

Tiefbau Recht

Zeitschrift zur Praxis des TiefbauRechts



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	Ax Akademie - Schulungen	69
Rechtsprechung	7	Erfolgreiche und praxistaugliche Leistungsbeschreibungen	69
OLG zu der Frage des Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung vor Abnahme des Werkes	7	Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge an Generalüber- und Generalunternehmer	69
OLG Stuttgart zu der Frage der Auslegung einer Bestellerkündigung nach unzureichendem Mängelbeseitigungsverlangen	19	Neue Themen für Inhouse-Schulungen in Präsenz	71
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	33	Bauvergaben - Typische Fallstricke erkennen und vermeiden	71
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	40	Die 10 häufigsten Fehler im Vergabeverfahren erkennen und vermeiden	72
OLG Stuttgart zu der Frage, dass eine Abwälzung der Baustellenkoordination einen Eingriff in die VOB/B bedeutet	45	Qualifizierung für Fach- und Führungskräfte aus Vergabestellen	73
Beiträge	60	Der Schulungsleiter RA Dr. Thomas Ax	75
Voraussetzungen einer Teilkündigung gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B gegeben, außerordentliche Gesamtkündigung möglich?	60	Stellenanzeigen	76
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	61	Rechtsanwalt (w/m/d) im privaten Baurecht für Kanzlei bei Heidelberg	76
Sind im Rahmen des § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B auch Zwischenfristen pönalisierbar?	62	RECHTSANWÄLTE (m / w / d) Vergaberecht in bester Lage bei Heidelberg	77
Unterliegt die Ausübung des Kündigungsrechts in zeitlicher Hinsicht einer starren Beschränkung?	63	Redakteure m/w/d gesucht:	78
Mein Hauskauf: Der Verkäufer ist gehalten, Fragen des Käufers zum Zustand der Immobilie vollständig und wahrheitsgemäß zu beantworten	64	Publikationen zum Vergaberecht	79
Werbung	65	VOB - konzentriert und aktuell - was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen	79
Ax Projects: Durchführung von Investorenauswahlverfahren	65	Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB	79
AR und AP	67	Bestellformular	80
Errichtung und oder Sanierung Ihrer Sporthalle und Ihres Hallenbades als gemeinsames Projekt	67	Impressum	81

Von der Redaktion

„Bodengutachten“ ist eine unsaubere Bezeichnung für ein Baugrundgutachten bzw. einen geotechnischen Bericht. In einem solchen Gutachten werden die Erdschichtung und weiteren Eigenschaften des Bodens (Bodenklassen bzw. nach neuer DIN-Norm Homogenbereiche) dargestellt, sowie insbesondere auch die Grundwasserverhältnisse (Grundwasserstand).

Nach einer weit verbreiteten Auffassung trägt der Bauherr – wenn es insoweit keine abweichende vertragliche Regelung gibt – das Baugrundrisiko, da der Boden als „vom Besteller gelieferter Stoff“ im Sinne des § 645 BGB gilt. Für ein von der Baugenehmigungsbehörde angefordertes Baugrundgutachten trägt demzufolge der Unternehmer in diesen Fällen auch nicht das Kostenrisiko. Den Bauunternehmer trifft insoweit keine allgemeine Prüfungspflicht, wenn kein Anlass zu Zweifeln an den Angaben des Auftraggebers besteht.

Das Baugrundrisiko kann durch Vereinbarung einem Auftragnehmer übertragen werden. Ändern sich die geotechnischen Verhältnisse gegenüber der Baubeschreibung und einem dieser etwa beigelegten Bodengutachten, so können Mehrvergütungsansprüche (des Bauunternehmers) entstehen. Den Auftragnehmer trifft für die Änderung und die Erforderlichkeit der Mehrleistungen die Darlegungs- und Beweislast.

Die Prüfung des Baugrunds gehört zu den wesentlichen Hauptleistungspflichten eines Architekten im Rahmen der Grundlagenermittlung/Vorplanung, sodass er dem Bauherrn rechtzeitig die Einholung eines Bodengutachtens empfehlen muss, wenn ihm die Bodenverhältnisse nicht bekannt sind.

Viele Fragen sind obergerichtlich entschieden, einige höchstrichterlich geklärt, vieles ist unklar und offen.

Das und mehr lesen Sie in unserem aktuellen Heft.

Ihre Redaktion

Rechtsprechung

OLG zu der Frage des Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung vor Abnahme des Werkes

vorgestellt von Thomas Ax

Der Geltendmachung des Vorschusses steht nicht die fehlende Abnahme entgegen. Zwar ist in der Literatur und in der Rechtsprechung umstritten, ob vor der Abnahme eines Werks bereits Mängelansprüche geltend gemacht werden können (vgl. zum Meinungsstand ausführlich: OLG Stuttgart, Urteil vom 25. Februar 2015 – 4 U 144/14 -, [ibr-online: IBRRS 2016, 0631](#) mit zahlr. Nachw.; vgl. ferner OLG München, Beschluss vom 22. Dezember 2010 – 9 U 5082/09 -, [juris](#); OLG Köln, Beschluss vom 12. November 2012 – I-11 U 146/12, 11 U 146/12 -, [juris](#); OLG Hamm, Urteil vom 19. August 2014 – I-24 U 41/14, 24 U 41/14 -, Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 22. Dezember 2015 – 4 U 26/12 -, [juris](#)). Der Bundesgerichtshof hat diese Frage bislang offengelassen, so zuletzt der VII. Zivilsenat mit Urteil vom 25.02.2016 (BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 – VII ZR 49/15 -, [juris-Rdnr. 41](#)). Jedoch schließt sich der erkennende Berufungssenat, wie im Ergebnis auch das Landgericht, der Auffassung an, dass die Geltendmachung eines Vorschusses bereits vor der Abnahme jedenfalls dann möglich ist, wenn – wie hier – der Werkunternehmer sich auf den Standpunkt stellt, er habe ein mangelfreies Werk abgeliefert, während der Auftraggeber nach den getroffenen Feststellungen die Abnahme wegen vorhandener Mängel objektiv zu Recht verweigert. Denn andernfalls würde der Auftraggeber, hier der Beklagte, zur Erklärung der Abnahme (unter Vorbehalt der Mängel) mit den daran anknüpfenden materiellrechtlichen Folgen gezwungen, obwohl er berechtigt ist, die Abnahme zu verweigern (so OLG Hamm, Urteil vom 19. August 2014, a. a. O., Rdnr. 45 – auch zum weiteren Meinungsstand in der Literatur – und OLG Stuttgart, Urt. v. 25.02.2015, a. a. O., Ziffer II.3 der Entscheidungsgründe, [juris-Rdnr. 92 ff.](#)). Besondere Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass der Auftraggeber gezwungen wäre, dem Unternehmer, der eine mangelbehaftete Werkleistung abgeliefert hat, die Vergünstigungen und weitreichenden Rechtsvorteile, die sich für ihn an die Abnahme knüpfen, zuzusprechen, obwohl er gerade diese Vorteile nicht verdient hat, da er ein nicht vertragsgerechtes Werk vorgelegt hat. Zurecht hat das OLG Hamm es als „sinnwidrig“ (24 U 41/14 vom 19.08.2014, [juris-Rdnr. 45](#))

bezeichnet, den Auftraggeber in einer derartigen Situation zur Abnahme einer von ihm für mangelhaft gehaltenen Leistung zu zwingen, um vom nachbesserungsunwilligen Auftragnehmer die Mittel für eine Selbstvornahme der Mängelbeseitigung fordern zu können. Der Werkunternehmer würde dadurch im Verhältnis zum Auftraggeber materiellrechtlich und prozessrechtlich ungerechtfertigt privilegiert. Denn die Abnahme bestimmt den Übergang zwischen Erfüllungs- und Nacherfüllungsphase zum abgeschlossenen Werkvertrag. Nach der Abnahme des Werks kann der Auftraggeber lediglich noch Nacherfüllungsansprüche geltend machen. Mit der Abnahme kommt es zu einem „Umschlagen der vertraglichen Beziehungen“ (Messerschmidt in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 640 Rdnr. 63), was sowohl den Bereich der Gefahrtragung als auch damit verbundene Schutzpflichten und Abrechnungsmaßstäbe betrifft. Grundsätzlich ist die Abnahme eine der Hauptvoraussetzungen für die Fälligkeit des Werklohnanspruchs. Eine Kündigung aus wichtigem Grund ist nach Abnahme nicht mehr möglich. Mit der Abnahme kommt es zu einer Umkehr der Beweislastverteilung im Verhältnis von Unternehmer und Besteller. Und es beginnt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche zu laufen (§ 634 Abs. 2 BGB).

OLG Celle, Az.: 7 U 164/15, Urteil vom 11.05.2016

Gründe

I.

Die Klägerin verlangt Restwerklohn in Höhe von 15.345,00 €, einschließlich kleinerer Nebenforderungen einen Gesamtbetrag von 16.334,25 €. Der beklagte Bauherr hat den Wintergarten nicht abgenommen. Er rügt zahlreiche Mängel, wegen derer es an der Abnahme reife fehle. Mit seiner Widerklage verlangt der Beklagte einen Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung sowie die Feststellung der Verpflichtung der Klägerin zur Mängelbeseitigung insgesamt.

Die Klägerin verpflichtete sich durch Werkvertrag (gem. BGB) vom 20. Februar 2009 zur Herstellung eines sog. M...-Aluminium Wintergartens zum Gesamtpreis (Pauschalpreis) von 84.500,00 €. Mit Rechnung vom 18. Dezember 2009 machte sie unter Berücksichtigung geleisteter Abschlagszahlungen eine Restvergütung von 15.345,00 € geltend. Hierin enthalten sind 980,00 € netto für die Lieferung und Montage nach ihrer Behauptung nachbestellter Alu-Sohlbänke. Ferner macht die Klägerin für die Verlegung von Elektrokabeln im

Dachbereich zur Steuerung der Jalousien weitere 989,25 € aus abgetretenem Recht des Installateurs Sch. geltend. Hieraus resultiert die Klagegesamtforderung von 16.334,25 €.



Symbolfoto: Elle Aon/Bigstock

Der Beklagte stellt die Restvergütung in Höhe eines Teilbetrages von 13.026,25 € unstreitig. Wegen des überschüssigen Betrages bestreitet er zunächst die Nachbestellung der Alu-Sohlbänke für netto 980,00 €. Weiterhin sei die Rechnung der Klägerin um 1.338,75 € für die Endreinigung zu reduzieren. Diese Leistung sei nachträglich ausgenommen und von ihm selbst erbracht worden. Ebenfalls bestreitet der Beklagte die Berechtigung der Klägerin, den Betrag von 989,25 € für verlegte Elektrokabel aus abgetretenem Recht geltend zu machen. Der Beklagte habe dem Installateur Sch. nicht mit der Ausführung der Leistungen beauftragt gehabt. Sofern die Klägerin dies getan haben sollte, habe sie als Vertreterin ohne Vertretungsmacht gehandelt. Im Übrigen sei die insoweit geltend gemachte Vergütung unangemessen hoch.

Der Beklagte verweigert auch die Bezahlung des von ihm unstreitig gestellten Betrages von 13.026,25 €. Er meint, dieser Betrag sei noch nicht fällig, weil er, insoweit in tatsächlicher Hinsicht unstreitig, sich bislang geweigert hat, die Werkleistung der Klägerin abzunehmen. Er behauptet, es fehle wegen zahlreicher Mängel auch an der Abnahmereife. Ferner wird widerklagend ein Vorschuss für die Mangelbeseitigung von 9.000 € sowie Feststellung der Kostentragungspflicht insgesamt verlangt.

Wegen dieser Mängel, die zwischen den Parteien im Einzelnen in Streit stehen, ist ein Sachverständigengutachten des Sachverständigen K., öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für das Sachgebiet Glasbau und Schäden an Gebäuden, nebst drei Ergänzungsgutachten eingeholt worden.

Auf Seiten der Klägerin sind sowohl der Glaslieferant als auch die Systemlieferin für die Metallkonstruktion des Wintergartens als Streithelferinnen beigetreten.

Das Landgericht hat den Streit über die Höhe der Klageforderung, soweit diese über den unstreitigen Betrag von 13.026,25 € hinausgeht, dahinstehen lassen. Es ist unter Bezugnahme auf die Sachverständigengutachten des Sachverständigen K. davon ausgegangen, dass die in seinem Urteil aufgelisteten 19 Mängel (Mangelkomplexe) gegeben seien, für die die Klägerin verantwortlich sei. Die Mangelbeseitigungskosten betrügen entsprechend der Ermittlung des Sachverständigen K. im Ergänzungsgutachten (II) 24.333,00 € netto. Somit lägen im Verhältnis zum Gesamtpreis erhebliche Mängel vor, sodass es, wie von dem Beklagten eingewandt, an der Abnahmereife fehle, der Restwerklohn mithin noch nicht fällig sei.

Auf die Widerklage des Beklagten hat das Landgericht die Klägerin antragsgemäß zur Zahlung eines ersten Vorschusses von 9.000,00 € verurteilt, sowie festgestellt, dass die Klägerin dem Beklagten gegenüber verpflichtet sei, alle weiteren Kosten für die fachgerechte Mangelbeseitigung zu tragen. Wegen des Sachverhalts im Einzelnen und der vom Landgericht insoweit getroffenen tatsächlichen Feststellungen wird auf das angefochtene Urteil des Landgerichts Bezug genommen (Bl. 989 ff. d. A.).

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge auch in zweiter Instanz weiterverfolgt. Die Klägerin begehrt also weiterhin die Verurteilung des Beklagten zu Restwerklohnzahlung in Höhe von 16.334,25 € sowie die Abweisung der Widerklage.

Die Klägerin meint, es fehle nicht an der Abnahmereife ihrer Werkleistung und damit nicht an der Fälligkeit ihrer Restwerklohnforderung. Von den insgesamt 19 aufgelisteten Mangelkomplexen auf S. 8 bis 10 des landgerichtlichen Urteils seien jedenfalls die Mangelkomplexe Nr. 2, 3 und 6 tatsächlich nicht gegeben. Hinsichtlich des Mangels Nr. 2. sei es unzutreffend, dass der Einbau einer innenliegenden Rinne direkt über einem Wohnraum nur als Sicherheitsrinne mit innenliegender Rinne (zwei Stück) und zwei Sicherheitsüberläufen erlaubt sei. Richtig sei vielmehr der diesbezügliche Vortrag der Streithelferin zu 2, dass abweichende Rinnenformen zulässig seien und eine Ableitung über die Dachfläche bzw. die Fassade stattdessen finde. Hinsichtlich der Entwässerungsrinne, die zum Balkonanschluss des Wintergartens hin belegen sei, habe die Streithelferin zu 2 insbe-

sondere ausgeführt, dass es sich bei der fachlichen Einordnung dieser Rinne schon nicht um eine „innenliegende Rinne“ handle, sondern wegen der Abführung des Regenwassers nach außen um eine „außenliegende Rinne“. Für solche Rinnen sei dann auch nach den Regeln für Metallarbeiten im Dachdeckerhandwerk zur Meidung eines Versagensfalles der Einbau einer Rinnenheizung als „angebracht“ empfohlen. Das dringende Anraten, eine Rinnenheizung einzubauen, habe der Beklagte jedoch abgelehnt. Auch diesem berechtigten Einwand sei nicht nachgegangen worden.

Des Weiteren sei auch der Mangel Nr. 3. betreffend die nach Auffassung des gerichtlichen Sachverständigen fehlende Statik nicht gegeben. Insoweit seien keine tatsächlichen Mängel in der Standfestigkeit des Wintergartens festgestellt worden, sondern der Sachverständige habe lediglich moniert, dass die statische Berechnung in Papierform nicht vorgelegen habe. Dies begründe jedoch zum einen keinen Mangel, zum anderen habe das Landgericht die nach der mündlichen Verhandlung und Erläuterung des Sachverständigengutachtens nachgereichte statische Berechnung zu Unrecht als verspätet zurückgewiesen.

Schließlich habe das Landgericht ihr, der Klägerin, den Mangel der unzureichenden Abdichtung der vertikalen Gebäudefuge an die unstreitig erst später von den Beklagten errichteten Mauerteile zu Unrecht angelastet (Mangel Nr. 6 LGU). Insoweit habe es sich hier um ein ungewöhnliches Bauvorhaben gehandelt, weil zunächst der Wintergarten errichtet worden sei und danach erst die Mauerstücke errichtet und an den Wintergarten herangeführt worden seien. Aufgrund dessen sei der Beklagte als Bauherr selbst für den Gebäudeanschluss zuständig gewesen. Mithin sei auch dieser Mangel auszuklammern.

Die übrigen Positionen, die als Mangel seitens des Landgerichts erkannt worden seien, träten demgegenüber in ihrer Erheblichkeit zurück, sodass hierauf allein keine Verweigerung der Abnahme des Wintergartens gestützt werden könnte. Daher sei die Klage begründet.

Weiterhin hätte das Landgericht die Widerklage abweisen müssen. Soweit das Landgericht dem Beklagten antragsgemäß einen Teilbetrag von 9.000,00 € also Vorschuss zugesprochen habe, sei dieser Teilbetrag nicht hinreichend bestimmt, weil aus dem Urteil nicht ersichtlich sei, für welche Mängel und welche Mangelbeseitigungsmaßnahmen der Kostenvorschuss zu zahlen sei.

Auch dem Feststellungsantrag zu 3. hätte das Landgericht nicht stattgeben dürfen. Dieser zielt auf Durchfeuchtungsschäden an der Bausubstanz ab, die der Sachverständige für möglich halte, bislang aber noch nicht konkret festgestellt hat. Für derartige Schäden, wenn sie vorlägen, wäre sie nicht verantwortlich, weil sie den ursächlichen Mangel betreffend die umlaufende Entwässerung (s. o., Mangelkomplex Nr. 2. gem. LGU S. 8) nicht zu vertreten habe.

Die Streithelferin zu 2 hat erklärt, sich der Berufung der Klägerin anzuschließen. Sie meint, das Landgericht hätte die Abnahmereife des Wintergartens nicht verneinen dürfen, angesichts des Umstandes, dass der Wintergarten voll eingerichtet sei und seit Jahren vom Beklagten und seiner Familie genutzt werde. Im Übrigen sei das Landgericht den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen K. zu unkritisch gefolgt. Dies gelte hinsichtlich der geforderten Sicherheitsrinne und der Rinnenheizung. Es sei Sache des Endkunden – im vorliegenden Fall des Beklagten – zu entscheiden, ob er zur Vermeidung von Vereisungen ein elektrisches Heizsystem einbaue oder anderweitige Schutzmaßnahmen ergreife.

Rechtsfehlerhaft sei auch der Standpunkt des Landgerichts, der Wintergarten hätte ohne statischen Nachweis gar nicht errichtet werden dürfen. Vielmehr seien einfache Gebäude in der Regel von einer Prüfstatik befreit. Hier sei im Übrigen eine „einfache Statik“ dem Sachverständigen überlassen worden, die der Baubehörde genügt habe, um die Baugenehmigung zu erteilen. Bei kleineren baulichen Vorhaben, wie auch dem Anbau eines Wintergartens, müsse ein Prüfstatiker nicht eingesetzt werden.

Die Klägerin beantragt,

unter Änderung des landgerichtlichen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an sie 16.334,25 € nebst Zinsen auf einen Betrag in Höhe von 989,25 € in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30. Januar 2010, im Übrigen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24. März 2010, zu zahlen und die Widerklage abzuweisen.

Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen, ferner im Wege der Anschlussberufung, unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Klägerin ergänzend zu verurteilen, an ihn weitere 2.797,51 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 2.277,36 € seit dem 29. Juni 2010 sowie auf weitere 520,15 € seit dem 9. Januar 2013 zu zahlen.

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, soweit dieses eine fehlende Abnahmereife angenommen hat. Die Klägerin habe 17 Einzelmängel (richtig: 16 Einzelmängel) der insgesamt 19 Einzelmängel nach dem landgerichtlichen Urteil nicht angefochten. Diese 17 unangefochten gebliebenen Mängel rechtfertigten die Feststellung der fehlenden Abnahmereife schon allein. Im Übrigen seien die Ausführungen des Landgerichts zur Statik sowie zur Entwässerungsproblematik (fehlende Sicherheitsrinnen) zutreffend. Es gebe auch keine Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung.

Mit der Anschlussberufung verfolge er den Ersatz der Kosten von Maurerarbeiten und der ihm für die Beseitigung von Mängeln an der Terrassentür sowie an der Wetterstation bzw. an dem Windsensor entstandenen Kosten. Das Landgericht Lüneburg habe die von ihm geltend gemachten Kosten für Rück- und Aufbau der Mauerwerksfeiler durch die THP-Bau in Höhe von 2.277,36 € für unsubstantiiert gehalten. Indes habe er mit Schriftsatz vom 11. Mai 2010 (S. 7 und 8) hierzu vorgebracht und auch die Rechnung als Anlage B 4 vorgelegt. Auch die Abtretungserklärung vom 4. Mai 2010 sei vorgelegt worden. Der Anspruch ergebe sich nach alledem aus abgetretenem Recht.

Des Weiteren werde der Schaden für die durchzuführenden Mangelbeseitigungsarbeiten an der Terrassentür, an dem Windsensor der Wetterstation sowie an der Wetterstation selbst weiterhin geltend gemacht. Zu Unrecht habe das Landgericht die Kosten in Höhe von 520,15 € für nicht erstattungsfähig gehalten, da der Klägerin eine Gelegenheit zur Nacherfüllung nicht gegeben worden war. Eine Mangellüge sei gem. § 637 Abs. 2 BGB unzumutbar und damit entbehrlich gewesen.

Wegen des Berufungsvorbringens im Einzelnen wird auf die Berufungsbegründung der Klägerin vom 14.12.2015 (Bl. 1081 ff.) sowie ihren weiteren Schriftsatz vom 15.04.2015 (Bl. 1150 f. d. A.), auf die Berufungsbegründung der Streithelferin zu 2 vom 16.02.2016 (Bl. 1109 ff. d. A.) und ihren weiteren Schriftsatz vom 08.04.2016 (Bl. 1137 ff. d. A.) sowie die Berufungserwiderung und Anschlussberufung des Beklagten vom 14.03.2016 (Bl. 1122 ff. d. A.) verwiesen.

Der Senat hat die Parteien persönlich angehört und die Sach- und Rechtslage erörtert. Insoweit wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 21.04.2014 Bezug genommen (Bl. 1156 ff. d. A.).

II.

Die Berufung der Klägerin ist unbegründet. Die Anschlussberufung des Beklagten hat zum kleinen Teil Erfolg. Der Senat tritt dem Landgericht bei, soweit dieses den Restwerklohn mangels Abnahmereife als noch nicht fällig und die Klägerin trotz der noch nicht erfolgten Abnahme zur Zahlung eines Kostenvorschusses für die Mangelbeseitigung sowie weiterer Schadensersatzpositionen für verpflichtet angesehen hat.

A. Berufung der Klägerin

Die Berufung der Klägerin bleibt ohne Erfolg. Denn aufgrund der festgestellten Mängel fehlt es bislang an der Abnahmereife, sodass die Abnahme vom Beklagten bislang zu Recht verweigert wird, mithin der Restwerklohnanspruch der Klägerin noch nicht fällig ist.

1. Die Klägerin hat einen Restwerklohnanspruch von insgesamt 16.334,25 €. Dieser ist in Höhe von restlichen 13.026,25 € des Pauschalpreises unstreitig. Die weiteren Nebenpositionen von 980,00 €, 1.338,75 € und 989,25 € stehen zwar im Streit, sind aber ebenfalls begründet.

a) Die Klägerin kann zunächst 980,00 € netto für die Nachbestellung von Alu-Sohlbänken beanspruchen. Insofern bestreitet der Beklagte, eine entsprechende Nachbestellung vorgenommen zu haben. Er bestreitet aber nicht hinreichend, dass diese Alu-Sohlbänke tatsächlich vorhanden und eingebaut sind (vgl. Bl. 63/83 d. A.), sodass er sie, zumal er ebenfalls keine aufgedrängte Bereicherung geltend macht, auch bezahlen muss. Dies folgt – die fehlende Nachbestellung entsprechend dem Einwand des Beklagten unterstellt – aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag. Danach muss auch die nicht ausdrücklich in Auftrag gegebene Leistung bezahlt werden, die tatsächlich zur Herstellung des Gesamtwerks erbracht und vom Besteller auch angenommen wird. Zwar schuldete die Klägerin hier die Errichtung des kompletten Wintergartens zum Pauschalpreis. Dass zu der pauschalen Leistung jedoch evtl. zu liefernde Sohlbänke nicht gehören sollten, ist im Auftrag auf S. 2 ausdrücklich festgehalten (Bl. 7 d. A.). War aber ausdrücklich vereinbart, dass evtl. zu liefernde Sohlbänke nicht im Preis enthalten sein sollten und sind diese Sohlbänke dann tatsächlich geliefert und montiert worden und sagt der Beklagte auch nicht, er wolle sie nicht haben, die Klägerin möge sie wieder ausbauen und mitnehmen, muss er sie auch bezahlen.

b) Gestritten wird weiter über die Kosten für die Verlegung der Elektroleitungen auf dem Dach, u. a. zum Zwecke der Ansteuerung der elektrischen Jalousien, in Höhe von 989,25 €. Auch insoweit ist die Klage schlüssig und das Verteidigungsvorbringen demgegenüber nicht erheblich. Der Beklagte hat nämlich eingeräumt, dass die Elektroanschlüsse für Markisen, Lüfter, Steuerung usw. von ihm selbst zu erstellen waren. Die anschließend vorgenommene Differenzierung, dies gelte nur für die Anschlüsse, nicht aber für die Kabel (Bl. 63 f. d. A.), erscheint nicht überzeugend. Vielmehr folgt der Senat der Auffassung der Klägerin, dass die erforderlichen Kabelverbindungen zur Herstellung eines Anschlusses ebenfalls dazugehören (Bl. 84 f. d. A.).

Soweit der Beklagte auch die Höhe pauschal als nicht angemessen bestreitet, ist dies ohne ausreichende Substanz, da nicht ersichtlich ist, inwiefern es an der Angemessenheit im Sinne der üblichen Vergütung nach § 632 Abs. 2 BGB fehlen soll. Immerhin sind 200 m laufende Kabel verlegt worden, was einigen Aufwand erfordert. Für die Arbeitsleitung und das Material erscheint der Gesamtbetrag von 989,25 € angemessen. Insofern macht der Senat von der Möglichkeit der freien Anspruchsschätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO Gebrauch, weil die Einschaltung eines Sachverständigen zur Überprüfung erheblich mehr Kosten verursachen würde als ein denkbare Kürzungsbetrag.

c) Streitig ist schließlich noch die Endreinigung der Firma C. für 1.338,75 €. Insoweit ist eine Rechnung vom Beklagten vorgelegt worden. Demgegenüber behauptet die Klägerin ihrerseits, unter Vorlage einer Rechnung die Endreinigung ausgeführt zu haben (Bl. 60 d. A.). Gleichwohl bleibt der Beklagte dabei, dass die Endreinigung innen aus dem Vertrag herausgenommen wurde, weil die Klägerin dazu nicht in der Lage gewesen sei. So habe die Klägerin durch Herrn S. mit E-Mail vom 2. Dezember erklärt, eine Endreinigung innen könne, jedenfalls am 4. Dezember 2009, nicht stattfinden. Mit dem Zeugen B. als Vertreter des Beklagten sei deshalb vereinbart worden, die Endreinigung innen aus dem Vertragsverhältnis herauszunehmen (Bl. 65 d. A.).

Hierzu sind E-Mails vorgelegt worden. Danach hatte die Klägerin dem Zeugen B. der Beklagten am 27. November 2009 mitgeteilt, die Reinigung könne für den 4. Dezember 2009 veranlasst werden (Bl. 79 d. A.). Zugleich wurde gebeten, noch „heute hierzu Bescheid“ zu geben. Unter dem 4. Dezember 2009, 10:06 Uhr, wurde dann die Ersatzvornahme angedroht, sofern nicht „noch heute bis 11:00 Uhr eine Terminsbestätigung“ erfolge.

Nach dem Vortrag der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 13. Juli 2010 kam die vom Zeugen S. am 27. November 2009 erbetene Antwort nicht rechtzeitig („heute“), sondern erst am 2. Dezember 2009 und somit während der vorab angekündigten Urlaubsabwesenheit des Zeugen S. (Bl. 86 d. A.). Danach hatte der Beklagte es also versäumt, den Termin der Endreinigung der Klägerin rechtzeitig zu bestätigen. Als dann die Möbellieferung vor der Tür stand, hat er eigenmächtig zur Ersatzvornahme gegriffen und will diese Kosten jetzt der Klägerin anlasten. Hierfür fehlt es indes an einer Rechtsgrundlage. Denn es handelte sich um eine Vertragsleistung, mit der die Klägerin nicht in Verzug war und hinsichtlich derer der Beklagte daher nicht einseitig vom Vertrag abweichen und eine Ersatzvornahme veranlassen durfte.

2. Der Restwerklohn von insgesamt 16.334,25 € ist aber, wie das Landgericht zutreffend erkannt hat, zurzeit noch nicht fällig.

a) Nach § 641 Abs. 1 BGB, der hier Anwendung findet, weil die Parteien ausdrücklich einen Bauvertrag mit Geltung des BGB vereinbart haben, hängt die Fälligkeit des von der Klägerin verlangten Restwerklohns von der Abnahme des Werks ab. Daran fehlt es hier, wie das Landgericht zutreffend erkannt hat. Der Beklagte hat den Wintergarten zwar in Benutzung genommen, sich bislang aber ausdrücklich geweigert, die Abnahme zu erklären, also das Werk der Klägerin als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung zu akzeptieren. Entgegen der Auffassung der Streithelferin zu 2 kann trotz der Nutzung des Wintergartens auch keine konkludente Abnahme angenommen werden. Zwar hindern gemäß § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB unwesentliche Mängel die Abnahme nicht. Eine stillschweigende Abnahme durch schlüssiges Handeln in der Form der Ingebrauchnahme des Werks scheidet jedoch aus, wenn der Besteller, so wie hier der Beklagte, ausdrücklich erklärt, er verweigere die Abnahme wegen wesentlicher Mängel, sofern solche tatsächlich vorliegen (vgl. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 4. Teil, Rn. 33).

Nach den vom Landgericht ohne Verstoß gegen prozessuale Vorschriften ordnungsgemäß getroffenen tatsächlichen Feststellungen, die sich im Wesentlichen auf die Begutachtung des gerichtlichen Sachverständigen K. stützen können, liegen wesentliche Mängel des Wintergartens vor.

Zunächst ist die Berufungsbegründung, indem lediglich die Beweiswürdigung zu den Mangelkomplexen 2 und

3 (LGU S. 8) sowie Nr. 6 (LGU S. 9) behandelt, im Übrigen aber ausdrücklich von Angriffen abgesehen wird, von vornherein nicht geeignet, die Abnahmereife schlüssig zu begründen. Zutreffend weist die Berufungserwiderung vielmehr darauf hin, dass die restlichen nicht angegriffenen Mängel – entgegen der Auffassung der Klägerin – schon ausreichen würden, um die Abnahmereife zu verneinen.

Soweit zunächst der Mangel Nr. 2 angegriffen wird, ist gemäß Seite 39 f. des Ergänzungsgutachtens II (Nr. 110) davon auszugehen, dass hierfür Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 2.795,00 € angesetzt sind bzw. mit der Berufung angegriffen werden. Denn soweit weitere Rinnenprobleme vorliegen, für die der Sachverständige K. weitere 8.023,00 € Nachbesserungskosten geschätzt hat (S. 35 ff. d. Ergänzungsgutachtens II, zu Nr. 50, 53, 55, 59, 60, 77, 102, 103, 111), wird dies auf Seite 9 des angefochtenen Urteils von Nr. 8 erfasst. Die Ausführungen des Landgerichts zu Nr. 8 sind aber nicht Gegenstand der Berufungsbegründung, die sich ausdrücklich nur auf „(Ziffer 2, S. 8 des Urteils)“ bezieht (Bl. 1082 d. A.) und auch inhaltlich auf die Erläuterungen beim Ortstermin zur Frage der Entwässerung Bezug nimmt. Dem sind, so der Sachverständige K. ausdrücklich, „die von mir unter Position 110 aufgeführten Mangelbeseitigungskosten“ zuzuordnen (S. 5 des landgerichtl. Protokolls, Bl. 849 d. A.).

Dem Mangel Nr. 3 (fehlender statischer Nachweis) sind keine Kosten zuzuordnen, weil vom Sachverständigen insoweit keine Kosten angesetzt worden sind, sondern sich die Gesamtkosten von 24.333,00 € allein auf die Nachbesserung handwerklicher Mängel beziehen.

Wegen des Mangels zu Ziff. 6 des landgerichtlichen Urteils werden Ausführungen zur unzureichenden Abdichtung der Gebäudefuge nach außen gemacht (Mangelliste Nr. 46. bis 48.). Hierauf beziehen sich die Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 2.304,00 € (S. 35 Ergänzungsgutachten II).

Zieht man nun von den Nettogesamtkosten in Höhe von 24.333,00 € sowohl die oben erwähnten 2.795,00 € wie auch die weiteren 2.304,00 € ab, verbleiben 19.234,00 €, wobei es um eine Vielzahl von Einzelmängeln geht, die insgesamt nicht als nur unwesentlich gewertet werden können. Es würde daher an der Abnahmereife selbst dann fehlen, wenn man mit der Berufungsbegründung die Mängel bzw. Mangelkomplexe Nr. 2, 3 und 6 verneinen wollte.

Hinzu kommen im Übrigen noch die möglichen Schäden an der Bausubstanz durch Durchfeuchtung sowie

die nicht ordnungsgemäß nachgewiesene Statik. Bei wertender Gesamtbetrachtung muss es daher dabei bleiben, dass eine im Wesentlichen vertragsgerechte, nur mit kleineren Mängeln behaftete Werkleistung nicht gegeben ist.

Schließlich würde, wollte man gleichwohl mit der Klägerin die Abnahmereife bejahen, die Klageforderung durch die Ersatzvornahmekosten vollständig aufgezehrt, sodass die Klage und damit die Berufung auch deshalb keinen Erfolg haben könnte. Denn der Beklagte hat hilfsweise für den Fall, dass von der Fälligkeit des Werklohns auszugehen sein sollte, die Aufrechnung mit dem Kostenvorschussanspruch erklärt (vgl. Bl. 35, 70 f. d. A.; zur rechtlichen Zulässigkeit der Aufrechnung mit einem Kostenvorschuss gegenüber einer Werklohnforderung vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rdnr. 2117, 3134, 3033 m. w. N.). Ein solcher besteht aber auch nach Klägervortrag in übersteigender Höhe von 19.234,00 €, weil mit der Berufung nur die Mängel Nr. 2, 3 und 6 angegriffen werden.

Des Weiteren führen die Angriffe der Klägerin hinsichtlich der Mängel bzw. Mangelkomplexe Nr. 2, 3 und 6 aber auch nicht zum Erfolg, sodass es, unabhängig von den vorstehenden Überlegungen zur fehlenden Abnahmereife allein aufgrund der Restmängel ohnehin an einer im Wesentlichen ordnungsgemäßen, abnahmereifen Leistung fehlt und im Übrigen auf der Seite des Beklagten nicht nur Mangelbeseitigungskosten von 19.234,00 €, sondern in voller Höhe von 24.333,00 € zu Buche stehen, mithin den Restwerklohnanspruch der Klägerin deutlich übersteigen.

aa) Hinsichtlich der Rinnenproblematik (Mangel Nr. 2 gem. LGU; Pos. 110 d. Ergänzungsgutachtens II, 2.795 €) gilt, dass diese in den schriftlichen Gutachten erschöpfend abgehandelt wurde. Der Sachverständige K. hat auch zu den Einwendungen Stellung genommen (vgl. S. 6 d. Ergänzungsgutachtens I und S. 26 f. d. Ergänzungsgutachtens III) und klargestellt, dass nicht eine fehlende Rinnenheizung als schadensursächlich erkannt wurde, sondern die Rinne falsch konstruiert und ausgeführt ist und neu eingedichtet werden muss. Die gesamten Einwendungen gegen diese Beurteilung lägen aus sachverständiger Sicht „neben der Sache“. Nach den Richtlinien für derartige Konstruktionen bei flachgeneigten Glasdächern ergebe sich, dass bei dem Einbau von Rinnenkonstruktionen zwischen Wintergartentraufe und Balkonplatte zu dem vorhandenen Haus eine Dachanschlussfuge mit den Voraussetzungen für eine Sicherheitsrinne erforderlich sei (vgl. S. 27 des Ergänzungsgutachtens III). Er hat weiterhin das Vorliegen einer bloßen Verstopfung der Rinne verneint und auch

eine fehlende Rinnenbeheizung, wie bereits ausgeführt, weder als ursächlich angesehen noch den Einbau einer solchen im Zuge der Nachbesserung vorgesehen (andernfalls die Kosten als Sowiesokosten anzusehen wären; unzutreffend insoweit der Hinweis im LGU zu Nr. 2, darüber hinaus seien Heizmaßnahmen gegen Vereisung vorzusehen). Auch bei der mündlichen Erläuterung im Rahmen des Ortstermins am 3. Juli 2015 hat der Sachverständige seine Feststellungen nochmals im Einzelnen erläutert und bekräftigt (Bl. 847 ff. d. A.).

Dabei waren nicht nur die Parteien, sondern auch die Streithelferin zu 2 anwesend. Diese hat aktiv an dem Termin teilgenommen. Die Klägerin kann sich daher nicht mit Erfolg auf den Schriftsatz der Streithelferin zu 2 stützen, mit der diese erst wesentlich später, nämlich mit Schriftsatz vom 26. August 2015, also mehr als 7 Wochen nach der (letzten) mündlichen Verhandlung geltend gemacht hat, der Sachverständige sei von einem unzutreffenden Regelwerk ausgegangen, die Entwässerung müsse über die Dachfläche stattfinden, danach sei die Dimensionierung der Entwässerung des Wintergartens mehr als ausreichend usw. (Bl. 953 ff. d. A.). Vielmehr muss dieser Berufungsangriff nach § 531 Abs. 2 i. V. m. § 296 a ZPO schon aus prozessualen Gründen ins Leere gehen.

bb) Dasselbe gilt für den Berufungsangriff gegen Mangel Nr. 3 im erstinstanzlichen Urteil betreffend den fehlenden Nachweis der Standsicherheit. Insoweit tritt der Senat den Ausführungen des Landgerichts zur fehlenden Berücksichtigungsfähigkeit des Schriftsatzes sowie der nachgereichten Statik gemäß § 296 a ZPO bei. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung war angesichts der Verspätung nicht geboten. Bereits im Ursprungsgutachten vom 29.11.2012, dort S. 21 f. zu 5., hatte der Sachverständige K. den fehlenden Nachweis der räumlichen Steifigkeit gerügt und dies im Ergänzungsgutachten III vom 01.06.2015, dort Ziffer 3. lit. a) und b) (S. 6 f.) bestätigt. Mithin hätte die nachträglich vorgelegte Statik bereits innerhalb der vierwöchigen Stellungnahmefrist zum Ursprungsgutachten (Bl. 502 d. A.) bzw. in der Stellungnahmefrist zum Ergänzungsgutachten bis zum Ortstermin (Bl. 820 d. A.) vorgelegt oder aber in der mündlichen Verhandlung (Ortstermin) ein Schriftsatznachlass beantragt werden müssen. Da dies unterblieben ist, ist die nachgereichte Statik des Dipl. Ing. H. nach Maßgabe von § 411 Abs. 4 i. V. m. § 296 Abs. 1, 4 ZPO verspätet vorgelegt worden, weshalb eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO nicht geboten war (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. 2016, Rn. 4). Damit ist die Klägerin, da ausreichende Entschuldigungsgründe

nicht ersichtlich sind, mit der nachträglichen Statik gemäß § 531 Abs. 2 ZPO auch im Berufungsverfahren ausgeschlossen. Daher kann dahinstehen, ob die Statik nach dem „Vieraugenprinzip“ von einem weiteren Prüfenieur hätte geprüft werden müssen und ob sie schon deshalb ungeeignet ist, weil sie auf einer theoretischen Berechnung ohne Kenntnis und Prüfung der Örtlichkeit und der tatsächlich errichteten Konstruktion erstellt wurde.

Schließlich ist nochmals hervorzuheben, wie oben bereits unter Ziffer 1. a) erwähnt, dass wegen der Frage der Statik vom gerichtlichen Sachverständigen K. keine Kosten angesetzt worden sind, sodass es auch ohne Berücksichtigung dieses Mangels bei den Nettonachbesserungskosten von 24.333,00 € verbleiben müsste. Der Sachverständige K. hat zwar das Nichtvorhandensein eines statischen Nachweises moniert. Die von ihm ermittelten Kosten betreffen aber nur die handwerkliche Instandsetzung des Wintergartens. Mithin reduzieren sich diese Kosten nicht, selbst wenn man mit der Klägerin annehmen wollte, die Standsicherheit des Wintergartens als solche sei gegeben und der rechnerische Nachweis ergebe sich aus der nach der mündlichen Verhandlung nachgereichten Statik, im Übrigen sei eine solche Statik auch gar nicht notwendig, weil bei der Erteilung der Baugenehmigung eine „einfache Statik“ vorgelegen habe und dies ausreichend (gewesen) sei.

cc) Der Klägerin kann schließlich nicht mit ihrem Berufungsangriff durchdringen, für die Abdichtung der Gebäudefuge – dies betrifft den Mangelkomplex Nr. 6 im Urteil des Landgerichts (dort S. 9; Bl. 993 d. A.) – sei der Beklagte selbst verantwortlich gewesen, weil die entsprechenden Mauerteile erst nachträglich errichtet worden sind. Es trifft zwar zu, dass in den Ziffern 4. und 6. des Bauvertrages nur von der Anbindung an die vorhandene Balkonplatte die Rede ist. Auch ergibt sich aus Seite 2 des Bauvertrages, dass Maurer- und Putzarbeiten ausdrücklich Sache des Bauherrn sein sollten. Die Abdichtung der Gebäudefuge ist jedoch ein funktional zwingend notwendiger Teil, um einen dichten und damit ordnungsgemäßen Wintergarten zu errichten. Auch war bekannt, dass der Wintergarten nicht frei auf der Balkonplatte stehen sollte, sondern in die Giebelseite des Gebäudes, vor die der Wintergarten gebaut worden ist, zu integrieren war. Dazu bedurfte es der nachträglich errichteten Seitenmauern, wobei es eine fachlich-technische Frage war, ob erst die Seitenmauern zu errichten waren, um dann die Wintergartenkonstruktion daran anzuschließen, oder ob, wie tatsächlich geschehen, zunächst der Wintergarten zu erstellen

war. Die Klägerin kann sich daher nicht darauf zurückziehen, sie habe mit der Errichtung der Glas- und Metallkonstruktion des eigentlichen Wintergartens im engeren Sinne ihre Leistung vollständig erbracht gehabt und der Beklagte habe hinterher selbst sehen müssen, wie er die Seitenmauern dann heranzuführt und anschließt.

Die Klägerin fordert insoweit eine Auslegung des Bauvertrages durch das Gericht, die das Landgericht unterlassen habe. Indes hat das Landgericht diese Auslegung keineswegs unterlassen, sondern sehr wohl vorgenommen. Insoweit kann auf Seite 12, erster Absatz, des Urteils Bezug genommen werden (Bl. 994 Rückf. d. A.). Diesen Ausführungen des Landgerichts tritt der Senat bei. Eine Auslegung des Vertrages nach Sinn und Zweck ergibt nämlich gerade, dass die Klägerin hier für die Abdichtung des Wintergartens zur nachträglich errichteten Seitenmauer Sorge zu tragen hatte. Sie hatte sich nämlich zum Pauschalpreis zur Errichtung eines kompletten an das Haus des Beklagten anzubauenden Wintergartens verpflichtet. Die im Vertrag enthaltene Leistungsbeschreibung ist in diesem Sinne als funktionale Leistungsbeschreibung aufzufassen, die auch ohne Erwähnung sämtlicher Einzelheiten alles umfasst, was aus technisch-baulicher Sicht objektiv erforderlich ist. Dazu gehört daher auch die ordnungsgemäße Anbindung und Abdichtung zum Mauerwerk, egal ob dieses bereits vorhanden war oder später errichtet wurde.

Die Klägerin als Fachfirma und nicht der Beklagte als Bauherr und Laie musste die Notwendigkeit dieser Abdichtung erkennen. Mithin musste im Zweifel die Klägerin den Beklagten darauf hinweisen, nach dem Errichten der Seitenmauern sei eine Abdichtung erforderlich, welche nach ihrem Verständnis von ihrer Leistungspflicht im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung nicht umfasst sei, ebenso wie sie im Übrigen ausdrücklich auf die vom Beklagten selbst zu übernehmenden Putz- und Maurerarbeiten, Elektroinstallationen und eventuelle Lieferung von Sohlbänken hingewiesen hatte. Ohne einen solchen Hinweis durfte der Beklagte davon ausgehen, dass der Wintergarten von der Klägerin in die Gebäudesubstanz ordnungsgemäß eingearbeitet und abgedichtet wird, ebenso wie bei Auftragsverhältnissen, bei denen (ohne Errichtung neuer Mauerteile) ein Wintergarten an die vorhandene Gebäudesubstanz angebaut und angeschlossen wird.

Auch die Klägerin selbst hatte dies im Übrigen zunächst nicht in Zweifel gezogen, wie daraus deutlich wird, dass sie hinsichtlich der Zuglufterscheinungen sowie des Anschlusses des Wintergartens an das vorhandene Wohn-

haus nicht etwa ihre Leistungspflicht, sondern das Vorliegen dieser Mängel bestritten hatte (erstinstanzliche Replik, S. 5, 6; Bl. 57 f. d. A. und S. 7 d. Schrifts. v. 13.07.2010, Bl. 89 d. A.), ferner eine unzureichende, in den Verantwortungsbereich des Beklagten fallende Heizsituation als ursächlich angesehen hatte (Schrifts. v. 28.03.2011; Bl. 127 ff. d. A.). Erst nach Abschluss der Beweisaufnahme und der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht, in der ausweislich des Protokolls festgehalten wurde, dass die Seitenmauern nachträglich errichtet wurden (Bl. 851 d. A.), hat die Klägerin durch die nicht nachgelassenen und vom Landgericht nach § 296 a ZPO unberücksichtigt gelassenen Schriftsätze vom 14.08.2015 (Bl. 877 d. A.) und vom 11.09.2015 (Bl. 976 f. d. A.) ihre vermeintlich fehlende vertragliche Leistungspflicht reklamiert. Es dürfte sich aber um eine prozessuale Schutzbehauptung handeln, wenn die Klägerin hier erst im Nachhinein eine einschränkende Vertragsauslegung fordert, nachdem das Bauvorhaben abgewickelt und die von ihr insoweit bestrittenen Mängel gutachterlich festgestellt sind und sie daher ihren Restwerklohn wegen nachgewiesener Abdichtungsmängel in Gefahr sieht.

Im Übrigen hat das Landgericht die betreffenden Schriftsätze zu Recht unbeachtet gelassen, weil der Vortrag verspätet war und ein Grund zum Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung gemäß § 156 ZPO nicht vorgelegen hat. Mithin ist das in diesen Schriftsätzen enthaltene Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 ZPO auch im Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen.

Unabhängig davon ist der Beklagte dem entsprechenden Berufungsangriff – unwidersprochen seitens der Klägerin – mit dem Hinweis entgegen getreten, zwar treffe es zu, dass das seitliche Mauerwerk erst nach Herstellung der Stahlträger des Wintergartens erstellt werden konnte. Dies sei jedoch ausschließlich auf Anordnung der Klägerin erfolgt. Diese habe ihn angewiesen, das Mauerwerk erst nach Herstellung der Stahlbetonpfeiler des Wintergartens herrichten zu lassen (Bl. 1125 d. A.). Mithin ist davon auszugehen, dass der Beklagte ohne diese Anordnung zunächst das Mauerwerk, also die neuen Seitenmauern, hätte errichten lassen, damit die Klägerin hieran den Wintergarten hätte anbauen und anarbeiten können, so wie dies der gewöhnlichen Situation bei Errichtung eines Wintergartens an einem Wohnhaus entspricht. Die Klägerin kann daher, wollte man die Berücksichtigung ihres Vortrags aus den nicht nachgelassenen Schriftsätzen prozessual für zulässig halten, dem Beklagten nicht entgegenhalten, dass die Seitenmauern erst nachträglich errichtet wurden und er deshalb selbst für die vertikale Abdichtung zuständig sei. Vielmehr muss die Klägerin

als Ergebnis der gebotenen Gesamtwürdigung, wie bei jedem gewöhnlichen Anbau eines Wintergartens an ein vorhandenes Gebäude als Komplettleistung, auch die funktional erforderliche Abdichtung zum Mauerwerk vornehmen, auch wenn dies hier bei isolierter Betrachtung der Ziffern 4 und 6 des Bauvertrages (Bl. 6 d. A.) vom Wortlaut dieser Ziffern nicht ausdrücklich erfasst wird.

b) Schließlich ist der Restwerklohn auch nicht – trotz fehlender Abnahme – deshalb fällig, weil hier bereits ein reines Abrechnungsverhältnis entstanden wäre (vgl. dazu allgemein: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 5. Teil, Rdnr. 214). Ein reines Abrechnungsverhältnis wird nämlich nur dann angenommen, wenn der Auftraggeber keine Erfüllung mehr verlangt, sondern nur noch sekundäre Gewährleistungsansprüche geltend macht. Im vorliegenden Fall hat der Beklagte aber wiederholt vorgetragen, nach wie vor Erfüllung zu verlangen. Er hat auch im Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nochmals persönlich dargelegt, dass er auf die vollständige und uneingeschränkte Vertragserfüllung, nämlich die Errichtung eines vertragsgerechten, mangelfreien Wintergartens Wert lege und nicht auf die Erstreitung nur eines Geldbetrages, mit dem dann ggf. gewisse Reparatur- und Nachbesserungsmaßnahmen, insbesondere zur Verhinderung von Feuchtigkeitseintritt, durchgeführt werden könnten.

Demgegenüber sieht die Klägerin ihr Werk nach wie vor als vertragsgerecht an und ist zur Vornahme weiterer Arbeiten bzw. zur „Abarbeitung“ der vom Sachverständigen K. festgestellten Mängel nicht bereit. Der Beklagte verlangt daher widerklagend einen Kostenvorschuss, um einen anderen Werkunternehmer mit der Mangelbeseitigung beauftragen zu können. Mithin verlangt der Beklagte der Sache nach zwar noch die Vertragserfüllung, jedoch nicht mehr von der Klägerin persönlich, sondern im Wege der Selbstvornahme, wofür er einen Kostenvorschuss nach § 637 Abs. 3 BGB begehrt. Wenngleich somit faktisch eine Geldforderung (Restwerklohn) gegen die andere (Kostenvorschuss) steht, wird in einem solchen Fall kein bloßes Abrechnungsverhältnis angenommen. Ein bloßes Abrechnungsverhältnis setzt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung vielmehr voraus, dass „wegen der mangelhaften Leistung nur noch Schadensersatz oder Minderung verlangt“ wird (BGH, Urteil vom 10. Oktober 2002 – VII ZR 315/01 -, juris, Rn. 11; ebenso: OLG Hamm, Urteil vom 04. Dezember 2003 – 24 U 34/03 -, Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 07. Juni 2012 – 12 U 234/11 -; OLG Köln, Urteil vom 21. Dezember 2012 – I-19 U 34/10, 19 U 34/10 -, juris;

vgl. ferner Kniffka/Pause/Vogel, Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 28.07.2015, § 641 Rn. 9: „Ist der Vertrag durch die Erklärung, Schadensersatz wegen des Mangels zu fordern (§ 281 Abs. 4 BGB) in ein Abwicklungsverhältnis umgestaltet worden, folgt das schon daraus, dass der Besteller ohnehin keine Nacherfüllung mehr verlangen kann (BGH, Urt. v. 16.9.1999 – VII ZR 456/98). Gleiches gilt, wenn der Rücktritt (§ 346 BGB) oder die Minderung (§ 638 BGB) wirksam erklärt worden sind.“).

Hinzu kommt, dass, wie im Folgenden noch ausgeführt werden wird, in der obergerichtlichen Rechtsprechung umstritten ist, ob ein Kostenvorschussanspruch auch schon vor Abnahme bestehen kann (s. u., m. entspr. Nachw.). Diese Streitfrage wäre indes obsolet, sofern schon mit der Geltendmachung eines Kostenvorschusses zum Zwecke der Selbstvornahme nach § 637 BGB die Abnahme des Werkes durch die Annahme eines Abrechnungsverhältnisses ersetzt würde.

Mithin bleibt es auch hier, weil nach wie vor die Vertragserfüllung, wenn auch durch Selbstvornahme – und nicht etwa Schadensersatz, Rücktritt oder Minderung – verlangt wird, dabei, dass die Restwerklohnforderung der Klägerin mangels Abnahme nicht fällig ist. Die fehlende Abnahme kann nicht durch die Annahme eines Abrechnungsverhältnisses ersetzt werden.

3. Auch soweit die Abweisung der Widerklage erstrebt wird, bleibt die Berufung ohne Erfolg. Der Beklagte hat sowohl Anspruch auf einen Kostenvorschuss für die Selbstvornahme nach § 637 Abs. 3 BGB einschließlich der Feststellung der Einstandspflicht der Klägerin für alle weiteren Kosten der fachgerechten Mangelbeseitigung als auch Anspruch auf weitere 27,00 € für Abdeckmaterial.

a) Nach den vom Landgericht (auf der Grundlage der vom Sachverständigen K. erstellten Gutachten) zutreffend getroffenen Feststellungen ist der Wintergarten mit einer Vielzahl von Mängeln behaftet (Mängel bzw. Mangelkomplexe 1 bis 19 gemäß S. 8 – 10 LGU), wobei der Sachverständige die Ersatzvornahmekosten im Einzelnen nachvollziehbar auf insgesamt 24.333,00 € geschätzt hat. Mithin hätte der Beklagte nach § 637 Abs. 1, 3 BGB Anspruch auf einen – nach Durchführung der Mängelbeseitigung gegenüber der Klägerin abzurechnenden – Kostenvorschuss für die Selbstvornahme in dieser Höhe. Denn die Klägerin ist der jeweiligen Aufforderung zur Mängelbeseitigung mit Fristsetzung nicht nachgekommen und bestreitet die Mängel nach wie vor auch im vorliegenden Rechtsstreit.

Der Beklagte hat jedoch nur einen Kostenvorschuss von 9.000,00 € geltend gemacht und vom Landgericht zugesprochen erhalten. Hiergegen bestehen indes keine Bedenken. Es ist dem Beklagten unbenommen, einen geringeren als den vom Sachverständigen geschätzten Gesamtbetrag geltend zu machen, sofern der geltend gemachte geringere Vorschuss zur Mängelbeseitigung eingesetzt wird, was bei der späteren Abrechnung gegenüber der Klägerin ggf. nachzuweisen ist.

Der Geltendmachung dieses Vorschusses steht auch nicht die fehlende Abnahme entgegen. Zwar ist in der Literatur und in der Rechtsprechung umstritten, ob vor der Abnahme eines Werks bereits Mängelansprüche geltend gemacht werden können (vgl. zum Meinungsstand ausführlich: OLG Stuttgart, Urteil vom 25. Februar 2015 – 4 U 144/14 -, Ibr-online: IBRRS 2016, 0631 mit zahlr. Nachw.; vgl. ferner OLG München, Beschluss vom 22. Dezember 2010 – 9 U 5082/09 -, juris; OLG Köln, Beschluss vom 12. November 2012 – I-11 U 146/12, 11 U 146/12 -, juris; OLG Hamm, Urteil vom 19. August 2014 – I-24 U 41/14, 24 U 41/14 -, Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 22. Dezember 2015 – 4 U 26/12 -, juris). Der Bundesgerichtshof hat diese Frage bislang offengelassen, so zuletzt der VII. Zivilsenat mit Urteil vom 25.02.2016 (BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 – VII ZR 49/15 -, juris-Rdnr. 41).

Jedoch schließt sich der erkennende Berufungssenat, wie im Ergebnis auch das Landgericht, der Auffassung an, dass die Geltendmachung eines Vorschusses bereits vor der Abnahme jedenfalls dann möglich ist, wenn – wie hier – der Werkunternehmer sich auf den Standpunkt stellt, er habe ein mangelfreies Werk abgeliefert, während der Auftraggeber nach den getroffenen Feststellungen die Abnahme wegen vorhandener Mängel objektiv zu Recht verweigert. Denn andernfalls würde der Auftraggeber, hier der Beklagte, zur Erklärung der Abnahme (unter Vorbehalt der Mängel) mit den daran anknüpfenden materiell-rechtlichen Folgen gezwungen, obwohl er berechtigt ist, die Abnahme zu verweigern (so OLG Hamm, Urteil vom 19. August 2014, a. a. O., Rdnr. 45 – auch zum weiteren Meinungsstand in der Literatur – und OLG Stuttgart, Urte. v. 25.02.2015, a. a. O., Ziffer II.3 der Entscheidungsgründe, juris-Rdnr. 92 ff.).

Besondere Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass der Auftraggeber gezwungen wäre, dem Unternehmer, der eine mangelbehaftete Werkleistung abgeliefert hat, die Vergünstigungen und weitreichenden Rechtsvorteile, die sich für ihn an die Abnahme knüpfen, zuzusprechen, obwohl er gerade diese Vorteile

nicht verdient hat, da er ein nicht vertragsgerechtes Werk vorgelegt hat. Zurecht hat das OLG Hamm es als „sinnwidrig“ (24 U 41/14 vom 19.08.2014, juris-Rdnr. 45) bezeichnet, den Auftraggeber in einer derartigen Situation zur Abnahme einer von ihm für mangelhaft gehaltenen Leistung zu zwingen, um vom nachbesserungsunwilligen Auftragnehmer die Mittel für eine Selbstvornahme der Mängelbeseitigung fordern zu können. Der Werkunternehmer würde dadurch im Verhältnis zum Auftraggeber materiellrechtlich und prozessrechtlich ungerechtfertigt privilegiert. Denn die Abnahme bestimmt den Übergang zwischen Erfüllungs- und Nacherfüllungsphase zum abgeschlossenen Werkvertrag. Nach der Abnahme des Werks kann der Auftraggeber lediglich noch Nacherfüllungsansprüche geltend machen. Mit der Abnahme kommt es zu einem „Umschlagen der vertraglichen Beziehungen“ (Messerschmidt in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 640 Rdnr. 63), was sowohl den Bereich der Gefahrtragung als auch damit verbundene Schutzpflichten und Abrechnungsmaßstäbe betrifft. Grundsätzlich ist die Abnahme eine der Hauptvoraussetzungen für die Fälligkeit des Werklohnanspruchs. Eine Kündigung aus wichtigem Grund ist nach Abnahme nicht mehr möglich. Mit der Abnahme kommt es zu einer Umkehr der Beweislastverteilung im Verhältnis von Unternehmer und Besteller. Und es beginnt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche zu laufen (§ 634 Abs. 2 BGB).

Der Auftraggeber müsste, um seine Rechte weiterverfolgen zu können, dem Auftragnehmer diese Privilegien verschaffen, die aber an eine vertragsgerechte Leistung anknüpfen. Im Synallagma von Leistung und Gegenleistung würde es ein untragbares Missverhältnis darstellen, vom Auftraggeber zu verlangen, dem Auftragnehmer die an die vertragsgerechte Fertigstellung des bestellten Werkes geknüpften Rechte zukommen zu lassen, obwohl der Auftragnehmer gerade nicht seinen vertraglichen Pflichten nachgekommen ist und dies auch künftig nicht will. Der Auftraggeber müsste so aus formaljuristischen Erwägungen – weil im Grundsatz erst die Abnahme des Werkes den maßgebenden Zeitpunkt markiert, von dem an Mängelrechte des Bestellers bestehen sollen (vgl. BGH – VII ZR 355/12, Rdnr. 16; VII ZR 49/15, Rdnr. 41) – die Abnahme erklären, um ein Recht zu erlangen, das eine vertragsgerechte Erfüllung sichern soll (Kostenvorschuss). Und bei der Durchsetzung seiner Rechte hätte er sodann die aus der Abnahme resultierenden Nachteile – z.B. bei der Beweislast für das Vorliegen bestimmter Mängel im Prozess oder im Hinblick auf die laufende Verjährungsfrist – hinzunehmen. Dabei soll mit dem Kostenvorschuss gerade die Beseitigung der

Mängel finanziert werden, die einer Abnahmefähigkeit entgegenstehen.

b) Die gegen den Feststellungstenor gerichtete Berufung bleibt aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung ohne Erfolg. Hinsichtlich der Selbstvornahmekosten handelt es sich um eine sachverständige Schätzung. Tatsächlich können die Nachbesserungskosten aber höher sein, zumal einerseits die Kostenschätzung auf dem Preisniveau des Jahres 2014 basiert (Ergänzungsgutachten II vom 08.10.2014), zum anderen verschiedene konstruktive Ansätze zur Nachbesserung in Betracht kommen (vgl. etwa S. 5, 6, 9 des Prot. d. Ortstermins; Bl. 849 ff. d. A.) und eine Detailplanung vom Sachverständigen K. ausdrücklich nicht vorgenommen worden ist. Zudem sind Mangelfolgeschäden durch Feuchtigkeit zu befürchten, was sich erst nach Bauteilöffnung herausstellen wird, wie der Sachverständige K. auf Nachfrage vor Ort bestätigt hat (S. 9 f. d. Prot.; Bl. 853 f. d. A.). Auch für diese ist die Klägerin einstandspflichtig, weil sie, wie oben im Einzelnen ausgeführt, sowohl die Feuchtigkeit durch fehlerhafte Entwässerungsrinnen zu vertreten hat als auch die Abdichtung des Wintergartens zum (nachträglich errichteten) seitlichen Mauerwerk schuldet.

c) Soweit das Landgericht dem Beklagten schließlich verauslagte 27,00 € (nebst Verzugszinsen) für Abdeckmaterial zum Schutz der Fliesen während der Ausführung der Arbeiten am Anbau zugesprochen hat, wird dies mit der Berufungsbegründung nicht angegriffen. Hierbei hat es daher zu verbleiben.

B. Anschlussberufung des Beklagten

Die Anschlussberufung des Beklagten ist nur in Höhe von 214,20 € begründet, im Übrigen aber unbegründet und daher zurückzuweisen.

1. Der Beklagte macht zunächst aus abgetretenem Recht der T.-Bau einen – vom Landgericht aberkannten – Betrag von 2.277,36 € für den Rück- und Aufbau von Mauerwerkspfählen geltend. Insofern hatte der Beklagte sich zwar darauf berufen, den Auftrag habe Herr S. (Vertreter der Klägerin) mündlich gegenüber dem Inhaber, T.P., der Firma T.-Bau, erteilt (Beweis: dessen Zeugnis; Bl. 70 d. A.). Von daher ist die Behauptung, die Klägerin habe die Firma T.-Bau beauftragt, sodass er, der Beklagte, aus abgetretenem Recht der T.-Bau von der Klägerin Bezahlung verlangen könne, im Grundsatz schlüssig vorgetragen. Jedoch hat das Landgericht zutreffend darauf abgestellt, dass Putz- und Maurerarbeiten nach den zwischen den Parteien zustande gekom-

menen Bauvertrag über die Errichtung des Wintergartens ausdrücklich als Sache des Bauherrn bezeichnet sind. Zu einem schlüssigen Vortrag hätte daher die Erläuterung gehört, inwiefern die von der T.-Bau ausgeführten Arbeiten – gleichwohl – zum Gewerk der Klägerin gehörten oder aus welchen sonstigen Gründen die Klägerin diesen Auftrag in ihrem eigenen Namen erteilt haben sollte. An einem solchen Vortrag fehlt es jedoch auch im zweiten Rechtszug, obwohl das Landgericht die Abweisung der Widerklage insoweit ausdrücklich auf die mangelnde Substanz des Vortrags gestützt hat. Daher kann die Anschlussberufung insoweit keinen Erfolg haben. Eine Vernehmung der wechselseitig benannten Zeugen P. (Bl. 70 d. A.) und S. (Bl. 59 d. A.) kam nicht in Betracht. Denn eine solche wäre auf eine prozessual nicht zulässige Ausforschung des Sachverhalts hinaus gelaufen.

2. Weiterhin wird mit der Anschlussberufung noch ein Gesamtbetrag von 520,15 € geltend gemacht. Dies betrifft Ersatzvornahmekosten nach § 637 BGB, die dem Beklagten entstanden sind, weil weitere Mängel aufgetreten sind, nämlich am Verriegelungsblock der Terrassentür, am Windsensor der Wetterstation sowie der Wetterstation selbst (Bl. 1128 i. V. m. Bl. 492 f. d. A.).

Insoweit ist nur der Ansatz von 214,20 € gemäß Rechnung Bl. 495 d. A. gerechtfertigt. Aus dem Rechnungstext ergibt sich nämlich, dass es, auch wenn die Klägerin dies bestreitet, zu Problemen mit der Schließfunktion der Terrassentür gekommen war, weil ein Verriegelungsbock sich gelöst hatte. Die genannte Rechnung i. V. m. dem Vortrag des Beklagten (Bl. 492 d. A.) belegt, dass es sich insoweit um eine Notsituation gehandelt hat, sodass eine Mängelrüge gegenüber der Klägerin nicht zumutbar war und der Beklagte notfallmäßig die Ersatzvornahme insoweit veranlassen durfte.

Demgegenüber trifft dies für die Reparatur der Wetterstation nicht zu. Hier war keine Eile geboten, sodass Gelegenheit zur Nacherfüllung hätte gegeben werden können und müssen. Es kann daher nur der Betrag von 214,20 € zuerkannt werden, sodass die auf Zahlung bereits verauslagter Kosten gerichtete Klage insgesamt nur in Höhe von (27,00 € + 214,20 € =) 241,20 € Erfolg hat, im Übrigen aber abzuweisen war.

Die auf den Betrag von 214,20 € zugesprochenen Zinsen stehen als solche nach Grund und Höhe nicht im Streit. Sie werden nach §§ 288 Abs. 1, 291 i. V. m. § 187 Abs. 1 BGB ab dem auf die Zustellung der Klageerweiterung (Bl. 500 d. A.) folgenden Tag, also ab dem 9. Januar 2013 als Prozesszinsen geschuldet.

III.

1. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 i. V. m. § 97 Abs. 1 ZPO sowie hinsichtlich der Kosten der außergerichtlichen Kosten der Streithilfe aus § 101 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 Satz 1, 2 i. V. m. § 711 ZPO.

2. Die Streitwertfestsetzung richtet sich nach §§ 3, 5 ZPO.

3. Der Senat hat die Revision zugelassen, weil die Frage, ob schon vor der Abnahme ein Kostenvorschuss nach § 637 Abs. 3 BGB für die Selbstnachbesserung geltend gemacht werden kann, wenn sich der Werkunternehmer auf den Standpunkt stellt, er habe ein mangel freies Werk abgeliefert, während der Auftraggeber nach den getroffenen Feststellungen die Abnahme wegen vorhandener Mängel objektiv zu Recht verweigert, höchstrichterlich nicht geklärt ist, obwohl sie von den Obergerichten uneinheitlich beantwortet wird:

a) Der BGH selbst hat zwar in der „Blockheizkraftwerkentscheidung“ (VII ZR 183/05) Mängelrechte zugebilligt, obwohl keine Abnahme vorlag (vgl. Erman/Schwenker, BGB, 14. Aufl., Vor §§ 631 Rdnr. 3a; Fuchs, IBR 2016, 275). Er hat dort ausdrücklich auch kein Abrechnungsverhältnis angenommen (Rdnr. 32: „Zwar erfüllt die Heizungsanlage die vereinbarte Funktion nicht. Es besteht jedoch die Möglichkeit, dass die Klägerin ihre Prüfungs- und Hinweispflichten erfüllt hat. In diesem Fall ist ihre Leistung ebenfalls als vertragsgemäß zu behandeln, so dass der Beklagte zu deren Abnahme verpflichtet wäre und er diese zu Unrecht endgültig verweigert.“). Gleichwohl hat der BGH – ohne Abnahme und bei möglicherweise vertragsgemäßer Leistung und zu Unrecht verweigerter Abnahme – ausführlich die dem Besteller zustehenden Rechte und Ansprüche bei einem mangelbehafteten Werk erörtert (Rdnr. 11 ff.). Dies könnte für eine grundsätzliche Zuerkennung von „Mängelrechten“ vor Abnahme sprechen, wobei allerdings mangels weiterer Auseinandersetzung mit der Problematik in jener Entscheidung nicht mit Gewissheit davon ausgegangen werden kann, dass der VII. Zivilsenat auch eine derart weitreichende Entscheidung ohne nähere Begründung hat treffen wollen. Die Instanzgerichte haben diese Entscheidung deshalb nicht weiter belasten können.

b) Zudem hat der VII. Zivilsenat in seiner weiteren Rechtsprechung eher – soweit hier eine Interpretation möglich ist, weil es an einer begründeten Entscheidung

zu der Frage bislang fehlt – andere Akzente gesetzt (zuletzt VII ZR 49/15 vom 25.02.2016, Rdnr. 41 m. Anm. Fuchs, IBR 2016, 275). Der BGH hat darauf verwiesen (VII ZR 355/12, Rdnr. 16), dass „im Grundsatz“ die Abnahme des Werkes den maßgebenden Zeitpunkt markiert, von dem an die Mängelrechte des Bestellers „eingreifen“. Er hat dann aber die Frage, ob dem Besteller bereits vor der Abnahme Mängelrechte gemäß § 634 BGB (in der Fassung des schon am 01.01.2002 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, BGBl. I S. 1887) zustehen (vgl. auch BGH – VII ZR 171/08 vom 08.07.2010, Rdnr. 28; VII ZR 61/10 vom 24.02.2011, Rdnr. 17), ausdrücklich offengelassen (VII ZR 355/12, Rdnr. 16; zum Meinungsstand in der Literatur vgl. Erman/Schwenker, BGB, 14. Aufl., § 633 Rdnr. 21 ff.).

Diese ausweichende Haltung hat der BGH aktuell perpetuiert (VII ZR 49/15, Rdnr. 41: „...kann dahinstehen, ob Mängelansprüche generell vor Abnahme anwendbar sein können, obgleich die Abnahme im Grundsatz den maßgebenden Zeitpunkt markiert, von dem an die Mängelrechte des Bestellers eingreifen“).

c) Die Oberlandesgerichte beurteilen die aufgeworfene Frage unterschiedlich:

So hat das OLG Brandenburg (4 U 26/12 vom 22.12.2015) ausgeführt: „Grundsätzlich entstehen die werkvertraglichen Gewährleistungsrechte erst mit Abnahme der Werkleistung. Ausnahmsweise können dem Besteller schon vor der Abnahme Mängelrechte zustehen, etwa dann, wenn der Unternehmer sein Werk als fertig gestellt angesehen und abgeliefert hat, der Auftraggeber die Abnahme wegen Mängeln verweigert und der Unternehmer die Mängelbeseitigung endgültig verweigert.“

Das entspricht etwa der Rechtsprechung des OLG Hamm (24 U 41/14 vom 19.08.2014) und des OLG Köln (11 U 146/12 vom 12.11.2012).

Das OLG Stuttgart (4 U 114/14 vom 25.02.2015) hat in einer ausführlich begründeten Entscheidung mit zahlreichen Nachweisen zum Streitstand (Ziffer II.3 der Entscheidungsgründe, abrufbar bei IBRRS 2016, 0631; oder bei juris, dort unter juris-Rdnr. 92 ff.), auf die der Senat Bezug nimmt, die Auffassung vertreten, dass es für die Anwendung der Rechte aus § 637 BGB – Kostenvorschuss – „jedenfalls in Sachverhalten wie dem vorliegenden“ (juris-Rdnr. 96) nicht auf die Abnahme der Werkleistung ankommen kann, und deshalb den Kostenvorschussanspruch auch ohne Abnahme zugebilligt. Der BGH ist in der nachfolgenden Entscheidung (VII ZR

49/15) – wie erwähnt – darauf nicht näher eingegangen.

Grundsätzlich – auch ohne Vorliegen eines „reinen Abrechnungsverhältnisses“ – einen Anspruch auf Kostenvorschuss bejaht haben demgegenüber das OLG Brandenburg (12 U 234/11 vom 07.06.2012 – juris-Rdnr. 13) und ihm folgend der 16. Zivilsenat des OLG Celle (16 U 129/15 vom 03.03.2016, noch unveröffentlicht). In diese Richtung hat auch das OLG Schleswig (1 U 125/14 vom 18.12.2015) entschieden.

d) Der BGH hat – wie ausgeführt – eine Entscheidung zu der aufgeworfenen Frage bislang offengelassen, scheint aber „im Grundsatz“ (VII ZR 355/12, Rdnr. 16; VII ZR 49/15, Rdnr. 41) der Auffassung zu sein, dass Mängelansprüche vor Abnahme nicht „eingreifen“ (aaO).

e) Weil der hier zu beurteilende Sachverhalt nach Ansicht des Senats von der Beantwortung der aufgeworfenen Frage abhängt (s. insb. oben Ziff. II.A.3a) und der Senat in Abweichung von dem erwähnten Grundsatz des BGH in der jüngsten Rechtsprechung einen Anspruch auf Kostenvorschuss vor Abnahme bejaht, ohne dass ein „reines Abrechnungsverhältnis“ vorliegt, war die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung und zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung zuzulassen.

OLG Stuttgart zu der Frage der Auslegung einer Bestellerkündigung nach unzureichendem Mängelbeseitigungsverlangen

vorgestellt von Thomas Ax

Es genügt grundsätzlich nicht, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer lediglich auffordert, binnen einer bestimmten Frist zu erklären, ob er zur Mängelbeseitigung bereit ist. Der fruchtlose Ablauf einer Frist zur Abgabe einer solchen Erklärung kann nur ausnahmsweise genügen, um weitergehende Rechte des Auftraggebers auszulösen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der für die Mängelbeseitigung erforderliche Zeitraum nur schwer abzuschätzen ist, weil es sich um umfangreiche und schwierige Arbeiten handelt (Festhaltung, OLG Stuttgart, 21. April 2009, 10 U 9/09, BauR 2010, 1083). (Rn.96) Allerdings kann in einem solchen Fall vom Auftraggeber zumindest erwartet und verlangt werden, dass er nach Aufforderung schleunigst jedenfalls binnen zumutbarer Frist mit der Nachbesserung beginnt und sie zügig vollendet. (Rn.97) Ist die außerordentliche Kündigung des Auftraggebers unwirksam, stellt diese regelmäßig

eine freie Kündigung i.S.d. § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B dar, da in ihr die Absicht zum Ausdruck kommt, das Vertragsverhältnis auf jeden Fall zu beenden. (Rn.119)

Gericht: OLG Stuttgart 10. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 26.06.2017
Rechtskraft: ja
Aktenzeichen: 10 U 139/16
Dokumenttyp: Urteil

Gründe

I.

Die Klägerin, die von der Beklagten mit der Ausführung einer kombinierten Wärme- und Schallisolierung der Rauchgaskanäle und der vom Rauchgas berührten Komponentengehäuse der Rauchgasreinigungsanlage der Kessel 2, 3 und 5 der Heizkraftwerke in der ... beauftragt worden war, macht restliche Vergütungsansprüche geltend. Widerklagend begehrt die Beklagte Ersatzvornahmekosten wegen des Vorliegens von Mängeln.

Die Beklagte war von der ... mit der Planung und Errichtung von je einer Rauchgasreinigungsanlage an drei Kraftwerkskesseln beauftragt worden und hatte die Klägerin als Subunternehmerin im Frühjahr 2009 mit der Isolierung und Verkleidung der Rauchgaskanäle und Anlagenkomponenten zu Pauschalpreisen beauftragt.

Die Klägerin begann mit den Arbeiten am Kessel 3. Im Laufe der Arbeiten kam es zu Auftragserweiterungen. Insoweit einigten sich die Parteien am 2. Juni 2016 im Wege eines Teilvergleichs darauf, dass für die Nachträge insgesamt 38.573,31 € angesetzt werden.

Am 23. September 2009 erhielt die Klägerin eine Mängelanzeige der Beklagten, die fälschlicherweise auf den „26.06.2009“ datiert ist. Darin rügte die Beklagte, dass in Teilbereichen der Isolierung die maximal zulässige Oberflächentemperatur der isolierten Abdeckung überschritten sei. Zudem sei die vertraglich zugesicherte Wärmestromdichte von 150 W/m² erheblich überschritten. Die Rauchgastemperatur am Austritt der Anlage liege 20 K niedriger als am Eintritt der Anlage. Die Beklagte setzte der Klägerin eine Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 8. Oktober 2009. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2009 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie die Oberflächentemperaturen überprüft habe. Die gemessenen Temperaturen lägen im zulässigen Bereich. Auch die ermittelten Wärmestromverluste seien nicht nachvollziehbar. Es liege

somit kein Mangel vor, der eine Mängelbeseitigung rechtfertigen könnte. Mit weiterem Schreiben vom 7. Oktober 2009 teilte die Klägerin mit, dass sie am 5. Oktober 2009 die Oberflächentemperaturen gemessen habe. Die Isolierung entspreche durchweg den Vorgaben und Anforderungen, ausgenommen sei lediglich der Anlagenbereich an der Oberkante des Totraumes auf der Südseite, wo Temperaturen bis +80 °C festgestellt worden seien. Man sei dahin verblieben, dass dieser Isolierungsbereich während des nächsten Kesselstillstandes in Ordnung gebracht werde.

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2009 forderte die Beklagte unter Hinweis auf den Kesselstillstand vom 29. Oktober bis zum 10. November 2009 die Klägerin auf, die Mängel bis spätestens 10. November 2009 zu beseitigen. Am selben Tag fand eine Begehung statt, an der Mitarbeiter der Klägerin und der Beklagten teilnahmen.

Am 23. Oktober 2009 forderte die Klägerin die Beklagte auf, die Abnahme umgehend, spätestens bis zum 2. November 2009 durchzuführen. Bei der Montageendbegehung am 22. Oktober sei die Abnahme verweigert worden, obwohl keinerlei Mängel hätten festgestellt werden können. Die Beklagte verwies mit Schreiben vom selben Tag auf gravierende Mängel und forderte die Klägerin auf, die im Begehungsbericht vom 22. Oktober 2009 beschriebenen Mängel bis spätestens 10. November 2009 zu beseitigen.

Mit Schreiben vom 28. Oktober 2009 forderte die Beklagte die Klägerin auf, bis spätestens Montag, 2. November 2009, 12:00 Uhr, mitzuteilen, dass sie bereit sei, die vorhandenen, im Begehungsbericht vom 22. Oktober konkret bezeichneten Mängel zu beseitigen und die fehlenden Zeichnungen und Dokumentationsunterlagen hereinzureichen. Für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs wurde die Kündigung des Werkvertrags angedroht.

Die Klägerin erinnerte ihrerseits die Beklagte mit Schreiben vom 28. Oktober 2009 an die Erbringung einer Sicherheit gemäß § 648a BGB bis spätestens 3. November 2009.

Am 3. November 2009 kündigte die Beklagte gegenüber der Klägerin den Vertrag außerordentlich, weil diese weder die Mängel beseitigt noch mit einer Mängelbeseitigung angefangen noch die fehlenden Zeichnungen und Dokumentationsunterlagen hereingereicht noch erklärt habe, dass sie die Mängel beseitigen wolle.

Am 1. Februar 2010 stellte die Klägerin der Beklagten eine Rechnung über 141.527,92 €.

Im Frühjahr 2010 ließ die Beklagte Sanierungsarbeiten durch dritte Firmen und eigene Mitarbeiter vornehmen.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und der Antragstellung in erster Instanz wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 3. November 2016, Az.: 9 O 108/10, verwiesen.

Das Landgericht hat die auf Zahlung von 155.795,05 € nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage verurteilt, an die Beklagte 51.882,08 € nebst Zinsen zu zahlen.

Für die Arbeiten an Kessel 3 habe der Klägerin ein restlicher Werklohnanspruch i.H.v. 51.112,41 € zugestanden. Für nicht erbrachte Leistungen an den Kesseln 2 und 5 stehe ihr kein Anspruch zu, da die Beklagte den Werkvertrag wirksam außerordentlich gekündigt habe. Der Restwerklohnanspruch der Klägerin sei aber durch die Aufrechnung mit Gegenansprüchen der Beklagten i.H.v. 102.994,49 € vollständig erloschen.

Der Vergütungsanspruch der Klägerin errechne sich aus der Pauschalvergütung von 105.000,00 € für die Leistungen am Kessel 3 sowie der Vergütung für Nachtragsleistungen, die sich nach dem Teilvergleich der Parteien auf 38.573,61 € beliefen. Nach Abzug der geleisteten Zahlungen von 92.461,20 € ergebe sich ein Restwerklohnanspruch von 51.112,41 €. Dieser Werklohnanspruch sei fällig.

Da die Beklagte den Werkvertrag außerordentlich gekündigt habe, bestehe kein Anspruch der Klägerin auf Werklohn für die nicht erbrachten Arbeiten an den Kesseln 2 und 5.

Die Werkleistung der Klägerin sei mangelhaft. Nach dem unstreitigen Ist-Zustand hätten Mängel an 9 „Sanierungsorten“ vorgelegen.

Die Voraussetzungen für eine Kündigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B i.V.m. §§ 4 Abs. 7 oder 5 Abs. 4 VOB/B hätten nicht vorgelegen. Allerdings sei die außerordentliche Kündigung wegen Erfüllungsverweigerung der Klägerin wirksam. Zwar habe die Klägerin am 7. Oktober 2009 ihre Bereitschaft zur Begehung und zur Beseitigung des Mangels im Bereich der Mannlochklappe zugesagt. Eine hinreichend ernsthafte Erfül-

lungsverweigerung ergebe sich aber aus der Zusammenschau des Schreibens vom 23. Oktober 2009 als Reaktion auf die am 22. Oktober durchgeführte Begehung und der fehlenden Antwort auf die Aufforderung vom 28. Oktober 2009, die Bereitschaft zur Mängelbeseitigung zu erklären. Zwar habe die Aufforderung vom 28. Oktober nicht dem Erfordernis einer konkreten Nachfristsetzung genügt. Nach Überzeugung des Gerichts sei aufgrund der Beweisaufnahme davon auszugehen, dass bei der Begehung vom 22. Oktober 2009 über diverse Mängel gesprochen worden sei. Vor diesem Hintergrund komme das Schreiben der Klägerin vom 23. Oktober 2009 bereits einer Erfüllungsverweigerung nahe. Jedenfalls ergebe sich eine Erfüllungsverweigerung daraus, dass keine weitere Erklärung der Klägerin ergangen sei. Selbst dann sei keine Reaktion erfolgt, als die Beklagte am 28. Oktober 2009 die Klägerin zur Erklärung über die Bereitschaft zur Mängelbeseitigung bis 2. November 2009 aufgefordert habe. Dieses „doppelte Schweigen“ der Klägerin in Kenntnis der besonderen Problematik, dass Nachbesserungsarbeiten nur während der Stillstandphasen des Kraftwerks erfolgen könnten, stehe einer Erfüllungsverweigerung gleich.

Gegen die Bemessung der Erklärungsfrist bis zum 2. November 2009, 12:00 Uhr, bestünden keine Bedenken. Der außerordentlichen Kündigung stehe auch nicht das Sicherungsverlangen gemäß § 648a BGB entgegen. Zwar sei das Verlangen nach Sicherheitsleistung wirksam und die gesetzte Frist angemessen. Das Zurückbehaltungsrecht entstehe jedoch erst mit fruchtlosem Fristablauf. Die Frist sei erst nach der am 3. November 2009 erklärten Kündigung der Beklagten abgelaufen. Im Ergebnis sei das Sicherungsverlangen leer gelaufen.

Der Restwerklohnanspruch der Klägerin sei in voller Höhe wegen der von der Beklagten erklärten Aufrechnung mit dem Anspruch auf Mängelbeseitigungskosten i.H.v. 102.994,49 € erloschen. Der Anspruch ergebe sich aus entsprechender Anwendung des § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B.

Von der Rechnung der Fa. ... seien 52.283,22 € zu ersetzen.

Die Kosten der Fa. ... i.H.v. 8.219,67 € seien zu ersetzen, ebenso die Kosten der Fa. ... über 6.923,82 €, des ... über 5.224,00 €. Für das Temperaturmessgerät seien 106,90 € anzusetzen. Nicht zu ersetzen seien Overheadkosten von 15.293,93 €. Für Projektleitungs- und

Reisekosten des Zeugen ... seien 3.588,70 € zu ersetzen, ferner Kosten der Fa. ... in Höhe von 15.983,18 € sowie der Fa... in Höhe von 2.665,00 €.

Die Beklagte habe zudem Anspruch auf 8.000,00 € für die von der Klägerin nicht erstellte Dokumentation.

Nach Aufrechnung gegen die Restwerklohnforderung verbleibe für die Widerklage ein Anspruch der Beklagten i.H.v. 51.882,08 €.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils verwiesen.

Die Klägerin erstrebt mit ihrer Berufung die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 142.880,44 € nebst Zinsen und die Abweisung der Widerklage.

Das Landgericht habe unzutreffend das Vorliegen eines zur Vertragskündigung berechtigenden wichtigen Grundes bejaht. Schon im Ausgangspunkt nicht haltbar sei die Annahme, eine erklärte Erfüllungsverweigerung im Zusammenhang mit dem weiteren Geschehen darin zu sehen, dass der Klägerin Mängel gezeigt worden seien.

Die Beweiswürdigung des Landgerichts sei diffus. Eine Beweiswürdigung hinsichtlich der Glaubwürdigkeit der Zeugen und der Glaubhaftigkeit ihrer Angaben fehle völlig. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme sei verletzt.

Die diskutierten Mängel könnten in drei Kategorien unterteilt werden: Mängel, die man bei der Besichtigung am 22. Oktober 2009 habe sehen können. Die Klägerin habe nach der Begehung nichts anderes als eine Abnahme verlangt. Unbedeutende Mängel stünden dem Anspruch auf Abnahme nicht entgegen. Die Gesamtlage sei damals seit mehreren Wochen gelaufen.

Weiter gehe es um Mängel, bei denen klägerseits die Auffassung vertreten worden sei, die technischen Regeln seien eingehalten. Insoweit könne der Klägerin nicht die Vertragstreue abgesprochen werden.

Schließlich gehe es um Mängel, die man bei der Begehung nicht sehen, sondern allenfalls deren Symptome man beurteilen konnte.

Die Mitarbeiter der Beklagten hätten bei der Begehung keine Temperaturmessgeräte mitgeführt.

Bei zutreffender Beweismwürdigung hätte das Gericht zwischen Bagatellmängeln und solchen Mängeln unterscheiden müssen, bei deren Vorliegen die Abnahme eindeutig verweigert werden dürfe. Jedenfalls habe das Landgericht die Aussagen der klägerseits benannten Zeugen nicht vernachlässigen und übergehen dürfen. Auch habe es keine Glaubwürdigkeitsbetrachtungen anstellen können, ohne die Beweisaufnahme zu wiederholen.

Bezüglich der nicht übergebenen Dokumentation habe eine Beweismwürdigung, weshalb dem Zeugen ... geglaubt werde, nicht stattgefunden. Darauf komme es allerdings nicht entscheidend an. Der Vertrag enthalte keinen Zeitpunkt, an dem die Dokumentation in vollständiger Fassung zu übergeben sei. Die Übergabe sei daher am 22. Oktober 2009 nicht einmal fällig gewesen.

Auch der Umstand, dass die Klägerin auf das Schreiben der Beklagten vom 23. Oktober 2009 nicht reagiert habe, könne eine Kündigung nicht rechtfertigen. Alles, was das Landgericht als Indiz für eine Erfüllungsverweigerung ansehe, habe die Beklagte nicht zum Anlass genommen, mit ihrem Reaktionsschreiben vom 23. Oktober 2009 die Kündigung auszusprechen. Vielmehr habe sie die Vertragserfüllung unter Fristsetzung bis zum 10. November 2009 verlangt.

Das Argument des Landgerichts, jedenfalls ergebe sich eine Erfüllungsverweigerung daraus, dass die Klägerin auf die mit Schreiben vom 28. Oktober 2009 gesetzte Erklärungsfrist nicht reagiert habe, kollidiere mit den weiteren Entscheidungsgründen des Landgerichts. Eine Konstellation, in welcher der fruchtlose Ablauf einer Erklärungsfrist zur Vertragserfüllung ausreiche, um eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, liege hier nicht vor. Als die Beklagte der Klägerin die Erklärungsfrist gesetzt habe, sei in Bezug auf die begehrte Mängelbeseitigung noch kein Verzug gegeben gewesen. Wenn der Auftragnehmer mit der Mängelbeseitigung noch nicht in Verzug geraten sei, verbiete es sich, an das Schweigen auf eine vorgelagerte Frist zur Erklärung der Erfüllungsbereitschaft Rechtsnachteile zu knüpfen.

Im Übrigen sei die Beklagte zu der Zeit, als sie ein Anerkenntnis der Mängelbeseitigungsansprüche gefordert habe, gar nicht in der Lage gewesen, das Bauwerk für vertiefte Untersuchungen zur Verfügung zu stellen, weil die Anlage bis zum 28. Oktober 2009 in Betrieb gewesen sei. Auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Kaufrecht, die auf das Werkvertragsrecht zu übertragen sei, werde verwiesen.

Das Landgericht habe an keiner Stelle gewürdigt, dass die Klägerin unstreitig nach Rüge zu hoher Oberflächentemperaturen zweimal Messungen vorgenommen habe und dabei bis auf zwei Ausnahmen keine irregulären Temperaturen festgestellt habe.

Das Verlangen einer Sicherheit nach § 648a BGB sei nicht treuwidrig gewesen.

Folglich habe die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung als freie Kündigung nach § 8 Abs. 1 VOB/B zu gelten. Es sei der unbedingte Wille zur Kündigung zum Ausdruck gekommen. Der Klägerin stehe daher eine Kündigungsentschädigung aus § 649 BGB zu. Bezüglich der Berechnungen werde auf die Klageschrift Bezug genommen.

Der Beklagten stehe kein Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten und kein Schadensersatzanspruch zu. Ersatzansprüche setzten voraus, dass der Unternehmer in Verzug geraten sei. Daran fehle es, denn das Sicherheitsverlangen der Klägerin sei wirksam gewesen. Mit Ablauf des 3. November 2009 habe das Leistungsverweigerungsrecht der Klägerin eingesetzt. Es habe fortbestanden, als sich die Beklagte entschlossen habe, die Dämmung zu untersuchen und Nachbesserungsarbeiten daran vornehmen zu lassen.

Die Gesamtforderung setze sich zusammen aus Restwerklohn i.H.v. 51.112,41 € sowie der Entschädigung aus § 649 BGB für die nach Kündigung nicht erbrachten Teilleistungen bezüglich Kessel 2 i.H.v. 53.243,45 € und bezüglich Kessel 5 i.H.v. 38.524,58 €.

Hilfsweise werde auch die Verurteilung auf die Widerklage angegriffen. Es sei eine gravierende Fehleinschätzung des Landgerichts, dass der im Beweisbeschluss vom 11. August 2011 zugrunde gelegte Ist-Zustand unstreitig vorgelegen habe. Die Klägerin habe die Mängel entschieden bestritten und dieses Bestreiten nie aufgegeben.

Das Landgericht habe die Gegenforderungen nicht auf einer Tatsachengrundlage festgestellt, die als bewiesen angesehen werden könne. Eine Beweismwürdigung im Sinne einer Auseinandersetzung mit allen erhobenen Beweisen habe nicht stattgefunden.

Das erstinstanzliche Verfahren leide schon daran, dass die Mängel nur mit Schlagworten und als Symptom eingeführt worden seien, ohne dass den einzelnen Sanierungsorten detaillierte Angaben zu Art und Ausmaß der behaupteten Mängel zugeordnet worden seien. Die

Klägerin habe den Sachvortrag als unsubstantiiert gerügt. Es könne keine Beziehung zwischen dem von der Beklagten als erforderlich deklarierten Sanierungsaufwand und den Nachbesserungskosten hergestellt werden.

Das Landgericht habe die von der Beklagten erhobenen Forderungen auf Grundlage eines Sachvortrags, der nur wenig Substanz gehabt habe, beurteilt und noch dazu auf einer ungesicherten Tatsachengrundlage.

Hinsichtlich der Rechnung der Fa. ... fehle es am Nachweis der Erforderlichkeit. Der Sachvortrag der Beklagten lasse jegliche Zuordnung von Kosten zu bestimmten Mängeln vermissen. In der Rechnung seien lediglich zusammengefasste Materialkosten enthalten. Es sei nicht möglich, aus dem Sanierungsaufwand dasjenige herauszunehmen, was an Mängelbehauptungen keine Bestätigung gefunden habe.

Bezüglich der Rechnung der Fa. ... sei davon auszugehen, dass die Beklagte in dem vom ... untersuchten Bereich keine Nachbesserungsarbeiten habe durchführen lassen. Weil die Untersuchungen keine Werkmäängel zu Tage gefördert hätten, seien auch die Kosten für vorbereitende Maßnahmen der Fa. ... nicht ersatzfähig.

Bezüglich der Gerüstkosten (Fa. ...) sei keine Rechnung eingeführt worden, sondern als Anlage B 9 nur eine Tabellenkalkulation. Der Kostenaufwand sei bestritten worden.

Sachverständigenkosten, hier des ..., seien nicht zu ersetzen, wenn die Begutachtung einer Leistung beauftragt werde und die Mängelbehauptung bei der Begutachtung nicht bestätigt werde.

Bezüglich der Rechnung ... sei davon auszugehen, dass geeignete Temperaturmessgeräte zur Betriebsausrüstung der Beklagten gehörten. Dafür müsse die Klägerin nicht aufkommen.

Der Zeitaufwand eigener, angestellter Mitarbeiter der Beklagten, hier des Zeugen ..., sei bereits dem Grunde nach nicht ersatzfähig. Zudem habe die Beklagte nicht in prüfbarer Form vorgetragen, welche Leistungen ihr Mitarbeiter an welchen Tagen im Zusammenhang mit dem Sanierungsprojekt erbracht habe.

Bezüglich der Rechnung der Fa. ... fehle schlüssiger substantiiert Sachvortrag dazu, was der Zeuge ... an den gelisteten Tagen geleistet habe. Eine Beweisaufnahme hätte daher nicht stattfinden dürfen. Der Zeuge habe

genauso pauschal bestätigt, dass er in diesem zeitlichen Umfang mit Projektleistungen befasst gewesen sei. Der Beklagten sei jede Möglichkeit genommen gewesen, den Aufwand auch nur auf Plausibilität zu prüfen.

Bezüglich der Fa. ... fehle eine Darstellung der geleisteten Tätigkeiten. Die Schadensposition sei insgesamt und genauso pauschal bestritten worden, wie sie von der Beklagten vorgetragen worden sei.

Kosten für die Erstellung der Dokumentation schulde die Klägerin nicht, da sie die Dokumentation nach der Vertragskündigung nicht mehr habe übergeben müssen. Ersparnisse müsse sie sich deswegen nicht anrechnen lassen.

Hilfsweise sei zu berücksichtigen, dass die Summe der in den Entscheidungsgründen zugesprochenen Positionen 96.070,67 € ergebe, nicht jedoch den vom Landgericht in die Abrechnung eingestellten Betrag von 102.994,49 €.

Zinsen hätten jedenfalls nur i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zugesprochen werden dürfen, da keine Entgeltforderungen vorlägen.

Die Klägerin beantragt:

Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 03.11.2016 (9 O 108/10) wird abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 142.880,44 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 01.04.2010 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.

Die Beklagte beantragt:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Das Landgericht habe letztlich zu Recht die Klage abgewiesen und der Widerklage - wenn auch nicht in der erforderlichen Höhe - stattgegeben.

Aus dem Schreiben der Klägerin vom 29. September 2009 ergebe sich, dass sie keine weiteren Maßnahmen unternommen habe, um zu überprüfen, wodurch die gerügten Mängelsymptome ausgelöst worden waren. Im Ergebnis sei die Mängelrüge weitestgehend negiert

worden. Selbst ihrer sehr eingeschränkten Ankündigung habe die Klägerin keine Taten folgen lassen, sondern eine erneute Begehung verlangt, um das „Montageende“ festzustellen. Das Schreiben der Klägerin vom 23. Oktober 2009 stelle eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung dar.

Nachdem die Klägerin auf die gleichwohl eingeräumte nochmalige Gelegenheit, ihren vertraglichen Pflichten nachzukommen, nicht reagiert und insbesondere keine Maßnahmen eingeleitet habe, um mit der Mängelbeseitigung zu beginnen, sei die Beklagte in Zeit- und Erklärungsnot gegenüber dem Betreiber geraten und habe handeln müssen, um zumindest noch einzelne Maßnahmen innerhalb des Anlagenstillstandes umzusetzen. Deshalb sei die Aufforderung im Schreiben vom 28. Oktober 2009 ergangen. Da die Klägerin auch darauf nicht reagiert habe, sei die Kündigung zulässig. Es sei unstreitig, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der Kündigung weder willens noch in der Lage gewesen sei, die Mängel fristgemäß zu beseitigen.

In dem erneuten vollständigen Ignorieren der im Schreiben vom 28. Oktober 2009 gesetzten Frist liege eine neue, zusätzliche Vertragsverletzung. Spätestens dadurch sei das Vertrauensverhältnis endgültig zerstört worden. Die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung hätten vorgelegen.

Überdies wäre eine Kündigung noch nicht einmal notwendig gewesen. Aus Ziff. 10 u. 11 der Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Beklagten (Anlage K 9) ergebe sich, dass sie auf eigene Kosten die Mängelbeseitigung durchführen könne, wenn der AN trotz angemessener Nachbesserungsfrist seiner Verpflichtung zur Beseitigung festgestellter Mängel und Schäden nicht nachkomme. So habe der Fall hier gelegen. Auf irgendwelche Leistungsverweigerungsrechte könne die Klägerin sich nicht berufen.

Die Pflicht zur Übergabe der Dokumentation ergebe sich aus dem gesamten Schriftverkehr und sei auch von dem insgesamt wenig glaubhaft wirkenden Zeugen ... nicht bestritten worden.

Das Sicherungsverlangen der Klägerin sei ins Leere gegangen. Zudem könne sich ein Unternehmer gegenüber der Aufforderung zur Mängelbeseitigung nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht wegen einer ausstehenden Sicherheit berufen, wenn er zur Beseitigung der Mängel nicht (mehr) bereit sei. Überdies habe auch kein ordnungsgemäßes Sicherungsverlangen vorgelegen.

Völlig neben der Sache lägen die Ausführungen der Klägerin, wonach keine detaillierten Angaben zur Art und Ausmaß der behaupteten Mängel gemacht worden seien. Die Mängel seien anlässlich der Begehung am 20. Oktober 2009 besichtigt worden. Die Beklagte habe nicht noch zusätzlich vortragen müssen, wie oft dieses Phänomen aufgetreten sei bzw. welche Flächen betroffen seien. Der Begehungsbericht vom 22. Oktober 2009 gebe bereits die einzelnen Mängel dezidiert wieder. Der Sanierungsbericht (Anlage B 6) sei auch für einen Laien nachvollziehbar so aufgebaut, dass den jeweiligen Sanierungsorten festgestellte Mängel zugeordnet seien, an denen sich wiederum die Abrechnungen der Fa. ... orientierten. Im Übrigen habe die Klägerin selbst erklärt, dass sie in der Lage sei, sich gegen den „eigentlich unsubstantiierten Vortrag“ mit Substanz zu verteidigen.

Bis auf einzelne Punkte habe der Sachverständige ... sämtliche Mängel als solche bestätigt. Er habe lediglich einzelne Mängel nicht den Lichtbildern zuordnen können. Dies spiele aber aufgrund der vorangegangenen Beweisaufnahme keine Rolle.

Hinsichtlich der Rechnung der Fa. ... weist die Beklagte darauf hin, dass dort sehr wohl nach einzelnen Sanierungsorten differenziert werde, lediglich nicht für den diesbezüglichen Arbeitsaufwand. Die Schätzung des Landgerichts nach § 287 ZPO sei nicht zu beanstanden.

Die Kosten der Fa. ... sowie der ... seien zu ersetzen. Die Kosten eines Parteigutachters, mit dem der Umfang der vorhandenen Mängel bzw. der Mängelbeseitigung eingegrenzt werden solle, seien ersatzfähig.

Auch die Angriffe der Klägerin gegen die weiteren Rechnungen seien nicht berechtigt.

Für die unstreitig fehlende Dokumentation sei der Abzug von 8.000,00 € gerechtfertigt. Selbst bei einer freien Kündigung wäre es bei der Verpflichtung der Klägerin geblieben.

Vorsorglich sei hinsichtlich der nicht erbrachten Leistungen den Kesseln 2 und 5 darauf hinzuweisen, dass die Klägerin bei einer ordentlichen Kündigung ihre Abrechnung in erbrachte und nicht erbrachte Leistungen hätte aufspalten müssen. Ihr Vortrag sei nicht ansatzweise substantiiert. Es handele sich lediglich um eine abstrakte und nicht um eine konkrete Berechnung.

Nicht nachvollziehbar sei die Berechnung der Klägerin, wonach die zuerkannten Gegenforderungen lediglich 96.070,67 € betrügen.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes zweiter Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und begründet.

1.

Der Klägerin steht gemäß § 631 Abs. 1 BGB ein restlicher Werklohnanspruch gegen die Beklagten in Höhe von 51.112,41 € für erbrachte Leistungen an Kessel 3 zu.

a)

Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit „Bestellschein“ vom 17. Juni 2009 mit der Errichtung der kombinierten Schall- und Wärmedämmung für die Rauchgaskanäle und vom Rauchgas berührten Komponentengehäuse an den Kraftwerkskesseln 2, 3 und 5 der Heizkraftwerke in der ... zu Detailpauschalpreisen.

Unstreitig wurde die VOB/B „neuester Stand“ Vertragsbestandteil. Zum Zeitpunkt 17. Juni 2009 war die VOB/B 2009 noch nicht veröffentlicht. Anwendbar ist daher die VOB/B 2006.

b)

Die Feststellung des Landgerichts, dass der Klägerin für die erbrachten Leistungen am Kessel 3 ein vertraglicher Vergütungsanspruch in Höhe von noch 51.112,41 € zusteht, wird von der Klägerin - als ihr günstig - mit der Berufung nicht angegriffen.

Dies gilt insbesondere auch im Hinblick darauf, dass das Landgericht als Zahlungen der Beklagten lediglich einen Betrag von 92.461,20 € berücksichtigt hat, da die Beklagte ihre Behauptung, es seien 93.091,12 € gezahlt worden, nicht bewiesen habe.

2.

Daneben steht der Klägerin gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B in Verbindung mit § 649 BGB für nicht erbrachte Leistungen an den Kesseln 2 und 5 ein Anspruch gegen die Beklagte in Höhe von 91.768,03 € zu.

Die Beklagte war nicht berechtigt, am 3. November 2009 das Vertragsverhältnis mit der Klägerin außerordentlich zu kündigen. Die Klägerin kann deshalb Vergütung auch für die nicht erbrachten Leistungen verlangen kann.

a)

Nach der vertraglichen Vereinbarung schuldete die Klägerin nicht nur Isolierungsarbeiten an der Rauchgasreinigungsanlage von Kessel 3, sondern auch an den entsprechenden Anlagen der Kessel 2 und 5.

Unstreitig hat die Klägerin keine Leistungen an den Kesseln 2 und 5 erbracht, da der Vertrag am 3. November 2009 von der Beklagten gekündigt wurde, bevor die Klägerin mit den Arbeiten an diesen Kesseln begonnen hatte.

b)

Die Beklagte war am 3. November 2009 weder zu einer Auftragsentziehung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B berechtigt (dazu nachfolgend unter aa) noch zu einer (allgemeinen) außerordentlichen Kündigung (dazu nachfolgend unter bb). Die Kündigung der Beklagten ist als freie Kündigung anzusehen (dazu nachfolgend unter cc; zur Höhe des der Klägerin zustehenden Vergütungsanspruchs unter dd).

aa)

Die Voraussetzungen für eine Auftragsentziehung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B lagen nicht vor. Die Beklagte hat das Vertragsverhältnis am 3. November 2009 nicht wirksam aus wichtigem Grund beendet.

Nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 VOB/B kann der Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn in den Fällen des § 4 Nr. 7 und 8 Abs. 1 und des § 5 Nr. 4 VOB/B die gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist. Gemäß § 4 Nr. 7 VOB/B kann der Auftraggeber dem Auftragnehmer, der der Pflicht zur Beseitigung von Mängeln nicht nachkommt, eine angemessene Frist zur Beseitigung setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe. Diese Voraussetzungen waren vorliegend aber nicht gegeben.

(1) Die Beklagte hat die Auftragsentziehung am 3. November 2009 zu einem Zeitpunkt ausgesprochen, als die mit Schreiben vom 22. und 23. Oktober 2009 (Anlagen B 3 u. K 15) gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung bis spätestens 10. November 2009 noch nicht abgelaufen war.

Es kann daher offen bleiben, ob eine Kündigung gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 Nr. 7 VOB/B auch daran scheitern würde, dass die Beklagte in dem Schreiben vom 23. Oktober 2009 nicht die Auftragsentziehung für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs angedroht hat.

(2) Die Kündigung erfolgte allerdings nach Ablauf der mit Schreiben der Beklagten vom 28. Oktober 2009 gesetzten Frist bis zum 2. November 2009, 12 Uhr. Die Beklagte hatte die Klägerin aufgefordert, binnen dieser Frist mitzuteilen, dass sie bereit sei, die im Begehungsbericht vom 22. Oktober 2009 konkret bezeichneten Mängel zu beseitigen (Anlage B 4). Die Klägerin gab die gewünschte Erklärung nicht ab.

Allerdings genügt es grundsätzlich nicht, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer lediglich auffordert, binnen einer bestimmten Frist zu erklären, ob er zur Mängelbeseitigung bereit ist (BGH, Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 93/01, BauR 2004, 501, juris Rn. 16; Urteil vom 23. Februar 2006 - VII ZR 84/05, BauR 2006, 979, juris Rn. 20; aus jüngster Zeit OLG Dresden, Urteil vom 19. Oktober 2016 - 13 U 74/16, NZBau 2017, 168, juris Rn. 33).

Der fruchtlose Ablauf einer Frist zur Abgabe einer solchen Erklärung kann nur ausnahmsweise genügen, um weitergehende Rechte des Auftraggebers auszulösen. So kann nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 21. April 2009 - 10 U 9/09, BauR 2010, 1083, juris Rn. 69, unter Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 8. Juli 1982 - VII ZR 301/80, BauR 1983, 496) eine solche Fristsetzung für die Geltendmachung der Rechte aus § 13 Nr. 5 VOB/B genügen, wenn der für die Mängelbeseitigung erforderliche Zeitraum nur schwer abzuschätzen ist, weil es sich um umfangreiche und schwierige Arbeiten handelt. In einem solchen Fall kann vom Auftraggeber zumindest erwartet und verlangt werden, dass er nach Aufforderung schleunigst jedenfalls binnen zumutbarer Frist mit der Nachbesserung beginnt und sie zügig vollendet.

Ein solcher Fall ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Es ist nicht ersichtlich, dass der für die Mängelbeseitigung erforderliche Zeitraum nur schwer abzuschätzen war oder die Beklagte zumindest davon ausging, der Zeitraum sei nur schwer abzuschätzen. Vielmehr setzte die Beklagte, die nach ihrem eigenen Vorbringen in der Berufungserwidern im Großanlagenbau tätig ist und Rauchgasreinigungsanlagen erstellt und erneuert und deshalb zur Abschätzung der Dauer einer Mängelbeseitigung als kompetent anzusehen ist, der Klägerin am 22. Oktober 2009 und 23. Oktober 2009 eine Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 10. November 2009. Sie ging also davon aus, dass innerhalb des von der Anlagenbetreiberin geplanten Kesselstillstands vom 29. Oktober 2009 bis 10. November 2010 eine Mängelbeseitigung möglich ist. Es ist auch nicht ersichtlich, dass es

sich bei den Mängelbeseitigungsarbeiten, die die Beklagte von der Klägerin verlangte, um besonders umfangreiche oder schwierige Arbeiten gehandelt hat.

Nach Treu und Glauben konnte die Beklagte einen Anspruch auf Auskunft über die Bereitschaft zur Mängelbeseitigung haben, wenn sie an einer solchen Auskunft zur Vermeidung von Nachteilen ein besonderes Interesse hätte. Das ist dann der Fall, wenn eine Mängelbeseitigung durch Selbstvornahme nach Ablauf der Frist unmöglich oder erheblich erschwert wäre. Im vorliegenden Fall konnten die Mängel nur in der Zeit eines Anlagenstillstands beseitigt werden. Daraus ergibt sich jedoch im vorliegenden Fall kein besonderes Interesse an einer Auskunft über die Bereitschaft zur Mängelbeseitigung. Es fehlt ein Vortrag, wann danach der nächste Anlagenstillstand mit der Möglichkeit der Mängelbeseitigung zu erwarten war, warum gerade in der Zeit vom 29. Oktober 2009 bis 10. November 2009 eine Mängelbeseitigung durchgeführt werden musste und dass es der Beklagten möglich war, nach Ablauf der Frist zur Äußerung über die Bereitschaft zur Mängelbeseitigung und fristlosen Kündigung bis zum 10. November 2009 die streitgegenständlichen Mängel selbst zu beseitigen. Selbst wenn die Beklagte gemäß ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat einzelne Mängelbeseitigungsmaßnahmen bereits im Zeitraum vom 29. Oktober 2009 bis 10. November 2009 durchgeführt haben sollte, wurde damit die Mängelbeseitigung jedenfalls in wesentlichen Teilen noch nicht bewirkt. Trotz fruchtlosen Ablaufs der Frist zur Erklärung der Bereitschaft zur Mängelbeseitigung hat die Beklagte die Selbstvornahme nicht im Zeitraum vom 29. Oktober 2009 bis 10. November 2009 durchgeführt, sondern erst im Zeitraum vom 22. Februar bis 19. März 2010 (vgl. Rechnung... vom 22. März 2010, GA 129, auf Seite 3 zur Baustelleneinrichtung, GA 131). Daraus ist zu entnehmen, dass die Beklagte zur Wahrung ihrer Rechte nicht auf eine rechtzeitige Auskunft der Klägerin zu ihrer Bereitschaft, Mängel zu beseitigen, angewiesen war und deshalb das Ausbleiben dieser Auskunft kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung sein konnte.

Im Übrigen hatte die Beklagte durch die Aufforderung zur Mängelbeseitigung bis zum 10. November 2009 gegenüber der Klägerin zum Ausdruck gebracht, dass sie ihr bis zu diesem Datum Zeit für die Mängelbeseitigung lässt. Diese Frist hatte die Beklagte zuletzt am 23. Oktober 2009 gesetzt (Anlagen K 15), als sie bereits Kenntnis von dem Schreiben der Klägerin vom selben Tag hatte, in welchem diese erklärt hat, bei der Begehung am 22. Oktober 2009 hätten „keinerlei Mängel festgestellt werden“ können (Anlage B 15). Die Beklagte war

daher nicht berechtigt, das Recht der Klägerin zur Mängelbeseitigung bis zum 10. November 2009 nachträglich auszuhebeln, indem sie eine neue, früher endende Frist zur Erklärung der Bereitschaft zur Mängelbeseitigung setzt. Ein solches Verhalten ist als treuwidrig anzusehen. Der Umstand, dass im Falle einer Nichtbeseitigung der Mängel innerhalb der eingeräumten Frist die Beklagte nicht in der Lage wäre, sofort anschließend eine Ersatzvornahme vorzunehmen, da nach den Planungen der Anlagenbetreiberin der Kesselstillstand am 10. November 2009, also zeitgleich mit dem Ablauf der Frist zur Mängelbeseitigung endete, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Die Beklagte hätte dies ggf. berücksichtigen müssen. Jedenfalls ergab sich daraus keine Befugnis, schon vor Ablauf der mehrfach gesetzten Frist zur Mängelbeseitigung den Vertrag außerordentlich zu kündigen, weil eine nachträglich gesetzte Frist zur Erklärung der Bereitschaft zur Mängelbeseitigung ergebnislos abgelaufen ist.

(3) Eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung vor der Auftragsentziehung war auch nicht wegen ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung gänzlich entbehrlich.

Nach allgemeinen Grundsätzen ist eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung entbehrlich, wenn sich der Auftragnehmer endgültig weigert, das Werk vertragsgemäß fertigzustellen (BGH, Urteil vom 20. April 2000 - VII ZR 164/99, BauR 2000, 1479, juris Rn. 20; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rn. 187). Verweigert der Auftragnehmer die Leistung endgültig, indem er beispielsweise selber unberechtigt kündigt und sich weigert, die Arbeiten wieder aufzunehmen, kann der Auftraggeber ohne Androhung der Kündigung und ohne eigene Kündigung Ansprüche wegen der Fertigstellungsmehrkosten und der Kosten der Mängelbeseitigung geltend machen (BGH, Urteil vom 20. April 1978 - VII ZR 166/76, BauR 1978, 306, juris Rn. 12; Versäumnisurteil vom 5. Juli 2001 - VII ZR 201/99, BauR 2001, 1577, juris Rn. 6; Versäumnisurteil vom 9. Oktober 2008 - VII ZR 80/07, BauR 2009, 99, juris Rn. 16).

Allerdings sind an die Voraussetzungen einer endgültigen Erfüllungsverweigerung strenge Anforderungen zu stellen. So genügen bloße Meinungsverschiedenheiten über den Vertragsinhalt ebenso wenig wie vom Schuldner geäußerte rechtliche Zweifel an der Wirksamkeit des Vertrages. Eine endgültige Nachbesserungsverweigerung liegt auch nicht ohne weiteres in dem Bestreiten von Mängeln, denn das Bestreiten ist prozessuales Recht des Schuldners. Vielmehr müssen zu dem bloßen Bestreiten weitere Umstände hinzutreten, welche die

Annahme rechtfertigen, der Schuldner wolle über das Bestreiten der Mängel hinaus bewusst und endgültig seinen Vertragspflichten nicht nachkommen. Es muss damit ausgeschlossen erscheinen, dass er sich von einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung umstimmen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 1993 - X ZR 63/9, NJW-RR 1993, 882, juris Rn. 14 für einen Sukzessivwerklieferungsvertrag; Urteil vom 29. Juni 2011 - VIII ZR 202/10, BauR 2011, 1817, juris Rn. 14; Urteil vom 18. September 2014 - VII ZR 58/13, BauR 2014, 2086, juris Rn. 21). Die Aufforderung zur Mängelbeseitigung ist entbehrlich, wenn sie nur eine nutzlose Förmlichkeit wäre (BGH, Urteil vom 22. November 1984 - VII ZR 287/82, BauR 1985, 198, juris Rn. 11 m.w.N.). Eine Fristsetzung wird auch dann für entbehrlich gehalten, wenn die wiederholte Nachbesserung desselben Mangels nicht zumutbar ist oder wenn die Vertragsverletzung der einen Partei ein für die Vertragsabwicklung notwendiges gegenseitiges Vertrauen nachhaltig zerstört hat, so dass eine Fortsetzung des Vertrages für den anderen Teil selbst dann unzumutbar ist, wenn die Vertragsverletzung innerhalb einer angemessenen Nachfrist behoben würde (BGH, Urteil vom 3. März 1998 - X ZR 14/95, NJW-RR 1998, 1268, juris Rn. 19 m.w.N.).

Die Frage, ob eine Fristsetzung entbehrlich ist, lässt sich jeweils nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles beurteilen. Dabei ist das gesamte Verhalten des Auftragnehmers zu würdigen, auch seine spätere Einlassung im Prozess (BGH, Urteil vom 22. November 1984 - VII ZR 287/82, BauR 1985, 198, juris Rn. 12).

Vorliegend kann vor dem Hintergrund dieser Grundsätze nicht davon ausgegangen werden, dass es einer Fristsetzung zur Mängelbeseitigung gar nicht bedurft hätte, weil sie nur eine nutzlose Förmerei gewesen wäre. Die Beklagte verweist zwar zutreffend darauf, dass die Klägerin ihr mit Schreiben vom 29. September 2009 (Anlage K 10) mitgeteilt hat, die Leistungen am Kessel 3 seien am 25. September 2009 fertiggestellt worden. Richtig ist ferner, dass die Klägerin nach dem Begehungstermin am 22. Oktober 2009 mit Schreiben vom 23. Oktober 2009 erklärte, die Abnahme sei verweigert worden, „obwohl keinerlei Mängel festgestellt werden konnten“, und die Beklagte aufforderte, „die Abnahme umgehend, spätestens jedoch bis zum 02.11.09 durchzuführen“ (Anlage K 26 = B 15). Es darf jedoch nicht eine lediglich auf diese Erklärungen bezogene punktuelle Betrachtung vorgenommen werden. Vielmehr ist eine Würdigung des gesamten Verhaltens der Klägerin von der ersten Mängelrüge bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geboten.

Die erste Mängelrüge der Beklagten, die sich auf streitgegenständliche Mängel bezog, ging der Klägerin am 23. September 2009 zu. Die Mängelanzeige trägt zwar das Datum „26.06.2009“ (Anlage B 1). Diese Datumsangabe ist aber unstreitig falsch. Das Schreiben stammt vom 22. September 2009 (so die Beklagte auf Seite 3 der Klageerwidern) oder vom 23. September 2009 (siehe die Bezugnahme auf Seite 2 des Begehungsberichts, Anlage K 11, unter 4.1 sowie die Bezugnahme in dem Schreiben der Klägerin vom 1. Oktober 2009, Anlage K 21). In ihrer Stellungnahme vom 1. Oktober 2009 (Anlage K 21) zu der Mängelanzeige erklärte die Klägerin, sie habe die Oberflächentemperaturen am 29. September 2009 überprüft. Diese bewegten sich im zulässigen Bereich. Wärmestromverluste hätten nicht nachvollzogen werden können. Es liege daher kein Mangel vor, der eine Mängelbeseitigung rechtfertigen könnte, weshalb die Mängelbeseitigung bis zum 8. Oktober 2009 abgelehnt werde. Die Klägerin erklärte zugleich aber auch, sie sei „selbstverständlich gerne bereit“, die Temperaturen vor Ort nochmals mit der Beklagten zu prüfen. Voraussetzung sei allerdings, dass die Anlage zuvor mindestens 5 Stunden konstant mit 390 °C gefahren werde. Mit weiterem Schreiben vom 7. Oktober 2009 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie habe die Oberflächentemperaturen gemessen. Die Isolierung entspreche durchweg den Vorgaben und Anforderungen. Es gebe lediglich eine Ausnahme, den Anlagenbereich an der Oberkante des Totraums auf der Südseite zwischen Anströmkanal und Reaktorgehäuse einschließlich der Mannlochklappe, wo Temperaturen bis 80 °C gemessen worden seien. Man sei mit Herrn ... von der Beklagten und Herrn ... der Fa. ... dahingehend verblieben, dass während des nächsten Kesselstillstandes im November 2009 dieser Isolierungsbereich in Ordnung gebracht werde und natürlich der gleiche Bereich auf der Nordseite der Anlage weiterhin geprüft werde. Sollten dort ähnlich hohe Oberflächentemperaturen auftreten, werde dieser Bereich selbstverständlich gleichfalls nachgearbeitet bzw. in Ordnung gebracht (Anlage K 22).

Die Klägerin lehnte also keineswegs kategorisch jegliche Mängelbeseitigung ab, sondern ging vielmehr den Mängelrügen nach, insbesondere der Frage, ob zu hohe Oberflächentemperaturen und Wärmestromverluste vorlagen. Bezüglich einer Stelle - Oberkante des Totraums auf der Südseite einschließlich Mannlochklappe - bestätigte die Klägerin das Vorliegen zu hoher Oberflächentemperaturen und kündigte eine Beseitigung dieses Mangels an. Damit war keine Ablehnung jeglicher sonstiger Mängelbeseitigung verbunden; vielmehr erklärte die Klägerin ausdrücklich ihre Bereitschaft zu weiteren Überprüfungen mit der Beklagten

und kündigte konkret die Überprüfung des Totraumbereichs auf der Nordseite an.

Soweit die Klägerin erstmals mit Schreiben vom 21. Oktober 2009 eine Sicherheit nach § 648a BGB verlangte, liegt darin selbstverständlich keine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Mängelbeseitigung. Dies würde selbst dann gelten, wenn das Sicherungsverlangen fehlerhaft gewesen wäre. Allerdings war das Sicherungsverlangen wirksam, wie das Landgericht mit zutreffender Begründung dargelegt hat.

Das Schreiben der Beklagten vom 22. Oktober 2009, in welchem sie die Klägerin zur Mängelbeseitigung bis zum 10. November 2009 aufforderte (Anlage B 3), wurde vor Durchführung des Begehungstermins am selben Tag abgefasst. Nach dem Begehungstermin übersandte die Beklagte der Klägerin am 23. Oktober 2009 den „Begehungsbericht“ vom 22. Oktober 2009 (Anlage K 11). Aus dem Schreiben vom 23. Oktober 2009 ergibt sich, dass der Beklagten zu diesem Zeitpunkt bereits das Schreiben der Klägerin vom selben Tag („GuH-LAB-0028“, Anlage B 15) vorlag, in welchem diese erklärt hatte, dass am 22. Oktober 2009 „keinerlei Mängel festgestellt werden konnten“, und die Beklagte zur Abnahme bis spätestens 2. November 2009 aufgefordert hatte. Dieses Schreiben der Klägerin war somit keine Reaktion auf die Fristsetzung zur Mängelbeseitigung in dem Schreiben der Beklagten vom 23. Oktober 2009. Die Klägerin hat mit diesem Schreiben also nicht die am 23. Oktober 2009 von der Beklagten geforderte Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert. Vielmehr ergibt sich aus dem Kontext des Schreibens der Klägerin vom 23. Oktober 2009 lediglich, dass nach ihrer Auffassung bei dem Begehungstermin am 22. Oktober 2009 keine Mängel festgestellt worden seien. Eine grundsätzliche Negierung des Vorliegens von Mängeln kann darin indes nicht erkannt werden.

Aber selbst wenn man das Schreiben der Klägerin vom 23. Oktober 2009 als Erfüllungsverweigerung verstehen würde, ergäbe sich daraus keine andere rechtliche Beurteilung. Die Beklagte hat in Kenntnis dieses klägerischen Schreibens keine fristlose Kündigung erklärt, sondern die Klägerin vielmehr mit Schreiben vom 23. Oktober 2009 nochmals zur Mängelbeseitigung bis spätestens 10. November 2009 aufgefordert. Die Beklagte hat also das Vertrauensverhältnis mit der Klägerin nicht als so zerstört angesehen, dass ihr eine Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zumutbar erschien (vgl. Senat, Beschluss vom 9. Februar 2016 - 10 U 143/15, NZBau 2016, 289, juris Rn. 21 bzgl. einer Frist zur Fortführung zu Unrecht eingestellter Arbeiten).

Die Klägerin reagierte auf diese Fristsetzung vom 23. Oktober 2009 nicht. Auch auf die Aufforderung der Beklagten vom 28. Oktober 2009, bis spätestens 2. November 2009 mitzuteilen, dass sie bereit sei, die vorhandenen Mängel zu beseitigen (Anlage B 4), reagierte sie innerhalb der ihr gesetzten Frist nicht. Diese Nichtreaktion stellt aber ebenfalls keine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Mängelbeseitigung dar. Der Hinweis der Klägerin vom 28. Oktober 2009 auf ein Leistungsverweigerungs- oder Kündigungsrecht, wenn die Beklagte nicht die geforderte Sicherheit bis zum 3. November 2009 stellt (Anlage K 13), kann nicht als Verweigerung der Mängelbeseitigung angesehen werden.

Auch in einer Zusammenschau und unter Berücksichtigung des Anlagenstillstands vom 29. Oktober bis 10. November 2009, auf den die Beklagte in ihren Schreiben vom 23. und 28. Oktober 2009 hinwies, lässt sich dem Verhalten der Klägerin nicht eindeutig entnehmen, dass sie ihren Vertragspflichten nicht nachkommen werde, und es deshalb ausgeschlossen erschien, dass sie sich von einer Fristsetzung mit Androhung der Auftragsentziehung umstimmen lassen würde. Auch das Verhalten der Klägerin im Laufe des Rechtsstreits ist nicht als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung anzusehen. Soweit die Klägerin die Mangelhaftigkeit ihrer Leistung bestritten hat, ist dies zunächst als ihr prozessuales Recht anzusehen, zumal sie jeweils dargelegt hat, warum sie ihre Verantwortlichkeit für einen bestimmten tatsächlichen Zustand bzw. die rechtliche Bewertung eines tatsächlichen Zustands als Mangel im Rechtssinne verneint. Im Übrigen hatte die Beklagte die behaupteten Mängel bereits beheben lassen, bevor die Klägerin Ende März 2010 die Klage einreichte.

Der Bundesgerichtshof hat eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung in einem Fall für entbehrlich erachtet, in dem der Auftragnehmer über einen Zeitraum von neun Jahren keine Mängelbeseitigung vorgenommen hat (BGH, Beschluss vom 28. Oktober 2010 - VII ZR 82/09, BauR 2010, 263, juris Rn. 13; Vorinstanz OLG Frankfurt 10 U 264/07). Damit ist der vorliegende Sachverhalt nicht vergleichbar, in welchem es um einen Zeitraum von wenigen Wochen und Monaten geht, bis die Beklagte die Mängel beseitigte bzw. beseitigen ließ.

Ein Recht der Beklagten zur Kündigung des Vertrags besteht auch nicht im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach das Kündigungsrecht auch dann bestehen kann, wenn eine schwerwiegende Vertragsverletzung zwar noch nicht eingetreten, ihr Eintritt jedoch sicher ist, weil dem Auftraggeber in aller

Regel nicht zugemutet werden kann, die Vertragsverletzung abzuwarten, um dann erst die rechtlichen Konsequenzen hieraus zu ziehen (BGH, Urteil vom 4. Mai 2000 - VII ZR 53/99, BGHZ 144, 242 = BauR 2000, 1182, juris Rn. 29; vgl. auch § 323 Abs. 4 BGB). Im Anwendungsbereich von § 8 Nr. 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 Nr. 7 VOB/B kann das Erfordernis eines ergebnislosen Ablaufs der Frist zur Mängelbeseitigung nicht auf diese Weise umgangen werden. Das OLG München hat in der auf Seite 8 der Berufungsbegründung unvollständig zitierten Entscheidung ausdrücklich auf das Erfordernis einer Fristsetzung zur Vertragserfüllung mit Androhung der Auftragsentziehung nach § 5 Nr. 4 VOB/B hingewiesen (OLG München, Urteil vom 15. Juli 1997 - 28 U 3517/96).

bb) Die Beklagte war auch nicht zur einer (allgemeinen) außerordentlichen Kündigung berechtigt.

Auch wenn bei einem VOB/B-Vertrag die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 oder 3 VOB/B nicht vorliegen, ist der Auftraggeber bei Vorliegen eines sonstigen wichtigen Grundes berechtigt, den Vertrag fristlos zu kündigen. Voraussetzung ist, dass durch ein schuldhaftes Verhalten des Auftragnehmers der Vertragszweck so gefährdet ist, dass es dem vertragstreuen Vertragspartner nicht zumutbar ist, den Vertrag fortzusetzen. Auch wenn die rechtliche Herleitung dieses Kündigungsrechts nicht einheitlich beurteilt wird, steht die Existenz dieses außerordentlichen Kündigungsrechts außer Frage (Senat, Beschluss vom 9. Februar 2016 - 10 U 143/15, NZBau 2016, 289, juris Rn. 17).

Zur fristlosen Kündigung des Vertrags kann vor allem eine schuldhaft begangene Vertragsverletzung des Vertragspartners berechtigen. In Fällen einer schwerwiegenden Vertragsverletzung ist eine vorherige Fristsetzung und Kündigungsandrohung grundsätzlich nicht erforderlich. Ob ein wichtiger Grund zur Kündigung gegeben ist, ist nach Lage des Einzelfalles zu beurteilen. Dabei sind für die konkrete vertragliche Situation das Interesse des einen Vertragspartners an der Lösung vom Vertrag und das des anderen an dessen Weiterbestand umfassend gegeneinander abzuwägen. Allerdings dürfen die Schutzmechanismen der §§ 5 Nr. (bzw. Abs.) 4, 4 Nr. 7 und 4 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B nicht durch eine außerordentliche Kündigung umgangen werden. Stützt sich der Vertrauensverlust des Auftraggebers auf mangelhafte oder zögerliche Arbeiten des Auftragnehmers, hat der Kündigung deshalb grundsätzlich eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung vorauszugehen. Entbehrlich ist sie nach allgemeinen Grundsätzen nur, wenn sie eine reine Förmerei wäre (Senat, Beschluss vom 9. Februar 2016 - 10 U 143/15,

NZBau 2016, 289, juris Rn. 18 m.w.N.). Die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund stellt keinen Auffangtatbestand dar, der eine Kündigung dann ermöglichen soll, wenn die Voraussetzungen der an sich einschlägigen § 4 Nr. 7 Abs. 1 und Nr. 8 oder § 5 Nr. 4 VOB/B nicht erfüllt sind (Senat, Urteil vom 3. März 2015 - 10 U 62/14, BauR 2015, 1500, juris Rn. 200; Jousen/Vygen in Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 20. Aufl., § 8 Abs. 3 VOB/B Rn. 17).

Vor diesem Hintergrund scheidet vorliegend eine außerordentliche Kündigung aus. Nachdem die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 22. und 23. Oktober 2009 zur Mängelbeseitigung bis spätestens 10. November 2009 aufgefordert hatte, diese Frist aber bei Ausspruch der außerordentlichen Kündigung am 3. November 2009 noch nicht abgelaufen war, kann auch unter Berücksichtigung, dass die Klägerin auf die mit Schreiben vom 28. Oktober 2009 gesetzte Frist zur Erklärung der Bereitschaft zur Mängelbeseitigung nicht reagiert hat, das Verhalten der Klägerin nicht zur außerordentlichen Kündigung berechtigen. Insbesondere ergibt sich ein Kündigungsrecht nicht daraus, dass die Klägerin bis zum Ausspruch der Kündigung am 3. November 2009 nach dem Vortrag der Beklagten noch nicht mit Mängelbeseitigungsarbeiten begonnen hatte. Auf die Ausführungen zur Frage der Berechtigung einer Kündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 Nr. 7 VOB/B wird verwiesen.

cc) Die Kündigung der Beklagten vom 3. November 2009 stellt daher eine sogenannte freie Kündigung gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B dar, nachdem in ihr die Absicht der Beklagten zum Ausdruck kommt, das Vertragsverhältnis mit der Klägerin auf jeden Fall zu beenden. Der Klägerin steht daher gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B die vereinbarte Vergütung zu. Sie muss sich jedoch anrechnen lassen, was sie infolge der Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskraft und ihres Betriebs erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat (§ 649 BGB).

dd) Die Klägerin hat die erbrachte Leistung (Kessel 3) von der nicht erbrachten Leistung (Kessel 2 und Kessel 5) abgegrenzt und die Höhe der Vergütung der nicht erbrachten Leistungen substantiiert dargelegt. Die Beklagte hat nicht dargelegt und keinen Beweis dafür angeboten, dass die Klägerin weitere Ersparnisse oder anderweitigen Erwerb gehabt hat. Der Klägerin steht für Kessel 2 ein Betrag von 53.243,45 € und für Kessel 5 ein Betrag von 38.524,58 €, insgesamt also 91.768,03 € als Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen zu.

(1) Vertraglich vereinbart war eine Vergütung in Höhe von 155.000,00 € für die Leistungen an Kessel 2 und in Höhe von 155.000,00 € für die Leistungen an Kessel 5. Dabei handelt es sich - ebenso wie bei der vereinbarten Vergütung für die Leistungen an Kessel 3 - um Festpreise (vgl. Bestellschein, Anlage K 7, Seite 5).

(2) Die Klägerin macht nunmehr für Kessel 2 einen Betrag von 53.243,45 € und für Kessel 5 einen Betrag von 38.524,58 €, insgesamt also 91.768,03 € geltend.

In der als Anlage K 16 vorgelegten Rechnung vom 1. Februar 2010 hatte sie zunächst für den nicht ausgeführten Leistungsteil eine Pauschale in Höhe von 5 % von 310.000,00 €, also 15.500,00 € berechnet. Die Berechnung der nunmehr geltend gemachten Beträge ergibt sich aus den Ausführungen in der Klageschrift vom 23. März 2010 auf Seiten 21 bis 23 unter IV., auf welche die Klägerin in der Berufungsbegründung verweist. Dort hat die Klägerin unter Verweis auf die als Anlage K 18 („Bill of quantities“) vorgelegte Auftragskalkulation nach Flächeneinheitspreisen (mit einer Gesamtsumme von 440.281,29 €) und die Angebotskalkulation (Anlage K 19) ausgeführt, dass sie sich die Materialkosten, Fremdleistungskosten und sonstigen Kosten mit zusammen 261.327,00 € als erspart anrechnen lasse. Die Personalkosten von 92.539,00 € seien nicht erspart, da sie abgesehen von den kalkulierten Fremdleistungen mit eigenem Personal arbeite und die Aufwendungen deshalb nicht weggefallen seien. Die nach dem prozentualen Anteil des kalkulierten Werklohns auf die einzelnen Kessel entfallenden Anteile (36,59 % für Kessel 2 und 38,49 % für Kessel 5) seien um den Nachlass zu bereinigen, den die Klägerin nach Angebotsabgabe gewährt habe. Somit errechneten sich die genannten Beträge für die Kessel 2 und 5.

Daraus ergibt sich folgende Berechnung für Kessel 2:

Vereinbarter Werklohn:	155.000,00 €
abzgl. ersparte Materialaufwendungen (36,59 % aus 138.127 €)	- 50.540,67 €
abzgl. ersparte Fremdleistungskosten (36,59 % aus 121.200 €)	- 44.347,08 €
abzgl. ersparte sonstige Kosten (36,59 % aus 2.000 €)	- 731,80 €
abzgl. Bereinigung wg. Nachlass	- 6.137,00 €
ergibt:	53.243,45 €

Für Kessel 5 ergibt sich bei entsprechender Berechnung (Abzüge errechnet mit einem Anteil von 38,49 %) ein Betrag von 38.524,58 €.

Die Beklagte hat die Berechnung in der Klagerwiderung als „auch nicht ansatzweise nachvollziehbar“ und „offenkundig fehlerhaft“ bemängelt. Die „Bill of quantities“ sei allenfalls eine überschlägige Berechnung und habe mit einer Urkalkulation nicht das Geringste zu tun. Auch sei die Berechnung abstrakt und nicht konkret. Schon deshalb sei die Klage bezüglich der weitergehenden Ansprüche abweisungsreif. Hierzu nahm die Klägerin in ihrer Replik Stellung, worauf die Beklagte in der Duplik kurz erwiderte, dass bereits die Aufstellung der Klägerin nicht schlüssig sei.

Das Landgericht hat - auf Grundlage seiner Rechtsauffassung einer wirksamen außerordentlichen Kündigung konsequent - das Bestehen eines Anspruchs auf Vergütung für nicht erbrachte Leistungen verneint und sich deshalb nicht mehr mit der Frage der Höhe einer solchen Vergütung befasst.

(3) Der Anspruch gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B ist ein Vergütungsanspruch, der unter Abzug der ersparten Aufwendungen und des anderweitigen Erwerbs entsteht. Zur Darlegung dieses Anspruchs hat der Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung vorzutragen und ferner, welche Kosten er erspart hat und gegebenenfalls welchen anderweitigen Erwerb er sich anrechnen zu lassen hat. Erspart sind die Aufwendungen, die der Unternehmer bei der Ausführung des Vertrages hätte machen müssen und die er wegen der Kündigung nicht mehr machen muss. Dabei ist auf die Aufwendungen abzustellen, die durch die Nichtausführung des konkreten Vertrages entfallen sind (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 22. September 2005 - VII ZR 63/04, BauR 2005, 1916, juris Rn. 12 m.w.N.).

Für die Berechnung der ersparten Aufwendungen ist die Ersparnis maßgeblich, die der Auftragnehmer tatsächlich hat. Weder § 649 S. 2 BGB noch § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B sehen die Möglichkeit vor, auf die kalkulatorisch ersparten Aufwendungen abzustellen. Deshalb muss der Auftragnehmer die konkrete Entwicklung der Kosten vortragen, die bei Durchführung des Auftrags tatsächlich entstanden wären und die er erspart hat. Allerdings reicht es aus, die Ersparnis auf Grundlage der ursprünglichen Kalkulation zu berechnen, solange sich keine Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung ergeben (BGH, Urteil vom 22. September 2005 - VII ZR 63/04, BauR 2005, 1916, juris Rn. 13 m.w.N.; Urteil vom 8. Januar 2015 - VII ZR 6/14, BauR 2015, 660, juris Rn. 26). Eine solche Konstellation ist vorliegend gegeben. Die Beklagte legt nicht dar, woraus sich Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung ergeben. Nicht berechtigt ist auch ihr Vorwurf, die Berech-

nung der Klägerin in der Klageschrift sei nicht nachvollziehbar. Soweit die Beklagte darauf verweist, dass der in der Anlage K 19 (Angebotskalkulation) ausgewiesene Gewinn von 44.030,00 € der Gewinn für alle drei Kessel vor Abschluss der Pauschalvereinbarung sei, ist dies zutreffend. Allerdings hat die Klägerin bezüglich des Kessels 2 6.137,00 € und bezüglich des Kessels 5 15.368,00 € abgezogen, um den nach Angebotsabgabe gewährten Nachlass zu berücksichtigen (GA 23).

Die Beklagte bemängelt ferner, dass die Klägerin hinsichtlich der kalkulierten Personalkosten keinerlei Ersparnisse angesetzt hat, und bestritten, dass die Mitarbeiter der Klägerin in den vorgesehenen Zeiträumen nicht arbeiten konnten und trotzdem vollen Lohn erhielten. Die Klägerin müsse vortragen, über welchen konkreten Zeitraum welche Mitarbeiter in welcher Höhe bezahlt werden mussten, deren anderweitiger Einsatz nicht notwendig gewesen sei.

Auch diese Vorwürfe sind nicht berechtigt. Die Klägerin hat ihre ersparten Aufwendungen substantiiert und nachvollziehbar dargelegt. Sie hat vorgetragen, dass eine Kündigung der für das Projekt eingesetzten Mitarbeiter nach Wegfall des Auftrags nicht erfolgt sei. Ein Ersatzauftrag habe nicht akquiriert werden können. Sie habe nach Zugang der Kündigung mit dem Bauherrn verhandelt, der zunächst erwogen habe, die Isolierleistungen für die beiden Kessel aus dem Auftragsverhältnis der Beklagten herauszunehmen und direkt bei der Klägerin zu beauftragen. Zu einer Auftragserteilung sei es jedoch nicht gekommen.

Die Abarbeitung anderer Aufträge mit den infolge der Kündigung nicht eingesetzten Mitarbeitern stellt nicht von vornherein einen anderweitigen Erwerb im Sinne von § 649 S. 2 BGB dar. Anzurechnen ist nur der Erwerb, den die Kündigung des Auftraggebers ermöglicht hat. Es muss ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Kündigung und einem Ersatzauftrag bestehen. War der Unternehmer in der Lage, neben dem gekündigten Auftrag weitere Aufträge auszuführen, mit denen also kein ursächlicher Zusammenhang zur Kündigung bestand, sind diese nicht als sogenannte Füllaufträge anzusehen (BGH, Urteil vom 30. September 1999 - VII ZR 206/98, BauR 2000, 126, juris Rn. 14; Schmitz in Kniffka, IBR-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 12.5.2017, § 649 BGB Rn. 129; Voit in BeckOK BGB, Stand: 1.2.2017, § 649 Rn. 19; Busche in MünchKommBGB, 6. Aufl., § 649 Rn. 27; s.a. Peters/Jacoby in Staudinger [2014] BGB § 649 Rn. 40). Hinsichtlich der Frage, ob anderweitiger Erwerb vorliegt, reicht es grundsätzlich aus, wenn sich der Auftragnehmer zur Frage von Füllaufträgen wahrheitsgemäß, nachvollziehbar und

ohne Widerspruch zu den Vertragsumständen ausdrücklich oder auch konkludent erklärt. Je wahrscheinlicher ein anderweitiger Erwerb ist, umso ausführlicher müssen die Angaben sein. Der Auftraggeber kann jedoch grundsätzlich nicht verlangen, dass der Unternehmer von vornherein seine gesamte Geschäftsstruktur offenlegt, um ihm die Beurteilung zu ermöglichen, welche Aufträge auch ohne die Kündigung akquiriert worden wären (BGH, Urteil vom 28. Oktober 1999 - VII ZR 326/98, BGHZ 143, 79, juris Rn. 17; Urteil vom 8. Januar 2015 - VII ZR 6/14, BauR 2015, 660, juris Rn. 28). Eine erhöhte Darlegungslast kann sich aus den sonstigen Vertragsumständen ergeben, wenn es z.B. nach Art und Dauer des gekündigten Teils nahe liegt, dass das Personal anderweitig beschäftigt worden ist (BGH, Urteil vom 28. Oktober 1999 - VII ZR 326/98, BGHZ 143, 79, juris Rn. 17).

Die Klägerin ist der ihr danach obliegenden (sekundären) Darlegungslast in ausreichendem Maße nachgekommen. Nachdem die Beklagte das Vorbringen lediglich als unsubstantiiert und nicht nachvollziehbar bestritten hat, ohne ihrerseits substantiiert darzulegen, welche weiteren Ersparnisse oder anderweitigen Erwerb die Klägerin gehabt habe, sind die klägerseits geltend gemachten Beträge anzusetzen. Die Beklagte müsste darlegen und beweisen, dass die ersparten Aufwendungen nicht aus der ursprünglichen Kalkulation berechnet werden dürfen, weil es Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung gibt, und/oder dass die ersparten Aufwendungen höher sind. Ein solcher Vortrag der Beklagten ist nicht erfolgt.

4.

Da die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 3. November 2009 nicht berechtigt war, wie oben dargelegt wurde, steht der Beklagten kein Anspruch gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B auf Erstattung von Ersatzvornahmekosten zu.

Mangels eines Anspruchs der Beklagten gegen die Klägerin in Höhe der Ersatzvornahmekosten geht die von ihr erklärte Aufrechnung ins Leere. Eine andere Beurteilung ergibt sich nicht aus der Regelung in Nr. 10 der Allgemeinen Einkaufsbedingungen für Lieferungen und Leistungen der Beklagten (Anlage K 9), die nach der Regelung auf Seite 2 des Bestellscheins Vertragsbestandteil geworden sind. Dort heißt es im 4. Absatz:

„Kommt der AN seiner Nachbesserungspflicht innerhalb angemessener Frist nicht oder nicht ausreichend nach, so ist der AG berechtigt, nach Abmahnung diese Nachbesserungen selbst auszuführen oder durch Dritte

ausführen zu lassen; die hierbei entstehenden, nachgewiesenen Kosten trägt der AN.“

Zunächst ist festzuhalten, dass mit dieser Klausel bei der gebotenen verwerderlastigen Auslegung eine Regelung für den Zeitraum nach Abnahme getroffen wird. Dies ergibt sich aus der systematischen Stellung der Klausel nach der Regelung in Nr. 9 zur Abnahme sowie der Erwähnung in Nr. 10 Abs. 2, dass die Gewährleistungszeit mit dem Tage der vorläufigen Abnahme durch den AG und den Endkunden beginnt. Zudem ist nach dieser Regelung Voraussetzung für das Selbstvornahmerecht der Ablauf einer angemessenen Frist. Setzt der Auftraggeber, also die Beklagte, wie im vorliegenden Fall eine Frist zur Mängelbeseitigung, ist diese Frist als „angemessene Frist“ im Sinne von Nr. 10 Abs. 4 der Allgemeinen Einkaufsbedingungen anzusehen. Diese von der Beklagten gesetzte Frist war jedoch nicht abgelaufen, als die Beklagte am 3. November 2009 die außerordentliche Kündigung des Vertrags erklärte.

5.

Der der Klägerin zustehende Betrag ist ab dem 2. April 2010 zu verzinsen.

Die Klägerin macht Zinsen ab Rechtshängigkeit geltend. Die Zustellung der Klage erfolgte am 1. April 2010. Zinsen sind daher ab dem 2. April 2010 geschuldet, §§ 286 Abs. 1 S. 2, 187 Abs. 1 BGB.

Die Zinshöhe beläuft sich für Entgeltforderungen gemäß § 288 Abs. 2 BGB a.F., Art. 299 § 34 S. 1 EGBGB auf 8 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz. Soweit es um die Vergütung für nicht erbrachte Leistungen geht, hier also für einen Betrag von 91.768,03 €, handelt es sich nicht um Entgeltforderungen im Sinne des § 288 Abs. 2 BGB. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ist Voraussetzung für das Vorliegen einer Entgeltforderung, dass die Geldforderung die Gegenleistung für eine von dem Gläubiger erbrachte oder zu erbringende Leistung ist, die in der Lieferung von Gütern oder der Erbringung von Dienstleistungen besteht (BGH, Urteil vom 21. April 2010 - XII ZR 10/08, NJW 2010, 1872, Rn. 23; Urteil vom 16. Juni 2010 - VIII ZR 259/09, NJW 2010, 3226, Rn. 12 f.). Bezüglich der Vergütung für nicht erbrachte Leistungen fehlt es an diesem Gegenleistungscharakter. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass Umsatzsteuer auf den Vergütungsanteil für nicht erbrachte Leistungen nicht anfällt, weil sie Entschädigungscharakter hat (BGH, Versäumnisurteil vom 22. November 2007 - VII ZR 83/05, BGHZ 174, 267, juris Rn. 18). Der Zinssatz beläuft sich daher nur

auf 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz, soweit der Klägerin Vergütung für nicht erbrachte Leistungen an den Kesseln 2 und 5 zusteht (für den Anspruch gemäß § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2008 - VII ZR 280/05, BGHZ 175, 118 = BauR 2008, 821, juris Rn. 13, 15: keine steuerbare Leistung, weil keine Gegenleistung für eine Leistung des Auftragnehmers an den Auftraggeber vorliegt). Lediglich in Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen beläuft sich der Zinssatz auf 8 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

6.

Die Widerklage, mit welcher die Beklagte Mängelbeseitigungskosten geltend macht, ist nicht begründet.

3

Da die Beklagte am 3. November 2009 aus den vorstehend dargelegten Gründen nicht zur außerordentlichen Kündigung des Vertrags mit der Klägerin berechtigt war und die Kündigung deshalb als freie Kündigung anzusehen ist, hat sie keinen Anspruch gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten. Sie hat auch keinen Anspruch in Höhe von 8.000,00 € wegen der nicht von der Klägerin nach der Kündigung nicht mehr erstellten Dokumentation.

Es ist daher keine nähere Auseinandersetzung mit den Einwendungen der Klägerin gegen die vom Landgericht zuerkannten Ersatzvornahmekosten erforderlich.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 ZPO. Die teilweise Kostentragungspflicht der Klägerin bezüglich der erstinstanzlichen Kosten resultiert daraus, dass die Klägerin erstinstanzlich zunächst 155.795,05 € eingeklagt hatte. Dieser Betrag reduzierte sich aufgrund des am 2. Juni 2016 abgeschlossenen Teilvergleichs über die Höhe der zu berücksichtigenden Nachträge.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht gem. § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern. Die Entscheidung weicht auch nicht von Entscheidungen anderer Obergerichte oder des Bundesgerichtshofes ab und beruht auf den Umständen des Einzelfalles.

Bei der Festsetzung des Streitwerts für das Berufungsverfahren war die Klage mit 142.880,44 € und die Widerklage mit 51.882,08 € zu berücksichtigen.

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 typischer-

weise 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 Bettragsverfahren 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 zumindest 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 geschlossene 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.

OLG Stuttgart zu der Frage, dass eine Abwälzung der Baustellenkoordination einen Eingriff in die VOB/B bedeutet

vorgestellt von Thomas Ax

1. Sieht eine vom Auftraggeber in einen Bauvertrag neben der VOB/B einbezogene Klausel vor, dass der Auftragnehmer sich mit weiteren Auftragnehmern abzustimmen hat, um eine gegenseitige Gefährdung und die Gefährdung Dritter zu vermeiden, liegt eine Abweichung von § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B 2012 vor, die zu Lasten des Auftraggebers als Verwender zu einer Inhaltskontrolle der VOB/B nach § 307 BGB führt.(Rn.70) (Rn.72)

2. Macht der Auftragnehmer Schadensersatz gem. § 6 Abs. 6 VOB/B 2012 für durch Verzögerungen entstandene zusätzliche Bauleitertätigkeiten geltend, bedarf es zur Schlüssigkeit des anspruchsbegründenden Vortrags einer bauablaufbezogenen Darstellung, dass bei ungestörtem Bauablauf die Arbeiten ohne Zusatzaufwand hätten erledigt werden können und aufgrund welcher Verzögerungen welche vorgesehenen Arbeiten nicht oder später durchgeführt werden konnten und wie sich dies ausgewirkt hat.(Rn.96)

3. § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand.(Rn.87)

4. § 642 BGB erfasst nur eine angemessene Entschädigung (und keinen Schadensersatz) für die Wartezeiten des Unternehmers und eine Kompensation für die Bereithaltung von Personal, Geräte und Kapital. Mehrkosten, die dadurch anfallen, dass sich die Ausführung der Leistung des Unternehmers verteuert, weil sie wegen des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer ihm obliegenden Mitwirkungshandlung zu einem späteren Zeitraum ausgeführt wird, werden nicht vom Entschädigungsanspruch erfasst (Anschluss BGH, Urteil vom 26. Oktober 2017 - VII ZR 16/17). Die Entschädigung ist auf die Dauer des Annahmeverzugs begrenzt.(Rn.141)

5. Welche Rechtsfolgen die Vereinbarung einer einverständlichen Vertragsaufhebung hat, ist durch Auslegung zu ermitteln:

- Kommt der Auftragnehmer einem Auflösungs-wunsch des Bestellers etwa nach einer unberechtigten Kündigung nach, so hat die Vertragsaufhebung die Folgen der freien Kündigung.

- Liegen die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung für Auftraggeber oder -nehmer vor, so ergeben sich die Folgen aus dieser.

- Einigen sich die Parteien ohne Bezugnahme auf ein Kündigungsrecht auf eine Vertragsauflösung, so kann die Auslegung ergeben, dass nur die erbrachten Leistungen zu vergüten sind.(Rn.151)

OLG Stuttgart, Urteil vom 12.12.2023 - 10 U 22/23

Gründe

I.

Die Klägerin macht restlichen Werklohn und Schadensersatz wegen Bauzeitenverzögerung (Ziff. 1 des Antrags) sowie die große Kündigungsvergütung (Ziff. 2 des Antrags) geltend.

Bei der Klägerin handelt es sich um ein Dachdecker- und Zimmereibetrieb. Die Beklagte ist die Universitätsstadt T..

Die Beklagte schrieb am 24.05.2016 gem. VOB/A Dachdeckerarbeiten an einem Gymnasialbau aus (Anlage K1 der Akte des Landgerichts, im Folgenden LGA). Auf die VOB/B 2012 wurde hingewiesen. Im von der Beklagten erstellten Leistungsverzeichnis heißt es unter „Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen (ZTV)“ (Anlage K2 12 LGA Anlagen Klägerin):

„ZTV 04 Sicherheit auf der Baustelle (Im Folgenden: ZTV 4):

Mit dem Abschluss eines Werkvertrages wird der einzelne Auftragnehmer für den auf ihn übertragenen Teilbereich der Baumaßnahmen verantwortlich. Er hat die von ihm beherrschbaren Gefahren auszuschließen, für Ordnung auf seiner Arbeitsstelle zu sorgen und die Sicherheit seiner Beschäftigten zu gewährleisten. Unternehmer, deren Leistungen auf der Baustelle zeitlich und örtlich zusammentreffen, haben sich gem. § 6 Abs. 2 UVV "Allgemeine Vorschriften" (BGV A 1/ bisherige VBG 1) mit den weiteren Auftragnehmern abzustimmen, um eine gegenseitige Gefährdung und nach den Bestimmungen der betreffenden Landesbauordnung die Gefährdung Dritter zu vermeiden.“

Hierauf gab die Klägerin unter dem 23.05.2016 ein Angebot über einen Gesamtbruttopreis von 213.477,17 € ab (Anlage K2 LGA Anlagen Klägerin), das die Beklagte am 28.06.2016 annahm (Anlage K3 LGA Anlagen Klägerin). Als Bauzeit für das klägerische Gewerk war die Zeit vom 12.08.2016 bis 29.06.2016 als Vertragsfrist gem. § 5 Abs. 1 VOB/B 2012 vorgesehen (Anlage K3, 53 LGA Anlagen Klägerin).

Am 12.08.2016 begann die Klägerin mit den Arbeiten. Jedoch kam es in der Folge zu diversen Verzögerungen, deren Ursache und Dauer streitig sind.

Außerdem vereinbarten die Parteien am 08.11.2016, am 21.02.2017 sowie am 14.12.2017 und damit nach der „eigentlichen“ Bauzeit insgesamt drei Nachträge über 49.865,72 € (Anlage K7/8/9 LGA Anlagen Klägerin), 50.298,91 € (Anlage K12/13/14 LGA Anlagen Klägerin) und 18.468,93 € (Anlage K21/22 LGA Anlagen Klägerin). In sämtlichen Nachträgen heißt es, dass „die Ausführungsfristen nicht verändert“ würden (jeweils Ziff. 3.1 der Anlagen K9, 14 und 22 LGA Anlagen Klägerin).

Am 17.10.2017 wurden die bis dahin erbrachten Leistungen der Klägerin abgenommen.

Insgesamt leistete die Beklagte 283.870,37 € Abschlagszahlungen (vgl. Aufstellung Anlage K48, 241 Anlagen Klägerin).

Mit Schreiben vom 10.11.2017 forderte die Beklagte die Klägerin zur Wiederaufnahme ihrer noch immer nicht abgeschlossenen Tätigkeit unter Androhung einer Kündigung auf (Anlage K24 LGA Anlagen Klägerin). Die Klägerin reagierte hierauf mit Schreiben vom 21.11.2017 (Anlage K25 LGA Anlagen Klägerin), in dem eine Baubehinderung angezeigt wurde, nachdem die Beklagte noch nicht entschieden habe, ob die Dachgauben in voroxidiertem Kupfer ausgeführt werden müssten oder nicht.

Mit E-Mail vom 20.02.2018 forderte der Architekt V. für die Universitätsstadt T. die Klägerin im Anschluss an ein gemeinsames Gespräch „wie soeben zwischen Ihnen und mir besprochen“ zur Abrechnung nach dem derzeitigen Leistungsstand auf (Anlage K26 LGA Anlagen Klägerin).

Die Klägerin erstellte daraufhin unter dem 18.06.2019 eine erste Schlussrechnung (im Folgenden 1. Schlussrechnung) mit beiliegendem Aufmaß über die von ihr bis dahin erbrachten Leistungen, die nach Abzug von unstreitigen Abschlagszahlungen mit einem Saldo von 50.345,55 € zugunsten der Klägerin endete (Anlage K48 LGA Anlagen Klägerin). Die Schlussrechnung beinhaltet eine Position „zusätzlicher Aufwand durch fremdverschuldete Bauzeitverzögerung“ für 273 Bauleiterstunden à 65,00 € und zusätzliche An- und Abfahrten zur Baustelle von 39.360 km à 0,30 €, insgesamt damit netto 29.553,00 €. Die Klägerin hat die Fahrtstrecke zwischenzeitlich auf 28.800 km à 0,30 € = 8.640,00 € netto korrigiert (109 LGA Anlagen Klägerin).

Die Beklagte erteilte unter dem 25.06.2019 eine Mitteilung über die Schlussrechnungsprüfung, nach der sich ein Saldo zugunsten der Klägerin von lediglich 5.808,38 € brutto ergab, wobei die Beklagte insbesondere die geltend gemachten Ansprüche wegen Bauzeitenverzögerung („Prüfung nicht möglich“) herausstrich (Anlage K49 LGA Anlagen Klägerin). Die Mitteilung beinhaltete einen Hinweis nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B, wonach die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung Nachforderungen ausschließe. Die Beklagte bezahlte den aus ihrer Sicht bestehenden Saldo; eine Vorbehaltserklärung gab die Klägerin nicht ab. Der Differenzbetrag ist – mit Ausnahme der reduzierten Fahrtstrecke – Gegenstand von Klageantrag Ziff. 1.

Unter dem 15.12.2021 erstellte die Klägerin eine weitere Schlussrechnung (2. Schlussrechnung), diesmal für nicht erbrachte Leistungen gem. § 8 Abs. 1 VOB/B über insgesamt 16.530,66 € (Anlage K55). Leistungen hierauf erfolgten nicht. Die 2. Schlussrechnung ist Gegenstand von Klageantrag Ziff. 2.

Bezüglich des Sach- und Streitstandes 1. Instanz und der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des Urteils 1. Instanz verwiesen.

A.

Das Landgericht hat die Klage vollumfänglich abgewiesen.

1. Soweit die Klägerin mit Antrag Ziff. 1 eine Forderung in Höhe von 41.666,93 € geltend mache – dieser Betrag wurde im Rahmen der Berufung auf 37.897,01 € reduziert –, sei bereits nicht schlüssig vorgetragen, wie sich dieser Betrag zusammensetze.

a) Der geltend gemachte (Rest-)Werklohn ergebe sich aus der Darlegung der Klägerin nicht, insbesondere auch nicht aus der Schlussrechnung bzw. der Schlussrechnungskürzung (Anlage K48, K49 LGA). Es fehle an einem schlüssigen Vortrag dazu, wie sich der Restwerklohn zusammensetze. Eines gerichtlichen Hinweises hierauf habe es nicht bedurft, da die Beklagte hierauf eingehend hingewiesen habe.

b) Soweit die Klägerin zuletzt 26.385 € wegen der Bauzeitverzögerung (17.745,00 € für zusätzliche Bauleiterstunden, 8.640,00 € für zusätzliche Fahrten) verlange, so ergebe sich ein Anspruch auf zusätzliche Bauleiterstunden nicht aus § 6 Abs. 6 VOB/B, da die Klägerin keine bauablaufbezogene Darlegung der Behinderungen vorgenommen habe. Auch die Fahrten seien nicht

nachvollziehbar dargelegt, zumal es Nachträge gegeben habe, für die Fahrten notwendig geworden wären, die die Klägerin nicht berücksichtigt habe.

Der Anspruch ergebe sich auch nicht aus § 642 BGB, da es auch insoweit an einer hinreichenden Darlegung der Klägerin fehle und im Übrigen auch der Annahmeverzug nicht dargelegt sei. Für eine Schätzung der Höhe der Entschädigung gem. § 642 Abs. 2 BGB fehle es außerdem an den Anknüpfungstatsachen, so dass diese völlig in der Luft hängen würde

c) Auf die Frage der Schlusszahlungseinrede gem. § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B komme es deshalb ebenso wenig an wie auf die Frage der Anzeige der Behinderung gem. § 6 Abs. 1 VOB/B.

2. Auch der mit Ziff. 2 geltend gemachte Anspruch auf Kündigungsvergütung von 16.530,66 € gem. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B bestehe nicht, da die Klägerin trotz Rüge durch die Beklagte nicht hinreichend unter Vorlage der Urkalkulation zu ihren ersparten Aufwendungen und dem anderweitigen Erwerb vorgetragen habe, so dass die beweisbelastete Beklagte nicht in die Lage versetzt worden sei, sich sachgerecht zu verteidigen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils verwiesen.

B.

Die Klägerin verfolgt ihre erstinstanzlich geltend gemachten Ansprüche bis auf eine Reduzierung der mit Klageantrag Ziff. 1 geltend gemachten Fahrtkosten um 3.769,92 € unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiter.

1. Der Klageantrag Ziff. 1 habe sich für das Gericht unproblematisch aus der Schlussrechnung in Verbindung mit ihrem Vortrag ergeben.

a) Dies gelte auch für den geltend gemachten Restwerklohn. Geltend gemacht werde der Saldo aus der 1. Schlussrechnung abzüglich 2.870,24 € nicht gelieferten Restmaterials und der nach Rechnungsprüfung bezahlten 5.808,36 €. Auf die einzelnen Positionen sei nicht abzustellen, da diese nur unselbständige Rechnungsposten seien. Die Beklagte sei, was sich aus der von ihr durchgeführten Rechnungsprüfung ergebe, sehr wohl zur Überprüfung in der Lage gewesen, zumal ihr, was unstreitig sei, die Kalkulation vorgelegen habe. Jedenfalls hätte das Landgericht darauf hinweisen müssen, dass es Zweifel an der Schlüssigkeit habe.

b) Die Schäden wegen Bauzeitverzögerung seien ebenfalls schlüssig dargelegt, jedenfalls hinsichtlich 131 Stunden Bauleitertätigkeit und 8.640 € Fahrtkosten. Wenn das Gericht hieran Zweifel gehabt habe, hätte es darauf hinweisen müssen und ggf. einzelne Positionen kürzen können, nicht aber die Klage im Ganzen abweisen dürfen.

2. Die große Kündigungsvergütung sei ebenfalls geschuldet. Sie habe die von ihr ersparten Aufwendungen angemessen in Abzug gebracht. Der Beklagten habe außerdem unstreitig ihre Urkalkulation vorgelegen, so dass auch nicht ersichtlich sei, warum sie nicht selbst die Berechnungen habe vornehmen können. Einen anderweitigen Erwerb habe sie nicht gehabt.

3. Die Schlusszahlungseinrede gem. § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B hindere ihren Anspruch nicht, da § 16 Abs. 3 VOB/B einer Klauselkontrolle gem. § 307 BGB nicht standhalte. Es liege keine Einbeziehung der VOB/B im Ganzen vor, weil die Beklagte gleich mehrfach die VOB/B modifiziert habe, sowohl durch die von der Beklagten in den Vertrag eingeführten ZVB, aber auch die Regelungen der Weiteren Besonderen Vertragsbedingungen (Anlage K3, 56 LGA Anlagen Klägerin) und der ZTV 3 und ZTV 4 (Anlage K2, 12 LGA Anlagen Klägerin).

Sie beantragt:

Unter Abänderung des Urteils des am 23.1.2023 verkündeten, am 27.1.2023 zugestellten und mit Beschluss vom 15.2.2023 berichtigten Urteil des Landgerichts Tübingen, Aktenzeichen: 7 O 420/21, wird die Beklagte verurteilt,

1. an die Klägerin 37.897,01 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 02.07.2020 zu zahlen,

2. an die Klägerin 16.530,66 € nebst 9 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit Rechtshängigkeit zu zahlen und

3. an die Klägerin außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.196,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 08.11.2019 zu zahlen.

Hilfsweise beantragt die Klägerin, das Verfahren zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

C.

Die Beklagte beantragt:

Zurückweisung der Berufung.

Die Beklagte verteidigt das die Klage abweisende Urteil unter weitgehender Bezugnahme auf den erstinstanzlichen Vortrag.

Es fehle an einer prüfbaren Schlussrechnung, weshalb bei der Position Bauzeitschäden auch ein entsprechender Vermerk angebracht worden sei; schon deshalb sei die Klage jedenfalls als derzeit unbegründet abzuweisen.

Noch immer fehle es an einer schlüssigen Darlegung der klägerischen Ansprüche; die Zusammensetzung der Klagesumme sei nicht nachvollziehbar. Ein Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B oder § 642 BGB sei weder dem Grunde noch der Höhe nach nachvollziehbar dargelegt, insbesondere nicht anhand einer bauablaufbezogenen Darstellung. Auch der Anspruch nach § 648 BGB sei mangels dargelegter ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs unschlüssig. Hinweise seien im Übrigen in der mündlichen Verhandlung hinreichend erteilt worden, nachdem das Gericht die Klägerin zur Darlegung der Bauzeitverzögerungsschäden aufgefordert habe.

Schließlich habe sie die Schlusszahlungseinrede gem. § 16 Abs. 3 VOB/B wirksam erhoben. Zwar halte § 16 Abs. 3 VOB/B einer Klauselkontrolle nicht stand; dies sei aber unschädlich, weil die VOB/B im Ganzen einbezogen worden seien, § 310 Abs. 1 S. 3 BGB. Weder die Regelungen der ZVB noch die Regelungen der WBVB (Anlage K3 LGA) und der ZTV 03 und ZTV 04 (Anlage K2 LGA) wichen von den Regelungen der VOB/B ab. Dies gelte insbesondere auch für die Regelung in ZTV 4, der lediglich die geltende Rechtslage wiederhole. Der Unternehmer sei nach § 44 LBO und dem ArbeitsschutzG bzw. §§ 2, 3 UVV für den Arbeitsschutz in seinem Betrieb auf der Baustelle und die Einhaltung der Verkehrssicherung verantwortlich. Auch treffe den Unternehmer nach § 5 BaustellenVO eine Verpflichtung zur Erstellung einer Gefährdungsanalyse, die dieser auch den anderen Unternehmen zur Abstimmung vorlegen müsse. § 6 Abs. 2 UVV stelle außerdem klar, dass jeder Unternehmer den Arbeitsschutz mit anderen Unternehmen abzustimmen habe. Außerdem seien „Zusammenarbeit an einem Arbeitsplatz“ (§ 6 Abs. 2 UVV) und „Leistung auf der Baustelle zeitlich und örtlich zusammenreffen“ (ZTV 4) identisch. Die Regelungen in ZTV 04 wiederholten letztlich den gesetzlichen Wortlaut,

der unabhängig von der ZTV und der VOB von Unternehmern zu beachten sei, oder gingen möglicherweise etwas darüber hinaus. Ein Verstoß gegen die Vorschriften der VOB/B sei aber insbesondere deshalb nicht erkennbar, weil die allgemeinen Koordinierungspflichten gem. § 4 Abs. 1 VOB/B vollumfänglich beim Bauherrn verblieben.

Bezüglich des weiteren Sach- und Streitstandes in 1. und 2. Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze samt Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.

II.

Die Berufung ist gemäß § 511 Abs. 1 ZPO statthaft und die gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erforderliche Mindestbeschwerde ist erreicht. Die Form- und Fristvorschriften der §§ 517, 519 und 520 ZPO sind gewahrt. Die Berufung ist damit insgesamt zulässig.

III.

Die Berufung der Klägerin ist nur teilweise begründet.

Der Klägerin steht ein Anspruch in Höhe von 6.324,19 € brutto für erbrachte Leistungen zu (A.). Weiter hat die Klägerin einen Anspruch auf Zahlung von 16.530,66 € netto als sog. große Kündigungsvergütung (C.). Weitergehende Ansprüche bestehen nicht

A.

Die Klägerin hat einen Anspruch auf einen weiteren Werklohn für erbrachte Leistungen in Höhe von 6.324,19 € brutto.

1.

Zwischen den Parteien ist ein VOB/B-Werkvertrag zustande gekommen.

Die Parteien haben auf die nach VOB/A erfolgte Ausschreibung (vgl. Bewerbungsbedingungen Anlage K1) der Beklagten vom 24.05.2016 (Anlage K1) und dem darauf abgegebenen Angebot der Klägerin vom 23.05.2016 mit Annahme der Beklagten vom 28.06.2016 einen Vertrag über von der Klägerin durchzuführende Dachdeckerarbeiten an einem Gymnasiumsaltbau zu einem Bruttopreis von 213.477,17 € geschlossen. Auf die VOB/B 2012 wird Bezug genommen; dass diese nicht beigelegt war (Anlage K3, 47 LGA Anlagen der Klägerin) ist unschädlich, da beide Parteien

bauerfahren sind und ihnen die VOB/B 2012 bekannt war.

Dem Vertrag liegt ein von der Beklagten erstelltes Leistungsverzeichnis zugrunde, das die Klägerin mit ihren Einheitspreisen ergänzte (Anlage K2, 10 ff. LGA Anlage Klägerin).

Weiter liegen dem Vertrag die Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen, insbesondere die ZTV 4 (Anlage K2, 12 LGA Anlage Klägerin), die Zusätzlichen Vertragsbedingungen (Anlage K2, 15 LGA Anlage Klägerin) und die Zusätzlichen Vertragsbedingungen – KEV 117 (B) ZVB (Anlage K3, 59 LGA Anlage Klägerin) zugrunde. Verwenderin der AGB ist die Beklagte.

2.

Entgegen dem landgerichtlichen Urteil hat die Klägerin ihren Anspruch zu Grund und Höhe schlüssig dargelegt.

Die Klägerin errechnet in der 1. Schlussrechnung unter detaillierter Darlegung der von ihr erbrachten Leistungen nebst vorgelegtem Aufmaß einen Betrag von netto 288.929,81 €. Von diesem Betrag ist die Bauzeitenverzögerung abzuziehen, da es sich insoweit nicht um einen Werklohn-, sondern einen Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B handelt (s.u.). Es errechnet sich damit ein Werklohnanspruch von netto 259.376,81 € oder brutto 308.658,40 €. Davon macht die Klägerin 2.870,24 € nicht mehr geltend (52 OLGA). Es verbleiben damit 305.788,16 € brutto.

In Abzug zu bringen sind hiervon unstreitig 3 % Sicherheitseinbehalt (9.173,64 €) und 0,2 % Bauleistungsversicherung (611,58 €), i.E. damit 9.785,22 € (Anlage K48, 241 LGA Anlagen Klägerin). Weiter abzuziehen sind unstreitig geleistete Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 283.870,37 € (Anlage K 48, 241 LGA Anlagen Klägerin) sowie die nach der Schlussrechnungsprüfung gezahlten 5.808,38 € (52 OLGA). Die Abzugsposten addieren sich damit auf 299.463,97 €.

Es verbleiben damit 305.788,16 € - 299.463,97 € = 6.324,19 € brutto.

3.

Substantiierte Einwendungen gegen Grund oder Höhe der noch geltend gemachten Werklohnvergütung hat die Beklagte nicht erhoben.

Ihre Rügen betreffen allein die für die Bauzeitenverzögerung geltend gemachten Schäden (s.u.) und die rechnerische Differenz von 2.870,24 € (64 LGA), bezüglich derer aber die Klägerin klargestellt hat, dass diese nicht weiterverfolgt wird (52 OLGA); auf diese kommt es damit nicht mehr an.

4.

Der Werklohnanspruch ist auch fällig.

a.

Die Beklagte hat die Werkleistung der Klägerin unstreitig gem. § 12 VOB/B 2012 am 17.10.2017 abgenommen.

b.

Die Klägerin hat mit der Rechnung vom 18.06.2019 (Anlage K48) eine Schlussrechnung mit Aufmaß vorgelegt, wodurch Fälligkeit nach §§ 14 Abs. 1, 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B 2012 eingetreten ist.

Auf die Frage der Prüffähigkeit nach § 14 Abs. 1 S. 1 VOB/B 2012 kommt es dabei nicht an nachdem die Beklagte die (angeblich) fehlende Prüffähigkeit nicht innerhalb der 30-Tage-Frist ab Zugang der Schlussrechnung gerügt hat, § 16 Abs. 3 Nr. 1 S. 1, 3 VOB/B 2012. Der Zugang der Schlussrechnung erfolgte ausweislich des Fax-Sendeberichts (Anlage K48, 223 Anlagen Klägerin LGA) am 18.06.2019. In der Schlussrechnungsprüfung vom 25.06.2019 (Anlage K49 Anlagen Klägerin) hat die Beklagte nicht auf die aus ihrer Sicht fehlende Prüfbarkeit hingewiesen. Lediglich bei der Einzelposition „Titel: zusätzlicher Aufwand durch fremdverschuldete Bauzeitverzögerung“ hat sie einen handschriftlichen Vermerk „Prüfung nicht möglich“ angebracht (Anlage K49, 283 LGA Anlage Klägerin). Unabhängig davon, ob dies für die Rüge der fehlenden Prüfbarkeit ausreicht, betrifft dieser Punkt jedenfalls nicht den Werklohn für erbrachte Leistungen.

Im Übrigen hat aber die Beklagte die Schlussrechnung geprüft, diverse Abzüge vorgenommen und den aus ihrer Sicht berechtigten Saldo (5.808,38 €) der Klägerin überwiesen (Schlussrechnungsprüfung Anlage K49, 265 LGA Anlagen Klägerin). Wird aber eine Schlussrechnung tatsächlich geprüft, so entfällt das Erfordernis der Prüffähigkeit, gleich ob Prüffähigkeit vorlag oder nicht (BeckOK VOB/B/Kandel § 16 Abs. 3 Rn. 17).

5.

Soweit die Beklagte die Schlusszahlungseinrede gem. § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B erhoben hat, so dringt sie damit nicht durch, weil die VOB/B 2012 entgegen der Rechtsansicht der Beklagten nicht im Ganzen einbezogen worden ist und § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B einer Klauselkontrolle anhand von § 307 BGB nicht standhält.

a.

Zwar ist die VOB/B 2012 wirksam einbezogen. Dabei ist nicht entscheidend, ob den Ausschreibungsunterlagen (Anlage K1 LGA) oder dem darauf abgegebenen Angebot der Beklagten (Anlage K2 LGA) die VOB/B 2012 beigefügt waren, nachdem beide Parteien die VOB/B 2012 einbeziehen wollten und beiden Parteien die VOB/B 2012 bekannt war.

b.

Die VOB/B 2012 ist aber nicht im Ganzen ohne inhaltliche Abweichungen einbezogen worden, so dass eine Klauselkontrolle trotz § 310 Abs. 1 S. 3 BGB anhand von § 307 BGB zu erfolgen hat.

aa.

Dabei findet eine AGB-Kontrolle schon dann statt, wenn die Parteien irgendeine vertragliche Abweichung von den VOB/B vereinbart haben; auf das Gewicht der Abweichung kommt es nicht an, insbesondere bedarf es keines Eingriffs in den „Kernbereich“ der VOB/B. Jede vertragliche Abweichung von der VOB/B führt dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist. Es kommt nicht darauf an, welches Gewicht der Eingriff hat (Leitsatz BGH, Urteil vom 22.01.2004 – VII ZR 419/02 – juris; BGH, Urteil vom 19. Januar 2023 – VII ZR 34/20 –, BGHZ 236, 96-110, Rn. 18). Ausreichend ist, dass eine Vertragsbestimmung den Regelungsgehalt der VOB/B abändert, also ob durch die Vertragsregelung etwas anderes als bei unveränderter VOB/B gelten würde, sofern die Änderung den Vertragspartner des Verwenders der VOB/B belastet und der Verwender der VOB/B auch diese gestellt hat (Ingenstau/Korbion/Sienz VOB 22. Auflage 2023 Anhang 3 Rn. 39).

bb.

Dies ist hier der Fall.

(a)

Die Parteien haben die „Zusätzlichen Technische Vertragsbedingungen“ in den Vertrag einbezogen. Dort heißt es unter „ZTV 04 Sicherheit auf der Baustelle“ (Anlage K2; 12 LGA Anlagen Klägerin):

„Mit dem Abschluss eines Werkvertrages wird der einzelne Auftragnehmer für den auf ihn übertragenen Teilbereich der Baumaßnahmen verantwortlich. Er hat die von ihm beherrschbaren Gefahren auszuschließen, für Ordnung auf seiner Arbeitsstelle zu sorgen und die Sicherheit seiner Beschäftigten zu gewährleisten. Unternehmer, deren Leistungen auf der Baustelle zeitlich und örtlich zusammentreffen, haben sich gem. § 6 Abs. 2 UVV "Allgemeine Vorschriften" (BGV A 1/ bisherige VBG 1) mit den weiteren Auftragnehmern abzustimmen, um eine gegenseitige Gefährdung und nach den Bestimmungen der betreffenden Landesbauordnung die Gefährdung Dritter zu vermeiden.“

(b)

Dies stellt eine Abweichung von § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B 2012 dar, wonach der „Auftraggeber (...)“ für die Aufrechterhaltung der allgemeinen Ordnung auf der Baustelle zu sorgen und das Zusammenwirken der verschiedenen Unternehmer zu regeln“ hat.

Mit der Regelung in ZTV 4 wird deshalb abweichend von dem Konzept der VOB/B 2012 dem Unternehmer statt dem Auftraggeber die Abstimmung mit anderen Unternehmern auferlegt.

Der Auftragnehmer ist zwar nach § 4 Abs. 2 Nr. 1, 2 VOB/B für die Ordnung auf seiner Baustelle verantwortlich, außerdem trifft ihn seinen eigenen Mitarbeitern gegenüber die Aufgabe, bestimmte Verpflichtungen wahrzunehmen. Jedoch betrifft die Verantwortung für die Ordnung allein seine eigene Baustelle. Die Regelung in ZTV 4 geht darüber hinaus, da danach eine Koordinierungspflicht des Auftragnehmers/Unternehmers auch bei einem bloßen Zusammentreffen der Leistungen der verschiedenen Unternehmer begründet wird, auch wenn dieses nicht auf der Baustelle des Auftragnehmers erfolgt. Außerdem stellt eine Koordinierung etwas anderes als die Einhaltung der Ordnung dar. Dabei liegt hier die Koordinierungspflicht nach § 4 Abs. 1 VOB/B 2012 eigentlich beim Auftraggeber.

(c)

Es handelt sich bei der Regelung in ZTV 4 auch nicht um eine bloße Wiedergabe des Gesetzeswortlauts von § 6 Abs. 2 UVV.

Nach § 6 Abs. 2 UVV hat sich der Unternehmer „je nach Art der Tätigkeit zu vergewissern, dass Personen, die in seinem Betrieb tätig werden, hinsichtlich der Gefahren für ihre Sicherheit und Gesundheit während ihrer Tätigkeit in seinem Betrieb angemessene Anweisungen erhalten haben.“

Damit wird dem Unternehmer lediglich die Pflicht auferlegt sicherzustellen, dass Personen, die in seinem Betrieb tätig werden, Anweisungen für ihre Sicherheit und Gesundheit erhalten haben.

Der Unternehmer wird nicht zur Koordinierung mit anderen Unternehmern verpflichtet, außerdem gilt die Verpflichtung nur gegenüber den in seinem Betrieb tätigen Personen, während ZTV 4 weitergehend die Koordinierungspflicht auch bei einem bloßen Zusammentreffen der Leistungen vorschreibt. Außerdem erfasst die Verpflichtung nur die Sicherstellung, dass die in seinem Betrieb tätigen Personen Gefahrenhinweise erhalten haben, nicht aber die Gewährleistung der Sicherheit selbst.

(d)

Die Klausel in ZTV 4 geht auch über die Regelung in § 6 Abs. 1 UVV hinaus.

In § 6 Abs. 1 UVV heißt es: „Werden Beschäftigte mehrerer Unternehmer oder selbstständige Einzelunternehmer an einem Arbeitsplatz tätig, haben die Unternehmer hinsichtlich der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten, insbesondere hinsichtlich der Maßnahmen nach § 2 Absatz 1, entsprechend § 8 Absatz 1 Arbeitsschutzgesetz zusammenzuarbeiten. Insbesondere haben sie, soweit es zur Vermeidung einer möglichen gegenseitigen Gefährdung erforderlich ist, eine Person zu bestimmen, die die Arbeiten aufeinander abstimmt; zur Abwehr besonderer Gefahren ist sie mit entsprechender Weisungsbefugnis auszustatten.“

Damit erfasst § 6 Abs. 1 UVV nur den Fall, dass Beschäftigte mehrerer Unternehmer an einem Arbeitsplatz zusammenarbeiten, was enger ist als ein bloßes „Zusammentreffen“ der jeweiligen Leistungen.

Außerdem betrifft die Klausel als Regelung des Arbeitsschutzes nur den Gesundheitsschutz und die Sicherheit der Beschäftigten; demgegenüber regelt ZTV 4 aber auch eine Koordinierungspflicht zur Abwehr von Gefahren für Dritte, nicht nur der Arbeitnehmer. Die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der allgemeinen Ordnung und zur Koordinierung der verschiedenen Auftragnehmer trägt aber nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/B 2012 der Auftraggeber.

(e)

Die Regelung geht, anders als dies die Beklagte meint, auch über § 44 Abs. 1 LBO BW hinaus. § 44 Abs. 1 LBO verpflichtet den Unternehmer dazu, seine Arbeiten den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechend durchzuführen, was letztlich eine Selbstverständlichkeit ist. § 44 LBO entfaltet außerdem keine drittschützende Wirkung, auch nicht zugunsten des Auftraggebers, sondern betrifft allein das Verhältnis Unternehmer – Baurechtsbehörde (BeckOK BauordnungsR BW/Hofmeister/Mayer, 26. Ed. 1.10.2023, BWLBO § 44 Rn. 8); nicht gesagt ist damit aber, wer privatrechtlich im Verhältnis Auftraggeber – Auftragnehmer die Koordinierung zu übernehmen hat. Eben dies regelt § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B 2012, von der wiederum ZTV 4 abweicht.

(f)

Soweit die Beklagte meint, die Regelungen in ZTV 4 wiederholten letztlich den gesetzlichen Wortlaut oder gingen möglicherweise „etwas darüber hinaus“ (136 OLGA), so kommt es zum einen nicht auf ein Abweichen von den gesetzlichen Regelungen, sondern auf ein Abweichen von den VOB/B 2012 an, zum anderen ist auch ein geringfügiges Abweichen ausreichend, um eine Klauselkontrolle auszulösen.

(g)

Was § 34 HOAI Anlage 10 LP 8 mit der Frage einer Abweichung von ZTV 4 von § 4 Abs. 1 VOB/B 2012 zu tun haben soll, erschließt sich nicht (128 ff. OLGA).

Soweit die Beklagte auf §§ 1 ff. BaustellVO verweist, so ist die primär Verpflichtete die Beklagte als Bauherrin, die zur Sicherstellung von Sicherheit und Gesundheitsschutz der Beschäftigten auf der Baustelle verantwortlich ist. Zwar ist korrekt, dass nach § 5 BaustellVO auch den Auftragnehmer bestimmte Pflichten bezüglich des Arbeitsschutzes treffen. ZTV 4 regelt aber Koordinie-

rungspflichten zur Vermeidung von gegenseitigen Gefährdungen und der Gefährdung Dritter und betrifft damit einen anderen Regelungsbereich.

(h)

Ob und inwieweit auch andere von der Beklagten verwendete Klauseln die VOB/B 2012 abändern, kann damit dahingestellt bleiben.

(i)

Die Beklagte ist auch unstreitig sowohl die Verwenderin der ZTV, nachdem die Klausel in dem von ihr erstellten Leistungsverzeichnis aufgeführt ist (Anlage K2, 12 LGA Anlagen Klägerin), also auch der VOB/B 2012.

c.

Dabei hält § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand:

§ 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B weicht so gravierend von den BGB-Regeln ab, dass dieser gem. § 307 BGB unwirksam ist (BGH, Urteil vom 19. 3. 1998 - VII ZR 116/97 noch zum AGBG; BGH NJW 2004, 1597; Ingenstau/Korbion/Sienz VOB 22. Auflage 2023 Anhang 3 Rn. 100 m.w.N.; BeckOK VOB/B/Kandel VOB/B § 16 Abs. 3 Rn. 48).

6.

Hinzu kommt ein Anspruch auf Verzugszinsen aus 6.324,19 € gem. §§ 280 Abs. 1, 2, 286, 288 Abs. 2 BGB in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.07.2020, nachdem die Beklagte mit der Schlussrechnungsprüfung vom 25.06.2019 erklärt hat, dass keine weiteren Zahlungen erfolgen werden. Da Verzugszinsen aber erst ab dem 02.07.2020 geltend gemacht werden, können diese auch erst ab diesem Zeitpunkt zugesprochen werden, § 308 Abs. 1 S. 1, 2 ZPO.

B.

Ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung von 31.398,15 € brutto gem. § 6 Abs. 6 VOB/B 2012 bzw. § 642 BGB wegen Bauzeitenverzögerungen besteht nicht.

1.

Soweit die Klägerin 17.745,00 € netto bzw. 21.116,55 € brutto Schadensersatz gem. § 6 Abs. 6 VOB/B 2012 für durch Verzögerungen entstandene zusätzliche Bauleitertätigkeiten in Höhe von 273 Stunden à 65 € verlangt,

ist der Vortrag, wie das Landgericht richtig gesehen hat, unschlüssig.

a.

Die Klägerin trägt von der Beklagten bestritten vor, ihr Bauleiter P. habe nach dem 29.09.2016, dem eigentlich vereinbarten Ende der Bautätigkeit der Klägerin, erhebliche Zeit mit der Durchsicht von Bau- und SiGeKo-Protokolle, Schrift- und E-Mail-Verkehr und Telefonaten verbracht, nämlich jeweils 2 Stunden/Woche in der Zeit vom 24.11.2016 bis 02.07.2017 (62 Stunden) wegen fehlender Vorleistungen anderer Gewerke und der Witterung, vom 04.09.2017 bis 13.09.2017 (4 Stunden) und vom 23.10.2017 bis 26.11.2017 (10 Stunden) wegen fehlender Vorleistungen von Steinmetz- und Malerarbeiten sowie jeweils 0,5 Stunden/Woche in der Zeit vom 27.11.2017 bis 29.08.2018 (13 Stunden) ebenfalls wegen fehlender Vorleistungen. Hinzu kämen 3 Fahrten à 14 Stunden am 22.11.2016, 26.06.2017 (oder 27.06.2017, 107 LGA) und 11.09.2017 (42 Stunden) zur Kontrolle der Baustelle bzw. deren Stand (60 OLGA).

b.

Dies ergibt addiert jedoch lediglich 131 Stunden, wovon im Rahmen der Berufungsbegründung – allerdings ohne den Antrag anzupassen – auch die Klägerin ausgeht (60 OLGA).

Für die darüberhinausgehenden 142 Stunden à 65 € = 9.230,00 € fehlt es damit bereits an einem Vortrag.

c.

Auch die geltend gemachten 131 Stunden zusätzliche Bauleitertätigkeit sind nicht schlüssig dargelegt.

Hierfür hätte die Klägerin im Rahmen einer bauablaufbezogenen Darstellung zum einen darlegen und beweisen müssen, dass bei ungestörtem Bauablauf die Arbeiten fristgemäß hätten erledigt werden können, und zum anderen, aufgrund welcher Verzögerungen welche vorgesehenen Arbeiten nicht durchgeführt werden konnten und wie sich dies ausgewirkt hat (BeckOK VOB/B/Oberhauser VOB/B § 6 Abs. 6 Rn. 11).

Die Klägerin hat aber weder dargelegt, wie viele Stunden Bauleitertätigkeit angefallen wären, wenn die Arbeiten in der vereinbarten Zeit hätten ausgeführt werden können, noch, wie welche Verzögerungen zu Mehrstunden geführt haben. Allein, dass die Bauleitertätigkeit nach der vereinbarten Zeit angefallen ist, be-

gründet entgegen der Rechtsansicht der Klägerin keinen Mehraufwand des Bauleiters und damit auch keinen Schaden.

Der Vortrag zu den angeblichen Mehrstunden pro Woche ist völlig pauschal und keinem Beweis zugänglich, weshalb es einer Erhebung des Zeugenbeweises nicht bedurfte. Die Klägerin hat nicht dargelegt, welche konkreten Arbeiten zusätzlich angefallen und warum diese auf die behaupteten Bauzeitenverzögerungen zurückzuführen sein sollen. Insbesondere ist nicht ersichtlich und auch nicht dargelegt, warum der Bauleiter bei zeitweilig vollständig ruhender Baustelle dennoch 2 Stunden/Woche aufgewendet haben soll. Gleiches gilt für die Fahrten vom 22.11.2016, 27.6.2017 und 11.9.2017 mit insgesamt 42 Stunden; hier hat die Klägerin zwar vorgetragen, dass diese zur Kontrolle der Baustelle, Bautenstands- und Detailabstimmungen erforderlich gewesen seien. Warum dies aber zusätzlich notwendig wurde durch von der Beklagten konkret schuldhaft verursachte Verzögerungen, ist nicht dargelegt.

d.

Das Landgericht hat außerdem zu Recht darauf hingewiesen, dass Fahrten auch für die Nachträge notwendig geworden wären, die Klägerin aber nicht aufschlüsselt, welche Fahrten verzögerungsbedingt zusätzlich anfielen, und welche zur Erledigung der vereinbarten Nachträge notwendig wurden.

Soweit die Klägerin vorträgt, dass es auf die Nachträge deshalb nicht ankomme, da diese mit der ursprünglich geplanten Leistung hätten ausgeführt werden können (57 OLGA), so stimmt dies schon deshalb nicht, als die Nachträge sämtlich nach der ursprünglichen Leistungszeit vereinbart wurden: Nachtrag 1 am 08.11.2016 (Anlage K9), Nachtrag 2 am 21.02.2017 (Anlage K13) und Nachtrag 4 am 14.12.2017 (Anlage K22). Denkwürdig konnte die Klägerin diese Nachträge nicht in der ursprünglich vereinbarten Ausführungszeit abarbeiten, auch wenn es in den Nachträgen jeweils heißt, dass die Ausführungsfristen nicht verändert würden.

Die „einfache Überlegung“ der Klägerin, die Klägerin hätte die Fahrten auch ohne Nachträge ausführen müssen, weil es die Behinderungen gegeben habe, weshalb es an der Kausalität der Nachträge für die Fahrten fehle (57 OLGA), ist gerade anders herum zu betrachten: Nach § 6 Abs. 6 VOB/B wird der Schaden ersetzt, der durch die Verzögerung nachweislich entstanden ist. Wenn die Klägerin aber sowieso z. B. wegen der Nachträge hätte fahren müssen, so ist dies kein Schaden. Die Argumentation, sie hätte wegen der Verzögerung auch

dann fahren müssen, wenn es keine Nachträge gegeben hätte, geht von einem fiktiven Sachverhalt aus und begründet erkennbar keinen Schaden.

e.

Außerdem fehlt es an einer gem. § 6 Abs. 1 VOB/B erforderlichen Behinderungsanzeige; eine solche war auch nicht wegen Offenkundigkeit entbehrlich.

aa.

Soweit die Klägerin eine Verzögerung ihrer Bautätigkeit im Zeitraum vom 12.08.2016-17.08.2016 damit begründet, dass sich hinter einem Fallrohr ein Wespennest befunden habe, das durch eine Fachfirma habe beseitigt werden müssen, weshalb sie offenkundig behindert und erst ab dem 18.08.2016 wieder habe arbeiten können (3 LGA), ist bereits nicht nachvollziehbar, warum ein Wespennest an einem von insgesamt zwölf Fallrohren dazu geführt haben soll, dass weder an den anderen Fallrohren noch sonstige Arbeiten am Dach durchgeführt werden konnten.

Außerdem wurde eine Behinderung gem. § 6 Abs. 1 S. 1 VOB/B nicht angezeigt. Diese war auch nicht wegen Offenkundigkeit entbehrlich, da weder ersichtlich ist, wann die Beklagte vom Wespennest Kenntnis erlangt hat, noch, dass für die Beklagte erkennbar war, dass die Klägerin hierdurch an jeglichen Dacharbeiten gehindert gewesen sein will. Damit mag die Tatsache des Vorliegens eines Wespennestes offenkundig bzw. der Beklagten bekannt gewesen sein, nicht aber die aus Sicht der Klägerin bestehende Behinderung jeglicher Dacharbeiten (§ 6 Abs. 1 S. 2 a.E. VOB/B 2012).

bb.

Soweit sich die Klägerin auf Verzögerungen im Zeitraum vom 01.09.-11.09.2016 und 12.09.-31.10.2016 beruft, weil in dieser Zeit auf Grund einer Mitteilung der zuständigen Architekten der Dachzugang gesperrt gewesen sei, was für die Beklagten offenkundig gewesen sei, so überzeugt auch dies nicht.

Zwar war nach der E-Mail des Architekten der Beklagten K. vom 01.09.2016 wegen des bestehenden Zustandes der Decke über dem zweiten OG der Zugang zum 2. Ober- und Dachgeschoss ohne ausdrückliche Genehmigung seitens der Bauleitung bis auf weiteres untersagt (Anlage K5, 67 Anlagen Klägerin LGA); mit E-Mail vom 12.09.2016 wurde dies auf das 1. OG erweitert (Anlage K6, 68 Anlagen Klägerin LGA). Am 31.10.2016 wurde die Freigabe erteilt.

Jedoch hat die Beklagte zu Recht darauf hingewiesen, dass die Sperrung lediglich im Gebäude bestanden hat. Dass dies die Dachdeckerarbeiten behindert haben soll, ist nicht nachvollziehbar, da das Dach ungehindert betretbar und der Zugang über die Gerüsttreppen möglich war.

Auch nach dem von der Klägerin zitierten 13. Bauprotokoll vom 08.09.2016 war das Dachgeschoss zwar gesperrt. Dachdeckungsarbeiten und das Betreten des Dachs waren aber möglich („Dachdeckungsarbeiten: Fortführung Demontage Dacheindeckung. Beginn der Einlattung in KW 37. Notwendige Vorarbeiten Zimmerarbeiten können derzeit nicht erstellt werden. Mittelrisalit & Kopfbauten entsprechend sind vorzuziehen“, Anlage K36, 162 Anlagen Klägerin LGA). Im Bauprotokoll vom 13.10.2016 (Anlage K36, 167 Anlage Klägerin LGA) heißt es zu den Dachdeckungsarbeiten ausdrücklich: „Eindeckungsarbeiten und Klempnerarbeiten an Kehlen laufend“, was belegt, dass die Klägerin Arbeiten auf dem Dach ausführen konnte und dies auch getan hat.

Selbst wenn die Klägerin durch die Sperrungen im Gebäude behindert gewesen sein sollte, so war dies deshalb für die Beklagte jedenfalls nicht offenkundig im Sinne von § 6 Abs. 1 S. 2 VOB/B 2012, eine Behinderungsanzeige gem. § 6 Abs. 1 VOB/B 2012 ist unstreitig nicht erfolgt.

Soweit die Klägerin sich ergänzend darauf beruft, dass durch die Sperrung die Zimmererarbeiten als Vorleistung für die klägerische Arbeit nicht erbracht worden seien, was sich aus dem 13. Bauprotokoll vom 08.09.2016 Anlage K36 ergebe (109 LGA), so fehlt es an einer Behinderungsanzeige; diese war auch nicht wegen Offensichtlichkeit entbehrlich, da für die Beklagte nicht erkennbar war, dass die Klägerin an der Arbeit auch an anderen Stellen des Dachs gehindert gewesen sein will, § 6 Abs. 1 S. 2 VOB/B 2012.

cc.

Soweit die Klägerin vorträgt, im Zeitraum vom 21.11.-27.11.2016 hätten jeweils nur drei Angestellte für nur drei Tage statt vorgesehener vier Tage arbeiten können, was wieder an fehlenden Vorleistungen des Zimmerers gelegen habe (14 LGA), so sind weder die Einschränkungen substantiiert vorgetragen noch eine Bedenkenanmeldung erfolgt oder die Offenkundigkeit für die Beklagte dargelegt.

dd.

Bezüglich des klägerischen Vortrags, „die Behinderungen“ hätten bis 03.07.2017 andauert, das DG sei am 24.11.2017 noch gesperrt gewesen und Dachdeckungsarbeiten hätten im Bereich der Gauben, Dachfenster und teilweise Kehlbereiche noch immer nicht ausgeführt werden können, war in erster Instanz bereits der Zeitraum der behaupteten Verzögerung unklar. Erst im Rahmen der Berufungsbegründung hat die Klägerin diesen auf den 01.12.2016 bis 03.07.2017 konkretisiert, in dem die Klägerin keine Tätigkeiten ausführen konnte. Wofür in der Zeit der Bauleiter zwei Stunden pro Woche zusätzlich arbeiten musste, wenn die Klägerin keine Arbeiten ausführen konnte, ist nicht nachvollziehbar und wird von der Klägerin auch nicht dargelegt.

Eine Behinderungsanzeige ist auch für diesen Zeitraum nicht erfolgt.

ee.

Am 13.07.2017 hat die Klägerin zwar eine Baubehinderung angezeigt, da die Ausführung wegen Farbabweichungen der Flächenziegel zum Firstziegel gestoppt worden sei (Anlage K18, K19 LGA). Hierdurch entstandene zusätzliche Bauleiterstunden werden aber weder geltend gemacht noch wären diese ersichtlich. Soweit die Klägerin meint, dass ihr hierdurch Mehrkosten von 1.297,00 € entstanden seien (7 LGA), so ist der (nicht substantiiert dargelegte) Schaden nicht streitgegenständlich.

ff.

An einem substantiierten Vortrag fehlt es auch, soweit die Klägerin eine Baubehinderung für die Zeit vom 04.09.-10.09.2017 (KW 36) behauptet (16 LGA). Der Vortrag, die „Baustelle (sei) nicht von Arbeitern der Klägerin besetzt (gewesen), da aufgrund von fehlenden Vorleistungen der Gewerke Zimmerer, Sanitär, Fensterbauer und Steinmetz keine Dachdeckerarbeiten möglich“ gewesen seien, ist nicht hinreichend substantiiert, als nicht ausgeführt wird, worin diese Behinderungen bestanden und warum diese zu Verzögerungen geführt haben sollen. Es fehlt außerdem an einer Anzeige der Behinderung; dass diese Behinderung offenkundig gewesen wäre, ist nicht dargetan.

gg.

Gleiches gilt für angebliche Behinderungen im Zeitraum vom 11.09.-17.09.2017 (KW 37), in der nur Dach-

klempnerarbeiten in Form von Einstemmen der Bleiwolle ausgeführt hätten werden können und andere Arbeiten mangels Vorleistungen nicht möglich gewesen sein sollen (16 LGA). Es ist weder dargetan, welche Vorarbeiten gefehlt haben sollen noch wie dies zu Verzögerungen der Leistung der Klägerin geführt hat. An einer Behinderungsanzeige fehlt es.

hh.

Am 04.10.2017 hat die Klägerin zwar eine Baubehinderungsanzeige bezüglich der Fallrohre auf der Südseite erstattet (Anlage K20 LGA). Danach könne statt in KW 39 erst in KW 41 mit der Montage begonnen werden, weil Vorarbeiten der Malerfirma fehlten.

Welcher Schaden hierdurch entstanden sein soll, insbesondere warum dies Mehrarbeiten für den Bauleiter bedeutet haben soll, ist aber weder dargelegt noch ersichtlich.

ii.

Der weitere Vortrag, dass „in der Folgezeit“ – unklar ist, ab wann diese beginnen und wann diese enden soll – die Baustelle nur noch mit einem Arbeiter besetzt habe werden können, da keine weiteren Arbeiten mehr möglich gewesen seien, ist völlig unsubstantiiert. Eine Behinderungsanzeige ist nicht erfolgt. Im Übrigen erfolgte am 17.10.2017 die Abnahme der klägerischen Arbeiten. Dass danach noch weitere Arbeiten notwendig wurden, ist weder vorgetragen noch nachvollziehbar.

f.

Inwieweit die Beklagte ein Verschulden an den Verzögerungen trifft (§ 6 Abs. 6 S. 1 HS 1 VOB/B 2012), kann deshalb dahingestellt bleiben. Lediglich der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass jedenfalls bezüglich einiger der gerügten Behinderungen, insbesondere der witterungsbedingten Verzögerungen, aber auch bezüglich des Wespennests, ein Vertretenmüssen der Beklagten nicht ersichtlich ist, zumal die Klägerin für die meisten der Behinderungen keine Behinderungsanzeigen gestellt und damit der Beklagten keine Möglichkeit gegeben hat, für Abhilfe zu sorgen.

2.

Der Klägerin steht kein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 6 Abs. 6 VOB/B 2012 für zusätzlich 30 Fahrten à 960 km = 28.500km * 0,30 €/km = 8.640,00 € netto = 10.281,60 € brutto zu.

a.

Die Klägerin meint, sie habe wegen der oben aufgeführten Behinderungen mehrfach mit geringerer Kolonnenstärke die Baustelle anfahren müssen, was sich auf die Effektivität ausgewirkt habe. Es sei „offenkundig“, dass geringere Baustellenbesetzungen zwangsläufig zu mehrfachen zu vergütenden Anfahrten führten (19 LGA). Geplant habe sie – ohne darzulegen, dass und wie sie damit ausgekommen wäre – mit 12 Fahrten à 960 km für 6 Wochen Ausführungszeit à 10 Arbeitskräfte. Wegen Bauverzögerungen seien aber im Zeitraum 32. KW 2016 bis 42. KW 2017 insgesamt 42 Fahrten (vgl. Auflistung 107, 108 LGA) à 960 km notwendig geworden, davon 39 Fahrten mit dem Transporter und 3 für den Bauleiter.

Soweit die Klägerin in der Schlussrechnung (Anlage K48) noch von 39.360 km und damit 11.808 € ausgegangen ist, wird der Vortrag nicht aufrechterhalten. Soweit die Beklagte meine, schon wegen der vereinbarten Nachträge seien Fahrten nach der vereinbarten Ausführungszeit notwendig geworden, stimme dies nicht. Es sei ausdrücklich vereinbart worden, dass sich durch die Nachtragsanträge (Anlagen K9, 13, 22) die Ausführungsfristen nicht verlängerten (56 OLGA). Jedenfalls 10 Fahrten seien außerdem nach dem vereinbarten Zeitraum und vor dem ersten Nachtrag erfolgt, so dass diese jedenfalls nicht auf den Nachtrag zurückgeführt werden könnten (58 OLGA).

Das Landgericht hat den Anspruch abgewiesen. Der Anspruch sei nicht schlüssig dargelegt, es fehle auch hier an einer bauablaufbezogenen Darstellung. Insbesondere habe die Klägerin nicht dargelegt, wie sich die Arbeit ohne die behaupteten Baubehinderungen dargestellt hätte. Außerdem habe die Klägerin nicht berücksichtigt, dass es Nachträge gegeben habe, die weitere Fahrten sowieso nötig gemacht hätten, die die Klägerin aber nicht in ihren 12 Fahrten berücksichtigt habe.

b.

Die Abweisung durch das Landgericht ist zu Recht erfolgt.

aa.

Dass die von der Klägerin gerügten Behinderungen größtenteils nicht nachvollziehbar sind und in den meisten Fällen weder eine Behinderungsanzeige erfolgt noch die Behinderung offenkundig war, wurde bereits dargelegt. Schon deshalb fehlt es an einem ersatzfähigen Schaden.

bb.

Unabhängig davon hat die Klägerin auch nicht dargelegt, warum die von ihr gerügten Behinderungen weitere zusätzliche Fahrten notwendig gemacht haben sollen.

Insbesondere kann die Klägerin nicht pauschal darauf verweisen, sie habe „nur mit 12 Fahrten à 960 km kalkuliert“, und da 42 Fahrten angefallen seien, seien die 30 Fahrten zusätzlich angefallen. Dies wäre nur dann nachvollziehbar, wenn sie darlegen und beweisen könnte, dass 12 Fahrten tatsächlich ausreichend gewesen wären, was sie aber mangels bauablaufbezogener Darstellung nicht getan hat. Wie die angeblichen Verzögerungen zu zusätzlichen Anfahrten geführt haben sollen, ist ebenfalls nicht dargelegt.

cc.

Hinzu kommt, dass unstreitig drei Nachträge nach der ursprünglich vertraglich vorgesehenen Vertragsausführungszeit vereinbart wurden. Eine Ausführung dieser Nachträge in der ursprünglich vereinbarten Vertragsausführungszeit ist, auch wenn die Parteien dies in den Nachtragsaufträgen anders vereinbart haben (vgl. den in den Nachträgen gem. Anlagen K9, K13 und K22 LGA jeweils enthaltenen Vermerk „Die Ausführungsfristen werden nicht verändert“), denknotwendig ausgeschlossen. Ob und ggf. in welchem Umfang sich die ursprüngliche Ausführungszeit verlängert hat, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

3.

Der Klägerin steht auch kein weitergehender Anspruch gestützt auf § 642 BGB zu, gleich ob für zusätzliche Bauleiterstunden oder zusätzliche Fahrtkosten.

a.

Die Klägerin trägt vor, es sei offenkundig, dass sie von KW 48 2016 bis 3.7.2017 nicht habe arbeiten können und dennoch der Bauleiter 2 Stunden/Woche für Büro-tätigkeiten habe aufwenden müssen. Auch hier müssten die Nachträge außen vor bleiben, da diese in der regulären Vertragszeit hätten abgearbeitet werden sollen. Da konkrete unnütz aufgewandte Kosten und keine Vorhaltekosten verlangt würden, komme es auch nicht auf einen anderweitigen Erwerb an (63 OLGA).

Das Landgericht, dem sich die Beklagte anschließt, hat Ansprüche wegen Bauzeitenverzögerung gestützt auf

§ 642 BGB abgelehnt. Es fehle bereits an einer schlüssigen Darlegung eines Unterlassens einer Mitwirkungsobliegenheit durch die Beklagte, deren Erforderlichkeit für den Werkerfolg und die schlüssige Darlegung der Dauer. Nicht dargelegt sei, wann die einzelne Behinderung begonnen habe und wann diese wieder beendet gewesen sei. Außerdem fehle es an hinreichend dargelegten Kriterien für eine richterliche Schätzung der angemessenen Entschädigung.

b.

Grundsätzlich ist § 642 BGB neben § 6 Abs. 6 VOB/B anwendbar (BGH, Urteil vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98).

Voraussetzung für einen Anspruch nach § 642 Abs. 2 BGB bei einem VOB/B-2012-Vertrag ist eine Behinderung der Ausführung, die der Auftragnehmer dem Auftraggeber angezeigt hat oder die offenkundig ist (§ 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 6 S. 2 VOB/B) sowie eine erforderliche Handlung durch den Auftraggeber, die dieser unterlassen hat und auf Grund dessen dieser in Annahmeverzug gekommen ist. Ein Verschulden ist, anders als bei § 6 Abs. 6 VOB/B, nicht erforderlich (BeckOGK/Lasch, 01.10.2023 BGB § 642 Rn. 1; 126).

Inwieweit es für den Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB einer bauablaufbezogenen Darstellung, also der Gegenüberstellung der Ist- und Soll-Abläufe, bedarf, ist streitig (vgl. hierzu BeckOGK/Lasch, 01.10.2023 BGB § 642 Rn. 112, 113 unter Darstellung des Streitstands; ausdrücklich offen gelassen BGH, Versäumnisurteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17, dort Rn. 21), bedarf hier aber keiner Entscheidung, da der Anspruch unabhängig hiervon nicht besteht.

aa.

Weder hat die Klägerin substantiiert dargelegt, welche konkreten Behinderungen bestanden, noch hat sie dargelegt, warum sie hierdurch in der Ausführung ihrer Arbeit behindert war. Es fehlt außerdem – mit wenigen Ausnahmen, bei denen aber die Auswirkungen der Behinderung ebenfalls nicht dargelegt wurden – an der auch für einen Anspruch aus § 642 BGB erforderlichen Behinderungsanzeige, s.o..

bb.

Die Klägerin hat nicht substantiiert dargelegt, wodurch die Beklagte in Annahmeverzug geraten sein soll.

Für den Annahmeverzug ist entweder ein tatsächliches (§ 294 BGB) oder wörtliches (§ 295 BGB) Angebot der Auftragnehmerseite erforderlich. Diese sind zwar regelmäßig in der Behinderungsanzeige zu sehen, an dieser fehlt es aber überwiegend.

Zwar kann auch dadurch Annahmeverzug eintreten, dass der Auftraggeber das Objekt nicht rechtzeitig zur Verfügung stellt (Dötterlin BeckOGK Stand 01.12.2022 § 295 Rn. 40.2) und eine Zeit für die Vornahme der Handlung nach dem Kalender bestimmt ist (§ 296 BGB). Insbesondere für die Zeit nach dem ursprünglichen Ausführungszeitraum nach dem 29.09.2016, was auch für sämtliche vereinbarten Nachträge gilt, fehlt es jedoch an einer kalendermäßig bestimmten Vornahmezeit.

cc.

Schließlich sind die von der Klägerin geltend gemachten Schäden nicht nach § 642 Abs. 1, 2 BGB ersatzfähig.

§ 642 Abs. 1, 2 BGB erfasst nur eine angemessene Entschädigung (keinen Schadensersatz) für die Wartezeiten des Unternehmers und eine Kompensation für die Bereithaltung von Personal, Geräte und Kapital; Mehrkosten, die dadurch anfallen, dass sich die Ausführung der Leistung des Unternehmers – etwa aufgrund von Lohn- oder Materialkostensteigerungen – verteuert, weil sie wegen des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer ihm obliegenden Mitwirkungshandlung zu einem späteren Zeitraum ausgeführt wird, sind danach nicht Gegenstand der nach § 642 BGB vom Unternehmer zu beanspruchenden Entschädigung (BGH, Versäumnisurteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17, dort Rn. 28). Der Entschädigungsanspruch besteht nur für die Zeit, in der tatsächlich Annahmeverzug vorliegt, nicht für die Zeit, in der dieser nicht mehr besteht, aber als Schaden fortwirkt. Die Entschädigung ist damit auf die Dauer des Annahmeverzugs begrenzt (BGH a.a.O. Leitsatz 1, 2; Rn. 26 ff.).

Die Klägerin macht mit ihrer Klage aber ausdrücklich keine Vorhaltekosten geltend, die sie auch nicht dargelegt hat, sondern zwar auf Grund, aber nach Wegfall des angeblichen Annahmeverzugs entstandene Kosten wie nach Wegfall der Behinderung angefallene zusätzliche Anfahrten. Diese werden von § 642 BGB, anders als von § 6 Abs. 6 VOB/B 2012, nicht erfasst.

C.

Der Klägerin steht ein Anspruch in Höhe von 16.530,66 € gem. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B 2012 für nicht erbrachte

Leistungen gemäß der 2. Schlussrechnung vom 15.12.2021 (Anlage K55, 308 Anlagen der Klägerin LGA) zu.

1.

Das Landgericht hat den Anspruch abgewiesen, da die Klägerin nicht hinreichend zu den ersparten Aufwendungen vorgetragen habe. Die vorgelegte Tabelle zu den ersparten Aufwendungen reiche nicht, da die Klägerin ihre Urkalkulation nicht offengelegt habe, aus der sich die Kalkulation ihrer Einheitspreise und damit der ersparten Aufwendungen ergebe. Auf die Frage, ob die Beklagte frei gekündigt habe, komme es deshalb nicht an.

Hiergegen wendet sich die Klägerin; ihr stehe wegen der Vertragsaufhebung eine Kündigungsvergütung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B 2012 zu, zumal die Beklagte mit E-Mail vom 20.02.2018 ausdrücklich um Abrechnung gemäß Leistungsstand gebeten habe (Anlage K26, 130 LGA Anlagen Klägerin). Hilfsweise sei die Vertragsaufhebung als Kündigung auszulegen, wobei der Beklagten Seite kein Recht zur außerordentlichen Kündigung zugestanden habe, nachdem die Bauzeitenverzögerung sich aus der Sphäre der Beklagten ergeben habe. Der Anspruch sei – auch bezüglich der ersparten Aufwendungen, die sie sich abgezogen habe – schlüssig dargelegt, zumal die Beklagte unstreitig über die Kalkulation verfüge (65 OLGA).

Die Beklagte ist der Ansicht, die Aufforderung, nach dem derzeitigen Leistungsstand abzurechnen, könne als Kündigung gewertet werden. Jedoch sei sie zur außerordentlichen Kündigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B 2012 berechtigt gewesen, da sie erfolglos mit Schreiben vom 10.11.2017 der Klägerin eine Frist zur Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit unter Androhung der Kündigung gesetzt habe (Anlage K24, 121 LGA Anlagen Klägerin). Ein Anspruch scheide deshalb aus. Außerdem sei der Anspruch nicht schlüssig dargelegt, da die Klägerin nicht hinreichend unter Verwendung der Kalkulation zu den ersparten Aufwendungen auch nicht zu einem anderweitigen Erwerb vorgetragen habe (94 OLGA). Die Schlusszahlungseinrede werde erhoben.

2.

Die Stellung einer zweiten Schlussrechnung ist bei einem Bauvertrag nach VOB/B nicht durch die Stellung der ersten Schlussrechnung ausgeschlossen (BeckOK VOB/B/Cramer VOB/B § 14 Abs. 1 Rn. 14).

3.

Die Parteien haben sich einvernehmlich darauf geeinigt, dass die Klägerin einen Anspruch nach § 8 Abs. 1 VOB/B 2012 auf die sog. große Kündigungsvergütung geltend machen kann.

a.

Eine ausdrücklich erklärte einseitige Kündigungserklärung der Beklagten liegt zwar nicht vor.

Jedoch hat die Beklagte selbst vorgetragen, dass ihre Aufforderung, nach derzeitigem Leistungsstand abzurechnen, als Kündigungserklärung verstanden werden könne (84 LGA).

b.

Unabhängig davon kann auch die Vereinbarung einer einverständlichen Vertragsaufhebung die Folgen des § 8 Abs. 1 VOB/B auslösen. Wenn die Vereinbarung wie hier keine Regelung für die Folgen enthält, ist anhand der Umstände im Wege der Auslegung eine Lösung zu ermitteln (BeckOK VOB/B/Brüninghaus VOB/B § 8 Abs. 1 Rn. 9): Kommt der Auftragnehmer einem Auflösungswunsch des Bestellers etwa nach einer unberechtigten Kündigung nach, so hat die Vertragsaufhebung die Folgen der freien Kündigung. Liegen die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung für Auftraggeber oder -nehmervor, so ergeben sich die Folgen aus dieser. Einigen sich die Parteien freiwillig auf eine Vertragsauflösung, so kann schließlich die Auslegung auch ergeben, dass nur die erbrachten Leistungen zu vergüten sind, was etwa dadurch dokumentiert wird, dass der Auftragnehmer nur die Bezahlung erbrachter Leistungen und der Auftraggeber keine Mehrkosten verlangt.

Gemessen daran ist davon auszugehen, dass die Rechtsfolgen des § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B Anwendung finden.

aa.

Die Auslegung ergibt, dass die Parteien sich im Grundsatz darüber geeinigt haben, dass die Klägerin ihre nicht erbrachten Leistungen gemäß § 8 Abs. 1 VOB/B 2012 abrechnen kann.

Mit E-Mail vom 20.04.2018 (Anlage K28, 132 LGA Anlagen Klägerin) hat die Beklagte erklärt, dass dem Auftragnehmer (also der Klägerin) nach § 8 Abs. 1 VOB/B

die vereinbarte Vergütung, allerdings abzüglich ersparter Aufwendungen, zustehe. Dies hat sie mit ihrem Schreiben vom 23.04.2018 nochmals wiederholt (Anlage K29, 133 LGA Anlagen Klägerin).

Mit Antwortschreiben vom 27.04.2018 erwiderte hierauf die Klägerin; sie verstehe die E-Mail vom 20.04.2018 so, dass auch die Beklagte davon ausgehe, dass ihr ein Anspruch gemäß § 8 Abs. 1 VOB/B zustehe (Anlage K30, 136 LGA Anlagen Klägerin).

Mit Antwortschreiben vom 09.05.2018 bestätigte die Beklagte nochmals, dass im Grundsatz ein Anspruch nach § 8 Abs. 1 VOB/B bestehe, aber hierfür darzulegen sei, dass kein anderweitiger Erwerb vorliege (Anlage K31, 139 LGA Anlagen Klägerin).

Damit haben sich die Parteien darauf verständigt, dass im Grundsatz der Klägerin eine Vergütung nach § 8 Abs. 1 VOB/B zusteht, nur die Höhe derselben war streitig.

Die Klägerin hat daraufhin mit der 2. Schlussrechnung vom 15.12.2021 die nicht erbrachten Leistungen in Rechnung gestellt (Anlage K55, 308 LGA Anlagen Klägerin).

bb.

Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass auch die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung durch die Beklagte im Zeitpunkt der E-Mail vom 20.02.2018 (Anlage K26, 130 LGA Anlagen Klägerin) nicht vorlagen.

Zwar hatte die Beklagte eine Frist zur Aufnahme der Arbeiten mit Schreiben vom 10.11.2017 bis längstens 20.11.2017 gesetzt (Anlage K24, 121 LGA Anlagen Klägerin).

Jedoch hat die Klägerin mit Schreiben vom 21.11.2017 darauf hingewiesen, dass es zu Verzögerungen in der Sphäre der Beklagten gekommen sei (was etwa bezüglich der Zimmererarbeiten als Vorleistungen zutrifft) und diese insbesondere noch immer nicht erklärt habe, in welcher Art die Dachgauben auszuführen seien (voroxidiertes Kupfer oder nicht).

Solange aber die Beklagte sich nicht dazu erklärt, in welcher Art überhaupt die Klägerin ihre Leistung erbringen soll und damit ihre Mitwirkung in Form von planerischen Vorgaben verweigert (vgl. Senat, Urteil vom 30. November 2021 – 10 U 58/21 –, Rn. 125 ff.,

135, juris), kann die Klägerin auch nicht in Verzug geraten.

4.

Soweit die Beklagte einwendet, die Geltendmachung der Forderung sei rechtsmissbräuchlich, weil die Beklagte ihrerseits Positionen der Rechnung der Klägerin akzeptiert habe, die nicht nachgewiesen gewesen seien (84 LGA), so erschließt sich die Einwendung nicht.

Eine Einigung der Parteien darauf, dass nach der Schlusszahlung der Beklagten – die gerade nicht der Forderung der Klägerin entsprach –, keine weiteren Forderungen mehr gestellt werden könnten, ist nicht erfolgt. Der Anspruch ist auch nicht verwirkt.

Die Schlusszahlungseinrede gem. § 16 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B greift ebenfalls nicht durch, da § 16 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B einer Klauselkontrolle nach § 307 BGB nicht standhält und die VOB/B 2012 nicht im Ganzen einbezogen sind, s.o. unter A. Ziff. 5 c.

5.

Die Klägerin hat ihren Anspruch entgegen der Ansicht des Landgerichts schlüssig dargelegt.

a.

Die Klägerin hat die vereinbarte Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen unstreitig ordnungsgemäß in Ansatz gebracht (Anlage K55, 308 LGA Anlagen Klägerin).

b.

Die Klägerin ist auch der sie treffenden Erstdarlegungslast dazu nachgekommen, welche Aufwendungen sie tatsächlich erspart hat. Nachdem die Beweislast für die ersparten Aufwendungen bei der Beklagten liegt (allg. Meinung, vgl. etwa BeckOK/VOB/B/Brüninghaus, 53. Edition 01.11.2023, VOB/B § 8 Abs. 1 Rn. 58), ist eine weitergehende Darlegung nicht erforderlich.

aa.

Die Klägerin hat in ihrer Schlussrechnung für die nicht erbrachten Leistungen bezüglich der einzelnen Positionen jeweils aufgeführt, was sie hierbei tatsächlich erspart hat, insbesondere Fremdleistungen und Materialkosten.

bb.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts, das die Klage deshalb abgewiesen hat, ist nicht auf die Urkalkulation abzustellen. Entscheidend sind die tatsächlich ersparten Kosten. Die Abstellung auf die Urkalkulation – die der Beklagten im Übrigen vorliegt – stellt nur eine Möglichkeit der Darlegung dar, auf die im Übrigen auch nur dann abgestellt werden kann, wenn keine Anhaltspunkte auf eine andere Kostenentwicklung bestehen (BeckOK VOB/B/Brüninghaus 53. Edition 01.11.2023, VOB/B § 8 Abs. 1 Rn. 35).

cc.

Dass die Klägerin nicht substantiiert dargelegt hat, wie sie die in Abzug gebrachten ersparten Aufwendungen berechnet hat – sie hat nur auf die dem Gericht nicht (wohl aber der Beklagtenseite) vorliegende Urkalkulation und das Preisblatt EST verwiesen – ist unschädlich, da die Beweislast für die ersparten Aufwendungen bei der Beklagten liegt.

Die Erstdarlegungslast trifft nur deshalb die Auftragnehmerin, weil nur diese in der Regel dazu in der Lage ist, zu ihren ersparten Aufwendungen vorzutragen (BGH, Urteil vom 21.12.1995 – VII ZR 198/94, 3. Leitsatz). Wenn der Beklagten wie hier unstreitig die Kalkulation vorliegt, auf die sie selbst abstellen will, dann ist nicht ersichtlich, warum sie nicht in der Lage sein soll, selbst anhand der ihr vorliegenden Urkalkulation zu ermitteln, ob sich die von der Klägerin angesetzten ersparten Aufwendungen in diesem Rahmen halten. Konkrete Einwendungen gegen die in Abzug gebrachten ersparten Aufwendungen hat die Beklagte aber weder vorgebracht noch bewiesen.

c.

Die Klägerin muss sich auch keinen anderweitigen Erwerb in Abzug bringen lassen.

Darlegungs- und beweisbelastet für einen derartigen anderweitigen Erwerb ist der Besteller. Allerdings können an die Substantiiertheit seiner Darlegung je nach den Umständen des Einzelfalls keine besonderen Anforderungen gestellt werden, wenn es sich um Tatsachen aus dem alleinigen Wahrnehmungsbereich des Unternehmers handelt. Diesen kann dann eine sekundäre Darlegungslast treffen, deren Umfang sich einerseits nach der Intensität des Sachvortrags der beweisbelasteten Partei richtet und die andererseits ihre Grenzen in der Zumutbarkeit der den Prozessgegner treffenden Offenbarungspflicht findet. Ob mit dem

Parteivortrag der sekundären Darlegungslast genügt ist, hat das Tatsachengericht im Einzelfall zu beurteilen (BGH, Urteil vom 17. August 2023 – VII ZR 228/22 –, Rn. 38, juris).

aa.

Die Klägerin hat erstinstanzlich vorgetragen, sie habe keinen anderweitigen Erwerb „nach und aufgrund der Kündigung“ erwirtschaften können (13 LGA).

Die Beklagte, die hierfür darlegungs- und beweisbelastet ist, hat in erster Instanz keinen anderweitigen Erwerb der Klägerin behauptet. Erstmals im Rahmen der Berufungserwiderung hat sie eine aus ihrer Sicht fehlende Darstellung zum anderweitigen Erwerb gerügt („Zudem ist bei genauem Studium des § 648 bzw. § 649 BGB festzustellen, dass nicht nur die ersparten Aufwendungen, sondern auch etwaiger anderweitiger Erwerb für angestellte Mitarbeiter dargelegt werden muss. An dieser Darlegung fehlt es bisher vollständig“, 94 OLGA).

Soweit die Beklagte nunmehr erstmalig streitig gestellt hat, dass die Klägerin keinen anderweitigen Erwerb erzielt hat, so handelt es sich um neuen Tatsachenvortrag, der nach §§ 529 Abs. 1, 531 Abs. 1 ZPO unberücksichtigt bleiben muss. Es liegt auch kein Fall der § 531 Abs. 2 Nr. 1 - 3 ZPO vor, was die Beklagte auch nicht geltend macht. Das (Nicht-)Vorliegen von anderweitigem Erwerb ist auch nicht unstrittig, nachdem die Klägerin in erster Instanz vorgetragen hat, keinen anderweitigen Erwerb gehabt zu haben.

bb.

Letztlich kann dies dahingestellt bleiben, nachdem die Beklagte ihrer Darlegungs- und Beweislast bezüglich des anderweitigen Erwerbs nicht nachgekommen ist. Ein anderweitiger Erwerb muss vom Auftraggeber dargelegt und bewiesen werden, den Auftragnehmer trifft nur die sekundäre Darlegungslast (BeckOK VOB/B/Brüninghaus 53. Edition 01.11.2023, VOB/B § 8 Abs. 1 Rn. 35; BeckOGK/Kessen, 01.10.2023, BGB § 648 Rn. 178). Damit wäre es zunächst Sache des Auftraggebers, also der Beklagten, zu einem anderweitigen Erwerb vorzutragen. Die Klägerin müsste sich dann (aber erst dann) hierzu erklären. Anders als es die Beklagte wohl meint, führt ein fehlender Vortrag zum anderweitigen Erwerb nicht zur Unschlüssigkeit der Klage.

6.

Weiter stehen der Klägerin Verzugszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.01.2022 (Rechtshängigkeit) zu, §§ 280 Abs. 1, 2, 286, 288 BGB.

Da es sich jedoch bei der sog. großen Kündigungsvergütung für nicht erbrachte Leistungen nicht um eine Entgeltforderung im Sinne von § 288 Abs. 2 BGB handelt, betragen die Verzugszinsen nur 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

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 abge-

geschlossen 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, so-

dass 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 Verzugsseintritt 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 anerkanntes 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 Gesamtableistung 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 beziehe, die als rechtlich selbständiger Teilerfolg mit Teilabnahme und jeweils eigener Teilerfüllungswirkung für die Gesamtableistung 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 gemäß § 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

Werbung

Ax Projects: Durchführung von Investorenauswahlverfahren

Strebt eine Gemeinde den Verkauf eines Grundstückes an, so bietet sich die Durchführung eines **Investorenauswahlverfahrens** (kurz: IAV) an. Im Rahmen der Vermarktung über ein IAV kann zwischen unterschiedlichen Verfahrenstypen entschieden werden:

Höchstpreisverfahren/Bieterverfahren/Direktvergabe

Der Bewerber/Bieter, der den höchsten Kaufpreis bietet, erhält den Zuschlag. Neben diesem Verfahren mit einem konkurrierenden Ansatz ist unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Direktvergabe möglich.

Bestgebotsverfahren/Konzeptverfahren

Der Bewerber/Bieter, der das überzeugendste Gesamtangebot (bestehend aus Konzept und Kaufpreis) einreicht, erhält den Zuschlag. Häufig wird eine 70/30-Verteilung bei den Bewertungskriterien vorgenommen, also 70 % Konzept und 30 % Kaufpreis. Auch andere Verteilungen sind möglich. Der Konzeptanteil soll jedoch über 50 % liegen, sofern von einem Bestgebots- oder Konzeptverfahren gesprochen wird.

Festpreisverfahren

Eine besondere Form des konzeptbasierten Verkaufs stellt das Festpreisverfahren dar. Hierbei wird der Kaufpreis von der Anbieterin festgelegt und eine Über- oder Unterschreitung durch die Bewerber/Bieter ist nicht vorgesehen. Der Zuschlag erfolgt ausschließlich auf Grundlage der Konzeptqualität (100%-Konzeptverfahren).

Die Bezeichnung der hier genannten Verfahrenstypen basiert auf der Zusammensetzung der Bewertungskriterien. Insbesondere die konzeptbasierten Ausschreibungen bieten eine Reihe an Vorteilen für die Stadt- und Ortsentwicklung und werden daher verstärkt genutzt.

Bei größeren Vorhaben bietet sich die Aufteilung in verschiedene Baufelder an, die anschließend als unterschiedliche **Vermarktungseinheiten bzw. Lose** angeboten und vergeben werden können.

Zusätzlich können die Verfahren hinsichtlich der geforderten Bewerbungsleistungen unterschieden werden:

Investorenauswahlverfahren inkl. Architektenleistung

Bei diesem Verfahren wird bereits mit der Angebotsabgabe vom Bewerber/Bieter ein architektonischer Entwurf eingereicht, der Teil der Bewertungskriterien ist. Investor/Entwickler und Architekt bilden meist eine Bewerbergemeinschaft. Häufig wird diese Verfahrensart auch als Investorenwettbewerb bezeichnet.

Investorenauswahlverfahren exkl. Architektenleistung

Bei diesem Verfahren wird mit der Angebotsabgabe vom Bewerber/Bieter kein architektonischer Entwurf eingereicht. Es besteht die Möglichkeit den ausgewählten Bewerber nach dem Verkauf oder im Rahmen einer Anhandgabephase zur Durchführung eines Architektenwettbewerbs zu verpflichten.

Die spätere Umsetzung der Ergebnisse eines Investorenauswahlverfahrens können über verschiedene Instrumente, wie z. B. einen städtebaulichen Vertrag oder eine Anhandabvereinbarung, gesichert werden.

Vor der Durchführung eines Investorenauswahlverfahrens bietet es sich an, eine **Interessenbekundungsphase** (ggf. kombiniert mit einer Markterkundung) durchzuführen, um Marktinteressen zu identifizieren und bei der Ausschreibung berücksichtigen zu können. Zudem bietet die Durchführung eine Möglichkeit, die Anzahl der Interessenten zu erfassen und die Anzahl der möglichen Bewerber abzuschätzen.

Unser Leistungsprofil bietet eine umfassende Beratung und eine kontinuierliche Betreuung des Verfahrens.

Anfangen von der Wahl der richtigen Verfahrensart bis hin zur weiteren Begleitung nach der Zuschlagserteilung beraten und unterstützen wir Sie gerne bei den folgenden Punkten:

- Zusammenstellung der Bewertungskriterien und Mindestabforderungen sowie Zusammensetzung des Bewertungsgremiums und Auswahl von Sachverständigen und Beratern
- Erstellung der Grundstücksausschreibung mit einer umfassenden und präzisen Formulierung von Rahmenbedingungen, Zielsetzung und Aufgabenstellung

- Vorstellung des Verfahrens in politischen oder begleitenden Gremien
- Ankündigung und Veröffentlichung der Ausschreibung, direkte Investorenansprache
- Durchführung von Interessenbekundungsverfahren und Markterkundungen
- Vorbereitung, Koordination, Moderation und Protokollierung sämtlicher Sitzungen und Veranstaltungen (Abstimmungsrunden, Gremiumssitzungen etc.)
- Bewerberkommunikation über den gesamten Verfahrensprozess
- Rechnerische, formale und inhaltliche Vorprüfung der Bewerbungen und die Entwicklung eines objektiven und aussagekräftigen Prüfberichts
- Bekanntgabe des Verfahrens in den entsprechenden Medien, Unterstützung bei der Formulierung von Pressemitteilungen, die textliche und gestalterische Entwicklung von Dokumentationen und Informationsbroschüren sowie Unterstützung bei der Organisation von Ausstellungen.

Wir verstehen unsere Rolle als Berater mit gesamtheitlichem Ansatz, sodass wir Sie bei Bedarf auch über die Themen des Investorenauswahlverfahrens hinaus bei grundsätzlichen Fragestellungen zu Aspekten des strategischen Flächenmanagements, Bodenpolitik, Grundstücksmarkt, Erbbaurecht, Konversion und Quartiersentwicklung beraten können. Die Auswahl und das Management von Prozessen und Verfahren sind immer im Zusammenhang mit der übergeordneten Zielsetzung zu betrachten und dieser entsprechend zu konzipieren.

AR und AP

Errichtung und oder Sanierung Ihrer Sporthalle und Ihres Hallenbades als gemeinsames Projekt

Wir begreifen die Errichtung und oder Sanierung Ihrer Sporthalle und Ihres Hallenbades als gemeinsames Projekt

Die Anforderungen an das Bauen werden immer umfangreicher.

Der gestiegene Komplexitätsgrad, sowie die Spezialisierung in allen Baubereichen lösen das klassische Planungsteam ab und fordern die frühzeitige Einbindung von Experten verschiedener Fachrichtungen.

Dies führt dazu, dass die einzelnen Fachplaner vermehrt unabhängig voneinander arbeiten und folglich unterschiedliche Planungsziele für dasselbe Bauprojekt festlegen. Aufgrund der mangelnden Abstimmung kann dies oft Mehrarbeit und folglich höhere Baukosten bedeuten.

Von Projektbeginn an ist die Zusammenarbeit und Mitwirkung von kompetenten Partnern und Spezialisten erforderlich, um Aspekte wie Komfort, Energieeffizienz, Umweltfreundlichkeit und einen reibungslosen Betrieb umzusetzen. Zusätzliche und erhöhte Anforderungen an die Technik, Sicherheit, Materialeffizienz und Barrierefreiheit stellen neue Herausforderungen dar, bei gleichzeitiger Einhaltung von zuverlässigen Kostenplänen für den Bau und Betrieb. Neben der Planung muss daher heute der Prozess geplant und gesteuert und der gesamte Lebenszyklus – von der Planung, über die Errichtung und die Nutzung bis zur End-of-Life-Phase – bereits in den ersten Schritten der Projektentwicklungen berücksichtigt werden. Denn nur in dieser Planungsphase kann wirksam auf die Nachhaltigkeit und Gesamtwirtschaftlichkeit, d. h. auf die Kosten für den Bau, den Betrieb und die Unterhaltung Einfluss geübt werden.

Projektvorbereitung

Speziell die frühen Phasen des Entwurfsprozesses haben starke Auswirkungen auf das Design, die Kosten, den gesamten Lebenszyklus und die Zukunftsfähigkeit.

Die Projektvorbereitung stellt die Grundlagenermittlung und Entscheidungsgrundlage für den Planungs-

prozess dar. Ziel einer nachhaltigen Planung ist die Optimierung der Planungsergebnisse durch eine frühzeitige Bedarfsplanung und eine entsprechende Zielvereinbarung. Hierbei spielen Variantenvergleiche, die Standortwahl und die Auswahl eines geeigneten, interdisziplinären Planungsteams ebenso eine wichtige Rolle wie die Einbindung der Nutzer und der Öffentlichkeit, die erste Kostenschätzung und die nachhaltige Dokumentation der Planungsunterlagen.

Nachhaltiger Bau beginnt folglich mit der Projektentwicklung, da bereits in den frühen Planungsphasen die Weichen für die zukünftige nachhaltige Qualität eines Gebäudes gestellt werden und hier das höchste Optimierungspotential liegt. In dieser Phase hat das Projektteam den größten Handlungsspielraum und Einwirkungsmöglichkeiten für die Umsetzung einer nachhaltigen Sporthalle. Denn nur zu Beginn der Planung kann wirksam auf die Gesamtwirtschaftlichkeit, d. h. auf die Kosten für den Bau, den Betrieb und die Unterhaltung Einfluss ausgeübt werden.

Planung

Die Planung erfordert für das gesamte Planungsteam eine ganzheitliche Herangehensweise. Denn bei der Entwicklung müssen ökologische, ökonomische, soziokulturelle, funktionale, technische und standortspezifische Planungsaspekte einbezogen werden, die den gesamten Lebenszyklus berücksichtigen.

Im Rahmen der Planung werden auf Basis der Vorgaben der Bedarfsplanung Festlegungen zur Qualität des Gebäudes getroffen, die in der späteren Ausführungsplanung verbindlich umgesetzt werden müssen. Die mit der Bedarfsplanung vorgegebenen Ziele werden überprüft, angepasst und in Form von Entwurfs-, Genehmigungs- und Ausführungsplänen detailliert ausgearbeitet.

Die Akzeptanz hängt dabei stark von ihrer Einbindung in das jeweilige gesellschaftliche Umfeld ab. Baukulturelle und ästhetische Faktoren sind dabei jedoch ebenso wichtig wie Flächeneffizienz und Nutzungsflexibilität, öffentliche Zugänglichkeit, nachhaltige Gestaltung des Außenraums, energieeffiziente Technologien und nachhaltige Herstellungsweisen.

Bauprozess und Bauausführung

Nachhaltiges Bauen strebt in allen Phasen des Lebenszyklus von Gebäuden eine Minimierung des Verbrauchs von Energie und Ressourcen an. Die Bauausführung ist hierbei besonders wichtig, da es in dieser

Phase unmittelbar zu Auswirkungen auf die Umgebung kommt.

Bereits in der Ausschreibungs- und Vergabephase können die Grundlagen für eine hochwertige und nachhaltige Bauausführung geschaffen werden. Dies erfolgt durch die Integration von Nachhaltigkeitsaspekten

› in die Ausschreibung

› und bei der Auswahl der Firmen.

Durch den Einbezug von Nachhaltigkeitsaspekten in die Ausschreibung kann die ökologische und soziale Gebäudequalität erhöht werden, da die Bauprozentscheidungen nicht ausschließlich aus ökonomischen Gründen getroffen werden. Die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten bei der Auswahl von Firmen dient dem Ziel der Verbesserung der Bauqualität, der Förderung und des Erhalts von Arbeitsplätzen in der Region und der Durchsetzung von Umwelt- und Sozialstandards im Rahmen des Bauprozesses.

Bei der Auftragsvergabe von öffentlichen Baumaßnahmen ist die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen (VOB Teil A) anzuwenden. Hier werden Anforderungen an Bauunternehmen definiert, die durch ein Präqualifikationsverfahren auftragsunabhängig und vor Abgabe des Angebots von einem Unternehmen nachgewiesen werden müssen. Kommt die VOB Teil A nicht zur Anwendung, sollte dennoch auf eine Präqualifikation oder eine Prüfung der in der Verordnung geforderten Punkte des Anbieters stattfinden, um die Qualität der ausführenden Firmen und somit die nachhaltige Ausführung sicherzustellen.

Zur Qualitätssicherung der Baustellenabläufe und -prozesse müssen die Auswirkungen der Bauausführung minimiert und gleichzeitig die Gesundheit aller Beteiligten und Anlieger geschützt werden, da es während dieser Phase unmittelbar zu Auswirkungen auf die Umwelt und die Nachbarschaft kommt. Die Grundlagen für einen nachhaltigen Baustellenablauf müssen bereits in den Ausschreibungs- und Angebotsunterlagen definiert sein und durch Qualitätsmessungen belegt werden.

Projektabschluss

Die systematische Inbetriebnahme mit der Funktionsüberprüfung und Einregulierung der haustechnischen Anlagen durch das ausführende Unternehmen und ei-

nen unabhängigen dritten Fachplaner stellt einen wichtigen Bestandteil der Nachhaltigkeitsqualität einer Sporthalle im Rahmen der Projektabschlussphase dar. Neben der Einregulierung und Prüfung sämtlicher Funktionen der technischen Gebäudeausrüstung, ist es für den nachhaltigen Betrieb erforderlich, bei Projektabschluss dem Bauherrn und Betreiber eine ausführliche Dokumentation der Planungs-, Bauausführungs- und Inbetriebnahmeunterlagen zu übergeben. Daten und Dokumente, die im Rahmen einer Gebäudezertifizierung gesammelt wurden, stellen als Gebäudehandbuch eine nachhaltige Dokumentation der Planungsunterlagen dar.

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. Gleichermaßen 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 aufkommende 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!

Publikationen zum Vergaberecht



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

VOB ist eine Abkürzung für die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) und ist ein von allen Beteiligten im Bauwesen erarbeitetes Regelwerk, aber weder Gesetz noch Rechtsverordnung. Vielmehr erfüllt sie im Bauvertrag die Funktion der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und regelt die Rechte und Pflichten der Bauvertragsparteien.

Die VOB wird vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), einem von den Interessengruppen der öffentlichen Auftraggeber und der Auftragnehmer paritätisch besetzten Gremium, erarbeitet und fortgeschrieben. In ihr sind Bestimmungen für die Vergabe von Bauaufträgen öffentlicher Auftraggeber sowie Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen geregelt.

In diesem Buch erfahren Sie alles, was Sie über die VOB wissen müssen; komprimiert und verständlich zusammengefasst. Aktuelle Rechtsprechung zur VOB und was Sie zu Verträgen wissen müssen. Kurzum ein Handbuch für alle Praktikerinnen und Praktiker.

Umfang: 220 Seiten

Preis: 29,90 €



Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB

Mit der Vergabe werden weichen für den Vertrag gestellt und jeder Vertrag ist nur so gut wie die dem Vertrag zugrundeliegende Vergabe:

Bewahrheitet sich auch und insbesondere bei VOB-Vergaben. Maßstab für die vertragliche Frage der Mangelfreiheit bzw. Mangelhaftigkeit des Werkes ist die Abweichung der Ist- von der im Vergabeverfahren ausgeschrieben und angebotenen und beauftragten Soll-Beschaffenheit. Das Eine bedingt das Andere.

Dieser Band ist eine Werkstatt für Erfahrungen aus dem einen und den Bezügen auf den anderen Bereich. Die 2. Auflage ist bereits in Vorbereitung und erscheint 2021. Hinweise und Ideen gerne an den Autor.

Umfang: 127 Seiten

Preis: 29,90

Bestellformular

TiefbauRecht

☐ JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig die digitale TiefbauRecht mit 12 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 digitale **Schnupper-Abo der TiefbauRecht**.

Dies beinhaltet zwei elektronische Monatsausgaben der TiefbauRecht. Wenn nach der zweiten elektronischen Ausgabe keine Kündigung erfolgt ist, wird das Abonnement kostenpflichtig. Jede weitere Ausgabe der TiefbauRecht kostet dann 6 € inkl. MwSt.

Eine Kündigung des Abonnements ist jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres möglich.

Meine Daten

Rechnungsanschrift

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

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.

Bestellannahme:

Bitte senden Sie Ihre Bestellung per Post an den

AX VERLAG
FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

Uferstraße 16
69151 Neckargemünd

Tel.: +49 (0)6223/8688613

Fax: +49 (0)6223/8688614

www.ax-verlag.de

mail@ax-verlag.de

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 Urheberrechtssetzes 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