zu einem Schadensersatzanspruch führen können, setzen nach der Systematik des Gesetzes zunächst eine zurechenbare objektive Pflichtverletzung des Schuldners voraus (vgl. Grüneberg/Grüneberg, BGB, 83. Aufl., § 276 Rn. 5, 8). Eine Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten wird davon nicht erfasst. Dies gilt aufgrund der in § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B formulierten Voraussetzung des Vertretenmüssens auch für den Schadensersatzanspruch nach dieser Regelung. Für den Fall der Obliegenheitsverletzung ist der Auftragnehmer daher auf den Entschädigungsanspruch gemäß § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B in Verbindung mit § 642 BGB verwiesen.

b) Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, der Beklagte habe keine Pflichtverletzung dadurch begangen, dass er Vorleistungen anderer Auftragnehmer nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt hat; vielmehr sei er insoweit nur seinen Mitwirkungsobliegenheiten nicht nachgekommen.

aa) Ob und welche Vertragspflichten den Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer treffen, ist nach der jeweiligen vertraglichen Gestaltung zu beurteilen. Es ist danach durch Auslegung des Vertrags der Parteien gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, ob bei einem Bauvorhaben mit aufeinander aufbauenden Gewerken die zur Erbringung der Leistungen des Auftragnehmers erforderliche rechtzeitige Zurverfügungstellung von Vorleistungen anderer Auftragnehmer als Vertragspflicht oder als Obliegenheit ausgestaltet ist.

bb) Das Berufungsgericht hat den Bauvertrag dahin ausgelegt, dass keine Vertragspflicht des Beklagten gegenüber der Klägerin zur Herstellung der Baufreiheit zu bestimmten Zeitpunkten bestand, und zwar unabhängig davon, worauf die nicht rechtzeitige Zurverfügungstellung von Bauleistungen anderer Auftragnehmer beruhte. Diese Auslegung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie lässt keinen Verstoß gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder die Denkgesetze erkennen (st. Rspr., vgl. zum Maßstab etwa BGH, Urteil vom 17. August 2023 - VII ZR 228/22 Rn. 22, BauR 2023, 2075 = NZBau 2024, 208). Auf dieser Grundlage ist das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass sich die nicht rechtzeitige Zurverfügungstellung von Vorleistungen anderer Auftragnehmer selbst dann nicht als Pflichtverletzung des Beklagten darstellt, wenn Ursache hierfür - jedenfalls zum Teil - die nicht rechtzeitige Übermittlung von Ausführungsplänen an die Vorunternehmer war.

c) Schließlich hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gemäß § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B wegen verspäteter Übermittlung der Ausführungsplanung an sie verneint, weil die Klägerin nicht dargelegt habe, inwieweit dieser Umstand die Bauzeitverzögerung adäquat-kausal verursacht hat.

Es kann offenbleiben, ob der Beklagte durch die verzögerte Übergabe der Ausführungsplanung eine gemäß § 3 Abs. 1 VOB/B bestehende Vertragspflicht gegenüber der Klägerin verletzt hat. Denn das Berufungsgericht hat zu Recht eine hinreichende Darlegung der haftungsbegründenden Kausalität vermisst.

aa) Der Auftragnehmer hat in einem Prozess unter anderem schlüssig darzulegen, dass er durch eine Pflichtverletzung des Auftraggebers behindert worden ist. Es reicht grundsätzlich nicht aus, eine oder mehrere Pflichtverletzungen vorzutragen. Der Auftragnehmer muss vielmehr substantiiert zu den dadurch entstandenen Behinderungen seiner Leistung vortragen. Dazu ist in der Regel eine konkrete, bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderung erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 141/03, BGHZ 162, 259, juris Rn. 13 m.w.N.). Die Frage, ob und inwieweit eine Pflichtverletzung zu einer Behinderung führt, ist dabei nach allgemeinen Regeln der Darlegungs- und Beweislast gemäß § 286 ZPO zu beurteilen. Weder der Umstand, dass überhaupt eine Behinderung vorliegt, noch die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für die Behinderung ist einer einschätzenden Bewertung im

Sinne des § 287 ZPO zugänglich (BGH, Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 141/03, BGHZ 162, 259, juris Rn. 16).

bb) Diesen Grundsätzen wird der Vortrag der Klägerin nicht gerecht. Es fehlt an einer Darlegung, inwieweit eine etwaige Pflichtverletzung des Beklagten in Form der verzögerten Übermittlung der Ausführungspläne für die Behinderung der Klägerin ursächlich war. Der bloße Verweis auf die vom Beklagten erstellten Bauablaufpläne und die sich hieraus ergebende Verlängerung der Gesamtbauzeit nebst der verschiedenen zeitlichen Verschiebungen bezüglich der Ausführung einzelner Leistungen reicht schon deshalb nicht aus, weil sich aus diesen Plänen nicht ableiten lässt, inwieweit die Behinderungen auf der verzögerten Übermittlung der Ausführungspläne und inwieweit auf einer nicht rechtzeitigen Zurverfügungstellung von Vorleistungen anderer Auftragnehmer - und damit, wie ausgeführt, zumindest im letztgenannten Fall nicht auf einer Pflichtverletzung des Beklagten - beruhen. Gleichfalls lässt sich hieraus nicht ableiten, in welchem Umfang die Verlängerung der Gesamtbauzeit auf den nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erfolgten vier Nachtragsvereinbarungen über weitere, von der Klägerin zu erbringende Leistungen - und damit ebenfalls nicht auf einer Pflichtverletzung des Beklagten - beruht. Die in diesem Zusammenhang von der Revision erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet; von einer Begründung wird insoweit abgesehen, § 564 Satz 1 ZPO.

3. Auch hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise einen Anspruch der Klägerin auf angemessene Entschädigung gemäß § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B in Verbindung mit § 642 BGB verneint, weil die Klägerin die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 642 BGB nicht schlüssig dargelegt hat.

a) § 642 BGB regelt einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers, wenn der Auftraggeber eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlässt, die bei der Herstellung des Werks erforderlich ist, und der Auftraggeber hierdurch in Annahmeverzug gerät. Mit dieser Vorschrift soll dem Auftragnehmer eine angemessene Entschädigung dafür gewährt werden, dass er während des Annahmeverzugs des Auftraggebers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält. Der Anspruch ist auf die Dauer des Annahmeverzugs begrenzt (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2020 - VII ZR 33/19 Rn. 42, BGHZ

224, 328; Urteil vom 26. Oktober 2017 - VII ZR 16/17 Rn. 18 ff., BGHZ 216, 319). Die Bestimmung der angemessenen Entschädigung erfordert eine Abwägungsentscheidung des Tatrichters auf der Grundlage der in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien. Dabei ist die angemessene Entschädigung im Ausgangspunkt an den auf die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallenden Vergütungsanteilen einschließlich der Anteile der allgemeinen Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn zu orientieren (BGH, Urteil vom 30. Januar 2020 - VII ZR 33/19 Rn. 47, BGHZ 224, 328). Der Auftragnehmer trägt die Darlegungslast für die Voraussetzungen des Anspruchs. Hierzu gehört auch die Dauer des Annahmeverzugs des Auftraggebers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung. Ferner hat der Auftragnehmer jedenfalls darzulegen, inwieweit er während der Dauer des Annahmeverzugs Leistungen nicht zu der nach dem Vertrag vorgesehenen Zeit ausführen konnte und deshalb Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, vergeblich bereitgehalten hat (vgl. BeckOK Bauvertragsrecht/Sienz, Stand: 1. August 2024, § 642 Rn. 97).

b) Gemessen an diesen Grundsätzen fehlt es an einem hinreichenden Vortrag der Klägerin zu den Voraussetzungen eines Entschädigungsanspruchs gemäß § 642 BGB. Denn die Klägerin hat ihren Anspruch bereits im Ansatz nicht nach Maßgabe des unproduktiven Vorhalts von Produktionsmitteln während der Dauer eines Annahmeverzugs des Beklagten bemessen, sondern Mehrkosten aufgrund der Verlängerung der ursprünglich vorgesehenen Bauzeit geltend gemacht.

4. Ein Anspruch der Klägerin auf Ersatz der geltend gemachten Mehrkosten infolge der Verlängerung der Bauzeit auf Grundlage einer ergänzenden Vertragsauslegung kommt ebenfalls nicht in Betracht. Dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag kann unter Berücksichtigung der einbezogenen Regelungen der besonderen Vertragsbedingungen und der VOB/B sowie der beiderseitigen Interessenlage und der Umstände nicht entnommen werden, dass die Parteien zur Verwirklichung des ihm zugrunde liegenden Regelungsplans eine ergänzende Vertragsbestimmung dahin getroffen hätten, dass der Klägerin bei Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten durch den Beklagten ein Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten Kosten zustehen soll.

5. Die Voraussetzungen für eine Anpassung des Vertrags nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB liegen gleichfalls

nicht vor. Es ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich, dass die eingetretene zeitliche Verzögerung der Bauausführung eine so schwerwiegende Änderung der zur Grundlage des Vertrags gewordenen Umstände im Sinne des § 313 Abs. 1 BGB darstellt, dass der Klägerin das Festhalten am Vertrag ohne eine entsprechende Anpassung der vereinbarten Vergütung nicht zugemutet werden kann. Hiergegen erhebt die Revision auch keine Einwände.

BGH ua zu der Frage, dass eine zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B auch aus mittelbaren bauzeitlichen Auswirkungen wie etwa Gerätestillstand von - unmittelbar Änderungen des Bauentwurfs betreffenden - Anordnungen gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B resultieren kann

vorgestellt von Thomas Ax

1. Eine zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B kann auch aus mittelbaren bauzeitlichen Auswirkungen wie etwa Gerätestillstand von - unmittelbar Änderungen des Bauentwurfs betreffenden - Anordnungen gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B resultieren. Entsprechendes gilt für einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 6 VOB/B i.V.m. § 1 Abs. 4 VOB/B.

2. Ausführungen, die ausschließlich die Höhe des Anspruchs betreffen, sind in einem Grundurteil unzulässig und binden für das Betragsverfahren nicht (Anschluss an BGH, Beschluss vom 18. August 2016 - III ZR 325/15 Rn. 11, NJW-RR 2016, 1150; Urteil vom 24. September 2009 - IX ZR 87/08 Rn. 21, FamRZ 2009, 2075 und Urteil vom 20. Dezember 2005 - XI ZR 66/05, NJW-RR 2007, 138, juris Rn. 18).

BGH, Beschluss vom 23.03.2022 - VII ZR 191/21

Gründe

I.

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung von Vorhaltekosten für Baugeräte, um die es in der Revisionsinstanz allein geht, in Anspruch.

Der Beklagte beauftragte die Klägerin am 11. April 2016 unter Einbeziehung der VOB/B (2012) mit dem Gewerk Schadstoffsanierung und Abbrucharbeiten beim Teilerückbau des Flügels C der Justizvollzugsanstalt R. . Dieser Flügel bestand aus zwei Gebäudeteilen, nämlich dem Wirtschaftsgebäude (Bauabschnitt 1) und dem

Zellentrakt (Bauabschnitt 2). Dem Vertrag lag ein baus-eits erstelltes Schadstoffgutachten zugrunde.

Dabei sollte in einem ersten Arbeitsschritt zunächst das Wirtschaftsgebäude saniert und zurückgebaut werden und parallel dazu die Schadstoffsanierung des Zellentrakts erfolgen, damit dieser sofort nach dem Rückbau des Wirtschaftsgebäudes ebenfalls zurückgebaut werden könnte.

Nach Beginn der Arbeiten in dem Bauabschnitt 1 wurde in dem Dach des Wirtschaftsgebäudes eine bis dahin unbekannte asbesthaltige Rohrisolierung vorgefunden, die saniert werden musste, bevor der Abbruch des Gebäudes weitergeführt werden konnte.

Die Mehrkosten hierfür wurden von der Klägerin mit dem Nachtragsangebot Nr. 02 vom 10. Juni 2016 geltend gemacht und von dem Beklagten bis auf die Position NT 02.04.01 betreffend die Gerätevorhaltung von einem Kettenbagger für fünf Tage akzeptiert.

Mitte Juni 2016 stellte sich ferner heraus, dass im Bereich des Bauabschnitts 2 Mehrleistungen im Zellentrakt wegen der im Verhältnis zu dem Schadstoffgutachten erheblich höheren Asbestbelastung von PVC-Böden und asbesthaltigen Klebers notwendig werden würden. Hierauf wies die Klägerin mit Schreiben vom 22. Juni 2016 hin. Der asbestbelastete PVC-Boden konnte nicht wie geplant im so genannten BT11- oder BT17-Verfahren durch bloßes Befeuchten der betroffenen Stellen sowie durch die Verwendung von Flächenschleifmaschinen, sondern nur in einem wesentlich aufwändigeren als dem vertraglich vorgesehenen Verfahren entfernt werden, nämlich durch den Einsatz von Handschleifgeräten bei Unterdruck. Dies hatte zur Folge, dass der Abbruch des Zellentrakts nicht im direkten Anschluss an den Abbruch des Wirtschaftsgebäudes ab dem 7. Juli 2016, sondern erst nach einem bis zum 19. August 2016 andauernden 32-tägigen Stillstand erfolgen konnte. Die gesamten Arbeiten wurden am 24. März 2017 abgeschlossen.

Die hierdurch entstehenden Mehrkosten für die Sanierungen im Zellentrakt wurden durch die Klägerin zunächst in ihrem Nachtragsangebot Nr. 03 vom 24. Juni 2016 angeboten sowie von dem Beklagten geprüft und beauftragt. Den Ausgleich der mit den Positionen NT 03.03.01 und 03.03.02 geltend gemachten Vorhaltekosten für zwei Kettenbagger akzeptierte der Beklagte hingegen nicht. Diese Kosten wurden alsdann entsprechend dem Prüfungsvermerk des bauleitenden Unternehmens vom 13. Juli 2016 und im Anschluss an eine

Baubesprechung vom 3. August 2016 aus dem Nachtrag herausgerechnet und von der Klägerin mit Schreiben vom gleichen Tage in einem gesonderten Nachtragsangebot Nr. 05 angeboten. Eine Bezahlung dieser Vorhaltekosten lehnte der Beklagte mit Schreiben vom 10. Januar 2017 ab.

Unter dem 2. Juni 2017 legte die Klägerin Schlussrechnung. Der Beklagte akzeptierte die Schlussrechnung bis auf die in Ansatz gebrachten Vorhaltekosten der Nachträge Nr. 02 und Nr. 05 in Höhe eines Betrags von 109.720,39 € netto, aus dem sich nach Abzug des vereinbarten Nachlasses von 9 % und Hinzurechnung der Umsatzsteuer die verbleibende Restforderung von 118.816,57 € brutto ergibt, die die Klägerin mit der vorliegenden Klage nebst Zinsen und außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten weiterverfolgt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision möchte der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

II.

Die Revision ist gemäß § 552a Satz 1 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen, weil weder die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision vorliegen noch die Revision Aussicht auf Erfolg hat.

1. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in BauR 2021, 973 veröffentlicht ist, hat seine Entscheidung - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - wie folgt begründet:

Der Beklagte schulde der Klägerin dem Grunde nach eine Vergütung für den eingetretenen Gerätestillstand gemäß § 631 BGB i.V.m. § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B.

Unstreitig seien im Rahmen der Arbeiten zur Schadstoffsanierung und zum Abbruch im Bereich des Flügels C der Justizvollzugsanstalt R. auf Anordnung des Beklagten durch die Klägerin abweichend von dem vereinbarten Bausoll zusätzliche beziehungsweise von der ursprünglich vorgesehenen Art ihrer Ausführung abweichende Leistungen erbracht worden. Ebenfalls stehe zwischen den Parteien außer Streit, dass der Klägerin hieraus erhöhte Material- und Lohnkosten zustünden, so wie sie von ihr in den Nachträgen Nr. 02 und Nr. 05 geltend gemacht und in der Schlussrechnung abgerechnet worden seien. Diese fänden ihre

Rechtsgrundlage hinsichtlich der zusätzlich notwendig gewordenen Sanierung der nachträglich aufgefundenen Rohrisolierung im Dach in § 2 Abs. 6 VOB/B i.V.m. § 1 Abs. 4 VOB/B und hinsichtlich der von der Baubeschreibung abweichenden Sanierung der PVC-Böden in § 2 Abs. 5 VOB/B i.V.m. § 1 Abs. 3 VOB/B.

Die Klägerin könne aber dem Grunde nach auch einen Ausgleich für die durch den Stillstand der Baugeräte entstandenen Kosten gemäß § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B verlangen, da ihr solche Kosten durch auf Anordnung des Beklagten geänderte beziehungsweise zusätzliche Leistungen im Zuge der dem Abbruch vorhergehenden Schadstoffsanierung entstanden seien.

§ 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B stelle insoweit keine abschließende Sonderregelung dar.

Ein Anspruch der Klägerin ergebe sich im Streitfall weder aus § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B noch aus § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB.

Vorliegend beruhten die zwischenzeitlichen Verzögerungen im Bauablauf allein auf anordnungsbedingten Veränderungen in der Bauausführung. Übe der Auftraggeber rechtmäßig sein vertragliches Leistungsbestimmungsrecht nach § 1 Abs. 3 oder § 1 Abs. 4 VOB/B aus und führten die geänderten oder zusätzlichen Leistungen zu einem zeitlichen Mehraufwand, so könne der Auftragnehmer die hierdurch verursachten Kosten allein als Vergütungsansprüche nach § 2 Abs. 5 beziehungsweise § 2 Abs. 6 VOB/B geltend machen. Der Anspruch aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B erfasse auch solche Mehrkosten, die sich aus den Auswirkungen der geänderten oder zusätzlichen Leistung auf die Bauzeit ergäben.

Darüber hinaus bestehe nach dem Sach- und Streitstand auch die für den Erlass des Grundurteils erforderliche Wahrscheinlichkeit, dass der Klägerin gegen den Beklagten gemäß § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B ein Anspruch auf Ersatz der Kosten für die zusätzliche Vorhaltung von Baugeräten in irgendeiner Höhe zustehe.

Dabei sei die Berechnung der gemäß § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B zu vergütenden Stillstandskosten mangels diesbezüglicher Einigung der Parteien auf der Basis der tatsächlich erforderlichen Mehr- und Minderkosten entsprechend den Grundsätzen des § 650c BGB vorzunehmen. Eine generelle Einigung über den Ausgleich der streitgegenständlichen Stillstandskosten in der geltend gemachten Höhe liege nicht vor. Es fehle auch an einer

wirksamen Verständigung der Parteien über Teilaspekte der Forderung wie etwa die zugrunde zu legende Berechnungsmethode.

Es sei hinreichend wahrscheinlich, dass es aufgrund der geänderten und zusätzlichen Leistungen im Zuge der Schadstoffsanierung zu einem Gerätestillstand gekommen sei und hieraus der Klägerin Kosten entstanden seien. Denn es sei zwischen den Parteien unstreitig, dass der zusätzliche Sanierungsaufwand Einfluss auf den Beginn der Abbrucharbeiten sowie die Gesamtbauzeit gehabt habe und es hierdurch zu einem Stillstand bei dem Geräteeinsatz gekommen sei. Die Feststellung der genauen Stillstandszeiten könne dem Bettragsverfahren überlassen bleiben.

Diese Stillstandskosten seien schließlich auch entgegen der von dem Beklagten vertretenen Ansicht noch nicht in den vereinbarten Einheitspreisen mitberücksichtigt worden.

2. Gegen die das Grundurteil tragenden Ausführungen des Berufungsgerichts wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Der Senat hat mit Hinweisbeschluss vom 8. Dezember 2021, auf den Bezug genommen wird, Folgendes zur Begründung ausgeführt:

"Ein Grund für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO liegt nicht vor.

1. Das Berufungsgericht hat die Revision gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 1 ZPO zugelassen, weil die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordere. Bei den Fragen, ob im Falle einer Änderungsanordnung gemäß § 1 Abs. 3, 4 VOB/B auch Gerätestillstandskosten als Teil des Vergütungsanspruchs gemäß § 2 Abs. 5, 6 VOB/B anzusehen seien und ob in diesem Fall die Abrechnung auf der Grundlage der tatsächlich erforderlichen Mehrkosten oder vorkalkulatorisch vorzunehmen sei, handele es sich um grundsätzliche Rechtsprobleme, zu denen der Bundesgerichtshof bislang noch keine Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt habe.

2. Die Fortbildung des Rechts erfordert keine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Klärung der Frage, ob im Falle einer Änderungsanordnung gemäß § 1 Abs. 3, 4 VOB/B Gerätestillstandskosten von einem Anspruch nach § 2 Abs. 5, 6 VOB/B umfasst sein können.

Rechtsfortbildungsbedarf gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 1 ZPO besteht, wenn der Einzelfall Veranlassung gibt, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder formellen Rechts aufzustellen oder Gesetzeslücken auszufüllen. Das ist der Fall, wenn es für die rechtliche Beurteilung typischer oder verallgemeinerungsfähiger Lebenssachverhalte an einer richtungsweisenden Orientierungshilfe ganz oder teilweise fehlt (BGH, Beschluss vom 23. Januar 2018 - II ZR 73/16 Rn. 15 m.w.N., juris). Davon kann vorliegend nicht ausgegangen werden. In Rechtsprechung und Literatur ist hinreichend geklärt, dass eine zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B auch aus mittelbaren bauzeitlichen Auswirkungen wie etwa Gerätestillstand von - unmittelbar Änderungen des Bauentwurfs betreffenden - Anordnungen gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B resultieren kann (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 9. Januar 2013 - 1 U 1554/09, BauR 2015, 1488, juris Rn. 302; OLG Hamm, Urteil vom 14. April 2005 - 21 U 133/04, BauR 2005, 1480 = NZBau 2006, 180, juris Rn. 36; OLG Braunschweig, Urteil vom 2. November 2000 - 8 U 201/99, BauR 2001, 1739, juris Rn. 100; Althaus/Bartsch, Nachträge am Bau, 2020, Teil 3 Rn. 363; Vygen, BauR 2006, 166, 168; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, VOB Teile A und B, 7. Aufl., § 2 VOB/B Rn. 429; Ingenstau/Korbion/Keldungs, VOB/B, 21. Aufl., § 2 Abs. 5 Rn. 54; Kuffer/Petersen in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 14. Aufl., § 2 Rn. 178; Roquette/Viering/Leupertz, Handbuch Bauzeit, 4. Aufl., Rn. 673; Leinemann/Leinemann, VOB/B, 7. Aufl., § 2 Rn. 263; Thode, ZfBR 2004, 214, 220).

Insoweit existiert eine ausreichende Orientierungshilfe. Für eine zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 6 VOB/B i.V.m. § 1 Abs. 4 VOB/B gilt Entsprechendes (vgl. Roquette/Viering/Leupertz, Handbuch Bauzeit, 4. Aufl., Rn. 673; Thode, ZfBR 2004, 214, 220).

3. Im gegenwärtigen Verfahrensstadium bedarf es nicht zur Fortbildung des Rechts einer Klärung der Frage, ob die Vergütung bei Ansprüchen nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B anhand der tatsächlich erforderlichen Mehr- und Minderkosten oder im Wege der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung zu bemessen ist. Diese Fragestellung ist für die Beurteilung der Erfolgsaussichten der Revision gegen das vom Berufungsgericht erlassene Grundurteil nicht erheblich.

Ein Grundurteil (§ 304 Abs. 1 ZPO) darf ergehen, wenn ein Anspruch nach Grund und Höhe streitig ist, alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind, und wenn nach dem Sach- und Streitstand zumin-

dest wahrscheinlich ist, dass der Anspruch in irgendeiner Höhe besteht (BGH, Urteil vom 6. Juni 2019 - VII ZR 103/16 Rn. 16, BauR 2019, 1655 = NZBau 2019, 635).

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist es unabhängig von der zugrunde gelegten Berechnungsmethode wahrscheinlich, dass der Klägerin Vergütungsansprüche nach § 2 Abs. 5, 6 VOB/B in irgendeiner Höhe zustehen.

Danach sind die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Berechnung der Vergütung bei den Ansprüchen gemäß § 2 Abs. 5, 6 VOB/B auf der Basis der tatsächlich erforderlichen Mehr- und Minderkosten (Berufungsurteil Seite 13 bis Seite 16 unter II. 3. a) in einem Grundurteil wie hier unzulässig, weil sie ausschließlich die Höhe der Ansprüche betreffen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Ausführungen, die ausschließlich die Höhe des Anspruchs betreffen, im Grundurteil unzulässig und binden für das Betragsverfahren nicht (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 18. August 2016 - III ZR 325/15 Rn. 11, NJW-RR 2016, 1150; Urteil vom 24. September 2009 - IX ZR 87/08 Rn. 21, FamRZ 2009, 2075; Urteil vom 20. Dezember 2005 - XI ZR 66/05, NJW-RR 2007, 138, juris Rn. 18; Urteil vom 29. Oktober 1959 - III ZR 150/58, VersR 1960, 248, 251; Urteil vom 15. Oktober 1953 - III ZR 182/52, BGHZ 10, 361, juris Rn. 7). Das gilt insbesondere für die Aufstellung von Richtlinien für die Bemessung des Betrags im Grundurteil (vgl. Stein/Jonas/Alt-hammer, ZPO, 23. Aufl., § 304 Rn. 63).

4. Nichts anderes gilt im Ergebnis auch für die Zulassungsgründe der grundsätzlichen Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) sowie der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO).

...

Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass der Klägerin gegen den Beklagten dem Grunde nach Vergütungsansprüche für die zusätzliche Vorhaltung von Baugeräten zustehen.

Auf das Schuldverhältnis ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung anzuwenden, die für ab dem 1. Januar 2002 und bis zum 31. Dezember 2017 geschlos-

sene Verträge gilt, Art. 229 § 5 Satz 1, § 39 EGBGB. Ferner ist die VOB/B in der Fassung von 2012 (im Folgenden nur: VOB/B) anzuwenden.

1. In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Klägerin gegen den Beklagten aufgrund der von ihr ausgeführten Schadstoffsanierung bei den PVC-Böden im Zellentrakt dem Grunde nach ein Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B für die Vorhaltung von Baugeräten zusteht.

a) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, § 6 Abs. 6 VOB/B stelle eine abschließende Sonderregelung für alle Fälle der Behinderung und Unterbrechung mit der Folge dar, dass Ansprüche nach § 2 Abs. 5 VOB/B betreffend Stillstandskosten während der Unterbrechung oder Verschiebung der Bauzeit von vornherein ausgeschlossen seien. Eine solche abschließende Sonderregelung stellt § 6 Abs. 6 VOB/B nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht dar (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 1970 - VII ZR 184/69, BauR 1971, 202, juris Rn. 43 m.w.N.; Urteil vom 27. Juni 1985 - VII ZR 23/84, BGHZ 95, 128, juris Rn. 25, jeweils zu § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B a.F., der Vorläuferbestimmung von § 6 Abs. 6 VOB/B).

b) Der weitere Einwand der Revision, den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen lasse sich nicht entnehmen, dass seitens des Beklagten eine Änderung des Bauentwurfs vorgenommen worden oder eine andere Anordnung erfolgt sei, greift ebenfalls nicht durch.

aa) Das Berufungsgericht hat als unstreitig festgestellt, dass der Beklagte eine Anordnung getroffen hat, wonach die asbestbelasteten PVC-Böden im Zellentrakt in einem konventionellen Verfahren, das aufwändiger war als das ursprünglich vertraglich vorgesehene, zu sanieren waren.

bb) Das Berufungsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise des Weiteren angenommen, dass es sich bei der genannten Anordnung des Beklagten um eine Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B i.V.m. § 1 Abs. 3 VOB/B handelt.

Als Anordnung im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B i.V.m. § 1 Abs. 3 VOB/B kommt eine Erklärung in Frage, die die vertragliche Leistungspflicht ändert (vgl. BGH, Urteil vom 9. April 1992 - VII ZR 129/91, BauR 1992, 759, juris Rn. 8). Ob eine Leistungsänderung in diesem Sinne vorliegt, ist durch Auslegung des Bauvertrags zu ermitteln

(vgl. BGH, Urteil vom 22. April 1993 - VII ZR 118/92, BauR 1993, 595, juris Rn. 24 ff.). Diese Auslegung obliegt dem Tatrichter und ist in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt überprüfbar (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 2011 - VII ZR 67/11 Rn. 12 m.w.N., BGHZ 192, 172).

Die vom Berufungsgericht insoweit vorgenommene Auslegung - Änderung der vertraglichen Leistungspflicht seitens des Beklagten - ist angesichts des dem Vertrag zugrunde gelegten Schadstoffgutachtens und angesichts des ursprünglich vertraglich vorgesehenen Verfahrens zur Entfernung der asbestbelasteten PVC-Böden revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

c) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht des Weiteren angenommen, dass aus der Anordnung bezüglich der Schadstoffsanierung der PVC-Böden ein bauzeitbezogener Aufwand aufgrund der zusätzlichen Vorhaltung von für die Abbrucharbeiten im Bauabschnitt 2 benötigter Baugeräte resultiert und dass hieraus dem Grunde nach eine zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B folgt (vgl. vorstehend B. II. 2.).

d) Der von der Revision erhobene Einwand, die Kosten der Vorhaltung der für die Leistungserbringung erforderlichen Geräte seien nach den vertraglichen Bestimmungen mit den vertraglichen Einheitspreisen abgegolten, greift nicht durch. In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise hat das Berufungsgericht im Wege der tatrichterlichen Auslegung angenommen, dass nach dem Sinn und Zweck der einschlägigen Bestimmung (vgl. Nr. 3.2 der Technischen Vorbemerkungen 2) mit den Einheitspreisen nur der Aufwand für das Vorhalten von für die Leistungserbringung im ursprünglich vereinbarten Umfang erforderlichen Baugeräten abgegolten ist.

2. In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise hat das Berufungsgericht des Weiteren angenommen, dass der Klägerin gegen den Beklagten dem Grunde nach auch ein Vergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B für die zusätzliche Vorhaltung eines für die Abbrucharbeiten im Bauabschnitt 1 benötigten Baggers infolge der Sanierung der asbesthaltigen Rohrisolierung im Dach des Wirtschaftsgebäudes zusteht.

a) Der Einwand der Revision, die Feststellungen des Berufungsgerichts belegten nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Anspruchs nach § 2 Abs. 6 VOB/B, greift nicht durch.

aa) Das Berufungsgericht hat als unstreitig festgestellt, dass der Beklagte eine Anordnung getroffen hat, wonach die im Verlauf der Asbestsanierung des Wirtschaftsgebäudes aufgefundene, bis dahin unbekannte asbesthaltige Rohrisolierung zusätzlich zu sanieren war.

bb) In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise hat das Berufungsgericht die genannte Anordnung des Beklagten als Verlangen nach einer im Vertrag nicht vorgesehenen Leistung im Sinne von § 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 1 VOB/B in Verbindung mit § 1 Abs. 4 VOB/B eingestuft. Revisionsrechtlich beachtliche Fehler bei der dieser Annahme zu Grunde liegenden, im Wege der Auslegung vorzunehmenden Bestimmung des Umfangs der ursprünglich vertraglich geschuldeten Leistung mit dem Ergebnis, dass die angeordnete Sanierung der aufgefundenen asbesthaltigen Rohrisolierung hiervon nicht umfasst war, zeigt die Revision nicht auf. Solche Fehler sind auch sonst nicht ersichtlich.

cc) Die Rüge der Revision, die Feststellungen des Berufungsgerichts belegten weder, dass die Klägerin den Anspruch nach § 2 Abs. 6 VOB/B vor Ausführung der Leistung dem Beklagten gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 1 VOB/B angekündigt habe, noch, dass die Ankündigung ausnahmsweise entbehrlich gewesen wäre, greift nicht durch. Denn auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts war eine solche Ankündigung entbehrlich.

Nach der Rechtsprechung des Senats dient die nach § 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B erforderliche Ankündigung des Auftragnehmers, für eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung eine zusätzliche Vergütung zu beanspruchen, dem Schutz des Auftraggebers. Er soll über drohende Kostenerhöhungen rechtzeitig informiert werden, um danach disponieren zu können. Ein Verlust des Vergütungsanspruchs für eine zusätzliche Leistung tritt daher nicht ein, soweit die Ankündigung im konkreten Fall für den Schutz des Auftraggebers entbehrlich ist (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 2001 - VII ZR 111/00, BauR 2002, 312= NZBau 2002, 152, juris Rn. 10). Entbehrlich ist die Ankündigung unter anderem dann, wenn der Auftraggeber bei Forderung der Leistung von ihrer Entgeltlichkeit ausging oder ausgehen musste (BGH, Urteil vom 23. Mai 1996 - VII ZR 245/94, BGHZ 133, 44, juris Rn. 12).

Gemessen hieran war die Ankündigung des Anspruchs vor Beginn der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erforderlichen Sanierungsarbeiten an der asbesthaltigen Rohrisolierung im Dach des Wirtschaftsgebäudes entbehrlich. Denn der Beklagte musste,

wenn er nicht von der Entgeltlichkeit dieser Leistung ausgegangen ist, jedenfalls von deren Entgeltlichkeit ausgehen.

b) Soweit die Revision in Bezug auf den Anspruch aus § 2 Abs. 6 VOB/B inhaltsgleiche Rügen wie hinsichtlich des Anspruchs aus § 2 Abs. 5 VOB/B erhebt, kann auf die dortigen Ausführungen, die hier entsprechend gelten, verwiesen werden."

3. An diesen Ausführungen hält der Senat fest. Die im Anschluss an den Hinweisbeschluss des Senats erfolgte Stellungnahme der Revision im Schriftsatz vom 1. Februar 2022 gibt keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung.

BGH ua zu der Frage, dass Faktoren, die nicht Bestandteil der Berechnung des ursprünglichen Einheitspreises sind, bei dessen Anpassung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (2012) unberücksichtigt bleiben

vorgestellt von Thomas Ax

Faktoren, die nicht Bestandteil der Berechnung des ursprünglichen Einheitspreises sind, bleiben bei dessen Anpassung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (2012) unberücksichtigt.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt von der Beklagten, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, die Zahlung restlichen Werklohns in Höhe von 235.796,44 € nebst Zinsen aufgrund einer wegen Mindermengen geforderten Anpassung der Vergütung.

Die Klägerin erhielt von der Beklagten mit Schreiben vom 19. Dezember 2013 unter Einbeziehung der Regelungen der VOB/B (2012) den Zuschlag für ausgeschriebene Holzungs- und Altlastenumlagerungsarbeiten betreffend das Bauvorhaben "B 183 Ortumfahrung Bad Liebenwerda".

Das Leistungsverzeichnis wies in Position 01.00.0001 als Leistung "Bäume fällen ohne Roden" und einen Mengenansatz von 4.500 Stück aus. Nach der Leistungsbeschreibung des Langtext-Leistungsverzeichnisses war das gesamte Holz dem Auftragnehmer zu seiner, der Beklagten nachzuweisenden, Verwertung zuzuführen.

Die Position 01.07.0001 wies als Leistung "Freischneiden und Roden" bei einem Mengenansatz von 21.200 m² aus und bezog sich auf dasselbe Flurstück wie die Position 01.00.0001. Nach der Leistungsbeschreibung des Langtext-Leistungsverzeichnisses waren die Wurzelstöcke und das Räumgut ebenfalls dem Auftragnehmer zur Verwertung zuzuführen; zur Abrechnung sollten die abfallrechtlichen Nachweise vorgelegt werden.

Das Preisangebot der Klägerin belief sich hinsichtlich der Position 01.00.0001 auf einen Einheitspreis von 0,12 € pro Baum, hinsichtlich der Position 01.07.0001 auf 0,11 € pro m².

Nachdem die Beklagte hinsichtlich einiger Positionen nachgefragt hatte, ob die Einzelpreise auskömmlich seien, legte die Klägerin gegenüber der Beklagten ihre Urkalkulation offen. Hiernach setzte sich der Einheitspreis der Position 01.00.0001 aus den Einzelkosten der Teilleistung einschließlich Zuschlägen für Baustellengemeinkosten, Allgemeine Geschäftskosten und Gewinn - abzüglich einer Gutschrift von 15 € - zusammen. Aus der Urkalkulation ergab sich weiter, dass die Klägerin mit einem Erlös aus der Verwertung der Bäume in Höhe von insgesamt 60 € je Baum rechnete, von dem sie den Betrag von 15 € als Gutschrift an die Beklagte weiterreichte; der Restbetrag in Höhe von 45 € pro Baum sollte der Klägerin verbleiben.

Entsprechend gestaltete sich die Preiskalkulation für die Leistungsposition 01.07.0001. Dort rechnete die Klägerin mit einem Erlös von 20 € pro Wurzelstock, von dem sie 5 € als Gutschrift in dem Einheitspreis berücksichtigte.

Die Klägerin führte die angebotenen Leistungen durch; diese wurden von der Beklagten abgenommen. Auf dem Flurstück standen tatsächlich nur 1.237 Bäume.

In einem Nachtrag forderte die Klägerin von der Beklagten eine Anpassung der beiden Einheitspreise. Dabei verlangte sie hinsichtlich der Position 01.00.0001 einen neuen Einheitspreis von 126,89 €. Darin enthalten war auch ein Ausgleich für entgangenen Verwertungserlös in Höhe von 146.835 € netto wegen der im Vergleich zur Mengenangabe im Leistungsverzeichnis nicht vorhandenen 3.263 Bäume (3.263 fehlende Bäume x 45 €). Betreffend die Position 01.07.0001 verlangte die Klägerin unter Berücksichtigung eines Ausgleichs für entgangenen Verwertungserlös für 3.263 Wurzelstöcke eine Anpassung des Einheitspreises auf 2,42 € netto pro Stück.

Die Beklagte hat die Klageforderung mit Ausnahme der jetzt noch streitigen Anteile des von der Klägerin zu den Positionen 01.00.0001 und 01.07.0001 geltend gemachten Ausgleichs für entgangene Verwertungserlöse anerkannt. Die weitergehende, auf den Ausgleich der von der Klägerin erwarteten Verwertungserlöse für 3.263 Bäume und Wurzelstöcke gerichtete Klage hat das Landgericht abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Gründe

I.

Die ohne Einschränkung eingelegte Revision ist nur teilweise, nämlich nur hinsichtlich des vertraglichen Vergütungsanspruchs zulässig; im Übrigen ist sie nicht statthaft (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) und daher unzulässig (§ 552 Abs. 1 ZPO). Insoweit ist die Revision auch nicht zuzulassen.

1. Die vom Berufungsgericht im Tenor ausgesprochene Zulassung der Revision ist in den Entscheidungsgründen auf den nicht zuerkannten Teil des vertraglichen Anspruchs der Klägerin auf Zahlung von Werklohn beschränkt worden.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Zulassung der Revision auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines Teil- oder Zwischenurteils sein könnte oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte. Eine wirksame Beschränkung der Zulassung der Revision kann sich unbeschadet uneingeschränkter Zulassung im Tenor aus den Gründen des Berufungsurteils ergeben. Hat das Berufungsgericht die Revision wegen einer Rechtsfrage zugelassen, die nur für einen Teil der entschiedenen Ansprüche von Bedeutung ist, kann die gebotene Auslegung ergeben, dass in der Angabe dieses Zulassungsgrunds die Beschränkung der Zulassung der Revision auf diese Ansprüche zu sehen ist (BGH, Beschluss vom 25. Juni 2014 - VII ZR 259/13 Rn. 3 m.w.N., BauR 2015, 535).

b) Nach diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht die Revision wirksam auf den nicht zuerkannten Teil des vertraglichen Anspruchs der Klägerin auf Zahlung von Werklohn beschränkt. Es hat in den Entscheidungsgründen die Revision ausschließlich wegen der von ihm

als rechtsgrundsätzlich angesehenen Frage zugelassen, ob ein "(Teil)Sondergewinn", der nicht als Bestandteil des Einheitspreises kalkuliert worden ist, jedoch untrennbar kalkulatorisch mit einem in den Einheitspreis als Bonus einkalkulierten und aus dem gesamten "Sondergewinn" gespeisten "(Teil)Sondergewinn" verbunden ist, bei verringerten Mengen am Ausgleichsmechanismus des § 2 Abs. 3 VOB/B teilnimmt.

Diese Frage ist nur für den vertraglichen Anspruch auf Zahlung der Vergütung nach § 631 Abs. 1 BGB von Bedeutung, nicht hingegen für die verfolgten Schadenersatzansprüche aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB und § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB.

2. Die Beschränkung der Revisionszulassung ist wirksam. Die Schadenersatzansprüche betreffen selbstständige Teile des Gesamtstreitstoffs (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Juni 2014 - VII ZR 259/13 Rn. 5 m.w.N., BauR 2015, 535). Die Klägerin hätte die Revision auf den vertraglichen Anspruch auf Zahlung weiterer Vergütung beschränken können.

3. Die vorsorglich für den Fall einer beschränkten Revisionszulassung eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin ist unbegründet. Von einer Begründung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist (§ 544 Abs. 6 Satz 2, 2. Halbsatz ZPO).

II.

Soweit die Revision zulässig ist, hat sie keinen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Die Klägerin habe wegen der Mindermengen keinen Anspruch auf eine Preisanpassung gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B. Diese Bestimmung regle den Anspruch auf Anpassung des Einheitspreises im Umfang der Auswirkung von Mehr- oder Mindermengen auf Kostenfaktoren, die den Einheitspreis bilden. Die Auslegung des Vertrages ergebe, dass die Klägerin den aus der Verwertung der Bäume erwarteten Gewinn nicht als Bestandteil des Einheitspreises im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B kalkuliert habe. Ausweislich der Urkalkulation sei der durch die Verwertung der Bäume zu erwartende Gewinn in Höhe von 45 € pro Baum und in Höhe von 15 € pro Wurzelstock nicht in die Berechnung des Einheitspreises eingeflossen. Dass die Klägerin den eigentlichen Gewinn mit der Rohstoffverwertung und

nicht mit dem in der Kalkulation ausgewiesenen Gewinn mache, führe zu keinem anderen Auslegungsergebnis. Denn die Gewinnerwartung aus der Verwertung der Bäume stehe in keinem synallagmatischen Gegenseitigkeitsverhältnis.

Eine andere Auslegung verstoße gegen den Wortlaut und den Sinn und Zweck von § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B. Diese Bestimmung diene dazu, den Vertragsparteien bei Mengenabweichungen Rechtssicherheit zu verschaffen. Könnte der Auftragnehmer bei einer Preisanpassung versteckte Sondererlöse geltend machen, würde der Auftraggeber mit Risiken belastet, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht abschätzbar seien. Dies liefe dem Sinn und Zweck des § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B zuwider.

Die Klägerin habe auch keinen Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB. Ein Rückgriff hierauf komme nicht in Betracht, da § 2 Abs. 3 VOB/B eine abschließende Regelung für die Über- wie Unterschreitung von Massenansätzen über 10 % enthalte. Im Übrigen stelle die Möglichkeit der Materialverwertung keine beiderseitige Geschäftsgrundlage dar. Es betreffe allein den Risikobereich der Klägerin, ob Holz in einer bestimmten Menge anfalle, um einen über den Werklohn hinausgehenden Sondererlös zu erwirtschaften. Die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage seien auch nicht deshalb anwendbar, weil sich aus der Urkalkulation ergeben habe, dass die Beklagte mit einem Sondererlös außerhalb des Einheitspreises kalkuliert habe. Die Urkalkulation werde auch dann nicht zur Geschäftsgrundlage, wenn sie dem Besteller offengelegt werde. Besondere Umstände, die eine andere Annahme rechtfertigen könnten, lägen nicht vor.

Hinsichtlich der Position 01.07.0001 seien die Preisbestandteile in Quadratmetern angegeben worden, so dass die von der Klägerin vorgenommene Umrechnung von Quadratmeter in Stück unzulässig sei. Hinsichtlich der ausgeschriebenen Menge in Quadratmetern liege keine Mengenminderung vor.

2. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

a) Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die Klägerin keinen - über den von der Beklagten anerkannten Betrag hinausgehenden - Anspruch auf Anpassung der Vergütung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (2012) hat.

aa) Nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (2012) ist bei einer über zehn Prozent hinausgehenden Unterschreitung des Mengenansatzes auf Verlangen der Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge der Leistung oder Teilleistung zu erhöhen, soweit der Auftragnehmer nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Ordnungszahlen (Positionen) oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält. Die Erhöhung des Einheitspreises soll im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen, der sich durch Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge ergibt.

Durch die Vergütungsregelung des § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B soll der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers den Unwägbarkeiten entzogen werden, die sich aus der unzutreffenden Einschätzung der für die Ausführung der Bauleistung erforderlichen Mengen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ergeben. Die Bestimmung trägt dem Risiko Rechnung, dass die Mengenschätzung im Zeitpunkt der Ausschreibung naturgemäß ungenau sein kann und die tatsächlichen Gegebenheiten auf der Baustelle insofern nicht genau erfasst worden sein können (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2012 - VII ZR 19/11 Rn. 18, BGHZ 192, 252). Die aufgrund der Mengenminderung eingetretene Störung des Äquivalenzverhältnisses soll durch eine entsprechende Anpassung der Vergütung durch Neubildung eines einheitlichen Einheitspreises für die gesamte, tatsächlich ausgeführte Masse ausgeglichen werden (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 1986 - VII ZR 39/86, BauR 1987, juris Rn. 12; BeckOK VOB/B/Kandel, Stand: 31. Oktober 2020, § 2 Abs. 3 Rn. 51).

bb) Bezugsgröße für den wegen der Mengenminderung anzupassenden Einheitspreis ist ausweislich des Wortlauts von § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B der ursprüngliche Einheitspreis (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 1986 - VII ZR 39/86, BauR 1987, 217, juris Rn. 12; BeckOK VOB/B/Kandel, Stand: 31. Oktober 2020, § 2 Abs. 3 Rn. 52). Hieraus folgt, dass Faktoren, die nicht Bestandteil des ursprünglichen Einheitspreises sind, bei dessen Anpassung - unabhängig davon, wie diese im Einzelnen erfolgt - unberücksichtigt bleiben.

cc) Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass der in der Urkalkulation von der Klägerin prognostizierte Verwertungserlös in Höhe von 45 € pro Baum kein Bestandteil des angebotenen Einheitspreises ist.

(1) Die Auslegung eines Vertrags ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Dessen Auslegung unterliegt nur

einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung dahingehend, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder die Denkgesetze vorliegen oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht, etwa weil wesentliches Auslegungsmaterial unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen worden ist (ständige Rechtsprechung; vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2020 - VII ZR 144/19 Rn. 21, BauR 2020, 1630 = NZBau 2020, 570).

(2) Derartige Verstöße sind dem Berufungsgericht nicht anzulasten. Das Berufungsgericht ist auf der Grundlage einer vom Wortlaut ausgehenden, an der beiderseitigen Interessenlage der Parteien orientierten und auch im Übrigen fehlerfreien Auslegung davon ausgegangen, dass - anders als der bei der Berechnung des Einheitspreises berücksichtigte Anteil von 15 € - die mit der Verwertung der Bäume verbundene Erlöserwartung in Höhe von weiteren 45 € nicht Bestandteil des angebotenen Einheitspreises war. Ausweislich der der Beklagten vor dem Zuschlag eröffneten Urkalkulation hat die Klägerin unter Berücksichtigung der Gutschrift von 15 € einen Einheitspreis von 0,12 € als äquivalente Gegenleistung für die Fällung eines Baumes einschließlich dessen Verwertung ohne Berücksichtigung des weiteren Verwertungserlöses (in Höhe von 45 € pro Baum) angeboten. Die Beklagte durfte daher davon ausgehen, dass - mit Ausnahme der in den Einheitspreis eingerechneten Gutschrift - die weitere Erlöserwartung der Klägerin keinen Einfluss auf den angebotenen Einheitspreis hat.

Eine andere Auslegung ist entgegen der Auffassung der Revision nicht deswegen geboten, weil nach dem Vortrag der Klägerin entsprechend einer Verkehrssitte die Bieter im Straßenbau den eigentlichen Gewinn mit der Verwertung der Rohstoffe machen und nicht mit dem in der Kalkulation der Einheitspreise ausgewiesenen Gewinn. Die im Leistungsverzeichnis angegebene Menge der zu entsorgenden Bäume mag der Beweggrund der Klägerin gewesen sei, sich an dem Ausschreibungsverfahren zu beteiligen. Die mit dem Zuschlag erhoffte Gewinnerwartung ist indes nicht Teil des zwischen den Parteien bestehenden Äquivalenzverhältnisses geworden. Die Klägerin war zwar vertraglich verpflichtet, die gefälltten Bäume und die gerodeten Wurzelstöcke zu entfernen, um eine baureife Fläche zu schaffen. Als Gegenleistung für diese Leistungen schuldet die Beklagte jedoch nur den in den Einheitspreisen vereinbarten Werklohn. Durch die Einräumung einer Verwertungsmöglichkeit an den Bäumen ist keine Verpflichtung der Beklagten begründet worden, der

Klägerin die in dem Leistungsverzeichnis angegebene Anzahl der Bäume und Wurzelstöcke zur Verwertung zur Verfügung zu stellen.

(3) Entgegen der Auffassung der Revision folgt weder allein aus der Offenlegung der Urkalkulation noch aus der Einbeziehung einer Gutschrift in Höhe von 15 € pro Baum in die Kalkulation des Einheitspreises, dass der erwartete Verwertungserlös insgesamt Bestandteil des Einheitspreises und damit Teil des Äquivalenzverhältnisses wurde. Durch die Offenlegung ist die mit der Entsorgung der Bäume insgesamt verbundene Erlöserwartung der Klägerin nicht Gegenleistung für die von ihr zu erbringenden Leistungen geworden. Vielmehr war aus der Urkalkulation ersichtlich, dass die Klägerin die Verwertungserlöse am Markt allein erzielen wollte und diese jedenfalls in Höhe eines Teilbetrages von 45 € kein Kostenfaktor des Einheitspreises sein sollten.

dd) Das Berufungsgericht ist weiter zu Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin hinsichtlich der die Wurzelstöcke betreffenden Position 01.07.0001 eine Anpassung der Vergütung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B schon deshalb nicht verlangen kann, weil der Mengensatz dieser Position in Quadratmetern und nicht in Stückzahlen angegeben wurde und die Flächengröße unverändert geblieben ist.

b) Zutreffend hat das Berufungsgericht weiter angenommen, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1, 2 BGB hat.

aa) Nach der Rechtsprechung des Senats kommt ein Rückgriff auf die gesetzlichen Regelungen zur Störung der Geschäftsgrundlage wegen Mengenabweichungen im Einheitspreisvertrag grundsätzlich nicht in Betracht, soweit eine vertragliche Regelung wie § 2 Abs. 3 VOB/B vorhanden ist. Diese Bestimmung enthält eine abschließende Regelung für die Über- wie Unterschreitung der Mengenansätze über 10 % hinaus, die § 313 BGB vorgeht und die nicht auf eine bestimmte prozentuale Über- wie Unterschreitung beschränkt ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2012 - VII ZR 19/11 Rn. 18, BGHZ 192, 252; Beschluss vom 23. März 2011 - VII ZR 216/08 Rn. 6, BauR 2011, 1162 = NZBau 2011, 353; Urteil vom 18. Dezember 2008 - VII ZR 201/06 Rn. 36, BauR 2009, 491 = NZBau 2009, 232).

Die Anwendung der gesetzlichen Regelungen zur Störung der Geschäftsgrundlage kommt allenfalls ausnahmsweise in Betracht, wenn etwa die Parteien einer Einheitspreisvereinbarung eine bestimmte Menge zugrunde gelegt haben, diese bei Abgabe des Angebots

und Erteilung des Zuschlags angegebene Menge zur Geschäftsgrundlage geworden ist und diese wegen gravierender Mengenabweichung und überhöhtem Einheitspreis keine Grundlage mehr für eine Preisanpassung sein kann (BGH, Beschluss vom 23. März 2011 - VII ZR 216/08 Rn. 7 ff., BauR 2011, 1162 = NZBau 2011, 353).

bb) Derartige besondere Umstände, die hier eine Anwendung von § 313 BGB gestatten würden, hat der Tatrichter nicht festgestellt. Dagegen ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern. Der Umstand allein, dass die Zahl der tatsächlich vorhandenen Bäume erheblich von der Mengenangabe in der Ausschreibung abwich, rechtfertigt nicht die Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage.

OLG Jena zu der Frage, dass Bedarfspositionen einer Preisanpassung zugänglich sind, wenn die Parteien bezüglich dieser Position, bei der sich der Auftraggeber ein Wahlrecht vorbehält, ob sie ausgeführt werden soll oder nicht, von einer bestimmten zu erwartenden Mehrmenge ausgegangen sind

vorgestellt von Thomas Ax

1. Auch ein Mietvertrag (hier: Gerüstbauvertrag) lässt eine Vereinbarung zu, nach der der Mieter eine Anpassung der Miete unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten verlangen kann, wenn der vertragliche Zeitanlass für die Überlassung um 10% überschritten wird.

2. Bedarfspositionen enthalten keine Begrenzung der Höchstmengen und sind deshalb einer Preisanpassung nicht zugänglich, es sei denn die Parteien sind bezüglich dieser Position, bei der sich der Auftraggeber ein Wahlrecht vorbehält, ob sie ausgeführt werden soll oder nicht, von einer bestimmten zu erwartenden Mehrmenge ausgegangen.

3. Verständigen sich die Parteien nicht über Teilelemente der Preisbildung, erfolgt die Preisanpassung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten (im Anschluss an BGH, Urteil vom 8. August 2019 - VII ZR 34/18 = BauR 2019, 1766).

OLG Jena, Urteil vom 10.01.2020 - 4 U 812/15

Gründe

Die Klägerin, ein Gerüstbauunternehmen, begehrt weitere Zahlungen aus zwei mit dem Beklagten geschlossenen Verträgen über Gerüstbauarbeiten. Im Streit steht hierbei ein Mengenausgleich gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bei der Vorhaltung mehrerer Gerüste.

Der Beklagte schrieb für den Neubau einer Jugendstrafanstalt in I... die Gerüstbauarbeiten in zwei Losen öffentlich aus. Gegenstand des Loses Gerüstbau 1 waren sämtliche Gerüstbauarbeiten (Lieferung, Auf- und Abbau, Gebrauchsüberlassung) für die Errichtung von 6 Gebäuden, des Loses Gerüstbau 2 für die Errichtung von 10 Gebäuden.

Grundlage beider Ausschreibungen waren insbesondere von der Beklagten erstellte Leistungsbeschreibungen und Besondere Vertragsbedingungen, welche in der Einleitung die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) teilweise einbeziehen. Ein Bauzeitenplan lag der Ausschreibung nicht zu Grunde.

Auf der Grundlage der Angebote der Klägerin vom 15.07.2010 auf diese Lose, wegen deren Einzelheiten auf Anlage B1 verwiesen wird, erteilte der Beklagte am 13.09.2010 den Zuschlag auf beide Angebote (Anlage B2).

Unter Punkt 1.2 der Besonderen Vertragsbedingungen haben die Parteien vereinbart, dass die Baumaßnahme abschnittsweise im Rahmen eines kontinuierlichen Bauablaufes im Zeitraum von 03/2010 bis 01/2013 durchgeführt wird und die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen im Zeitraum vom 01.10.2010 bis 01.11.2012 vorgesehen ist. Die Gebäude waren in einer bestimmten Reihenfolge schrittweise nach Anweisung der Bauleitung einzurüsten. Mit dem Abruf der Leistungen zu den einzelnen Gebäudeteilen 4 Wochen vor dem vorgesehenen Ausführungsbeginn sollten die unter Berücksichtigung der jeweiligen Ausführungszeiträume im aktuellen Bauzeitenplan des Auftraggebers bestimmten Baubeginn- und Fertigstellungstermine zu verbindlichen Vertragsfristen werden.

Einen Bauzeitenplan, wegen dessen Einzelheiten auf Anlage K3 verwiesen wird, hat der Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 21.10.2010 zur Verfügung gestellt.

Die von der Klägerin erbrachten Leistungen sind mangelfrei und von dem Beklagten abgenommen worden. Über ein während der Leistungserbringung von Seiten der Klägerin gestelltes Preisänderungsverlangen für verlängerte Standzeiten der Gerüste erzielten die Parteien keine Einigung.

Die Klägerin rechnete ihre Leistungen mit den Schlussrechnungen vom 22.03.2013 (Anlage K4) für das Los Gerüstbau 1 und vom 17.08.2012 (Anlage K9) für das Los Gerüstbau 2 ab.

Bei der Prüfung der Schlussrechnungen kürzte der Beklagte diejenigen Rechnungspositionen der Klägerin, die mit "Mehrkosten für die zusätzliche Anmietung von Gerüstmaterial der Pos. ... über den 110 % Mengensatz auf der Grundlage des §§ 2 Abs. 5 VOB/B" bezeichnet waren und in der Beschreibung der Positionen eine Berechnung angeblicher Mehrkosten auf der Basis eines angeblich marktüblichen Mietpreises enthielten, und brachte den Restbetrag der Rechnungen zum Ausgleich.

Die Kürzungen hält die Klägerin für unberechtigt. Sie habe ihre Gerüste wegen Störungen im Bauablauf sowie Verzuges anderer Gewerke für einen deutlich längeren Zeitraum vorhalten müssen.

Sie hat behauptet, sie habe aufgrund des erheblichen Mehrbedarfs an Gerüststellung von anderen Gerüstbauunternehmen zusätzliche Gerüste anmieten müssen. Das gemietete Material sei ausschließlich zur Deckung der Mehrbedarfe beim Bauvorhaben JSA I... verwendet worden.

Unter Zugrundelegung angemessener Mietpreise könne sie deshalb gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B für verlängerte Standzeiten höhere Einheitspreise verlangen. Der Beklagte müsse sich hierbei eine Neupreisbildung entgegenhalten lassen, die nicht auf die Preisbildungsgrundsätze der vereinbarten Leistungspositionen und Einheitspreise beschränkt sei, sondern ausnahmsweise - wie abgerechnet - auf eigenständiger Grundlage gebildet werden könne.

Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, 153.627,67 EUR nebst 9 % Zinsen aus 89.145,88 EUR seit dem 01.07.2013 und aus weiteren 64.481,79 EUR seit dem 10.10.2012 und weitere 2305,40 EUR vorgerichtliche Anwaltskosten nebst Zinsen ab Rechtshängigkeit vorgerichtliche Anwaltskosten an die Klägerin zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte ist der Auffassung, dass die Klägerin einen Mehrbedarf auf der Grundlage angeblich angemieteten oder anzumietenden Gerüstmaterials nicht berechnen könne, weil die Klägerin aufgrund der vertraglichen Regelungen voraussehbaren Mehrbedarf habe in Erwägung ziehen und einkalkulieren müssen. Bei der Preisbildung sei sie an die Grundsätze der vereinbarten Einheitspreise gebunden.

Das Landgericht Erfurt hat die Klage mit Urteil vom 14.10.2015 abgewiesen.

Hierzu hat das Landgericht ausgeführt: Ein Anspruch der Klägerin aus § 631 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den in Rede stehenden Aufträgen stehe der Klägerin nicht zu. Ihren Anspruch könne sie nicht auf § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B stützen. Dabei könnten die Ursachen für den geltend gemachten überobligatorische Mehrbedarf ebenso dahinstehen wie die Frage, ob dieser über das vertragliche Maß hinaus von der Klägerin mit eigenem Gerüst zu decken war. Auch könne dahinstehen, ob die Klägerin tatsächlich Gerüstmaterial angemietet hat und ob dieses ausschließlich zur Deckung der Mehrmengen eingesetzt wurde. Ebenso könne dahinstehen, ob die Kalkulationsgrundlagen der Schlussrechnungen zur Begründung der streitgegenständlichen Mehrforderungspositionen zutreffend sind.

Bei der Bildung des Neupreises habe die Klägerin nicht von den bei der Bildung des Einheitspreises der vertraglich geschuldeten Mengen maßgeblich gewesenen Kalkulationsgrundlagen absehen und diese auf eine neue Preisbildungsgrundlage stellen dürfen. Die Rechnungslegung der Klägerin knüpfe auch nicht an einen tatsächlichen Mehraufwand an, sondern lediglich an der Tatsache der Anmietung von Fremdgerüst. Sie lege einen hypothetischen Mietzins zu Grunde, der von einem Anschaffungspreis für Gerüst ausgehe. Dies entspreche nicht den Grundsätzen der gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B erlaubten Preisbildung.

Keine der von der Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen, in denen von den Kalkulationsgrundlagen/Berechnungsgrundlagen des "Altpreises" abgerückt werden könne, läge vor. Von einem Kalkulationsirrtum des Auftragnehmers sei nicht auszugehen. Auch seien die Massenänderungen nicht auf ein vorwerfbares Unterlassen des Auftraggebers oder seiner Erfüllungsgehilfen zurückzuführen. Vielmehr sei der Mehrmengenbedarf

hier von vornherein erwartbar gewesen. Die Klägerin hätte im Rahmen ihrer Kalkulation des "Altpreises" von vornherein in Erwägung ziehen können, dass ein unvorhergesehener Mehrbedarf jedenfalls zum Teil nur durch die Anmietung von Fremdgerüst gedeckt werden könnte.

Schließlich läge auch kein Fall vor, bei dem es während der Ausführung der Mehrmengen zu zum Zeitpunkt der Kalkulation nicht vorhersehbaren Preissteigerungen gekommen sei.

Auch wertungsmäßig sei der Sachverhalt mit diesem Fallgruppen nicht vergleichbar. Mit der von dem angeblichen tatsächlichen Anmietungs Aufwand losgelösten und abstrakten Betrachtung und Berechnung eines hypothetischen Mietzinses für das zusätzlich aufgewendete Gerüstmaterial entferne sich die Klägerin von den Grundlagen ihrer bisherigen Preisbildung so sehr, dass dies mit der Regelung des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht mehr zu vereinbaren sei.

Die Klägerin hat gegen das ihr am 19.10.2015 zugestellte Urteil mit Schriftsatz vom 10.11.2015, eingegangen beim Oberlandesgericht am 11.11.2015, Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 09.12.2015, eingegangen am 10.12.2015, begründet.

§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B erfordere keine Fortschreibung des Einheitspreises gemäß Urkalkulation. Die Klägerin habe den Einheitspreis für die über den Mengenansatz von 110 % hinausgehenden Mehrmengen auf Basis einer nachvollziehbaren Kalkulation neu berechnet. Sie habe hierbei berücksichtigt, dass nur der Mietpreis für die Gerüstbauteile der für einen Vorhaltezeitraum von mehr als 110 % gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B angefallen ist, im Rahmen der Kalkulation für das auf dieser Basis gestellte Preisverlangen angesetzt werden darf.

Zudem habe sie nachgewiesen, dass ihre Kalkulation auf eher unterdurchschnittlichen Marktpreisen basiere.

Erstinstanzlich habe die Klägerin vorgetragen, dass sie den Beklagten mehrfach auf die Erschöpfung ihrer Gerüstkapazitäten hingewiesen habe, sich der Beklagte aber nicht im Stande gesehen habe mitzuteilen, wie lange die Gerüste noch benötigt werden. Die Klägerin habe somit keine Planungsvorgaben besessen, wieviel Gerüst für die Einrichtung der insgesamt 16 Gebäude benötigt werde. Ohne die von ihr getätigten Anmietungen hätte sich der tatsächliche Bedarf an Gerüst auf der Baustelle nicht vollständig decken lassen. Der von der

Klägerin kalkulierte Mehrpreis, der bereits im Rahmen der von ihr belegten Abschlagsrechnungen zu Grunde gelegt wurde, orientierte sich deshalb nicht an den tatsächlich in diesem Zeitraum erfolgten Anmietungen.

Auch wenn man davon ausgehe, dass grundsätzlich der neue Einheitspreis durch Fortschreibung der Urkalkulation zu erfolgen habe, läge hier ein Ausnahmefall vor, der die Durchbrechung dieses Grundsatzes rechtfertige. Die Ursachen für die entstandenen Mehrmengen stammten aus dem Risikobereich des Auftraggebers. Die Erwägung des Landgerichts, dass die Klägerin von vornherein hätte in Erwägung ziehen können, dass ein unvorhergesehener Mehrbedarf jedenfalls zum Teil nur durch die Anmietung von Fremdgerüst gedeckt werden könnte, rechtfertige nicht die Annahme, dass die Mehrmengen erwartbar gewesen sind. Müsse der Bauunternehmer auch gewisse Überschreitungen der nach Vertrag vorzuhaltenden Gerüstmenge in zeitlicher Hinsicht rechnen, habe die Klägerin bei dem in Rede stehenden Bauvorhaben aber nicht mit solchen erheblichen zeitlichen Überschreitungen von mehr als einem Jahr rechnen müssen. Der Beklagte habe die Klägerin nicht auf solche Überschreitungen hingewiesen und auch keinen aktualisierten Bauzeitenplan zur Verfügung gestellt.

Weiter sei zu berücksichtigen, dass ein Gerüstbauunternehmen auf der Basis der jeweils erteilten Aufträge planen müsse, wann welche Gerüstbaumengen frei werden, damit sie diese auch bei anderen Bauvorhaben wieder einsetzen könne. Es könne nicht verlangt werden, dass ein Gerüstbauunternehmen solche Mehrmengen wie vorliegend einkalkulieren müsse.

Vorliegend sei ein Ausnahmefall auch deshalb anzunehmen, weil es keinen anfänglichen Bauzeitenplan gegeben habe und der Beklagte damit gegen die Verpflichtung zur Koordinierung des Bauablaufes verstoßen habe.

Schließlich seien die Besonderheiten des Gerüstbauvertrages zu berücksichtigen. Da der Gerüstbauer verpflichtet sei, seinem Auftraggeber das Gerüst so lange zu überlassen, wie er es eben benötigt, sei es nicht nachvollziehbar, dass ihm bei einer Überschreitung des vertraglichen Zeitmaßes nicht ein an den tatsächlichen Mehr- und Minderkosten orientierter Ausgleich zugute kommen soll.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des am 14.10.2015 verkündeten Urteils des Landgerichts Erfurt, Aktenzeichen 3 O 1180/14 den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 153.627,67 EUR nebst 9 % Zinsen über dem Basiszinssatz aus 89.945,88 EUR seit dem 01.07.2013 und aus weiteren 64.481,79 EUR nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 10.10.2012 und weitere vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 2305,40 EUR an die Klägerin nebst Zinsen ab Rechtshängigkeit zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte verteidigt das Urteil des Landgerichts und vertieft seinen Vortrag aus dem ersten Rechtszug.

Entgegen der Ansicht der Klägerin knüpfe die Ermittlung eines neuen Preises gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B an die Preisbildung des ursprünglichen Vertragspreises an.

Die Klägerin habe Mietkosten ohne konkreten Bezug zur Baustelle behauptet, zu dem konkret auf der Baustelle verwendeten Mietgerüst aber nichts vorgetragen. Auch habe sie nicht dargestellt, wie sich die konkrete ursprüngliche Kalkulation im Hinblick auf den behaupteten streitigen Einsatz von Mietgerüst geändert haben soll.

Zudem sei der Vortrag der Klägerin widersprüchlich. Im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens habe sie behauptet, dass das Mietgerüst gemäß den vorgelegten Mietrechnungen (Anlage K 16) eingesetzt wurde, während sie sich im Laufe des Bauvorhabens in ihren Nachtragsangebot auf Mietangebote anderer Firmen bezogen habe.

Nicht nachvollziehbar sei, dass die Klägerin Mietgerüste für diese Baustelle im Wert von 315.000 EUR in Anspruch genommen haben will, aber nur Mehrkosten von ca. 153.000 EUR geltend macht. So habe der Geschäftsführer der Klägerin zu Protokoll erklärt, dass die in Anlage K 16 enthaltenen Rechnungen angemietete Gerüste betreffen, die ausschließlich für die in Rede stehende Baustelle angemietet worden seien. Tatsächlich hätten die als Anlage K 16 vorgelegten Mietrechnungen mit dieser Baustelle nicht das Geringste zu tun.

Auf eine enttäuschte Erwartungshaltung hinsichtlich des Bauablaufes könne sich die Klägerin nicht berufen, da dem Vertrag kein konkreter Bauablauf zugrunde ge-

legen und damit nicht festgestanden habe, wann welches Gebäude konkret ein- und abzurüsten ist. Die Klägerin, die auf beide Lose geboten habe, sei insoweit von vornherein ein gewisses Risiko eingegangen, welches sie in ihre Vertragspreise sicher auch einkalkuliert habe. Über die Bauzeiten, die Abläufe der Fremdgerüste und die Bauverzögerungen sei die Klägerin jederzeit informiert gewesen.

Die Klägerin lege bei der Darstellung der Überschreitung der Gerüstmenge auf der Baustelle einen Bauablaufplan zu Grunde, der dem zwischen den Parteien vereinbarten Vertrag nicht zu Grunde gelegen habe. Dieser vermische die separaten Verträge in den Losen 1 und 2. Zudem sei die dortige Berechnung des Gerüstbestandes unzutreffend.

Wegen des hohen Gerüstvolumens auf der Baustelle sei eine Aufsplittung in 2 Lose erfolgt. Soweit die Klägerin vorgetragen habe, dass sie über ein eigenes Gerüstvolumen von 80.500 m² verfüge, sei dies ausreichend gewesen, um die Lose zu bedienen.

Schließlich habe die Beweisaufnahme nicht ergeben, dass auf der in Rede stehenden Baustelle Mietgerüst eingesetzt wurde. Das Landgericht hätte die Klage schon deshalb abweisen müssen, weil der Anfall von Mehrkosten nicht nachgewiesen sei.

Hinsichtlich des näheren Inhalt des Vorbringens der Parteien im zweiten Rechtszug wird auf den Inhalt der Berufungsbegründung vom 10.11.2015 (Bl. 205 ff.), der Berufungserwiderung vom 12.02.2016 (Bl. 243 ff.) sowie die Schriftsätze der Klägerin vom 30.09.2016 (Bl. 287 ff.), vom 21.11.2016 (Bl. 302 ff.), vom 20.03.2017 (Bl. 339 ff.), vom 21.07.2017 (Bl. 371 ff.) und vom 28.11.2019 (Bl. 431f.) und des Beklagten vom 18.07.2016 (Bl. 266 ff.), vom 07.12.2016 (Bl. 312 ff.), vom 17.10.2019 (Bl. 413 ff.) und vom 12.12.2019 (Bl. 433 ff.) verwiesen.

II.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil vom 14.10.2015 ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden; §§ 517, 519, 520 ZPO.

In der Sache hat die Berufung der Klägerin keinen Erfolg.

Die für die von der Klägerin geleistete Vorhaltung der Gerüste auf der Baustelle des Beklagten zum vereinbarten Einheitspreis abgerechnete Vergütung hat der Beklagte unstreitig gezahlt. Für verlängerte Standzeiten ihrer Gerüste kann die Klägerin keinen höheren Einheitspreis und demzufolge auch keine weitere Vergütung verlangen.

1. Ein Anspruch der Klägerin auf eine Mehrvergütung für die Vorhaltung ihrer Gerüste begründet sich nicht aus einer zwischen den Parteien getroffenen gesonderten Vereinbarung über erhöhte Preise. Eine solche Vereinbarung ist nach dem Vortrag beider Parteien nicht zu Stande gekommen.

2. Ein berechtigtes Preisanpassungsverlangen ergibt sich auch nicht aus § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B.

a) Es kann dahinstehen, ob die von dem Landgericht vorgenommene Einstufung des in Rede stehenden Vertrages als Werkvertrag zutreffend ist. Dies ist allerdings zweifelhaft. Der dem Rechtsstreit zu Grunde liegende Vertrag, der den Aufbau von Gerüsten und deren Vorhaltung betrifft, enthält jedenfalls ganz erhebliche mietvertragliche Elemente, die wohl auch den hauptsächlichen Inhalt der Vertragsleistungen bilden. Auch die in Rede stehenden Vergütungsansprüche der Klägerin knüpfen ausschließlich an die Gebrauchsüberlassung der Gerüste an, was dafür spricht, diesen eine mietvertragliche Natur beizumessen.

Die Frage, wie lange die Vorhaltung des Gerüstes geschuldet ist und welche Vergütung bzw. Miete für den Fall zu zahlen ist, dass eine vertraglich vorgesehene Zeit überschritten ist, ist aber unabhängig von der rechtlichen Einordnung des Vertrages zu beantworten. Denn auch ein Mietvertrag lässt eine Vereinbarung zu, nach der der Mieter eine Anpassung der Miete unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten verlangen kann, wenn der vertragliche Zeitansatz für die Überlassung um 10 % überschritten wird (BGH, Urteil vom 11. April 2013 - VII ZR 201/12 -, Rn 20, juris; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2017 - XII ZR 8/17 -, Rn 27, juris).

Eine entsprechende Vereinbarung haben die Parteien vorliegend getroffen. Die Parteien haben ausdrücklich eine Vergütung "nach § 2 VOB/B (bzw. § 2 VOL/B) und damit nach den vereinbarten (Einheits-) Preisen" vereinbart. Unabhängig von der Rechtsnatur des Vertrages kommt es danach in Betracht, dass die Vergütung nach § 2 Nr. 3 VOB auch dann anzupassen ist, wenn sie in der Sache einen Mietzins darstellt.

b) Die Voraussetzungen für eine Preisanpassung nach § 2 Nr. 3 VOB/B liegen indes nicht vor, weil die in Rede stehenden Positionen des Leistungsverzeichnisses so genannte Bedarfspositionen darstellen, welche keine verbindliche Begrenzung der Höchstmengen enthalten und damit einer Preisanpassung nicht zugänglich sind.

aa) Nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ist bei einer über 10 % hinausgehenden Überschreitung des Mengenansatzes im Leistungsverzeichnis auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Diese Klausel trifft eine spezielle Regelung für die ansonsten als Wegfall der Geschäftsgrundlage einzuordnende Mengenänderung und begründet hinsichtlich der Mehrmengen einen vertraglichen Anspruch auf Einwilligung in einen neuen Einheitspreis (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2017 - XII ZR 8/17 -, Rn. 28, juris; vgl. BGH Urteil vom 14. April 2005 - VII ZR 14/04 - NJW-RR 2005, 1041, 1042). Die Vergütungsregelung zielt darauf ab, den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers den Unwägbarkeiten zu entziehen, die sich aus der unzutreffenden Einschätzung der für die Ausführung der Bauleistung erforderlichen Mengen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ergeben. Damit trägt sie dem einem Bauvertrag immanenten Risiko Rechnung, dass die Mengenschätzung im Zeitpunkt der Ausschreibung naturgemäß ungenau sein kann und die tatsächlichen Gegebenheiten auf der Baustelle insofern nicht genau erfasst worden sein können. § 2 Abs. 3 VOB/B ist deshalb nur auf die Fälle anwendbar, in denen sich das Risiko einer Fehleinschätzung verwirklicht, weil im Hinblick auf die Mengen andere Verhältnisse vorgefunden wurden, als sie im Vordersatz Eingang gefunden haben (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2017 - XII ZR 8/17 -, Rn. 28, juris; BGHZ 192, 252 = NJW 2012, 1348 Rn. 18 mwN). Liegt danach eine Abweichung des im Leistungsverzeichnis festgelegten Mengenansatzes von mehr als 10 % vor, kann jede der Vertragsparteien eine Anpassung des Einheitspreises verlangen. Kommt es trotz der insoweit bestehenden Kooperationspflicht der Parteien zu keiner Vereinbarung, kann der neue Preis unmittelbar zum Gegenstand eines Rechtsstreits gemacht werden (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2017 - XII ZR 8/17 -, Rn. 28, juris; BGH Urteil vom 14. April 2005 - VII ZR 14/04 - NJW-RR 2005, 1041, 1042 mwN).

bb) Allerdings sieht § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ein Preisanpassungsrecht nur für unerwartete Abweichungen der verbauten Massen von den in der Leistungsbeschreibung verbindlich vereinbarten Vordersätzen vor (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2017 - XII ZR 8/17 -, Rn. 29, juris vgl. Keldungs in Ingenstau/Korbion VOB 20. Aufl. B. § 2

Abs. 3 Rn. 6). Die Vergütungsregelung ist daher lediglich auf die Positionen des Leistungsverzeichnisses anwendbar, für die im Vertrag ein konkreter Vordersatz vereinbart worden ist.

Betrifft die Mengenänderung eine sogenannte Bedarfssposition, also eine Position, bei der sich der Auftraggeber ein Wahlrecht vorbehält, ob sie ausgeführt werden soll oder nicht, kommt eine Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nur dann in Betracht, wenn die Parteien übereinstimmend von einer bestimmten zu erwartenden Mehrmenge ausgegangen sind. Enthält das Leistungsverzeichnis hinsichtlich der Mehrmenge, die Gegenstand der Bedarfssposition ist, keine verbindliche Mengenangabe, ist die Mehrleistung, wenn sie vom Auftraggeber in Anspruch genommen wurde, nach dem vereinbarten Vertragspreis abzurechnen (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2017 - XII ZR 8/17 -, Rn. 29, juris; vgl. Jansen in Beck'scher VOB-Kommentar Teil B 3. Aufl. § 1 Abs. 1 Rn. 48).

(1) Ob die Parteien bei einer Bedarfssposition eine verbindliche Mengenangabe vereinbart haben, ist durch Auslegung des Leistungsverzeichnisses zu ermitteln. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Leistungsbeschreibungen in Bauverträgen nach den Grundsätzen der Vertragsauslegung, also insbesondere nach §§ 133, 157 BGB, auszulegen (BGH, Urteil vom 27. Juli 2006 - VII ZR 202/04 -, juris). Es ist dabei nicht am Buchstaben zu haften, sondern ein Sinn zu ermitteln, wie er sich für einen verständigen Empfänger der Erklärungen unter Berücksichtigung von Verkehrssitte und Treu und Glauben ergibt (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2017 - XII ZR 8/17 -, Rn. 30; BGH Urteil vom 9. Februar 1995 - VII ZR 143/93 - NJW-RR 1995, 914, 915).

(2) Nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien stellen die in Rede stehenden streitigen Positionen der beiden Leistungsverzeichnisse, die die Klägerin zum Gegenstand ihres Anpassungsverlangens macht, Bedarfsspositionen in diesem Sinne dar.

Die fraglichen Positionen schließen sich jeweils an die Leistungspositionen des Leistungsverzeichnisses an, welche die Lieferung, den Auf- und Abbau sowie eine Gebrauchsüberlassung von 4 Wochen einer bestimmten Gerüstmenge und -art beschreiben. Sie sind jeweils bezeichnet mit "Gebrauchsüberlassung Gerüst, Gebrauchsüberlassung des vorbeschriebenen Gerüsts Pos.:... über die Grundvorhaltezeit hinaus. Abrechnung nach Quadratmeter x Wochen.", wobei der Einheit

"m2Wo" jeweils ein Zahlenwert zugeordnet ist, der einem Vielfachen der Gerüstfläche aus der jeweils vorstehenden Leistungsposition entspricht.

Aus Sicht des Senates können diese Leistungspositionen nicht dahingehend verstanden werden, dass die Parteien für die weitere Gerüststandzeit einen verbindlichen Zeitraum vereinbart haben.

Maßgeblich hierfür ist, dass im Text der entsprechenden Leistungsposition eine bestimmte Zeitdauer für die Gerüststellung über die reguläre Vorhaltezeit hinaus nicht angegeben ist, sondern sich allenfalls mittelbar aus der Division der Beträge aus der fraglichen Leistungsposition und der jeweilig vorausgehenden Leistungsposition errechnen lässt. Beispielhaft enthält die Leistungsposition 1.1.20 zu Los 1 lediglich eine Mengenangabe von "67100 m2Wo", welche bei Division mit der in der Vorposition 1.1.10 angegebenen Gerüstmenge von 3050 22 Wochen ergeben würde.

Wie der Geschäftsführer der Klägerin in der mündlichen Verhandlung dargelegt hat, hat er die nach seiner Meinung vereinbarte zusätzlich mögliche Vorhaltezeit auch nur auf diese Weise ermittelt. Nach seinem Dafürhalten habe er anhand der Ausschreibung davon ausgehen können, dass in dieser Zeit das Gerüst in Gänze aufgebaut und auch in Gänze wieder abgebaut werde.

Die Annahme verbindlicher maximaler Vorhaltezeiten in den Bedarfsspositionen, die die Klägerin deshalb aus der Leistungsposition herleitet, findet aber keine hinreichende Stütze im Vertrag. Gegen die Annahme verbindlicher Vorhaltezeiten spricht schon, dass es zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses keinen Bauzeitenplan gab und die zeitliche Planung bezüglich des Beginns der Errichtung der einzelnen Gebäude, ihrer Errichtungsdauer und der hierbei benötigten Zeiten für die Gerüststellung ungeklärt war. Hiergegen spricht auch, dass es unstrittig zu den vertraglichen Pflichten der Klägerin gehörte, die Gerüste vorzuhalten, bis der Zweck der Gerüststellung erfüllt ist. Schließlich hatte die Klägerin nach der in der Ausschreibung der Beklagten beigefügten Baubeschreibung insbesondere auch damit zu rechnen, dass der Abbau der Gerüste nicht in Gänze, sondern abschnittsweise erfolgen kann, da dies ausdrücklich in der Baubeschreibung festgehalten ist. Mit einem (vollständigen) Abbau der Gerüste nach einer bestimmten Vorhaltezeit konnte die Klägerin deshalb keinesfalls rechnen, Abweichungen der Gerüstvorhaltezeiten waren vielmehr aus der verständigen Sicht der Klägerin von vornherein erwartbar. So wäre etwa bei einer Aufforderung des Beklagten an die Klägerin, nach

Ablauf der Grundstandzeit von 4 Wochen die Hälfte des Gerüstes abzubauen, die im Vordersatz der Bedarfssposition bezeichnete Leistungsmenge auch bei einer doppelt so langen weiteren Vorhaltezeit noch nicht überschritten.

Dass der Beklagte die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses auch nicht entsprechend verstanden wissen wollte, sondern mit der gewählten Form der Ausschreibung vielmehr die Vergleichbarkeit verschiedener Angebote sichergestellt werden sollte, erscheint demgegenüber nachvollziehbar.

c) Letztlich kann jedoch dahinstehen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B gegeben sind. Denn unabhängig von dem Vorstehenden scheitert eine Preisanpassung nach § 2 Nr. 3 VOB/B auch daran, dass die Klägerin ihr Preisanpassungsverlangen nicht an den tatsächlich erforderlichen Kosten ausgerichtet hat.

Aufgrund der Besonderheiten der streitgegenständlichen Verträge ist der Ansatz von Mietkosten bei Drittfirmen als Element bei der Bildung des neuen Einheitspreises von vornherein nicht gerechtfertigt. Ungeachtet dessen hat die Klägerin auch nicht ausreichend dargelegt, welche Mietkosten bei Fremdfirmen tatsächlich zur Erfüllung der über 110 % hinausgehenden Mehrmengen angefallen sind.

aa) Nach welchen Kriterien die Vergütungsanpassung bei Mehrmengen vorzunehmen ist, wenn die Parteien keine Vereinbarung über den neuen Preis getroffen haben, hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 08.08.2019 eingehend dargelegt (BGH, Urteil vom 08. August 2019 - VII ZR 34/18 -, Rn 18 ff., juris).

Grundsätzlich sind dabei Vereinbarungen über einzelne Teilelemente der Preisbildung zu berücksichtigen, die die Parteien bei Vertragsschluss oder auch nachträglich für ungewisse Mengenmehrungen getroffen haben (BGH, Urteil vom 08. August 2019 - VII ZR 34/18 -, Rn 20., juris).

Ferner kann auch ein übereinstimmendes, stillschweigendes Verständnis der Parteien von der Vertragsklausel des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B im Hinblick auf einen Gesamtmaßstab für die Bestimmung eines neuen Einheitspreises, etwa im Sinne einer vorkalkulatorischen Preisfortschreibung, für die Preisbildung maßgeblich sein (BGH, Urteil vom 08. August 2019 - VII ZR 34/18 -, Rn 21, juris).

Dagegen kann für die Bildung eines neuen Einheitspreises nicht auf ein allgemeingültiges Verständnis der Regelung durch die beteiligten Verkehrskreise oder eine bestehende Übung zurückgegriffen werden (BGH, Urteil vom 08. August 2019 - VII ZR 34/18 -, Rn 23ff., juris).

Vielmehr ist entscheidend, was die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten (BGH, Urteil vom 17. Mai 2018 - VII ZR 157/17 Rn. 30, BauR 2018, 1403 = NZBau 2018, 524; Urteil vom 15. November 2012 - VII ZR 99/10 Rn. 16, BauR 2013, 236). Zu fragen ist also, welchen Maßstab die Parteien zur Bestimmung des neuen Einheitspreises vertraglich zu Grunde gelegt hätten, wenn sie seinerzeit vorhergesehen hätten, dass sie sich nicht auf einen neuen Einheitspreis für die relevanten Mehrmengen einigen können. Dabei entspricht es der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen, dass durch die unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistungen im von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bestimmten Umfang keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren soll. Dies setzt voraus, dass keine Partei von der unerwarteten Mengenmehrung zum Nachteil der anderen Partei profitiert. Auch muss eine redliche Regelung eine gleichmäßige Verteilung des in der Unvorhersehbarkeit der Mengenmehrung liegenden wirtschaftlichen Risikos gewährleisten. Es gilt, auf Seiten des Auftragnehmers eine nicht auskömmliche Vergütung zu vermeiden und auf Seiten des Auftraggebers eine übermäßige Belastung zu verhindern.

Dies zu Grunde gelegt ergibt die im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung vorzunehmende Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien nach Treu und Glauben, dass, wenn nichts anderes vereinbart ist, für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten der über 10 v. H. hinausgehenden Leistungsbestandteile zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind (BGH, Urteil vom 08. August 2019 - VII ZR 34/18 -, Rn 28f., juris).

bb) Da die Parteien sich weder über Teilelemente der Preisfindung verständigt haben noch ein übereinstimmendes, stillschweigendes Verständnis der Parteien von der Vertragsklausel des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B festzustellen ist, richtet sich die Preisbildung nach dem letztgenannten Maßstab.

aaa) Auch wenn man unterstellt, dass die Klägerin zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus den in Rede stehenden Verträgen zum Teil auch Mietgerüste eingesetzt hat, können etwaige der Klägerin durch die Anmietung dieser Gerüste entstandenen Kosten nicht bei der Bemessung des neuen Einheitspreises maßgeblich sein, weil diese nicht auf die Überschreitung eines vertraglichen Vorhaltezeitraums zurückzuführen sind.

(1) Da die Klägerin weder vorgetragen hat noch anzunehmen ist, dass die Klägerin während der Vorhaltung der Gerüste an den einzelnen Gebäuden einzelne Gerüstteile aus dem eigenen Bestand durch angemietete Gerüstteile ausgetauscht hat, gibt es für die Verwendung von Mietgerüst auf der Baustelle der Beklagten nur eine Möglichkeit. Wenn die Klägerin für ein Gebäude Mietgerüste verwendet hat, dann hat sie dies bereits bei der Ersteinrüstung des betreffenden Gebäudes getan.

Schon aus diesem Grunde ist ein Preisanpassungsverlangen der Klägerin für die Gerüststellung an Gebäuden, die sie vor September 2011 eingerüstet hat, also zu einer Zeit, in der auch nach ihren Angaben der Eigenbestand an Gerüst nicht erschöpft war, von vornherein unbegründet.

(2) In den Fällen, in denen die Klägerin bei der Ersteinrüstung der Gebäude Mietgerüst verwendet haben will, erfolgte eine Anmietung schon zur Erfüllung ihrer Vertragspflichten zum fristgerechten Aufbau von Gerüsten an dem einzelnen Gebäude bei Abruf der Leistung im Umfang der im Leistungsverzeichnis des betreffenden Vertrages zutreffend festgelegten Menge an Gerüst. Die Mietkosten beruhen deshalb nicht auf einer Verlängerung der entsprechenden Vorhaltezeit, sondern auf einer Fehlkalkulation der Klägerin bezüglich des Gerüsteinsatzes.

Die Klägerin hat nicht dargelegt, dass sich der gegenüber der Fa. G... geschuldeten Mietzins infolge der verlängerten Standzeit erhöht hätte. Hierfür gibt es auch keine Anhaltspunkte. Soweit die Klägerin also Mietmaterial verwendet hat, schlagen etwaige Anmietungskosten für vermehrte Vorhaltezeiten der Klägerin im gleichen Maße zu Buche, wie sie ihr schon bei der Vorhaltung während der Grundvorhaltezeit als auch in der weiteren vertraglich vereinbarten Vorhaltezeit entstanden sind. Der Ansatz eines höheren Einheitspreises ist von daher nicht sachgerecht.

(3) Eine andere Betrachtung ist auch nicht etwa deshalb gerechtfertigt, weil die von der Klägerin geschilderten Bauverzögerungen möglicherweise dazu geführt haben, dass diese zum Zeitpunkt der Einrüstung einzelner Gebäude nicht mehr über genügend eigenes Gerüst verfügte und auf angemietetes Gerüst zurückgreifen musste. Das Vertrauen der Klägerin darauf, bei der Einrüstung der Gebäude auf bereits wieder "freigewordenes" Gerüstmaterial zurückgreifen zu können, ist unberechtigt, weil es an einer vertraglichen Basis hierfür fehlt. Das Risiko, dass zum Zeitpunkt der Einrüstung der Gebäude wieder "freigewordenes" Gerüstmaterial noch nicht vorhanden ist, war vielmehr für beide Seiten bewusst im Vertrag angelegt. Dieses Risiko ist von der Klägerin zu tragen.

In den Besonderen Vertragsbedingungen (Punkt 1.2) haben die Parteien u.a. geregelt, wann die Baubeginn- und Fertigstellungstermine zu verbindlichen Vertragsfristen werden, und haben dies an den "Abruf der Leistungen zu den einzelnen Gewerken" geknüpft.

Bei verständiger Würdigung der Regelung ist diese Bestimmung so zu verstehen, dass erst mit dem Abruf eines konkreten Gebäudegerüsts der Einrüstungszeitpunkt und - soweit man die Bedarfspositionen des Leistungsverzeichnisses anders als der Senat verstehen will - über welchen Zeitraum das Gerüst für das entsprechende Gebäude vorzuhalten ist, festzustellen.

Konkrete Ausführungszeiträume bezogen auf die Gerüste für die einzelnen Gebäude wurden nicht festgelegt, auch ein Bauzeitenplan wurde dem Vertrag nicht zu Grunde gelegt. Damit stand bei Vertragsschluss nicht fest, wann innerhalb des vereinbarten Ausführungszeitraumes der Gesamtleistungen die einzelnen Gebäude errichtet werden und wann die Klägerin die Gerüste für die einzelnen Gebäude zu stellen hat. Nicht nur der geschuldete Einrüstungszeitpunkt war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ungewiss, sondern auch ein sich aus einem Einrüstungszeitpunkt und einer Vorhaltungszeit ergebender Abrüstungszeitpunkt für die einzelnen Gebäude. Auch der Umfang eines etwaigen zeitlichen Versatzes der einzelnen Gerüststellungen war bei Vertragsschluss unklar. Ebenso war offen, in welchem Umfang sich die Gerüststellung für die einzelnen Gebäude überlagern könnte. Demzufolge war auch unklar, ob und wann Gerüste auf der Baustelle wieder frei werden und gegebenenfalls für die späteren Einrüstungen zur Verfügung stehen.

Wie die Klägerin selbst zugestanden hat, konnte sie bei Vertragsschluss die vertraglichen Vereinbarungen

nicht dahingehend verstehen, dass ein Gebäude nach dem anderen einzurüsten ist. Sie leitet aber aus einem ihr nach Vertragsschluss im Oktober 2010 zugeleiteten Bauzeitenplan ab, dass die sich aus diesen Bauzeitenplan (Anlage K3) ergebenden Bauzeiten für die einzelnen Gebäude verbindlich geworden seien. Ausweislich des Bauzeitenplanes ergebe sich die Erwartung, dass die Einrüstung späterer Gebäude nach der planmäßigen Abrüstung anderer Gebäude erfolge. Deshalb habe sie auch damit planen können, dass sie "frei gewordenes" Gerüstbaumaterial auf der Baustelle wiederverwenden könne.

Diese Annahme, auf die die Klägerin nahezu ihre gesamte Argumentation stützt, ist aber unbegründet. Sie beruht auf einem Missverständnis der vertraglichen Vereinbarungen. Wie bereits erörtert, sollte weder die Übergabe eines Bauzeitenplanes noch der (nachfolgende) Abruf eines einzelnen Gebäudegerüsts bei verständiger Würdigung der Vertragsbedingungen zu einer verbindlichen Festlegung von Baubeginn- und Fertigstellungsterminen auch der weiteren Gebäude führen. Dementsprechend gab es auch vor dem entsprechenden Abruf der weiteren Gerüste keine verbindliche Festlegung, wann diese weiteren Gebäude einzurüsten sind. Eine Planungsgrundlage, aus der die Klägerin berechtigt hätte schließen können, es werde während der Durchführung des Gesamtauftrages auf der Baustelle bereits verwendetes Gerüstmaterial wieder frei werden, welches sie an anderer Stelle wiederverwenden könne, gab es deshalb auch zu einem späteren Zeitpunkt nicht.

Der Klägerin ist darin zuzustimmen, dass dieses Vertragsverständnis dazu führt, dass die Klägerin in zeitlicher Hinsicht bei Vertragsschluss nur über lückenhafte Planungs- und Kalkulationsgrundlagen verfügte und die Planung des Gerüsteinsatzes auch während der gesamten Vertragsdurchführung mit zeitlichen Unsicherheiten verbunden war. Gerade diese Unsicherheit war nach dem ausdrücklichen Hinweis des Beklagten in den Ausschreibungsunterlagen von der Klägerin aber zu berücksichtigen und in ihr Angebot einzukalkulieren.

Von daher konnte die Klägerin weder zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch zum Zeitpunkt der Übergabe des Bauzeitenplanes im Oktober 2010 noch zu einem späteren Zeitpunkt darauf vertrauen, dass sie Gerüstmaterial wiederverwenden kann, dass durch den Abbau an anderer Stelle wieder frei wird. Vielmehr musste sie von Beginn an damit rechnen, dass der für die gesamte Leistungserbringung erforderliche Be-

stand an Gerüstmaterial gegebenenfalls auch gleichzeitig zur Verfügung stehen muss. Dies hätte sie bei ihren Planungen von Anfang an berücksichtigen können und müssen.

Gerade dieses Erfordernis, ganz erhebliche Gerüstmengen vorhalten zu müssen, hatte den Beklagten auch veranlasst, die Gerüstbauarbeiten in zwei Losen auszu-schreiben.

Mietkosten, die der Klägerin aus selbst zu verantwortenden Fehlplanungen entstanden sind, können redlicherweise aber nicht zur Begründung eines Preisanpassungsverlangens herangezogen werden.

(4) Die Gesamtmenge an Gerüstbaumaterial, welches die Klägerin zur Erbringung ihrer vertraglichen Gerüststellungsleistungen verwendet hat, entspricht der in den Bauverträgen kalkuliertem Gerüstmengen. Mengenerhöhungen in Bezug auf das Gerüstmaterial, für die eine Preisanpassung gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B in Betracht käme, scheiden deshalb von vornherein aus. bbb) Unabhängig davon hat die Klägerin weder erstinstanzlich noch in zweiter Instanz hinreichend substantiiert vorgetragen, bei welchen Gebäuden sie welche angemieteten Gerüstmengen tatsächlich eingesetzt hat. Es ist auch nicht festzustellen, ob diese Anmietungen tatsächlich erforderlich waren, weil der Vortrag der Klägerin zu dem in ihrem Eigenbestand befindlichen Gerüstmaterial, zum tatsächlich erforderlichen Gerüstbestand, aber auch zur angeblich angemieteten Gerüstmenge widersprüchlich und nicht nachvollziehbar ist.

Erstinstanzlich hat die Klägerin vorgetragen, dass sie mit ihren Angeboten auf die Lose 1 und 2 eigene Gerüste angeboten habe, die sie zwischen 1997 und 2001 angeschafft habe. Sie habe über einen Bestand von 60.000 m² Stahlrohrrahmengerüst W06, 20.500 m² Stahlrohrrahmengerüst W09, 20000 m³ Raumgerüst und über Sonderteile verfügt.

Weiter hat die Klägerin vorgetragen, dass sie für die beiden Lose der JSA I... für den Zeitraum von Oktober 2010 bis März 2011 insgesamt 7802 m², von April 2011 bis Juni 2011 9616 m², von Juni 2011 bis Oktober 2011 14.231 m², von Oktober 2011 bis Dezember 2011 15.102 m², von Januar 2012 bis März 2012 13.875 m², von März 2012 bis Mai 2012 11.827 m², von Juli 2012 bis Oktober 2012 10.959 m² und von Oktober 2012 bis Januar 2013 3889 an Gerüsten hat vorhalten müssen.

Außerdem hat die Klägerin vorgetragen, dass sie ab 01.09.2011 über kein eigenes Gerüstmaterial mehr verfügt habe und ab September 2011 bis zum 30.11.2012 zur weiteren Montage der abgerufenen Gerüste bei der Fa. G... zu einem Gesamtmietpreis von 315.056,42 EUR zusätzliches Gerüstmaterial habe anmieten müssen, wobei die angemieteten Gerüste ausschließlich in der JSA I... eingesetzt worden seien. Wegen der bei der Firma G... angemieteten Gerüste hat die Klägerin auf das Anlagenkonvolut K 16 verwiesen, dem zu entnehmen ist, dass die Klägerin dort unter anderem Vertikalrahmen SL 100 angemietet hat, und zwar 600 Stück für den Zeitraum vom 01.09.2011 bis 31.03.2012, 1000 Stück für den Zeitraum vom 01.04.2012 bis zum 31. Mai 2012 700 Stück für den Zeitraum vom 01.06.2012 bis zum 30.09.2012 und 500 Stück für den Zeitraum vom 01.10.2012 bis zum 30.11.2012, wobei nach den Angaben der Klägerin ein Vertikalrahmen einem Fassadengerüst von 3,25 trf entspricht.

Dem steht der Vortrag der Klägerin im Berufungsverfahren gegenüber, der hiermit auch nicht annähernd in Einklang zu bringen ist.

In Abweichung zu ihrem erstinstanzlichen Vortrag hat die Klägerin durch Anlagen BK 5 - BK 7 andere und erheblich niedrigere vorgehaltene Gerüstbestände auf der Baustelle der JSA I... vorgetragen, nämlich - bezogen auf beide Lose - für September 2011 9550 m², Oktober 2011 11.350 m², November 2011 11.400 m², Dezember 2011 10.100 m², Januar 2012 10.500 m², Februar 2012 11.450 m², März 2011 11.400 m² und ab April 2012 jeweils Gerüstmengen, die deutlich unter 10.000 m² liegen.

Weiterhin hat die Klägerin mit Schriftsatz ihres jetzigen Prozessbevollmächtigten vorgetragen, dass die Klägerin entsprechend ihrer langfristigen Planung angemietete Gerüstflächen in der erforderlichen Art von ca. 47.000 (SL 70 und SL 100) zur Verfügung hatte, wovon ca. 10.000 zur Art SL 100 und Contur gehörten, mithin einen erheblich über dem erstinstanzlich behaupteten Umfang liegenden Bestand an angemieteten Gerüsten, der nicht im Ansatz durch die in 1. Instanz eingereichten Mietrechnungen bei der Firma G... zu erklären ist. Außerdem hätten der Klägerin 13.000 m² eigenes Gerüst zur Verfügung gestanden.

Mit diesen widersprüchlichen Angaben lassen sich keine für die Bemessung eines neuen Einheitspreises im Sinne von § 2 Abs 3 Nr. 2 VOB/B maßgebliche tatsächlich erforderliche Kosten nachvollziehen oder auch

nur zur Grundlage einer Schätzung gem. § 287 ZPO machen. Legt man die in den Anlagen BK 5 und BK 6 für die Jahre 2011 und 2012 für die Gerüstart SL 100 genannte tatsächliche Verwendung auf allen Baustellen der Klägerin zu Grunde, hätte der von der Klägerin behauptete Eigenbestand und der von der Klägerin langfristig angemietete Gerüstbestand auch ohne die von der Firma G... angemieteten Gerüste ohne weiteres ausreichen müssen, um den Bedarf an Gerüsten der Gerüstart SL 100 zu decken.

Auf diese - auch bereits von der Beklagten Seite gerügten - Widersprüche hat der Senat hingewiesen, ohne dass die Klägerseite diese aufgeklärt hätte.

Beiträge

Voraussetzungen einer Teilkündigung gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B gegeben, außerordentliche Gesamtkündigung möglich?

vorgestellt von Thomas Ax

Insbesondere bei komplexen und umfangreichen Bauverträgen mit einem großen Leistungsvolumen bringt eine außerordentliche Gesamtkündigung erhebliche wirtschaftliche Konsequenzen mit sich, die es gebieten, vor der Kündigungserklärung eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Hier spielen Gesichtspunkte wie der Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung und die Bedeutung der Vertragsverletzung, die den Kündigungsgrund abgibt, eine Rolle. Unter der Prämisse des Vorliegens der Voraussetzungen einer Teilkündigung gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B, d.h. der Annahme eines "in sich abgeschlossenen Teils der Leistung" kann daher die Pflicht zur Teilkündigung bestehen, wenngleich sich bereits aus der textlichen Formulierung ergibt, dass die VOB/B von einer vollständigen Auftragsentziehung als Grundregel ausgeht, weil ansonsten die besondere Erwähnung der zulässigen teilweisen Auftragsentziehung entbehrlich wäre (so auch Lederer in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 8 VOB/B, Rn. 99). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Begriff der Abgeschlossenheit bei der Frage, wann ein Teil der vertraglichen Leistung als abgeschlossen im Sinne von § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 VOB/B anzusehen und eine beschränkte Entziehung des Auftrags möglich ist, ebenso zu verstehen wie in § 12 Nr. 2 VOB/B. In der Folge verbleibt für den Begriff des in sich abgeschlossenen Teils einer Leistung nur ein enger Anwendungsbereich. So können etwa Leistungsteile innerhalb eines Gewerks grundsätzlich nicht als abgeschlossen angesehen werden. Ihnen mangelt es regelmäßig an der Selbständigkeit, die eine eigenständige Beurteilung der Teilleistung ermöglichte. Dies kann bei klarer räumlicher oder zeitlicher Trennung der Leistungsteile eines Gewerks anders zu beurteilen sein, wobei eine ausreichende räumliche Trennung etwa dann angenommen werden kann, wenn die Leistungsteile an verschiedenen Bauwerken, etwa an mehreren zu errichtenden Häusern, zu erbringen sind (vgl. BGH, Urteil vom 20. August 2009, VII ZR 212/07).

Kündigungstatbestand aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B hält einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB stand, wenn die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart ist

vorgestellt von Thomas Ax

Die VOB/B unterliegt einer Inhaltskontrolle, wenn sie nicht als Ganzes vereinbart ist und daher nicht vom Klauselprivileg des § 310 Abs. 1 S. 3 BGB erfasst wird. Welches Gewicht der Eingriff hat, ist dabei unerheblich (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 2004, VII ZR 419/02).

§ 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 VOB/B hält bei Verwendung durch den Auftraggeber der Inhaltskontrolle nicht stand. Die Kündigungsregelung in § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, weil sie dem Auftraggeber, abweichend von § 648a BGB, die Möglichkeit eröffnet, sich auch wegen geringfügiger Mängel vom Vertrag zu lösen und ist daher unwirksam (vgl. hierzu ausführlich BGH, Urteil vom 19. Januar 2023, VII ZR 34/20).

Im Erfüllungsstadium, also vor Abnahme, ist grundsätzlich die Regelung in § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B vorrangig gegenüber den allgemeinen Regelungen der § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 28. März 1996, VII ZR 228/94).

Sie ist auch wirksam und hält insbesondere - anders als § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B einer Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB stand. Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, wobei gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine solche unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen ist, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Es ist umstritten, ob § 5 Abs. 4 VOB/B wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist.

Zum Teil werden Bedenken gegen die Wirksamkeit geäußert mit dem Argument, dass nach verwerderfeindlichster Auslegung von § 5 Abs. 4 VOB/B eine Kündigung schon bei nur minimaler Fristüberschreitung (auch bei Überschreitung um nur einen Tag) möglich

wäre, ohne dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den Auftraggeber unmittelbar unzumutbar sein muss. Daher spreche einiges für eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der Kündigung aus wichtigem Grund, was zur Unwirksamkeit der Regelung führen müsse (vgl. Gartz in: Jansen/Seibel, VOB/B, 6. Auflage 2025, § 5, Rn. 60). Regelmäßig werde die Grenze der von § 648a BGB verlangten Unzumutbarkeit, den Vertrag fortzusetzen, in den Fällen eines "einfachen" Verzuges noch nicht überschritten sein, sodass die vom Gesetzgeber gezogene Linie für eine Kündigung aus wichtigem Grund durch die Regelung des § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 VOB/B unterschritten werde (vgl. Preussner in: BeckOK VOB/B, Cramer/Kandel/Preussner, 62. Edition, Stand: 01.02.2026, § 5 Abs. 4; Rn. 51b - d). Zudem werden Bedenken im Hinblick auf die in § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B geregelten Rechtsfolgen geäußert, wonach im Fall der Kündigung ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Ersatz der Restfertigstellungskosten bestehe (vgl. etwa Gartz in: Jansen/Seibel, VOB/B, 6. Auflage 2025, § 5, Rn. 58 f).

Nach anderer Ansicht sei die bei § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B vorgenommene Wertung nicht ohne Weiteres auf die hier infrage stehende Regelung des § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B und die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 VOB/B übertragbar. Eine unangemessene Benachteiligung ergebe sich nicht daraus, dass gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B eine Kündigung für den Auftraggeber möglich sei, wenn der Auftragnehmer mit der Vollendung der Ausführung in Verzug gerät, ihm eine erfolglose Nachfrist gesetzt und die Kündigung angedroht wurde, während § 648a Abs. 1 S. 2 BGB einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung (erst) dann annehme, wenn dem Kündigenden nach Abwägung sämtlicher Einzelfallumstände die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann.

Der Kündigungstatbestand des § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B setze zwar nicht ausdrücklich die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung voraus und sehe auch keine Gesamtabwägung vor, sodass insoweit eine Abweichung von § 648a BGB gegeben sei. Hieraus folge jedoch nicht die Unwirksamkeit der Regelung im Rahmen der isolierten Inhaltskontrolle. Denn es bestehe ein berechtigtes Interesse, aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit wichtige Gründe festzulegen, die stets eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen sollen. Auch handele es sich - zumindest bei § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 VOB/B in Verbindung mit dem hier einzig infrage stehenden § 5

Abs. 4 Fall 2 VOB/B - um Gründe, die zumindest im Regelfall zu einer Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung führen (vgl. hierzu Sacher in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 5 VOB/B, Rn. 313a).

§ 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B benachteiligen den Auftragnehmer nicht unangemessen und sind deshalb nicht gemäß § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

Die Kündigungsregelung hält bei Verwendung der VOB/B durch den Auftraggeber der isolierten Inhaltskontrolle stand. Denn jedenfalls der Verzug mit der Fertigstellungsfrist gemäß § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B, um die es auch hier (wenn auch in Form einer Zwischenfertigstellungsfrist) geht, stellt keine nur unerhebliche Vertragspflichtverletzung dar. Diese wird zudem durch den erfolglosen Ablauf der gesetzten angemessenen Frist, die erst nach Verzugseintritt erfolgen darf, noch verstärkt. Dies begründet regelmäßig einen zur Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung führenden Vertrauensverlust des Auftraggebers. Die Fristsetzung kann insoweit auch nicht als bloße Förmlichkeit angesehen werden, der unter Umständen kein anerkennenswertes eigenes Interesse zugrunde liegt. Vielmehr besteht ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers daran, dass der bereits eingetretene Verzug beendet und die Leistung fertiggestellt wird (so auch Sacher in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 5 VOB/B, Rn. 313a).

Eine zur unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers führende Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ist daher in Bezug auf die hier einzig relevanten § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B zu verneinen.

Soweit Bedenken geäußert werden, dass damit ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Ersatz der Restfertigstellungskosten bestehe, betreffen diese indes nicht die hier einzig infrage stehende Vorschrift des § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B, da diese einen Verzug und damit einhergehend auch Verschulden voraussetzt.

KG, Urteil vom 06.03.2026 - 21 U 11/21 (NZB: BGH, Az. VII ZR 39/26) (nicht rechtskräftig)
vorhergehend:
LG Berlin, 17.12.2020 - 32 O 118/18

Sind im Rahmen des § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B auch Zwischenfristen pönalisierbar?

vorgestellt von Thomas Ax

§ 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B setzt Verzug mit der Vollendung der Ausführung voraus, d.h. die fehlende Beendigung der bauvertraglich geschuldeten Leistungen bis zum Ablauf der Ausführungsfrist (vgl. nur Preussner in: BeckOK VOB/B, Cramer/Kandel/Preussner, 62. Edition, Stand: 01.02.2026, § 5 Abs. 4 VOB/B, Rn. 9). Vollendet ist die Leistung dann, wenn eine fertiggestellte Leistung vorliegt, die nicht mit wesentlichen Mängeln behaftet und somit abnahmefähig ist (§ 640 Abs. 1 S. 2 BGB; vgl. OLG Dresden, Urteil vom 8. Februar 2001, 16 U 2057/00; Althaus in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 4. Auflage 2023, § 5 Abs. 4 Rn. 6).

Die Frage, ob im Rahmen des § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B auch Zwischenfristen pönalisierbar sind, wird uneinheitlich beantwortet.

Zum Teil wird vertreten, dass sich die "Vollendung" im Sinne des § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B grundsätzlich nicht auf die Erbringung von Teilleistungen, sondern nur auf die Gesamtbauleistung des Auftragnehmers beziehe (so etwa Sacher in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 5 VOB/B, Rn. 223, 244). Dies folge aus einer objektiven Auslegung unter Berücksichtigung von Wortlaut und Systematik des § 5 VOB/B. Die Formulierung in § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B, in der von Verzug mit der Vollendung die Rede ist und nicht, wie in § 5 Abs. 1 VOB/B, von verbindlichen Fristen (Vertragsfristen), mache deutlich, dass die Klausel zwischen der "Vollendung" des geschuldeten Werks und dem Bauablauf unterscheidet, wobei Einzelfristen für derartige Teilleistungen, auch wenn sie als Vertragsfristen vereinbart sind, dem Bauablauf zuzuordnen seien.

Eine Ausnahme sei nur dann zu machen, wenn der Verzug mit der Einhaltung einer Einzelfrist sich auf eine Teilleistung bezieht, die als rechtlich selbständiger Teilerfolg mit Teilabnahme und jeweils eigener Teilerfüllungswirkung für die Gesamtbauleistung vereinbart ist (vgl. Sacher in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 5 VOB/B, Rn. 228).

Aber auch nach dieser Ansicht sei für den Fall einer grundsätzlich nicht von § 5 Abs. 4 VOB/B erfassten Einzelfrist eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht zu ziehen. Denn das Vertragswerk der VOB/B, das ge-

mäß § 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B im Regelfall von der Unverbindlichkeit vereinbarter Einzelfristen ausgehe, enthalte folglich eine - sicher nicht gewollte - Lücke, indem § 5 Abs. 4 VOB/B nur in den drei ausdrücklich erfassten Fällen einen Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B gewähre, nicht hingegen bei Verzug mit der Erbringung einer Teilleistung, für die abweichend von der Regel eine Einzelfrist als Vertragsfrist vereinbart worden sei. Es sei daher eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht zu ziehen, die (vorbehaltlich des insoweit nicht einschlägigen § 306 Abs. 2 BGB) grundsätzlich auch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich sei. Danach sei die Lücke unter Zugrundelegung eines objektiv-generalisierenden Maßstabs zu schließen, der sich am Willen und Interesse der typischerweise beteiligten Verkehrskreise auszurichten habe. Dies werde regelmäßig dazu führen, dass die Vertragsparteien auch insoweit einen Schadensersatzanspruch wegen Verzugs mit einer Einzelfrist als Vertragsfrist vorgesehen hätten (vgl. hierzu insgesamt Sacher in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 5 VOB/B, Rn. 229).

Nach anderer Ansicht liegt Verzug mit der "Vollendung" auch dann vor, wenn verbindliche Zwischenfristen (Einzelfristen) für die Fertigstellung von Teilleistungen überschritten werden. Der Wortlaut der Bestimmung setze nicht voraus, dass die Ausführung der Gesamtfertigstellungsfrist für die vereinbarten Bauleistungen überschritten ist; zudem würden bei einem anderslautenden Verständnis die als Vertragsfristen vereinbarten Einzelfristen ihre Verbindlichkeit i.S.d. § 5 Abs. 1 VOB/B verlieren (vgl. Althaus in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 4. Auflage 2023, § 5 Abs. 4, Rn. 7).

Es spricht Vieles dafür, zunächst vom Wortlaut davon auszugehen, dass nur die Gesamtfertigstellung unter § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B fällt. Allerdings gebietet auch eine verwenderfeindliche Auslegung i.S.d. § 305c Abs. 2 BGB dieses Ergebnis nicht. Denn ohne Vereinbarung der VOB/B wären verbindliche Zwischenfristen mit einem Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB sanktionierbar (vgl. Senat, Urteil vom 26. April 2022, 21 U 1030/20). Es ist kein Schutzbedürfnis des Auftragnehmers ersichtlich, das es rechtfertigte, den Auftraggeber im Rahmen eines VOB/B Vertrages insoweit schlechter zu stellen und ihm einzig aufgrund der Einbeziehung der VOB/B Rechtspositionen zu entziehen.

KG, Urteil vom 06.03.2026 - 21 U 11/21 (NZB: BGH, Az. VII ZR 39/26) (nicht rechtskräftig)

vorhergehend:

LG Berlin, 17.12.2020 - 32 O 118/18

Unterliegt die Ausübung des Kündigungsrechts in zeitlicher Hinsicht einer starren Beschränkung?

vorgestellt von Thomas Ax

Die Verwirkung ist ein Unterfall der wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unzulässigen Rechtsausübung. Ein Recht ist verwirkt, wenn es vom Berechtigten über längere Zeit nicht geltend gemacht worden ist und der andere Teil sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten darauf einstellen durfte und sich auch tatsächlich darauf eingerichtet hat, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (vgl. BGH, Urteile vom 27. Juni 1957, II ZR 15/56 und vom 20. Oktober 1988, VII ZR 302/87; Sutschet in: BeckOK BGB, Hau/Poseck, 76. Edition Stand: 01.11.2025, § 242, Rn. 140).

In zeitlicher Hinsicht unterliegt die Ausübung des Kündigungsrechts keiner starren Beschränkung. Die Kündigung muss jedoch innerhalb angemessener Frist ab Kenntnis des Auftraggebers vom Kündigungsgrund erfolgen, also insbesondere zeitnah nach Ablauf der unter Kündigungsandrohung gesetzten Frist. Welcher Zeitraum hierbei im Einzelfall angemessen ist, bestimmt sich unter Berücksichtigung eines hinreichenden Prüf- und Überlegungszeitraums des Auftraggebers sowie andererseits dem Interesse des Auftragnehmers, innerhalb angemessener Zeit Klarheit darüber zu erhalten, ob von der Kündigungsmöglichkeit Gebrauch gemacht wird (vgl. BGH, Urteil vom 23. April 2010, LwZR 20/09; Althaus in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 4. Auflage 2023, § 8 Abs. 3, Rn. 32 f). Die Dauer einer zuzubilligenden gewissen Überlegungszeit wird durch die Objektumstände und sonstigen Gegebenheiten bestimmt. Eine außerordentliche Kündigung ohne vorherigen Einigungsversuch kann ihrerseits das Kooperationsgebot verletzen, sodass im Baurecht wegen der häufig komplexen technischen Sachverhalte eine längere Überlegungsfrist angemessen sein kann (vgl. OLG München, Urteil vom 9. November 2004, 9 U 1811/03; OLG Köln, Urteil vom 14. November 2008, 19 U 54/08).

KG, Urteil vom 06.03.2026 - 21 U 11/21 (NZB: BGH, Az. VII ZR 39/26) (nicht rechtskräftig)

vorhergehend:

LG Berlin, 17.12.2020 - 32 O 118/18

Mein Hauskauf: Der Verkäufer ist gehalten, Fragen des Käufers zum Zustand der Immobilie vollständig und wahrheitsgemäß zu beantworten

vorgestellt von Thomas Ax

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH besteht eine Rechtspflicht zur Aufklärung bei Vertragsverhandlungen auch ohne Nachfrage dann, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicher Weise die Mitteilung von Tatsachen erwarten durfte, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind. Davon wird insbesondere bei solchen Tatsachen ausgegangen, die den Vertragszweck vereiteln oder erheblich gefährden können. Eine Tatsache von ausschlaggebender Bedeutung kann auch dann vorliegen, wenn sie geeignet ist, dem Vertragspartner erheblichen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen (BGH, Urteil vom 11. August 2010 - XII ZR 192/08, Rn. 22, juris, m.w.N.).

Unabhängig vom Bestehen einer Offenbarungspflicht ist der Verkäufer verpflichtet, Fragen des Käufers richtig und vollständig zu beantworten (vgl. BGH, Urteil vom 15. September 2023 - V ZR 77/22, Rn. 19, beck-online; Senat, Urteil vom 18. Juli 2016 - 22 U 161/15, Rn. 43, juris). In diesem Zusammenhang können auch den wahren Sachverhalt bagatellisierende Antworten Arglist begründen (BGH, Urteil vom 21. Juni 2024 - V ZR 79/23, Rn. 18, juris).

Für die Annahme eines Zusammenhangs zwischen Täuschung und Abgabe der Willenserklärung genügt es, dass der Getäuschte Umstände dargetan hat, die für seinen Entschluss von Bedeutung sein konnten, und dass die arglistige Täuschung nach der Lebenserfahrung bei der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts Einfluss auf die Entschließung hat, wobei eine Mitursächlichkeit ausreicht (BGH, Urteil vom 12. Mai 1995 - V ZR 34/94, Rn. 17 f., juris).

Aufgrund der arglistigen Täuschung kommt nicht die Saldotheorie, sondern die sog. Zweikonditionenlehre zur Anwendung (vgl. BGH, Urteil vom 08. Januar 1970 - VII ZR 130/68 = NJW 1970, 656).

OLG Hamm, Urteil vom 23.03.2026 - 22 U 66/25

vorhergehend:

LG Bochum, 16.05.2025 - 4 O 121/24

Mein Hausbau: Unsachgemäße Beseitigung von Wurzeln stellt eine Überschreitung des Selbsthilferechts dar

vorgestellt von Thomas Ax

Nach § 910 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Eigentümer eines Grundstücks die Wurzeln eines Baumes (oder eines Strauches), die von einem Nachbargrundstück eingedrungen sind, abschneiden und behalten, wobei es nach der gesetzlichen Regelung für das Abschneiden von Wurzeln keiner Fristsetzung i.S.d. § 910 Abs. 1 S. 2 BGB bedarf. Dem (störenden) Eigentümer des Baumes (oder Strauches) können gegen den die Selbsthilfe ausübenden Nachbarn Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB aus Eigentumsverletzung zustehen, wenn die Voraussetzungen des § 910 BGB nicht vorliegen (OLG Karlsruhe, ZMR 2019, 1023). Nach § 910 Abs. 2 BGB ist das Selbsthilferecht ausgeschlossen, wenn die Wurzeln (oder die Zweige) die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtigen. Darüber, ob eine Beeinträchtigung i.S.d. § 910 Abs. 2 BGB vorliegt, entscheidet nicht das subjektive Empfinden des Grundstückseigentümers, sondern es kommt auf das Vorliegen einer objektiven Beeinträchtigung der Grundstücksnutzung an, wobei der Nachbar (und nicht der Schädiger) die Darlegungs- und Beweislast für die fehlende Beeinträchtigung trägt (BGH, NZM 2021, 622, Rn. 15).

Die Beschränkung des Selbsthilferechts durch eine Baumschutzverordnung wirkt nur im Verhältnis zur öffentlichen Gewalt, weil die Baumschutzverordnung allein dem Schutz öffentlicher Interessen - der Pflege und dem Wiederaufbau des Stadt- und Landschaftsbildes - dient (so auch: OLG Karlsruhe, a.a.O.; OLG München, BeckRS 2016, 9995, Rn. 22 Staudinger/Roth, BGB, Neubearbeitung 2025, § 910, Rn. 22 m.w.N.; offen gelassen in: OLG Karlsruhe, NJW-RR 2023, 656; a.A. OLG Düsseldorf, NVwZ-RR 1992, 216).

Nichts Abweichendes ergibt sich auch aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11.06.2021 (BGH, NJW 2021, 2882, Rn. 28 ff.), der einen Sachverhalt betraf, in dem ein Grundstücks- und Baumeigentümer die Eigentümer des Nachbargrundstücks auf Unterlassung des Rückschnitts überhängender Zweige in Anspruch nahm, nachdem die Nachbarn herübereckende Äste einer Kiefer eigenständig zurückgeschnitten hatten. In diesem Fall hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass eine Beschränkung des Selbsthilferechts sich aus naturschutzrechtlichen Vorschriften ergeben könne. Das öffentliche Naturschutzrecht könne dazu führen, dass die Ausübung des Selbsthilferechts gehindert sei;

insbesondere seien die Verbote wirksamer Baumschutzsatzungen auch von dem Nachbarn zu beachten. Ob das der Fall sei, hätten die Zivilgerichte ebenso wie das Bestehen des Verbots selbständig zu prüfen.

Aus dieser Entscheidung folgt jedoch nicht, dass es auch für den Fall, dass wie hier ein Grundstücks- und Baumeigentümer Schadensersatz begehrt, darauf ankommt, ob das Selbsthilferecht durch öffentliches Naturschutzrecht beschränkt ist. Dies ist weiterhin nicht der Fall. Zurecht weisen die Oberlandesgerichte Karlsruhe und München (a.a.O.) darauf hin, dass der Schutzzweck öffentlich-rechtlicher Natur- bzw. Baumschutzvorschriften nicht darin bestehe, privaten Eigentümern bei einer Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften einen Schadensersatzanspruch zu verschaffen. Darauf liefe es aber hinaus, wenn man es in Übertragung der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (a.a.O.) darauf ankommen ließe, ob eine Zuwiderhandlung gegen öffentlich-rechtliche Natur- bzw. Baumschutzvorschriften vorliegt. Dies wäre vom Zweck solcher Vorschriften im Allgemeinen und der jeweiligen Baumschutzverordnung im konkreten Fall nicht gedeckt. So dient eine Baumschutzverordnung dem Schutz von Allgemeininteressen und nicht dem Schutz privater Vermögensinteressen.

Insoweit unterscheidet sich die Schadensersatzkonstellation auch von der vom Bundesgerichtshof entschiedenen Unterlassungskonstellation, weil im Unterlassungsfall Natur- und Baumschutzinteressen betroffen sind, indem der (weitere) Rückschnitt von noch existierenden Ästen und/oder Wurzeln erreicht werden soll; es also um die Durchsetzung des Naturschutzrechts auf dem Privatrechtsweg geht (sog. private enforcement). In der Schadensersatzkonstellation nach Fällung eines Baumes kann das von der Baumschutzverordnung verfolgte Ziel - hier: Pflege und Wiederaufbau des Landschaftsbildes - gar nicht mehr erreicht werden, weil der Baum bereits gefällt ist. Es geht allein um von der Verordnung nicht geschützte Vermögensinteressen. Zwar könnte es Naturschutzinteressen mittelbar dienen, in solchen Konstellationen Schadensersatzansprüche vorzusehen, weil dadurch die Opportunitätskosten des zuwiderhandelnden Nachbarn steigen würden, da er sich dem Risiko ausgesetzt sehen würde, auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden. Solche auf eine Abschreckungswirkung zielenden Erwägungen sind dem deutschen Schadensersatzrecht jedenfalls im Bereich des Nachbarrechts jedoch fremd und vermögen daher keine Übertragung des Urteils des Bundesgerichtshofs auf den hiesigen Fall zu rechtfertigen.

Die unsachgemäße Beseitigung von Wurzeln stellt eine Überschreitung des Selbsthilferechts dar mit der Folge, dass Schadensersatzansprüche des Baumeigentümers aus § 823 Abs. 1 BGB ausgelöst werden können (OLG Karlsruhe, ZMR 2019, 1023; Staudinger/Roth, BGB, Neubearbeitung 2025, § 910, Rn. 30; Grüneberg-Herrler, 83. Aufl. 2024, § 910 BGB, Rn. 4 unter e)). LG Hamburg, Urteil vom 29.10.2025 - 315 O 151/25

Mein Hauskauf: Keller feucht: Wann liegt Arglist vor?

vorgestellt von Thomas Ax

Auch bei einem Keller kann bereits die Feuchtigkeit des Kellers einen Mangel des verkauften Gebäudes darstellen, wobei es auf die Umstände des Einzelfalls ankommt, wie z. B., ob das Haus in einem sanierten Zustand verkauft wurde, der Keller Wohnzwecken diente, welcher Zustand bei der Besichtigung erkennbar war und wie stark die Feuchtigkeiterscheinungen sind.

Arglist eines Testamentsvollstreckers ist gegeben, wenn er selbst Kenntnis von dem Sachmangel hat oder wenn ihm als Testamentsvollstrecker die Kenntnis eines Wissensträgers analog § 166 BGB zuzurechnen ist.

Zwar ist ein Makler in der Regel kein Vertreter des Verkäufers. Ist der Makler aber zugleich Verhandlungsführer oder -gehilfe, muss der Vertretene sich dessen Wissen zurechnen lassen, so wenn er bei Vertragsverhandlungen und Besichtigungsterminen als Verhandlungsgelhilfe eingesetzt wird.

Der Verkäufer ist grundsätzlich verpflichtet, Fragen des Käufers richtig und vollständig zu beantworten. Allein der Umstand, dass Fragen falsch beantwortet wurden, begründet jedoch noch nicht den Vorwurf der Arglist. Derjenige, der gutgläubig falsche Angaben macht, handelt nämlich grundsätzlich nicht arglistig, mag der gute Glaube auch auf Fahrlässigkeit oder selbst auf Leichtfertigkeit beruhen. Anders ist es, wenn der Verkäufer auf Fragen des Käufers falsche Angaben ohne tatsächliche Grundlage - "ins Blaue hinein" - macht, mit deren Unrichtigkeit er rechnet.

Wenn dem Verkäufer offenbarungspflichtige Tatsachen bekannt sind, ist ein arglistiges Verschweigen auch dann gegeben, wenn der wahre Umfang der aufklärungspflichtigen Tatsache nicht angegeben, sondern bagatellisiert wird.

Bei Arglist des Verkäufers genügt grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels seitens des Käufers nicht. Kennen setzt positives Wissen der Tatsachen voraus, die in ihrer Gesamtheit den Mangel begründen. Das Wissen muss sich auf den Umfang des Mangels erstrecken. Ein Verdacht, auch ein dringender, genügt nicht, ebenso wenig die fehlende Kenntnis über den Umfang des Mangels.

Die Möglichkeit, den kaufvertraglichen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung fiktiv anhand der voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten zu bemessen, ist dem Käufer schon deshalb unabhängig davon zu gewähren, ob er den Mangel beseitigen lässt, weil er andernfalls - bedingt (allein) durch die Pflichtverletzungen des Verkäufers - die Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung für die Mängelbeseitigung zu tragen hätte. Denn einen Anspruch auf Vorschuss für die (beabsichtigte) Selbstvornahme, wie er für den Besteller eines Werks in § 637 Abs. 3 BGB vorgesehen ist, gibt es im Kaufrecht nicht.

OLG Frankfurt, Urteil vom 18.12.2024 - 12 U 202/23

Mein Hausbau: Verkäuferangabe zu Speicherkapazität ist vereinbarte Beschaffenheit

vorgestellt von Thomas Ax

Ein Vertrag über die Lieferung und Montage einer Photovoltaikanlage ist als Kaufvertrag mit Montage Nebenpflicht zu würdigen, wenn serienmäßig vorgefertigte Standardkomponenten geliefert werden und sich die Installations- und Anpassungsarbeiten nicht ausnahmsweise als besonders komplex darstellen.

Verpflichtet sich ein Unternehmer, einen Gegenstand zu liefern und zu montieren, so kommt es für die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses als Kaufvertrag (mit Montageverpflichtung) oder als Werkvertrag darauf an, auf welcher der beiden Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt. Dabei ist vor allem auf die Art des zu liefernden Gegenstandes, das Wertverhältnis von Lieferung und Montage sowie auf die Besonderheiten des geschuldeten Ergebnisses abzustellen. Je mehr die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz auf den "Besteller" im Vordergrund steht und je weniger die individuellen Anforderungen des Kunden und die geschuldete Montageleistung das Gesamtbild des Vertragsverhältnisses prägen, desto eher ist die Annahme eines Kaufvertrages (mit Montageverpflichtung) geboten (BGH, Urteile vom 3. März 2004 - VIII ZR

76/03 -, Rn. 10; vom 30. August 2018 - VII ZR 243/17 -, Rn. 25 und vom 20. Oktober 2021 - I ZR 96/20 -, Rn. 22; OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.07.2024 - I-10 O 165/24, Rn. 52; Brandenburgisches OLG - 10. Zivilsenat, Beschluss vom 06.06.2025, 10 U 27/25, Rn. 7; OLG Köln, Beschluss vom 19.12.2024, 3 U 73/24, Rn. 3-8).

Auch bei einem verhältnismäßig geringen wirtschaftlichen Wert der reinen Montageleistung ist zwar die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses als Werkvertrag dann nicht ausgeschlossen, wenn der Vertragsgegenstand eine Anpassung typisierter Einzelteile an die individuellen Wünsche des Bestellers erfordert hätte und deshalb nach der Montage nur noch schwer anderweitig absetzbar gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 15. Februar 1990 - VII ZR 175/89 -, Rn. 11 für eine maßgefertigte Einbauküche). Eine derartige Fallgestaltung ist hier aber weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2. Juni 2016 - VII ZR 348/13 -, Rn. 17, 27 f. Diese Entscheidung hatte die Herstellung einer größeren Anlage auf dem Dach einer Tennishalle mit mehr als 300 Modulen zum Gegenstand, bei der der Unternehmer nicht nur die Tragfähigkeit des Hallendachs zu beurteilen, sondern aufwendige Installations- und Anpassungsarbeiten an der Tennishalle vorzunehmen hatte, durch die insbesondere gewährleistet sein musste, dass die notwendigen Durchdringungen der Gebäudeaußenhaut dauerhaft witterungsbeständig und dicht sind. Vergleichbar komplexe Anforderungen sind für die Installation der Anlage auf dem Dach des Klägers nicht vorgetragen.

Schließlich werden entsprechende Verträge über die Lieferung und Montage vergleichbarer - serienmäßig hergestellter - Photovoltaikanlagen auch in der übrigen obergerichtlichen Rechtsprechung im Regelfall als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung angesehen (vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 4. Dezember 2025 - 12 U 17/25 -, Rn. 22 und Beschluss vom 6. Juni 2025 - 10 U 27/25 -, Rn. 7; OLG Dresden, Urteil vom 27. März 2025 - 10 U 923/24 -, Rn. 4; OLG Stuttgart, Urteil vom 9. Dezember 2025 - 6 U 36/25 -, Rn. 34-38; Beschluss vom 29. Januar 2025 - 12 U 152/24 -, Rn. 4; OLG Köln, Beschluss vom 19. Dezember 2024 - I-3 U 73/24 -, Rn. 3-8; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 6. August 2024 - 2 U 75/23 -, Rn. 17-21; OLG München, Urteil vom 9. Juli 2015 - 14 U 91/15 -, Rn. 39-45).

Eine Verkäuferangabe, wonach sich die maximale Speicherkapazität eines Batteriespeichers auf eine bestimmte Größe belaufen soll (hier 5 kWh), ist in der Regel als Beschaffenheitsvereinbarung auszulegen, dass diese Kapazität unter normalen Betriebsbedingungen erreicht werden kann.*)

Sofern die maximale Speicherkapazität dauerhaft nicht erreicht werden kann, weil der Hersteller im Wege des Fernzugriffs eine Leistungsreduzierung vornimmt, um damit die Wiederholung in der Vergangenheit bereits aufgetretener Brandereignisse zu vermeiden, wird darin im Regelfall eine Negativabweichung von der Beschaffenheitsvereinbarung liegen (§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB).

Gemäß § 475d Nr. 1 BGB bedarf es für den Rücktritt wegen eines Mangels der Ware der in § 323 Abs. 1 BGB bestimmten Fristsetzung zur Nacherfüllung abweichend von § 323 Abs. 2 BGB und § 440 BGB nicht, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung trotz Ablaufs einer angemessenen Frist ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher ihn über den Mangel unterrichtet hat, nicht vorgenommen hat. Hiernach muss der Käufer bis zur Rücktrittserklärung nur noch eine ab Unterrichtung des Verkäufers von dem Mangel (automatisch laufende) angemessene Frist abwarten. Da es sich indes bei dem Nacherfüllungsanspruch um einen sogenannten verhaltenen Anspruch handelt, den der Käufer gegenüber dem Unternehmer geltend machen muss (BeckOGK BGB/Höpfner, Stand: 1.4.2023, § 439 Rn. 9; BeckOK BGB/Faust, 73. Edition, § 439 Rn. 29; MüKoBGB/Maultzsch, 9. Aufl. 2024, BGB § 439 Rn. 10), ist grundsätzlich neben der Unterrichtung des Unternehmers über den Mangel ein (berechtigtes) Nacherfüllungsverlangen des Käufers erforderlich, um den Fristenlauf in Gang zu setzen (MüKoBGB/S. Lorenz, 9. Aufl. 2024, BGB § 475d Rn. 8).

Die Beurteilung, ob eine Pflichtverletzung unerheblich iSd § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ist, erfordert eine umfassende Interessenabwägung auf der Grundlage der Umstände des Einzelfalls (vgl. nur BGH, Urteile vom 28. Mai 2014 - VIII ZR 94/13, BGHZ 201, 290 Rn. 16, vom 18. Oktober 2017 - VIII ZR 242/16, DAR 2018, 78 Rn. 12 und vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 46). Der Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung, der hier vorliegt, indiziert in der Regel die Erheblichkeit einer Pflichtverletzung (BGH, Urteile vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 70/07, NJW-RR 2010, 1289 Rn. 23, vom 6. Februar 2013 - VIII ZR 374/11, NJW 2013, 1365 Rn. 16 und vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 46). Denn die

von den Parteien getroffene Beschaffenheitsvereinbarung ist auch im Rahmen des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB und der dabei anzustellenden Interessenabwägung beachtlich (BGH, Urteil vom 6. Februar 2013 - VIII ZR 374/11, NJW 2013, 1365 Rn. 17).

OLG Hamm, Urteil vom 29.01.2026 - 2 U 18/25

KI-Schriftsatz ist auf „erfundene“ Rechtsprechungs-zitate zu überprüfen

vorgestellt von Thomas Ax

Rechtsanwälte sind gehalten, mithilfe von KI verfasste Schriftsätze zu prüfen, insbesondere darauf, ob darin enthaltene Rechtsprechungs-zitate Ergebnis einer "fantasierenden" KI sind.

...

Vorsorglich wird die Verfahrensbevollmächtigte der Mutter darauf hingewiesen, dass die Schriftsätze offensichtlich mithilfe von KI verfasst und die von dieser eingefügten Zitate nicht überprüft worden sind, wozu ein Rechtsanwalt sowohl aufgrund des Mandatsverhältnisses als auch als Organ der Rechtspflege verpflichtet wäre (vgl. § 43 BRAO). So existiert die in der Beschwerdebegründung zitierte Entscheidung "BGH, Beschl. v. 14.11.2007 - XII ZB 183/07, FamRZ 2008, 137" - wie nach aufwändiger Prüfung des Senats festgestellt werden musste - nicht, sondern das Zitat ist offenbar Ergebnis einer "fantasierenden" KI: Eine Entscheidung mit diesem Aktenzeichen ist in keiner der juristischen Datenbanken oder auf der Internetseite des BGH vorhanden. In FamRZ 2008, 137 ist ein Beschluss des BGH vom 31.10.2017 - XII ZR 112/05 abgedruckt, der sich mit der Bemessung des unterhaltsrelevanten Einkommens eines Selbständigen nach Eröffnung der Verbraucherinsolvenz befasst, ohne dass Verfahrenskostenhilfe Gegenstand der Entscheidung ist. Auf den Seiten 134 bis 136 ist zwar eine Entscheidung des BGH vom 14.11.2017 abgedruckt, jedoch zum Az. XII ZR 16/07, die sich zudem ebenfalls mit Unterhalt, nicht jedoch mit Verfahrenskostenhilfe befasst. Die einzige Entscheidung des BGH vom 14.11.2017, die sich mit "Erfolgsaussichten" befasst, ist eine Entscheidung des Kartellsenats (Az. KVR 57/16, BB 2018, 267), in der die Erfolgsaussichten eines Antrags im Rahmen einer Kostenentscheidung nach übereinstimmender Erledigungserklärung nach § 91a ZPO geprüft werden. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass auch die in der Antragschrift zitierte Entscheidung "OLG Brandenburg, Be-

schl. v. 28.07.2016 - 13 UF 103/16" (ohne Fundstelle zitiert) weder in den juristischen Datenbanken noch im Internet auffindbar und soweit ersichtlich ebenfalls nicht existent ist.

...

KG, Beschluss vom 20.11.2025 - 17 WF 144/25

vorhergehend:

AG Berlin-Kreuzberg, 19.09.2025 - 130 F 12281/25

Mein Hausbau: Energieberatung = Dienstvertrag

vorgestellt von Thomas Ax

Auf einen gesetzlich nicht normierten Energieberatungsvertrag ist das Dienstvertragsrecht nach §§ 611 ff. BGB anzuwenden (Anschluss an: OLG München, IBR 2025, 534; OLG Celle, IBR 2021, 528).

Eine Garantie zur Erlangung der Fördermittel gibt ein Energieeffizienz-Experte grundsätzlich nicht. Sein Aufgabenkreis vor Durchführung des Bauvorhabens umfasst die Beratung hinsichtlich der passenden und aufeinander abgestimmten Baumaßnahmen für das Bauvorhaben, die Prüfung, ob diese technisch förderfähig sind sowie die Erstellung entsprechender Nachweise. Dieser Schritt endet in der Generierung der "Bestätigung zum Antrag" (BzA). Für das eigentliche Antragsverfahren über das KfW-Zuschussportal ist der Bauherr selbst zuständig, es sei denn, der Energieeffizienz-Experte wurde mit dieser über die technische Beratung hinausgehenden Aufgabe ausdrücklich beauftragt.

Hinsichtlich der Antragstellung im KfW-Zuschussportal und der Einhaltung etwaiger Fristen trifft den Energieeffizienz-Experten auch keine Hinweis-, Warn- oder Überwachungspflicht, wenn die Notwendigkeit der Antragstellung für den Bauherrn offensichtlich ist und er sich über die Antragsmodalitäten ohne weiteres selbst informieren kann.

OLG Koblenz, Urteil vom 24.03.2026 - 3 U 779/25

Praxistipps

Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung

Der Vorschussanspruch berechnet sich nach den voraussichtlichen oder mutmaßlichen Kosten (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2001 – VII ZR 115/99, NJW-RR 2001, 739; BGH, Urteil vom 24. Oktober 1996 – VII ZR 98/94, NJW-RR 1997, 339 (340); BGH, Urteil vom 5. Mai 1977 – VII ZR 36/76, NJW 1977, 1336, 1338). Der Anspruch richtet sich auf den Geldbetrag, der die Mängelbeseitigung aus Sicht eines vernünftigen, wirtschaftlichen denkenden Menschen abdecken wird (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 7. Februar 2020 – I-22 U 548/19, BeckRS 2020, 7833, Rn. 184 m.w.N.). Der Vorschuss kann dabei – aufgrund seiner vorläufigen Natur und der ggf. geschuldeten Rückzahlung eines Überschusses durch den Auftraggeber oder auch etwaiger Nachforderungen durch den Auftraggeber – im Wege einer groben Schätzung zuerkannt werden (vgl. BGH, Urteil vom 10. April 2003 – VII ZR 251/02, NJW-RR 2003, 878 (879); OLG Düsseldorf, Urteil vom 7. Februar 2020 – I-22 U 548/19, BeckRS 2020, 7833 Rn. 184 mwN). Eine Schätzung nach § 287 ZPO darf aber nur vorgenommen werden, wenn und soweit die festgestellten Umstände hierfür eine genügende Grundlage abgeben. Sie hat zu unterbleiben, wenn greifbare Anhaltspunkte fehlen (vgl. BGH, NJW-RR 1988, 410; BGH, NJW-RR 2004, 1023, beck-online).

Auftragnehmer als Verwender muss seinen im Baubereich nicht bewanderten Vertragspartner in die Lage versetzen, sich vor Vertragsschluss in geeigneter Weise Kenntnis von der VOB zu verschaffen

Grundsätzlich muss der Auftragnehmer als Verwender seinen im Bausektor nicht tätigen oder sonst im Baubereich nicht bewanderten Vertragspartner in die Lage versetzen, sich vor Vertragsschluss in geeigneter Weise Kenntnis von der VOB zu verschaffen (vgl. BGH, NJW 1994, 2547; 1992, 913). Keine Kenntnisverschaffung ist aber erforderlich, wenn der Verbraucher bei Vertragsschluss von einem Architekten vertreten wird. Dann genügt der bloße Hinweis auf die VOB, denn bei einem Architekten ist – wie bei einem gewerblich tätigen Unternehmer – grundsätzlich anzunehmen, dass er aufgrund seiner Ausbildung die Bestimmungen der VOB/B hinreichend kennt (vgl. OLG Saarbrücken, Urteil vom 15. Dezember 2005 – 8 U 627/04, NZBau 2006, 787,

beck-online; OLG Hamm, Urteil vom 14. Juni 1995 – 12 U 142/94, NJW-RR 1996, 593, beck-online). Schließlich gehört es zu den Grundpflichten des Architekten, den Bauherren bei Vertragsschluss über die Bedeutung der Einbeziehung der VOB/B in den Bauvertrag hinreichend aufzuklären. Dieses Wissen muss sich der Bauherr zu-rechnen lassen (§ 166 BGB; vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 6 März 2008 – 12 U 45/06, BeckRS 2008, 5011).

Ax Akademie - Schulungen

Erfolgreiche und praxistaugliche Leistungsbeschreibungen

Schulungsleiter

RA Dr. Thomas Ax

Teilnehmerkreis

Mitarbeitende aus Vergabestellen, aus der Vertragsverwaltung bzw. dem Vertragsmanagement, aus dem Einkauf und dem Lieferantenmanagement sowie ausdrücklich auch Betroffene aus Fachbereichen, die die Leistungsbeschreibung erstellen.

Ziel der Schulung

Die Leistungsbeschreibung ist das „Herzstück“ eines jeden Vergabeverfahrens. Von zentraler Bedeutung ist dabei die Zusammenarbeit zwischen Bedarfsträger und Vergabestelle. Die Auswirkungen von Fehlern, Ungenauigkeiten und Widersprüchen sind sehr weitreichend und können den Erfolg der gesamten Vergabe gefährden oder die Beschaffung verzögern. Die Veranstaltung zeigt im Rahmen eines interaktiven Formats (Fragen und Impulse sind ausdrücklich erwünscht!), wie Vergabebereiche und Fachbereiche ihre jeweiligen Rollen ideal umsetzen können und wie die Zusammenarbeit gelingt. Verschiedene Arten von Leistungsbeschreibungen werden ebenso berücksichtigt wie die typischen Inhalte von Leistungsbeschreibungen. Aktuelle Entwicklungen werden berücksichtigt, insbesondere Fragen der Nachhaltigkeit (umweltbezogene und soziale Aspekte). Die gesamte Veranstaltung unterliegt dem Motto „aus der Praxis, für die Praxis“ und enthält daher auch zahlreiche Praxisbeispiele.

Themen

- Rechtliche Grundlagen der Leistungsbeschreibung
- Nachhaltigkeit & Leistungsbeschreibung
- Interne Organisationsmöglichkeiten für die Erstellung von Leistungsbeschreibungen beim Auftraggeber (Verhältnis Vergabe - Fachbereiche)
- Fehlerquellen und Fallstricke beim Verfassen von Leistungsbeschreibungen
- Praxisbeispiele für erfolgreiche Leistungsbeschreibungen und auch für typische Praxisfehler („Dos and Don'ts“)
- Richtige Gliederung von Leistungsbeschreibungen
- Konkrete Formulierungshilfen!

Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge an Generalüber- und Generalunternehmer

Schulungsleiter

RA Dr. Thomas Ax

Teilnehmerkreis

Öffentliche Auftraggeber, interessierte Bieter, Architekten, Ingenieure, Projektsteuerungsunternehmen, Beratungsunternehmen und Rechtsanwälte.

Ziel der Schulung

Bauzeitverlängerungen und explodierende Kosten bei Bauvorhaben der öffentlichen Hand werden häufig auch mit dem Zwang der Auftraggeber in Verbindung gebracht, selbst komplexe Bauvorhaben kleinteilig in zahlreichen Losen ausschreiben zu müssen. Allerdings eröffnen die vergaberechtlichen Regelungen dem Auftraggeber durchaus die Möglichkeit, Planungs- und Bauleistungen an Generalübernehmer („Totalübernehmer“) zu vergeben. Hierfür muss der Auftraggeber (lediglich) feststellen können, dass eine gemeinsame Vergabe von Planung und Bauausführung nach Abwägung aller Umstände zweckmäßig ist. Generalübernehmer-Vergaben können somit nicht nur bei Großbauvorhaben der öffentlichen Hand durchgeführt werden, sondern auch bei kleineren bzw. Standard-Objekten, wie z. B. Schulen und Kindergärten. Auch Generalunternehmer-Vergaben sind unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.

In der Schulung wird zunächst gegenübergestellt, welche Gründe für und gegen eine klassische losweise Vergabe bzw. eine Generalüber- oder -unternehmer-Vergabe sprechen. Die rechtlichen Voraussetzungen werden ebenso dargestellt wie die von der VOB/A-EU dafür vorgesehenen Verfahrensarten. Erläutert wird der Ablauf eines Vergabeverfahrens von der Vorbereitung über den Teilnahmewettbewerb bis hin zur Angebotsphase und zum Zuschlag. Zahlreiche Praxisbeispiele und die Erfahrungen aus durchgeführten Vergabeverfahren runden die Schulung ab.

Themen

1. Baubetriebliche und prozessorientierte Grundlagen

- Grundlagen der Bedarfsplanung
- Stakeholdermanagement
- Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen GU und GÜ
- Losweise Vergabe vs. GU- oder GÜ-Vergabe: Vor- und Nachteile der Projektorganisationsformen

- Risikoallokation in den verschiedenen Vertragsmodellen

2. Vergaberechtliche Grundlagen

- Voraussetzungen für eine Generalüber- und -unternehmer-Vergabe
- Mögliche Verfahrensarten: Verhandlungsverfahren und wettbewerblicher Dialog - Unterschiede und Gemeinsamkeiten

3. Die Vorbereitung des Vergabeverfahrens

- Definition der Ziele der Beschaffung
- Ermittlung des Bedarfs
- Erstellung der Vergabeunterlagen
- Entwurf des Generalübernehmervertrages

4. Der Teilnahmewettbewerb

- Eignungskriterien und Eignungsprüfung
- Auswahlkriterien und Auswahl unter den geeigneten Bewerbern
- Verfahren ohne Auswahl unter den Teilnehmern/Bietern

5. Die Angebots- bzw. Dialogphase

- Ablauf der Verfahren
- Abwicklung des Verfahrens in aufeinanderfolgenden Phasen
- Darstellung möglicher Wertungskriterien
- Vorgabe eines Pauschalpreises durch den Auftraggeber?
- Die Zusammensetzung der Jury
- Die Einbindung externer Fachleute in die Wertung
- Auswahlkriterien und Auswahl unter den geeigneten Bewerbern

6. Sonderfragen

- Beteiligung der Öffentlichkeit
- Ausstellung der nicht berücksichtigten Entwürfe nach Zuschlag
- Nachhaltigkeitsanforderungen
- BIM-Vorgaben

Neue Themen für Inhouse-Schulungen in Präsenz

Bauvergaben - Typische Fallstricke erkennen und vermeiden

Teilnehmerkreis

(Bau)Ingenieure/ Architekten die Vergaben erstellen und/oder durchführen, für die Ausschreibung verantwortliche Leitende / Mitarbeitende der Vergabestelle eines öffentlichen Auftraggebers oder auch Bietervertreter (Kalkulatoren/ Angebotsersteller/ Angebotsverantwortliche).

Ziel der Schulung

Die Teilnehmenden werden anhand vieler Beispiele für typische und wiederkehrende Stolpersteine und Fallstricke bei Bauvergaben sensibilisiert. Es bleibt Zeit, Dos und Dents zu diskutieren und Lösungen zu besprechen. Praktische Erfahrungen bei Vergaben bzw. beim Einkauf von Bauleistungen werden vorausgesetzt.

Themen

Start des Verfahrens in der Vorbereitungsphase

- Finanzierung
- Anforderungen an die Kostenschätzung
- Wahl der Verfahrensart -> Konsequenzen auf den Verfahrensablauf
- Ankündigung / Öffentlichkeitsarbeit? / Frühzeitige Information des Marktes?
- Markterkundung -> Möglichkeiten und Hemmnisse

Vorbereitung der Vergabeunterlagen

- Vorbefasstheit – noch relevant? – wer darf Vergabeunterlagen erstellen/ wo ist die Grenze
- Produktneutralität
- Produktangaben
- Verweis auf Zertifizierungen
- Beispiele aus der Praxis

Bekanntmachung / Angebotserstellungsphase

- „Mit Angebotsabgabe vorzulegen“
- „In Pos xyz einzukalkulieren“
- Weitergabe unvollständiger LVs an Nachunternehmer etc... (Mischkalkulation)

Kommunikation mit dem Auftraggeber

- Bieterfragen und deren Beantwortung
- Beispiele

Angebotsabgabefrist

- Ausschlussgründe und wie man sie vermeidet
- Umgang mit „säumigen Bietern“ aus AG Sicht
- Elektronische Vergabemanagementsysteme und deren Tücken - AG Sicht
- Elektronische Vergabemanagementsysteme und deren Tücken - AN Sicht

Weitere formale Hürden

- Signatur, Unterschrift, elektronisch in Textform
- Vorzulegende Unterlagen
- Auf Verlangen vorzulegende Unterlagen
- Nachforderung – Frist
- Elektronische Formatvorgaben

Eignungsprüfung / Anforderung an Unterlagen

- PQ und Referenzen
- Vorgabe von Mindeststandards
- Nachunternehmer oder Eignungsleihe?
- Möglichkeit der Vorgaben für Nachunternehmer
- Umgang mit Nachunternehmern
- Umgang mit Mehrfachbeteiligungen (als NU, als BIEGE Partner)
- Von der BIEGE zur ARGE

Preisbildung und Preisprüfung

- Tücken bei der Preisaufklärung
- EFB Preisblätter 221 – 223

Die Rückversetzung nach Angebotseingang

- Risiken
- Mögliche Angriffspunkte
- Beispiele aus der Praxis

Wertung der Angebote mit nicht preislichen Zuschlagskriterien

- Mögliche nicht preisliche Zuschlagskriterien
- Festlegung und Wertung
- Wertung von „Konzepten“
- Probleme bei nicht hinreichenden Konzepten
- Beispiele aus der Praxis

Berücksichtigung der nicht preislichen Zuschlagskriterien in der Vertragsabwicklung

- Was wird Vertragsbestandteil - Relevanz
- Beispiele aus der Praxis

Umgang mit Rügen

- Aus Sicht des ANs
- Aus Sicht des AGs

Möglichkeiten zur beschleunigten Abwicklung eines Vergabeverfahrens

- Mindestfristen
- Stellschrauben zur Beschleunigung
- Wahl von „alternativen“ Verfahrensweisen

Die 10 häufigsten Fehler im Vergabeverfahren erkennen und vermeiden

Teilnehmerkreis

Leiter/innen und Beschäftigte von Vergabestellen der öffentlichen Hand; geeignet für Mitarbeitende ohne Vorkenntnisse wie auch für vergabekundige Praktiker/innen, für die sich nach der Einführung der UVgO vieles geändert hat. Gleichmaßen sind auch Zuwendungsempfänger angesprochen, die durch Zuwendungen Vergaberecht anwenden müssen.

Ziel der Schulung

Ziel der Schulung ist es, die Teilnehmenden für vergaberechtliche Grundsatzthemen zu sensibilisieren. Häufig zu erkennende Fehler werden aufgezeigt, notwendiger vergaberechtlicher Kontext entsprechend vermittelt.

Im Ergebnis werden die Seminarteilnehmer/innen in die Lage versetzt, rechtssicher(er) auszuschreiben, um Prüfungsinstanzen zufrieden zustellen und (an Zuwendungsempfänger adressiert) Rückforderungen zu vermeiden.

Themen

- Offenkundige Verstöße gegen vergaberechtliche Grundprinzipien
- Falsche Verfahrenswahl
- Fehler in den Ausschreibungsunterlagen
- Fehler im Kontext von Rahmenvereinbarungen
- Unrechter Umgang mit Bieterfragen (falsch gedeutet, falsch beantwortet)
- Folgeschwere Fehler in Verhandlungen
- Fehler im Zuge der Angebotsprüfung und -wertung
- Die Wertungsmatrix - was ist erlaubt?
- Dokumentation - was ist hier nötig?
- Beurteilungsspielraum unzureichend oder rechtsfehlerhaft genutzt

Qualifizierung für Fach- und Führungskräfte aus Vergabestellen

Teilnehmerkreis

LeiterInnen einer Vergabestelle oder diejenigen, die es in naher Zukunft werden sollen bzw. zum/zur VergabemanagerIn aufsteigen. Grundlagen im Vergaberecht sollten vorhanden sein, spezialisierte vergaberechtliche Kenntnisse werden vertieft.

Ziel der Schulung

Diese Schulung hilft (angehenden) Vergabestellen- bzw. VergabeteamleiterInnen bei ihrer Ausübung der Dienst- und Fachaufsicht über die Beschäftigten der Vergabestelle. Ziel ist es, sich besser auf die (neuen) inhaltlichen Aufgaben, aber auch auf die Führung eines Teams zu konzentrieren und zu bewältigen. Bei der Auswahl und Behandlung der Themen wurde bedacht, dass besonders schwierige, nicht täglich auftretende Fragen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vorgelegt werden.

Themen

Modul 1 - Vergaberecht:

1. Tag: Auffrischung und Aktualisierung der Fachkenntnisse der im Vergaberecht einschlägigen Rechtsvorschriften, Richtlinien und Vergabebestimmungen

1. **Einführung**
2. **Rechtsgrundlagen**
 - Oberschwellenrecht
 - Unterschwellenrecht
 - Spezialregelungen (z.B. VO 1370/2007; Saub-FahrzeugBeschG; WRegG; LkSG)
3. **Verfahrensgrundlagen, insbesondere**
 - Auftragswertschätzung
 - Wahl der Verfahrensart – insb. Alleinstellungsmerkmale und Dringlichkeitsvergaben
 - Losvergabe
 - Besonderheiten bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen
4. **Rahmenvereinbarungen**
 - Konsequenzen aus der EuGH-Rechtsprechung (Pflicht zur Angabe einer verbindlichen Obergrenze)

5. Eignung und Eignungsprüfung

- Festlegung von Eignungskriterien
- Eignungsprüfung
- Ausschlussgründe
- Nachforderungsmöglichkeiten fehlender Unterlagen und Grenzen

6. Angebotsprüfung

- Angebotsprüfung
- Ausschlussgründe
- Preisprüfung
- Nachforderungsmöglichkeiten fehlender Unterlagen / Preise und Grenzen

7. Dokumentation

8. Ausblick

- Reformbestrebungen (Vergabetransformationspaket)

2. Tag: Vertiefung bei Spezialfragen zum Leistungsverzeichnis und Wertung von Angeboten

1. Leistungsbeschreibung

- Bedeutung der Leistungsbeschreibung
- Grundsatzanforderungen an eine Leistungsbeschreibung
- Möglichkeiten und Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts
- Typische Stolpersteine
- Arbeit am konkreten Fall

2. Qualitätswertung

- Qualität vs. Preis?
- Das 1 x 1 der Kriterienauswahl
- Unterkriterien und Erwartungshorizont
- Bieterpräsentationen
- Durchführung der Bewertung
- Dokumentation der Bewertung
- Arbeit am konkreten Fall

3. Tag: Strategischer Umgang mit Rügen und Begleitung von Rechtsstreitigkeiten (Vergabenachprüfungsverfahren)

1. Umgang mit Rügen

- Rüge oder Bieterfrage? Wir grenzen Begriffe ab.

- Reaktionsmöglichkeiten auf eine Rüge (Abhilfe, Nichtabhilfe, Ignorieren)
- Auswirkungen auf den Fortgang des Vergabeverfahrens
- Die Nichtabhilfe-Entscheidung:
 - Was sagt man, was sagt man (besser) nicht?
 - Taktik auf der Zeitschiene
- Sonderfall „Nichtabhilfe bei Angebotsausschluss“ – Ausschluss schreiben und Vorinformation notwendig?
- Strategisches Ziel: Verhinderung eines (erfolgreichen) Nachprüfungsverfahrens
 - Erkennbarkeit und Rügepräklusion als Instrumente
 - Schutzschrift – einreichen oder nicht?

2. Im Fall der Fälle: Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren

- Nachprüfungsantrag
 - Statthaftigkeit und Antragsbefugnis
 - Form und Inhalt des Antrags
 - Anträge richtig stellen
 - Zuschlagsverbot und aufschiebende Wirkung
 - Verfahrensbeteiligte und Beiladung
 - Akteneinsicht – wer bekommt was zu sehen?
 - Untersuchungsgrundsatz und Beschleunigungsmaxime
 - Erledigung des Nachprüfungsantrags – was jetzt?
- Sofortige Beschwerde
 - Form, Frist und Inhalt
 - Wirkung des Rechtsmittels (§ 173 GWB)
 - Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung
 - Sofortige Beschwerde als Zwischenverfahren
 - Anwaltszwang – wen trifft er, wen nicht?

Modul 2 - Soft Skills:

4. Tag: Effiziente Führung im öffentlichen Einkauf

1. Schärfung des Bewusstseins für Führungsaufgaben von Führungskräften

2. Lernen Sie Ihre Führungskompetenz unter Berücksichtigung von Unternehmenskultur, Mitarbeitern, Vorgesetzten und Betriebs- bzw. Personalrat zu verbessern!
3. Kennenlernen erfolgreicher Führungsinstrumente (z. B. Umgang mit mangelnder Verbindlichkeit, Umgang mit Schlechtleistung bei Mitarbeitern, Vermeidung von Rückdelegation)
4. Statusbewertung und Optimierung der öffentlichen Einkaufsorganisation (z. B. Effizienzsteigerung der Einkaufsabteilung über den Einsparerfolg hinaus, rechtskonforme Arbeitsweisen, Umgang mit Gremien und Prüfungsinstanzen, Changemanagement, Wissensmanagement)

5. Tag: Verhandlungstaktik und -strategien bei Vergaben

1. Vorbereitung der Verhandlung

- Zieldefinition; Unterscheidung zwischen Interessen und Positionen
- Inhaltliche Vorbereitung
- Festlegung von Strategie und Taktik

2. Ablauf der Verhandlung, u.a.

- Übernahme der formalen Verhandlungsführung
- Gestaltung und Steuerung der verschiedenen Verhandlungsphasen
- Zugeständnisse einfordern, machen und zurücknehmen
- Umgang mit schwierigen Verhandlungssituationen
- Ergebnissicherung

3. Verhandlungspsychologie, u. a.

- Typische Charaktere in Verhandlungen
- Schwierige Typen und versteckte Motive erkennen und nutzen
- Gründe für Widerstände in Verhandlungen
- Emotionen in Verhandlungen steuern
- Zeichen von Sicherheit und Souveränität setzen
- Unsicherheiten beim Verhandlungspartner verstärken

Der Schulungsleiter RA Dr. Thomas Ax

ist Rechtsanwalt mit Tätigkeitsschwerpunkt im Privaten Baurecht mit besonderem Fokus auf Vertragsgestaltung, Vergabe- und Vertragsmanagement Bau, Mängelrechte, Sicherheiten, Bauzeit, Nachtrags- und Schlussrechnungsprüfung und Streitlösung. Aufgrund seiner Fachkompetenz und der Fähigkeit, selbst komplexe Rechtsfragen verständlich und anschaulich zu vermitteln, ist Herr Dr. Ax insbesondere bei Baupraktikern ein gefragter Schulungsleiter und Referent rund um alle Fragen des Bauvertragsrechts. Herr Dr. Ax ist Autor zahlreicher Fachveröffentlichungen und Herausgeber zahlreicher Zeitschriften und Kommentare.

Stellenanzeigen

Rechtsanwalt (w/m/d) im privaten Baurecht für Kanzlei bei Heidelberg

Wir suchen ab sofort einen Rechtsanwalt (w/m/d).

AxRechtsanwälte bietet eine Alternative zur anonymen Großkanzlei.

Wir verstehen uns nicht nur als rechtlicher, sondern auch als wirtschaftlicher und strategischer Berater unserer Mandanten.

Zu unserem Mandantenstamm gehören öffentliche und private Auftraggeber ebenso wie mittlere und große Bauunternehmen. Einer unserer Tätigkeitsschwerpunkte ist das private Baurecht einschließlich Honorar- und Haftungsrecht für Architekten. Daneben beraten wir auch in allgemeinen zivilrechtlichen Fragestellungen und unterstützen unsere Mandanten bei der Prozessführung. Für die Erweiterung unserer Kanzlei bei Heidelberg suchen wir ab sofort einen

**Rechtsanwalt (w/m/d)
im privaten Baurecht / Immobilienrecht
(mind. 30 Stunden/Woche)**

Ihre Aufgaben

- Rechtliche Beratung unserer Mandanten in komplexen baurechtlichen Mandaten
- Durchführung von Vertragsverhandlungen sowie außergerichtlichen Schlichtungen
- Prozessführung einschließlich bundesweiter Vertretung, speziell im Rahmen größerer Bauprozesse
- Entwicklung von Strategien zur Durchsetzung und Abwehr haftungsrechtlicher Ansprüchen

Ihr Profil

- Zwei überdurchschnittliche juristische Staatsexamen
- Promotion, Master und/oder Auslandserfahrung
- Berufserfahrung im Baurecht
- Erweiterte Kenntnisse im Baurecht
- Exzellente kommunikative Fähigkeiten und wirtschaftliches Verständnis

- Ausgeprägtes Gespür für die Bedürfnisse anspruchsvoller Mandanten
- Unternehmerisch denkende Anwaltpersönlichkeit
- Durchsetzungsfähigkeit und Verhandlungskompetenz
- Freundliches und souveränes Auftreten

Wir bieten

- Spannende und vielseitige Mandate und die Möglichkeit, schnell Verantwortung zu übernehmen
- Ein sehr persönliches und partnerschaftliches Arbeitsumfeld
- Flexible Arbeitszeiten mit der Möglichkeit des mobilen Arbeitens
- Unterstützung beim Ausbau Ihrer Kenntnisse im Baurecht
- Arbeiten in repräsentativen Büroräumen
- Mentoring sowie Unterstützung bei Ihrer persönlichen Weiterentwicklung
- Attraktive Vergütung sowie zusätzliche Benefits

Bei erfolgreicher Zusammenarbeit besteht die Möglichkeit der unternehmerischen Beteiligung und Partnerschaft sowie langfristig der Übernahme der Kanzlei.

Haben wir Ihr Interesse geweckt?

Dann senden Sie uns gerne Ihren Lebenslauf per E-Mail an t.ax@ax-vergaberecht.de und geben Sie Ihren frühestmöglichen Eintrittstermin sowie Ihre Gehaltsvorstellung an.

RECHTSANWÄLTE (m / w / d) Vergaberecht in bester Lage bei Heidelberg

Für unseren Kanzleisitz **in bester Lage bei Heidelberg** suchen wir

RECHTSANWÄLTE (m / w / d)

mit ausgezeichneter juristischer Qualifikation – ausgewiesen z. B. durch Prädikatsexamen, Promotion oder spezielle Kenntnisse und Erfahrungen im Rechtsgebiet – zur Verstärkung unseres Dezernats:

Vergaberecht

Ihre Aufgaben

Es erwarten Sie anspruchsvolle und interessante Aufgaben mit direktem Mandantenkontakt und eigener Mandatsbearbeitung, insbesondere Beratung im Bereich

- Vergaberecht

Ihr Profil

Sie verfügen über die geforderten juristischen Qualifikationen. Sie haben Freude daran, unternehmerisch zu denken und kreative Lösungsansätze zu entwickeln. Gleichzeitig liegt Ihnen die wissenschaftliche Herangehensweise an komplexere Fragestellungen.

Unsere Zusammenarbeit

Wir bieten eine langfristig angelegte, abwechslungsreiche Zusammenarbeit in freundlicher und kollegialer Atmosphäre bei guter Bezahlung. Unsere Arbeitszeiten werden es Ihnen erlauben, Ihren Freizeitaktivitäten weiterhin nachzugehen. Wir möchten unser Team zum nächstmöglichen Zeitpunkt verstärken und freuen uns auf Ihre Bewerbung.

Bei erfolgreicher Zusammenarbeit besteht die Möglichkeit der unternehmerischen Beteiligung und Partnerschaft sowie langfristig der Übernahme der Kanzlei.

Haben wir Ihr Interesse geweckt?

Dann senden Sie uns gerne Ihren Lebenslauf per E-Mail an t.ax@ax-vergaberecht.de und geben Sie Ihren frühestmöglichen Eintrittstermin sowie Ihre Gehaltsvorstellung an.

Redakteure m/w/d gesucht:

VergabePrax, Tiefbaurecht, Hochbaurecht

Zeitschriften sind ein alter Hut? Von wegen!

2020 stiegen die Auflagen unserer drei Zeitschriften VergabePrax, Tiefbaurecht und Hochbaurecht im 6. Jahr in Folge.

Umso mehr Freude hatten wir an den bereits stattgefundenen Redaktionssitzungen für 2021.

Hier warten viele aktuelle Themen und Praxisempfehlungen auf unsere LeserInnen.

Ein schöner Mix von vergaberechtlichen und vertragsrechtlichen Themenstellungen aus der Praxis für die Praxis.

Von PraktikerInnen für PraktikerInnen, abgerundet durch aktuelle Rechtsprechung als Volltexturteil oder Leitsätze oder kommentiert.

Ihre Aufgaben:

- Eigenständige Themenfindung und redaktionelle Umsetzung nach den Leserbedürfnissen im Bereich Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Schreiben und Redigieren von Beiträgen, Artikeln, Kommentaren
- Durchführung von Recherchen und Interviews
- Betreuung und Koordination freier Fachautoren im Bereich Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Redaktionelle Mitgestaltung des Internetauftritts/Contentmanagement
- Betreuung von redaktionellen Sonderprojekten
- Pflege und Ausbau unserer Kontakte zu Verbänden etc.

Ihr Profil:

- Abgeschlossenes Redaktionsvolontariat
- Branchenkenntnisse bzw. Affinität zu unseren Zielgruppen
- Erfahrungen im Themengebiet Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Fähigkeit, komplizierte Sachverhalte attraktiv, verständlich und prägnant darzustellen
- Gespür für aktuelle Themen
- Erfahrung mit neuen Medientechnologien und mobilen Medien
- Kommunikations- und Organisationsstärke
- Teamfähigkeit, Flexibilität und Belastbarkeit

Wir bieten:

- Ein kollegiales Team
- Offene, transparente Kommunikation
- 30 Tage Urlaub + flexible Arbeitszeiten incl. Homeoffice
- Einen interessanten Aufgabenbereich in einem erfolgreichen, internationalen Unternehmen

- Und vieles mehr

Haben Sie Lust, diese spannende Aufgabe in unserem Verlag mit Leben zu füllen?

Dann freuen wir uns auf Ihre Online-Bewerbung mit der Bitte um Angabe Ihrer Gehaltsvorstellung und des frühestmöglichen Eintrittstermins!

BESTELLFORMULAR

HochbauRecht

- ☐ JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig die Hochbau-Recht mit 12 digitalen Ausgaben pro Jahr für nur 72 € Jahresgebühr (zzgl. MwSt). Die Kündigung des Abonnements ist jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres möglich.
- ☐ JA, hiermit bestelle ich das kostenlose Schnupper-Abo der HochbauRecht. Dies beinhaltet zwei elektronische Monatsausgaben der HochbauRecht. Wenn nach der zweiten elektronischen Ausgabe keine Kündigung erfolgt ist, wird das Abonnement kostenpflichtig. Jede weitere Ausgabe der HochbauRecht kostet dann 6 € inkl. MwSt. Eine Kündigung des Abonnements ist jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres möglich.

Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vertrag und Vergabe – VOB

- ☐ JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig das Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vertrag und Vergabe - VOB für 29,90 € (zzgl. Versandkosten*) ISBN 978-3-9819970-5-7

VOB - konzentriert und aktuell – was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen

- ☐ JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig das VOB - konzentriert und aktuell für 29,90 € (zzgl. Versandkosten*) ISBN 978 3 9819970-4-0

Meine Daten (bitte ausfüllen):

Rechnungsanschrift (=Lieferanschrift)

Institution/Firma	
Name, Vorname	
Straße/Nr.	
PLZ/Ort	
Telefon	
E-Mail	

Bestellannahme:

Ax Verlag

für Vergabe und Vertragsrecht

Uferstraße 16

69151 Neckargemünd

oder per

Fax-Nr.: 06223-8688614

E-Mail: mail@ax-verlag.de

Datenschutz - Garantie

Ihre Kontaktdaten werden auf unseren Servern gespeichert. Wir setzen diese Daten jedoch ausschließlich für den Versand von E-Mail-Benachrichtigungen bzw. des News-Letters ein. Es findet keine personenbezogene Verwertung statt. Insbesondere geben wir keine Daten an Dritte weiter und werden diese weder für eigene Marketingzwecke missbrauchen noch mit anderen Datenquellen verknüpfen. Die statistische Auswertung anonymisierter Datensätze bleibt vorbehalten.

Impressum

Herausgeber:

Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Ax

Maîtruse en Droit International Pubik (Paris X-Nanterre)

Redaktion:

Sivan Novotny

Urheber- und Verlagsrecht:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers in irgendeiner Form reproduziert werden.



Uferstraße 16
69151 Neckargemünd

Tel.: +49 (0)6223/8688613

Fax: +49 (0)6223/8688614

www.ax-verlag.de

mail@ax-verlag.de

ISSN 1862-9458

