

Tiefbau Recht

Zeitschrift zur Praxis des TiefbauRechts



Heft 05 | Mai 2024

9.00 € Einzelheft

6.00 € Abonnement

HERAUSGEBER

RA Dr. jur. Thomas Ax

REDAKTION

Sivan Novotny

05 | 24

AX VERLAG



FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

INHALT

Von der Redaktion	4	Stellenanzeigen	35
Beiträge	6	Rechtsanwalt (w/m/d) im privaten Baurecht für Kanzlei bei Heidelberg	35
OLG Düsseldorf zu den Fragen: Erlöschen der Mängelrechte nach §§ 634 Nr. 1 + Nr. 2 BGB bei Geltendmachung mangelndigten Schadensersatzes nach § 634 Nr. 4; Angemessenheit der Fristsetzung nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB; Mitwirkungspflicht des Auftraggebers bei Nacherfüllungsangebot des Auftragnehmers; Unzumutbarkeit der Fristsetzung nach § 636 BGB; Nichterhebung von Gerichtskosten	6	RECHTSANWÄLTE (m / w / d) Vergaberecht in besten Lage bei Heidelberg	36
OLG Köln zu der Frage, dass es der Abnahme gleich steht, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist	17	Redakteure m/w/d gesucht:	37
OLG Frankfurt am Main zu der Frage, dass Kosten für Mehrarbeiten nach § 2 Nr. 5 VOB/B infolge des Auftretens einer sog. Torflinse nicht verlangt werden können, wenn allgemein bekannt ist, dass sich Torf im Boden des Baugebietes befindet und schon der Name des Gebietes auf das Vorhandensein von Torf hindeutet (hier: Hessisches Ried).	22	Publikationen zum Vergaberecht	38
Wann liegt eine Fertigstellung vor?	26	VOB – konzentriert und aktuell – was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen	38
Zur Leistungspflicht erhobene Bodenverhältnisse stellen sich anders dar: ist die Anordnung des Auftraggebers, die Leistung trotz der veränderten Umstände zu erbringen, eine Änderung des Bautentwurfs mit der Folge, dass ein neuer Preis nach Maßgabe des § 2 Nr. 5 VOB/B zu bilden ist? Ja!	27	Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB	38
Praxistipps	28	Bestellformular	39
Förmliche Abnahme eigentlich zwingend	28	Impressum	40
Mangel, wenn die Ist-Beschaffenheit der Sache von der vereinbarten Soll-Beschaffenheit abweicht	28		
Wann liegt eine konkludente Abnahme vor?	28		
Führt ein Vorschussbegehren zu einem Abrechnungsverhältnis?	29		
Ax Akademie - Schulungen	30		
Neue Intensivschulungen zum Baurecht 2024	30		
Erfolgreiche und praxistaugliche Leistungsbeschreibungen	31		
Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge an Generalüber- und Generalunternehmer	31		
Neue Themen für Inhouse-Schulungen in Präsenz	32		
Der Schulungsleiter RA Dr. Thomas Ax	34		

Von der Redaktion

TiefbauRecht ist spezialisiert auf Baugrund | Tiefbau | Tunnel- und Kanalbau | Immobilienrecht

Das Baugrund- und Tiefbaurecht ist eine der zentralen und höchst spezialisierten Materien des deutschen und internationalen Baurechts.

Der **Tiefbau** umfasst alles, was in und unter der Erde sowie ebenerdig gebaut wird. Ob Straßenbau, Erd- und Grundbau und Einbau aller erdverlegten Ver- und Entsorgungsleitungen (u. a. Kanalbau, Rohrleitungsbau, Bohrungen im Erdbereich, Brunnenbau, Wasserstraßen, Staudämme) oder der Spezialtiefbau (z.B. Tunnel- und Stollenbau, Gleisbau/Eisenbahnbau, Brückenbau).

Ob Vergabe oder Vertrag, wir kümmern uns für Auftraggeber und Bewerber/ Bieter bzw Auftragnehmer um „das **Rechtliche**“.

Qualität, Termine, Vergütung stehen bei unserer TiefbauRecht im Vordergrund.

Viel Freude bei der Lektüre des aktuellen Heftes!

Ihre Redaktion

Beiträge

OLG Düsseldorf zu den Fragen: Erlöschen der Mängelrechte nach §§ 634 Nr. 1 + Nr. 2 BGB bei Geltendmachung mangelbedingten Schadensersatzes nach § 634 Nr. 4; Angemessenheit der Fristsetzung nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB; Mitwirkungspflicht des Auftraggebers bei Nacherfüllungsangebot des Auftragnehmers; Unzumutbarkeit der Fristsetzung nach § 636 BGB; Nichterhebung von Gerichtskosten

vorgestellt von Thomas Ax

- Macht der Auftraggeber von den in § 634 BGB aufgelisteten Mängelrechten den mangelbedingten Schadensersatzanspruch geltend, so erlischt der Nachbesserungsanspruch nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB und damit auch der Ersatzvornahmeanspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 BGB nebst des Vorschussanspruchs hinsichtlich der Kosten der Ersatzvornahme. Ein Umsteigen vom mangelbedingten, auf Zahlung der für die Beseitigung der Mängel anfallenden Kosten gerichteten Schadensersatzanspruch (zurück) auf den Kostenvorschussanspruch ist nicht möglich.
- Die Frist nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB muss so bemessen sein, dass der Schuldner in der Lage ist, den Mangel zu beseitigen. Angemessen ist die Frist, wenn während ihrer Dauer die Mängel unter größten Anstrengungen des Unternehmers beseitigt werden können. Maßgeblich sind hierbei sämtliche Umstände des Einzelfalles, die insgesamt für die Beurteilung der Angemessenheit nach diesem Bewertungskriterium von Bedeutung sind.
- Grundsätzlich hat der Schuldner innerhalb der gesetzten Frist wenigstens die Leistungshandlung vorzunehmen. Entfaltet der Werkunternehmer entsprechende Bemühungen, um zu einer solchen den Leistungserfolg wirkenden Nacherfüllung schreiten zu können, bedarf es aber hierbei der Mitwirkung und Kooperation des Auftraggebers, so können bereits intensive Kontaktaufnahmeversuche des Werkunternehmers ausreichend sein; entzieht sich der Auftraggeber diesen, vereitelt er mithin Nachbesserungsversuche bzw. Nacherfüllungsbemühungen des Auftragnehmers.
- Unzumutbarkeit i. S. d. § 636 BGB liegt insbesondere dann vor, wenn aus der Sicht des Bestellers aufgrund objektiver Umstände das Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Durchführung der Mangelbeseitigung

nachhaltig erschüttert ist. Bei der erforderlichen Bewertung der Einzelfälle des Streitfalls ist immer das Ausnahme-Regelverhältnis zwischen der Notwendigkeit der Fristsetzung im Regelfall und der nur ausnahmsweise anzunehmenden Entbehrlichkeit wegen Unzumutbarkeit im Blick zu behalten. Der Besteller ist ohne ein vereinbartes Verbot des Subunternehmereinsatzes nicht ohne weiteres berechtigt, bei Kenntnis des Subunternehmereinsatzes durch den Werkunternehmer dessen Nacherfüllungsbemühungen wegen Unzumutbarkeit zu verweigern.

- Dem Auftraggeber ist es aufgrund des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens verwehrt, sich auf Umstände zu berufen, die - angeblich - sein Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Vertragspartners zur Nacherfüllung grundlegend erschüttert hätten, wenn er trotz Kenntnis dieser Umstände dem Vertragspartner eine Frist zur Behebung der Mängel gesetzt hat.
- Eine unrichtige Sachbehandlung i.S. d. § 21 Abs. 1 Satz 1 GKG liegt dann nicht vor, wenn eine Beweisaufnahme zunächst erfolgt, dann ein Richterwechsel eintritt und es nach der vertretbaren Rechtsauffassung des neuen Richters auf eine bereits durchgeführte kostenverursachende Beweisaufnahme nicht ankommt.

OLG Düsseldorf, 21. Zivilsenat, Urteil vom 10.05.2016, I-21 U 180/15;

Gründe:

A)

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Schadensersatz aus einem Werkvertrag. Im Sommer 2011 beauftragte sie den Beklagten mit der Durchführung von Installationsarbeiten in ihrem Haus mit der postalischen Anschrift I... 3 in W... Der Beklagte sollte im Wesentlichen eine neue Heizung einbauen und die Sanitäranlagen erneuern.

Der Beklagte ist Inhaber der Firma D... "Haustechnik" und war im Zeitpunkt der Ausführung der Arbeiten im Jahre 2011 nicht in der Handwerksrolle der IHK und dem Installationsverzeichnis der E... GmbH eingetragen. Vielmehr war er bei der Stadt R... als Gewerbetreibender im Tätigkeitsbereich "Hausmeister Service, Fliesen-Mosaiklegerhandwerk, Bodenlegerei" angemeldet. Seine Eintragung für den Bereich des Installateur- und Heizungsbauerhandwerks erfolgte am 31.01.2012. Von der fehlenden Eintragung im Zeitpunkt der Auftragsvergabe an den Beklagten hatte die Klägerin keine Kenntnis. Der Zeuge S... war bis zum 31.11.2011 als selbstständiger Gewerbetreibender im Installateur-

und Heizungsbauerhandwerk bei der Stadt R... gemeldet. Inwieweit er im Rahmen der streitgegenständlichen Arbeiten für den Beklagten tätig wurde, ist erstinstanzlich streitig gewesen.

Unter dem 3.10.2011 stellte der Beklagte i.H.v. 17.066,21 € die von ihm durchgeführten Arbeiten (Lieferung und Montage einer V...-Heizungsanlage, Sanierung der Fußbodenheizung und der Sanitäranlagen einschließlich Lieferung und Montage der Badezimmerausstattung) in Rechnung. Die Klägerin zahlte auf diese Gesamtrechnung als Akonto 10.000 €. Am 2.11.2011 beanstandete sie einen nicht ordnungsgemäßen Betrieb der Heizungsanlage, worauf der Beklagte die Anlage am 4.11.2011 überprüfte. Am 17.11.2011, nach Abschluss der Arbeiten, waren der Beklagte, der Zeuge S..., die Klägerin und die Zeugin H..C... auf der Baustelle. Sie beschäftigten sich mit der Heizungsanlage.

In der Folgezeit traten verschiedene, in ihrem Umfang und ihrer Bedeutung zwischen den Parteien streitige Mängel auf. Die Klägerin kommunizierte mit dem Beklagten per Telefax. Die Faxnummer der Klägerin ließ eine Rückantwort nicht zu, was die Klägerin auf den jeweiligen Schreiben auch vermerkte. Am 22.12.2011 bat der Beklagte per SMS um einen Termin für eine Besichtigung und Abstimmung weiterer eventueller Nacherfüllungstermine. Mit anwaltlichem Schreiben vom 27.12.2011 forderte die Klägerin den Beklagten unter Fristsetzung bis zum 6.1.2012 zur Mängelbeseitigung auf. Hierbei rügte sie die fehlende Funktionsfähigkeit der Heizungsanlage sowie die tropfenden Wasserhähne und Siphons im Badezimmer. Mangels der Möglichkeit einer Rückantwort per Telefax rief der Vertreter des Beklagten am 6.1.2012 - nach erfolglosen Kontaktaufnahmeversuchen des Beklagten persönlich mit der Klägerin - deren anwaltlichen Vertreter an. Dieser verwies auf einen anderen Tag und sagte einen Rückruf nach Wahrnehmung eines mit der Klägerin vereinbarten Termins zu, der jedoch nicht erfolgte. Mit einem per Telefax am 9.1.2012 übermittelten anwaltlichem Schriftsatz wies der Prozessbevollmächtigte des Beklagten auf die Nichterreichbarkeit der Klägerin hin, kündigte Nacherfüllungsbereitschaft des Beklagten an und schlug drei Termine für einen Ortstermin und eine etwaige Nacherfüllung vor. Der Vertreter der Klägerin, der auch auf ein Telefax vom 10.1.2012 nicht reagierte, gab keine Termine bekannt, wies mit anwaltlichem Schreiben vom 13.1.2012 etwaige Nachbesserungsbemühungen des Beklagten zurück und teilte mit, dass bereits ein anderes Unternehmen beauftragt worden sei.

Die Handwerkskammer Düsseldorf teilte der Klägerin mit Schreiben vom 31.1.2012 mit, dass der Beklagte am 30.1.2012 mit einem Installateur- und Heizungsbauerbetrieb in die Handwerksrolle eingetragen worden sei.

Die Klägerin beauftragte den Sachverständigen Dipl.-Ing. H... mit der Begutachtung der Ausführung der Arbeiten des Beklagten. Dieser erstellte unter dem 26.2.2012 ein Gutachten und berechnete hierfür unter dem 29.2.2012 der Klägerin 2.476,93 €, die diese auch zahlte.

Der Heizkessel wurde ausgetauscht, nachdem die von der Klägerin beauftragte Firma V... am 21.02.2012 festgestellt hatte, dass dieser ohne Sicherheitsgruppe installiert worden war. Ob und inwieweit die Klägerin weitere Arbeiten durch Drittunternehmer zur Behebung etwaiger Mängel hat durchführen lassen, ist zwischen den Parteien streitig.

Die Klägerin hat unter Bezugnahme auf das Gutachten des Sachverständigen H... verschiedene Mängel behauptet, wegen deren Einzelheiten auf die Darstellung im Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen wird (UA 3 unten/4 oben). Des Weiteren hat die Klägerin behauptet, der Zeuge S... sei nur am 17.11.2011 auf der Baustelle gewesen. Der Privatgutachter H... habe die erforderlichen Mängelbeseitigungskosten zutreffend auf 47.383,54 € geschätzt.

Ferner hat sie behauptet, im August 2012 mit der Zeugin H..C... einen Mietvertrag über das streitgegenständliche Objekt zu einem monatlichen Mietpreis von 1.150 € mit Mietbeginn 1.9.2011 geschlossen zu haben. Mieteinnahmen seien ihr bis zum 30.6.2012 entgangen. Die Klägerin hat sich einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 61.360,47 € errechnet, der sich wie folgt zusammensetzt:

- Reparaturkosten gemäß Gutachten vom 26.2.2012:
47.383,54 €

- Gutachterkosten
2.476,93 €

- Mietausfallschaden:
11.500,00 €

Nach einem von ihr vorgenommenen Abzug für einen Werklohn der Beklagten in Höhe von 5.135,54 € ist die Klägerin zu einer Klageforderung in Höhe von 56.223,93 € gelangt, die sie nebst gesetzlichen Zinsen seit Rechtshängigkeit sowie 892,44 € vorgerichtliche

Anwaltskosten zum Gegenstand ihrer Klageforderung gemacht hat.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Hinsichtlich seines Verteidigungsvorbringens zu den geltend gemachten Mängeln wird auf die Darstellung im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verwiesen (UA 4 unten/5 oben)

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens des Sachverständigen A... vom 28.6.2013 nebst Ergänzungsgutachten vom 7.1.2015 und durch Vernehmung von Zeugen die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat sich das Landgericht auf folgende Erwägungen gestützt:

Der Klägerin stehe gegen den Beklagten kein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB zu. Die Parteien hätten einen wirksamen Werkvertrag geschlossen. Die Eintragung des Beklagten in der Handwerksrolle im Zeitpunkt der Ausführung der Arbeiten und ein daraus folgender Verstoß gegen § 1 Abs. 1 HandWO führten nicht zu einer Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 134 BGB (wegen der Einzelheiten UA 5/6).

Die von der Klägerin reklamierten Mängel hätten sich teilweise als solche im Sinne des § 634 BGB durch die Beweisaufnahme bestätigt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen im Urteil auf Seite 6 bis Seite 8 Mitte Bezug genommen.

Der Klägerin sei es jedoch verwehrt, für die vorliegenden Mängel Schadensersatz zu verlangen. Die nach §§ 634 Nr. 4, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliche Nacherfüllungsfrist sei zwar hinsichtlich der Mängel an der Heizungsanlage und den undichten Waschtischarmaturen gesetzt worden. Sie sei aber nicht erfolglos verstrichen, da die Klägerin die Nachbesserungsbemühungen innerhalb der gesetzten Frist vereitelt habe. Die mit anwaltlichem Schreiben vom 27.12.2011 bis zum 6.1.2012 gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung sei nicht angemessen. Hinsichtlich der Einzelheiten der diesbezüglichen Erwägungen wird auf Seite 9 des Urteils verwiesen.

Eine Frist bis zum 20.1.2012 sei angemessen gewesen. Ausweislich des anwaltlichen Schreibens vom 13.1.2012 habe die Klägerin innerhalb dieser Frist jegliche Nachbesserungsarbeiten des Beklagten zurückgewiesen und damit dessen Nacherfüllungsmöglichkeit vereitelt. Der Beklagte habe auch in ausreichender Weise seine Leistungsbereitschaft angeboten. Indem

die Klägerseite auf schriftliche oder mündliche Terminvorschläge nicht reagiert habe, habe sie die Nachbesserung durch den Beklagten vereitelt. Die Klägerin könne sich nicht darauf berufen, dass aufgrund der Sachlage eine "Besichtigung" des Objekts nicht erforderlich gewesen sei. Es sei unbeachtlich, dass der Prozessvertreter des Beklagten erst am letzten Tag der ursprünglich gesetzten Frist, nämlich am 6.1.2012 an den Vertreter der Klägerin herangetreten sei. Aufgrund der unstreitigen Kenntnis des Beklagten von der schwierigen Kontaktaufnahmemöglichkeit mit der Klägerin per Fax oder SMS hätte möglicherweise bereits vor dem 6.1.2012 über den Prozessvertreter an die Klägerseite herangetreten werden sollen, da auch die Aufforderung vom 27.12.2011 per anwaltlichem Schreiben erfolgt sei. Jedoch habe der Beklagte persönlich vor dem 6.1.2012 unstreitig den Kontakt zu der Klägerin gesucht und erst nach dem gescheiterten Versuch seinen Anwalt kontaktiert und beauftragt. Da die Kommunikation schriftlich nur über die Anwälte erfolgt sei, könne der Beklagte auch nicht darauf verwiesen werden, dass er selbst der Klägerin hätte schreiben können. Die Klägerin könne sich auch nicht darauf berufen, dass es auf die am 27.12.2011 gesetzte Frist gar nicht mehr ankomme, da bereits im November 2011 eine Möglichkeit zur Nachbesserung gegeben worden sei und diese Fristsetzung aufgrund einer Unzumutbarkeit der Nacherfüllung entbehrlich gewesen sei. Die Klägerin habe die gesetzte Frist abwarten müssen. Selbst in den Fällen, in denen das Gesetz die Fristsetzung für entbehrlich erkläre, sei der Besteller, der dennoch eine Frist setzte, wegen des Verbots widersprüchlichen Verhaltens an diese gebunden.

Die nachträglich, erst Ende Januar erlangte Kenntnis von der fehlenden Qualifikation des Beklagten habe die Klägerin nicht berechtigt, den Fristablauf abzubrechen. Eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung wegen Unzumutbarkeit nach § 636 BGB liege im konkreten Einzelfall nicht vor. Zwar sei die fehlende Qualifikation des Beklagten für Arbeiten, die per Gesetz von einem Meister auszuführen seien, grundsätzlich geeignet, das Vertrauen der Klägerin in eine ordnungsgemäße Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten und die Kompetenz des Beklagten zu erschüttern. Jedoch habe der Beklagte als "Nichtfachmann" im vorliegenden Fall hinreichend Sorge dafür getragen, dass mit dem Zeugen S... ein Meister des Installateur- und Heizungsbauerhandwerks die innerbetriebliche Verantwortung für das Gewerk übernehme. Der Beklagte sei bis zur Eintragung in der Handwerksrolle am 30.1.2012 nur als Gewerbetreibender für den Tätigkeitsbereich "Hausmeisterservice" bei der Stadt R... geführt. Mit der Bereithaltung des Meisters S... habe der Beklagte grundsätzlich für die

Gewähr einer ordnungsgemäßen Leistungserbringung gesorgt. Etwas anderes ergebe sich auch nicht dadurch, dass der Zeuge S... seit dem 30.11.2011 mangels Eintragung in dem Installateurverzeichnis der E... GmbH nicht mehr berechtigt gewesen sei, Errichtung, Erweiterung, Änderung oder Installationsarbeiten in Elektro-, Gas- und Trinkwasseranlagen auszuführen. Die Klägerin könne sich nicht mit Erfolg auf die kurzfristige Unterbrechung der erforderlichen Förmlichkeiten berufen. Diese Förmlichkeitslücke sei der Umstrukturierung des Betriebes des Beklagten geschuldet gewesen. Die Abmeldung des Zeugen S... zum 30.11.2011 und die damit einhergehende Löschung aus dem Installateurverzeichnis seien erfolgt, damit dieser in dem Betrieb des Beklagten auch formal eintreten konnte. Seinen Meistertitel habe er dadurch nicht verloren. Der Beklagte habe durchgehend und auch in der Phase der Betriebsumstrukturierung mit der faktischen handwerklichen Beteiligung des Zeugen S... für eine Kontinuität der sachlichen Verlässlichkeit gesorgt. Er habe sichergestellt, dass während der Bauarbeiten bei der Klägerin die gleiche Person verantwortlich gewesen sei. Mit dem Zeugen S... sei vor dem Zeitpunkt der Eintragung des Beklagten ein verantwortlicher Meister vorhanden gewesen, den er nunmehr auch in seinem Betrieb angestellt habe. Unerheblich sei der Streit, ob der Zeuge S... stets oder regelmäßig auf der Baustelle zugegen gewesen sei. Entscheidend sei hier, dass der Zeuge S... die Verantwortung hinsichtlich der Heizungsanlage übernommen habe, nachdem die Klägerin zuvor deren Funktion gerügt und der Beklagte bereits einen etwaigen Reparaturversuch unternommen hatte. Der Zeuge S... sei am 17.11.2011 anwesend gewesen und habe sich mit der Heizung befasst.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihr erstinstanzliches Klageziel leicht reduziert weiterverfolgt. Zu Begründung der Berufung trägt die Klägerin im Wesentlichen folgendes vor:

Zu Unrecht sei das Landgericht zu der Auffassung gelangt, dass die dem Beklagten gesetzte Frist zur Nacherfüllung der streitgegenständlichen Mängel nicht ausreichend und darüber hinaus auch eine Fristsetzung nicht entbehrlich gewesen sei. Das Landgericht habe in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt, dass der Beklagte mehrfach und zwar mit Schreiben der Klägerin vom 17.10., 2.11., 16.11., 15.12. und 17.12.2011 zur Mängelbeseitigung aufgefordert worden sei. In sämtlichen Schreiben sei der Beklagte aufgefordert worden, die Heizungsanlage in Stand zu setzen, zudem sei im Schreiben vom 17.12.2011 gerügt worden, dass die Si-

phons der Waschbecken im Badezimmer tropften. Aufgrund der bereits vor dem Schreiben vom 27.12.2011 erfolgten Mängelbeseitigungsaufforderungen sei dem Beklagten über mehrere Monate die Problematik bekannt gewesen, ohne dass er in der Lage gewesen sei, diese Mängel zu beseitigen. Der Beklagte habe auch vielfach Nacherfüllungsversuche hinsichtlich der defekten Heizungsanlage unternommen, die sämtlich gescheitert seien. In dem Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Beklagten vom 22.11.2011, in dem die Behauptung aufgestellt worden sei, dass eine Überprüfung keinerlei Beanstandung ergeben hätte, und in dem der Klägerin unterstellt werde, dass diese Mängelleinwendungen nur unterbreitet worden seien, um sich der fälligen Zahlungsverpflichtungen zu entziehen, läge eine Verweigerung weiterer Nachbesserungsversuche, da sich auf der Grundlage der inzwischen durchgeführten sachverständigen Begutachtungen herausgestellt habe, dass eine erhebliche Anzahl von Mängeln vorläge. Jedenfalls für den Komplex der Heizungsanlage sowie der tropfenden Siphons an den Waschbecken lägen ordnungsgemäßen Mängelrügen vor. Der Sachverständige Peter A... habe in dem erstinstanzlichen Verfahren eine Vielzahl von Mängeln festgestellt (wegen der Einzelheiten GA 328). Hierfür habe der Sachverständige in seinem Ergänzungsgutachten Mängelbeseitigungskosten von 18.998,35 € brutto ermittelt, zu denen jedoch weitere Positionen hinzuzurechnen seien, die nicht in dem Gutachten Berücksichtigung gefunden hätten. Somit seien die gravierenden Mängel praktisch in sämtlichen Gewerken des Beklagten zu finden. Dieser Umstand und die stetig fehlgeschlagenen Nacherfüllungsversuche belegten, dass es dem Beklagten an fachlicher Qualifikation gefehlt habe, was ohnehin aufgrund des fehlenden Meistertitels unstreitig der Fall sei (GA 329).

Die Nacherfüllungsfrist sei entgegen der Auffassung des Landgerichts ausreichend gewesen, da es sich um eine 9-Werktage dauernde Frist gehandelt habe, und im Vorfeld dem Beklagten mehrfach Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben worden sei (GA 329). Die weitere Nacherfüllung sei für die Klägerin ohnehin unzumutbar gewesen. Bei seiner diesbezüglichen Bewertung habe das Landgericht wesentliche Sachverhaltsaspekte ausgeblendet. Für die Unzumutbarkeit spreche insbesondere, dass entsprechend dem Ergebnis der Sachverständigenbegutachtung in der ersten Instanz eine Reihe von gravierenden Mängeln vorläge, die praktisch sämtliche Gewerke des Beklagten betreffen. Hierdurch habe der Beklagte sämtliches Vertrauen bei der Klägerin in seine Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft im gravierenden Umfang erschüttert. Ein Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Beklagten habe

nicht mehr bestehen können, da dieser eine Vielzahl von Nacherfüllungsversuchen an der Heizungsanlage unternommen habe, ohne dass auch nur eine dieser Mängelbeseitigungsmaßnahmen tatsächlich zu einer funktionsfähigen Anlage geführt habe. Hinzu komme, dass der Beklagte nicht in der Handwerksrolle eingetragen gewesen sei und auch keine Meisterausbildung gehabt habe. Jedenfalls belege das umfangreiche Schadensbild, dass der Beklagte nicht zur Leistungserbringung im ordnungsgemäßen Umfang im Stande gewesen sei. Zu berücksichtigen sei auch, dass der Zeuge S... nach eigenem Vortrag des Beklagten als Subunternehmer zu betrachten sei, der der Kläger nicht bekannt gewesen sei. Ein Vertragsschluss mit dem Zeugen S... sei von der Klägerin nicht gewollt gewesen. Es habe sich um einen nicht genehmigten Subunternehmereinsatz gehandelt, der auch als Grund einer außerordentlichen Kündigung anerkannt sei und umso mehr die Unzumutbarkeit einer weiteren Nacherfüllung belege.

Des Weiteren rügt die Klägerin einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör, da das Landgericht seiner Hinweispflicht nach § 139 ZPO nicht nachgekommen sei. Es habe im Rahmen des über drei Jahre andauernden Prozesses ein Gutachten und Ergänzungsgutachten zu hohen Kosten und mit erheblicher Verzögerung für die Klägerin eingeholt und dennoch ohne vorherige Erläuterung die Klage aus rechtlichen Gründen zurückgewiesen. Da die Klägerin darauf habe vertrauen dürfen, dass die Klage nicht bereits wegen fehlender angemessener Nachfristsetzung bzw. fehlender Unzumutbarkeit abgewiesen werde, ohne dass zuvor das Gericht einen entsprechenden Hinweis erteile, könne neuer Vortrag in der Berufungsinstanz nicht als präkludiert gelten. In diesem Zusammenhang beantragt die Klägerin für den Fall, dass auch das Berufungsgericht sich der Einschätzung des Landgerichts anschließen sollte, die Sachverständigenkosten der ersten Instanz nach § 21 GVG niederzuschlagen, da diese bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären.

Zu der Höhe der weiterhin geltend gemachten Klageforderung trägt die Klägerin wie folgt vor: die vom Sachverständigen in seinem Ergänzungsgutachten auf Seite 6 geschätzten Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 18.998,35 € seien als Vorschuss zur Mängelbeseitigung von dem Beklagten zu ersetzen. Hierzu gehöre auch das unzureichende Gefälle des Bodens. Das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass dieses dem Beklagten nicht zugerechnet werden könne (wegen der Einzelheiten GA 332).

Der Beklagte habe neben den vom Sachverständigen im Ergänzungsgutachten ermittelten Kosten weitere

Kosten zu tragen. Es seien zusätzlich die in dem Ergänzungsgutachten aufgeführten EP-Positionen, die aus der Summe von 18.998,35 € herausgerechnet worden seien, zu berücksichtigen. Diese gehörten zu dem zu erwartenden Mängelbeseitigungsaufwand und beliefen sich auf 3.035 € netto, mithin 3.611,65 € brutto. Einzu beziehen seien auch die Mängelbeseitigungskosten für Mängel, die Gegenstand der ersten Instanz gewesen seien und in dem Privatgutachten des Sachverständigen H... enthalten gewesen seien, jedoch nicht zum Gegenstand des Gutachtens gemacht worden sein. Dies betreffe die Mängel 3.2.1 und 3.4.1 des Gutachtens H... Hierfür würde ein Mängelbeseitigungsaufwand von 3.522 € netto = 4.191,18 € brutto anfallen, den die Klägerin als Kostenvorschussanspruch geltend machen könne. Einzukalkulieren seien auch die Mangelpunkte 3.1.3 und 3.4.2 des Privatgutachtens. Diese Mangelpunkte betreffen die Entlüftungsleitungen aus der Gästetoilette bzw. dem Gäste-WC bis in den Dachraum. Für die hier in Rede stehende Mängel würde ein Mängelbeseitigungsaufwand von Lohn und Materialkosten in Höhe von insgesamt 5.972 € netto anfallen. Aus dem Gutachten A... ergebe sich, dass die Kosten für den Geräte austausch nicht aufgeführt seien, da die Arbeiten schon durchgeführt worden seien. Der Sachverständige H... habe festgestellt, dass durch die nicht vorhandene Sicherheitsgruppe der Warmwasserspeicher durch Erwärmung geplatzt war. Aus diesem Grunde habe der Heizkessel vollständig ausgetauscht werden müssen. Hiermit sei die Firma Ha... beauftragt worden. Diese habe ihre Leistungen mit der Rechnung vom 18.5.2012 abgerechnet und insoweit ortsübliche und angemessene 8.468,21 € brutto in Rechnung gestellt.

Schließlich seien noch die Kosten des Gutachters H... hinzuzurechnen, der mit Rechnungen vom 29.12.2012 und 4.10.2012 seine gutachterlichen Leistungen mit ortsüblichen und angemessenen 2.935,38 € brutto abgerechnet habe. Diese Kosten habe der Beklagte unabhängig vom Vorliegen der Nacherfüllungsvoraussetzungen zu erstatten. Die Kosten, die vom Sachverständigen H... im Gutachten vom 26.02.2012 auf Seite 22 beschrieben worden seien, seien ebenfalls zu erstatten. Hierbei handele es sich um eine Gesamtsumme von 430,05 €, wovon drei Rechnungen der Fa. Ha... betroffen seien, die in dem Gutachten des Sachverständigen abgedruckt worden seien. Sowohl die Firma Ha... als auch die Firma V... seien, nachdem der Beklagte keine Mängelbeseitigungsarbeiten erbracht habe, mit der Überprüfung der Warmwasserbereitung, der Waschtischarmaturen, des Heizkreisverteilers und des Heizkessels beauftragt worden.

Schließlich seien auch die Kosten des Mietausfalls vom 1.9.2011 bis 30.6.2012 in Höhe von 11.500 € zu erstatten. Die Voraussetzungen seien im Rahmen der Beweishebung bestätigt worden. Eine Vermietung in dem streitgegenständlichen Zeitraum sei aufgrund der Mängel nicht möglich gewesen (GA 336).

Mit der Berufungsbegründung hat die Klägerin dem vormaligen Prozessbevollmächtigten erster Instanz, Rechtsanwalt Dr. U... den Streit verkündet.

Die Klägerin beantragt hiernach,

1. unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 50.971,28 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

2. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin vorgegerichtliche Anwaltskosten von 892,44 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Berufung. Entgegen der Auffassung der Klägerin sei die Nacherfüllung nicht unzumutbar gewesen. Nach der Rechtsprechung sei davon auszugehen, dass bei einer vom Besteller gesetzten Frist zur Nacherfüllung dieses Verhalten für die Zumutbarkeit der Nacherfüllung spreche. Die Klägerin habe durch ihren anwaltlichen Vertreter einer Frist zur Durchführung der Nacherfüllung gesetzt und damit zum Ausdruck gebracht, dass sie die Nacherfüllung wünsche, letztendlich die Nacherfüllung für sie also zumutbar sei. Auch der Beklagte habe eine Nacherfüllung gewollt. Die Umsetzung der Nacherfüllung sei jedoch ausschließlich am Verhalten der Klägerin gescheitert, die bewusst nicht erreichbar gewesen sei und selbst die über ihren anwaltlichen Vertreter vorgegebene Mitteilung von Terminen der Nacherfüllung nicht weiter verfolgte und insbesondere keine Termine mehr vergeben, vielmehr die Nacherfüllung dann grundlos abgelehnt habe.

Zu berücksichtigen sei, dass die Klägerin offensichtlich bewusst nicht bereit gewesen sei, eine Nacherfüllung zuzulassen. Sie habe auf das Schreiben des Beklagten vom 22.12.2011 nicht reagiert, sie sei selbst nicht erreichbar gewesen, so dass über den anwaltlichen Vertreter noch innerhalb der gesetzten Frist Kontakt aufgenommen worden sei. Dieser habe zugesagt, Termine für die Nacherfüllung mit der Klägerin abzustimmen und mitzuteilen, was dann allerdings nicht geschehen sei, vielmehr die Nacherfüllung abgelehnt worden sei.

All dies belege, dass man dem Beklagten tatsächlich keine Nacherfüllungsmöglichkeit habe einräumen wollen und lediglich formal zur Wahrung der gesetzlichen Vorschriften eine Frist zur Durchführung der Nacherfüllung gesetzt habe. Ein Verstoß gegen rechtliches Gehör sei nicht gegeben. Der Zugang der von der Klägerin mit der Berufung vorgelegten vorgerichtlichen Schreiben, werde bestritten. Im übrigen sei dieser Vortrag verspätet.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf den Inhalt der in diesem Rechtzug gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

B)

Die Berufung der Klägerin gegen das klageabweisende Urteil ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden, in der Sache jedoch unbegründet (§ 513 S. 1 ZPO), da die Klägerin keinen Rechtsfehler im Sinne des § 546 ZPO dargelegt hat, der sich zu ihren Ungunsten ausgewirkt hat und darüber hinaus die vom Senat gemäß § 529 Abs. 1 ZPO seiner Entscheidung zugrunde zulegenden Tatsachen keine vom Landgericht abweichende Bewertung der Sach- und Rechtslage zu Gunsten der Klägerin rechtfertigen.

I)

Der Klägerin steht der von ihr gegen den Beklagten vorgebrachte mangelbedingte Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 S. 1 BGB nicht zu.

1. Im Hinblick auf die in Betracht kommende Anspruchsgrundlage kann festgestellt werden, dass der für einen solchen werkvertraglichen, auf Ersatz der Kosten zur Mängelbeseitigung gerichteten Schadensersatzanspruch nach § 634 Nr. 4 BGB erforderliche Werkvertrag nicht in Zweifel steht.

Die Klägerin hat den Beklagten mit der Erbringung von Werkleistungen im Zusammenhang mit der Errichtung einer Heizungsanlage und der Installation von Sanitäranlagen beauftragt. Dieser Vertrag war auch wirksam. Die Erwägungen des Landgerichts, denen zufolge die Nichteintragung des Beklagten in der Handwerksrolle im Zeitpunkt der Ausführung der Arbeiten und ein daraus folgender Verstoß gegen § 1 Abs. 1 HandwO nicht zur Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 134 BGB geführt haben, werden von der Berufung nicht infrage gestellt.

2. Allein in Betracht kommende Anspruchsgrundlage im Hinblick auf die von der Klägerin begehrten Kosten für die Beseitigung der von ihr gerügten (und auch durch die erstinstanzliche Beweisaufnahme teilweise in ihrer Existenz bestätigten) Mängel der Werkleistung des Beklagten ist der werkvertragliche Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß § 634 Nr. 4 BGB. Soweit die Klägerin in der Berufungsbegründung im Rahmen ihrer Ausführungen zu der Höhe der geltend gemachten Klageforderung vorträgt, bestimmte Kosten als Kostenvorschussanspruch gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 BGB verlangen zu können, scheidet dieser werkvertragliche Gewährleistungsanspruch bereits aus materiellrechtlichen Gründen. Erstinstanzlich hat die Klägerin ihr Verlangen nach Erstattung der Kosten zur Mängelbeseitigung als "Schadensersatzanspruch" bezeichnet (vgl. Klagebegründung GA 2, 6). Sie hat sich zwar nicht ausdrücklich auf den Schadensersatzanspruch nach § 634 Nr. 4, 280, 281 BGB berufen, dahingehend ist ihr Klagebegehren indessen auszulegen gewesen. Macht der Auftraggeber von den in § 634 BGB aufgelisteten Mängelrechten den mangelbedingten Schadensersatzanspruch geltend, so erlischt der Nachbesserungsanspruch nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB und damit auch der Ersatzvornahmeanspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 BGB nebst des Vorschussanspruchs hinsichtlich der Kosten der Ersatzvornahme (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl. 2015, Rz. 7 zu § 634). Ein Umsteigen vom mangelbedingten, auf Zahlung der für die Beseitigung der Mängel anfallenden Kosten gerichteten Schadensersatzanspruch (zurück) auf den Kostenvorschussanspruch ist nicht möglich, umgekehrt indessen wohl.

Ein richterlicher Hinweis dazu, dass eine auf Kostenvorschuss gerichtete Klage der Klägerin mit Blick auf das erstinstanzliche Schadensersatzbegehren bereits aus den genannten Gründen in der Sache unbegründet, die Berufung gegen die klageabweisende Entscheidung des Landgerichts mithin unbegründet ist, ist entbehrlich. Unabhängig davon scheidet nämlich das Klagebegehren, auch wenn man es unter dem Gesichtspunkt des mangelbedingten Schadensersatzanspruches prüfen wollte, aus den nachfolgend unter 4. dargelegten Gründen.

3. Das Landgericht hat in intensiver Verwertung der im Rahmen der erstinstanzlichen Beweisaufnahme insbesondere durch das Gutachten des Sachverständigen A... vom 28.06.2013 nebst Ergänzungsgutachten vom 07.01.2015 gewonnenen Erkenntnisse festgestellt, dass die Werkleistungen des Klägers mangelbehaftet sind, die von der Klägerin erhobenen Mängelrügen mithin zu einem erheblichen Teil berechtigt, teilweise aber auch unberechtigt sind.

Soweit die Klägerin in der Berufungsinstanz (GA 332ff) anführt, über die vom Landgericht festgestellten Mängel seien bei der Ermittlung der Mängelbeseitigungskosten weitere Mängel zu berücksichtigen, die Gegenstand der ersten Instanz und in dem Privatgutachten H... enthalten gewesen seien, die aber nicht zum Gegenstand des gerichtlichen Gutachters gemacht worden sind, braucht auf dieses Vorbringen nicht weiter eingegangen werden. Denn - wie nachfolgend unter 4. behandelt werden wird - scheidet letztlich der mangelbedingte Schadensersatz aus den im Ergebnis vom Landgericht als tragend angeführten Gründen, nämlich wegen des Fehlens des erfolglosen Ablaufes einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung.

4.

Wegen des in § 634 Nr. 4 BGB enthaltenen Verweises auf die Anspruchsvoraussetzungen des § 281 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Auftraggeber vom Werkunternehmer wegen eines Werkmangels Schadensersatz statt der Leistung erst dann verlangen, wenn er zuvor ohne Erfolg dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat oder eine solche Fristsetzung aus einem der in den §§ 636 BGB bzw. §§ 281 Abs. 2 und 323 Abs. 2 BGB genannten Gründe entbehrlich ist. Die Klägerin hat mit anwaltlichem Schreiben vom 27.12.2011 dem Beklagten eine Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 6.1.2012 gesetzt (Blatt 42 AB) und nach Ablauf der solcherart gesetzten Frist mit anwaltlichem Schreiben vom 13.1.2012 an den Bevollmächtigten des Klägers unter Hinweis auf den eingetretenen Fristablauf weitere Arbeiten durch den Beklagten zurückgewiesen und mitgeteilt, dass zwischenzeitlich ein anderes Unternehmen beauftragt worden sei (vergleiche Blatt 56 AB).

Ohne Rechtsfehler und mit überzeugender Begründung ist das Landgericht zu der Auffassung gelangt, dass es an der genannten tatbestandlichen Voraussetzung für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch mangelt, die Klägerin also vor Geltendmachung des Schadensersatzes weder dem Beklagten eine angemessene Frist zur Beseitigung der gerügten Mängel gesetzt hat noch eine solche Fristsetzung entbehrlich gewesen ist.

a) Bei der Prüfung, ob die von der Klägerin mit Schreiben vom 27.12.2011 gesetzte Frist angemessen gewesen ist, hat das Landgericht die richtigen rechtlichen Maßstäbe angelegt. Hiernach muss die Frist so bemessen sein, dass der Schuldner in der Lage ist, den Mangel zu beseitigen. Angemessen ist die Frist, wenn während ihrer Dauer die Mängel unter größten Anstrengungen des Unternehmers beseitigt werden können (vgl. BGH,

Urteil vom 11.6.1964 - VII ZR 216/62 n.v.; RegEntw., BR-Drucks. 338/01, S. 315). Maßgeblich sind hierbei sämtliche Umstände des Einzelfalles, die insgesamt für die Beurteilung der Angemessenheit nach diesem Bewertungskriterium von Bedeutung sind (vgl. Krause-Allenstein in Kniffka/ ibronline-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand Juli 2015, Rz 15 zu § 637 BGB).

b)Die im zu beurteilenden Sachverhalt relevanten Umstände hat das Landgericht umfassend herausgearbeitet und gewürdigt. Das hierbei von der Kammer gefundene Ergebnis, nämlich dass die im Schreiben vom 27.12.2011 gesetzte Frist zum 06.01.2012 zu kurz war, ist überzeugend und bedarf keiner Korrektur.

aa)In die von der Klägerin gesetzte Frist ist der 27.12.2011, das Datum des Schreibens nicht miteinzurechnen, da nicht bekannt, jedenfalls nicht von der Klägerin vorgetragen ist, zu welcher Uhrzeit der Prozessbevollmächtigte des Beklagten das Schreiben per Telefax erhalten hat, so dass nicht festgestellt werden kann, ob der Bevollmächtigte des Beklagten das Schreiben noch am selben Tag (27.12.2011) an den Beklagten überhaupt hat weiterleiten können und dieser noch hätte tätig werden können. Effektiv umfasste die Frist lediglich acht Werktage.

Dem Landgericht ist darin zuzustimmen, dass diese Frist nicht zureichend war, weil es sich um eine ersichtlich - insbesondere was die Funktionalität der Heizungsanlage betrifft - komplexe Mängelproblematik gehandelt hatte. Dies folgt bereits daraus, dass der von der Klägerin beauftragte Sachverständige H... allein für die an der Heizungsanlage vorzunehmenden Arbeiten 37 Stunden für den Installateur ermittelt hat, worin nicht einmal die für die Ursachenermittlung erforderlichen Stunden enthalten sind.

Des Weiteren ist dem Tatbestand des angefochtenen Urteils zu entnehmen, dass noch am 17.11.2011 unter Beteiligung des Installateurmeisters S... der Beklagte auf der Baustelle gewesen ist und man sich mit der Heizungsanlage befasst hatte. In dem zu den Akten gereichtem Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Beklagten an die Klägerin vom 20.11.2011 wird darüber hinaus darauf hingewiesen, dass eine Überprüfung am 4.11.2011 stattgefunden hatte und es keinerlei Beanstandungen gegeben habe.

Zudem ist es ebenfalls zutreffend, dass es zur Mangelbeseitigung der undichten Waschtischarmaturen eines Besichtigungstermins bedurft hätte, da eine Undichtigkeit ebenfalls verschiedene Ursachen haben kann und

es nach Ursachenfeststellung gegebenenfalls erforderlich ist, notwendige Ersatzteile zu besorgen und einen weiteren Termin zur Fortführung der Arbeiten an den nunmehr lokalisierten und eingegrenzten Mängelbereichen durchzuführen.

Bei der Bestimmung der angemessenen Frist ist des Weiteren dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Kommunikation mit der Klägerin zwecks Terminabsprache schwierig war. Die Klägerin hatte auf ihren Telefaxschreiben vermerkt, nicht per Fax erreichbar zu sein und nach dem unwidersprochenen Vortrag des Beklagten auf seine SMS vom 22.12.2011 nicht reagiert. Soweit die Klägerin in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, der Beklagte hätte telefonisch Kontakt mit ihr aufnehmen können, verfängt dies nicht. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil, von dem in Ermangelung konkreter Anhaltspunkte für deren Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Senat bei seiner Entscheidung auszugehen hat (§ 529 Abs. 1 ZPO), hat es entsprechende erfolglose Versuche des Beklagten, Kontakt mit der Klägerin aufzunehmen, gegeben.

Vor dem Hintergrund all dieser Umstände ist die auf den 6.1.2012 gesetzte Frist mit dem Landgericht als zu kurz bemessen zu bewerten. Vielmehr ist der Senat der Auffassung, dass eine angemessene Frist zur Nacherfüllung zumindest bis zum 13.01.2012 angedauert hätte.

Innerhalb dieser Frist hat der Beklagte ausreichende Bemühungen zur Nacherfüllung entfaltet. Die nach den landgerichtlichen Feststellungen in diesem Zusammenhang zu bewertenden, als Nacherfüllungsbemühungen einzuordnenden Maßnahmen des Beklagten innerhalb dieser als angemessen anzusehenden Nacherfüllungsfrist umfassten zum einen, dass der Prozessbevollmächtigte des Beklagten am 06.01.2012 mit dem Kläger telefonierte, auf die Probleme bei der Kontaktaufnahme hinwies und mit diesem verabredete, dass dieser sich nach einem für den 09.01.2012 mit der Klägerin verabredeten Besprechungstermin wieder melden werde. Darüber hinaus betonte der Beklagte durch weiteres am 09.01.2012 gefertigtes Telefax seines Prozessbevollmächtigten seine Nacherfüllungsbereitschaft und bot drei konkrete Termine in der laufenden Woche zum Zwecke der Mängelbeseitigung an. Mit weiterem Telefaxschreiben seines Bevollmächtigten vom 10.01.2012 wies der Beklagte noch auf den erwarteten und bislang nicht erfolgten Rückruf hin. Angesichts dieser Bemühungen des Beklagten erscheint es dem Senat bereits fraglich, ob sich die Klägerin auf den Ablauf einer zum 06.01.2012 gesetzten Frist berufen

könnte, wenn sie durch ihren Prozessbevollmächtigten eine Rücksprache auch wegen der Verabredung von Terminen zusichert, eine solche trotz entsprechender Hinweise tatsächlich nicht erfolgt, vielmehr durch anwaltliches Schreiben vom 13.01.2012 weitere Nacherfüllungsversuche des Beklagten wegen des vermeintlichen Fristablaufes zurückweist.

Bei der rechtlichen Würdigung dieser Vorgänge ist zwar zum einen von dem - bereits seitens des Landgerichts richtig erkannten - Ansatz auszugehen, dass grundsätzlich der Schuldner innerhalb der gesetzten Frist wenigstens die Leistungshandlung vorzunehmen habe. Entfaltet der Werkunternehmer jedoch - wie hier - entsprechende Bemühungen, um zu einer solchen den Leistungserfolg wirkenden Nacherfüllung schreiten zu können, bedarf es aber hierbei der Mitwirkung und Kooperation des Auftraggebers, so können bereits intensive Kontaktaufnahmeversuche des Werkunternehmers ausreichend sein, wenn sich der Auftraggeber diesen entzieht, mithin Nachbesserungsversuche bzw. Nacherfüllungsbemühungen des Auftragnehmers vereitelt. In diesem rechtlichen Kontext ist neben den oben dargestellten Umständen in die Gesamtwürdigung einzu beziehen, dass zum einen der Beklagte selbst mit SMS vom 22.12.2011 nach dem unstrittig gebliebenen Sachvortrag des Beklagten den Kontakt mit der Klägerin gesucht hatte, um einen erneuten Besichtigungstermin gebeten hatte und hierauf keine Reaktion erhalten hatte.

bb) Das Berufungsvorbringen der Klägerin hierzu gibt keinen Anlass zu einer vom Landgericht abweichenden Bewertung hinsichtlich der fehlenden Angemessenheit der mit Schreiben vom 27.12.2011 gesetzten Frist zu kommen.

Soweit die Klägerin anführt, das Landgericht habe nicht berücksichtigt, sie habe mehrfach und zwar mit Schreiben vom 17. Oktober, 2. November, 16. November, 15. Dezember und 17.12.2011 den Beklagten zur Mängelbeseitigung aufgefordert, speziell den Beklagten in sämtlichen Schreiben aufgefordert, die Heizungsanlage instand zu setzen, zudem im Schreiben vom 17.12.2011 gerügt, dass die Siphons der Waschbecken in dem Badezimmer tropften, ist dieses Vorbringen nicht berücksichtigungsfähig im Sinne des § 529 Abs. 1 ZPO, da es sich um neues (da erstinstanzlich nicht vorgebrachtes) und vom Beklagten bestrittenes Parteivorbringen im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO handelt. Einen Zulassungstatbestand im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-3 ZPO hat die Klägerin nicht schlüssig dargetan. Insbesondere ist dem Landgericht entgegen der Auffassung der Klägerin kein Verfahrensverstoß in der Form der

Verletzung gegen ihre Hinweispflichten gem. § 139 ZPO vorzuwerfen, in dessen Folge die Klägerin das jetzt in Rede stehende Angriffsmittel erstinstanzlich nicht vorgebracht hat.

Selbst wenn man zu der Einschätzung gelangen sollte, dass das Landgericht mit Blick auf die umfassend angeordnete und durchgeführte Beweisaufnahme über Bestehen, Umfang und Ausmaß der Mängel und des Mängelbeseitigungsaufwandes einen Vertrauenstatbestand bei der Klägerin gesetzt hat, auf dessen Grundlage die Klägerin berechtigter Weise davon ausgehen durfte und konnte, dass von ihr die formellen Voraussetzungen des geltend gemachten Schadensersatzanspruches namentlich die erfolglos gesetzte angemessene Frist zur Mängelbeseitigung schlüssig dargetan worden sind, prozessual gehalten gewesen ist, die Klägerin auf die nunmehr gewandelte rechtliche Einschätzung zu diesem Punkt hinzuweisen, verbleibt es bei den obigen Ausführungen. Zu bedenken ist nämlich, dass der Beklagte - wie bereits ausgeführt - den Zugang der von der Klägerin angeführten Schreiben bestritten hat. Einen Beweis für den Zugang dieser Schreiben hat die Klägerin nicht angeboten.

Unabhängig von diesen Überlegungen sind die von der Klägerin mit der Berufungsbegründung aus dem Inhalt der Schreiben insbesondere vom 17.10.2011 und 2.11.2011 (GA 338 und 339) gezogenen Schlussfolgerungen nicht berechtigt. Keinesfalls kann dem Schreiben entnommen werden, dass dem Beklagten über mehrere Monate bereits vor dem Schreiben vom 27.12.2011 aufgrund vorangegangener Mängelbeseitigungsaufforderungen die Problematik bekannt gewesen sei, ohne dass er in der Lage gewesen sei, die Mängel zu beseitigen. Ebenso wenig ist von der Klägerin schlüssig dargelegt worden, dass der Beklagte vielfach Nacherfüllungsversuche hinsichtlich der defekten Heizungsanlage unternommen habe, die sämtlich gescheitert seien. In dem bereits angeführten anwaltlichen Schreiben vom 20.11.2011 hat der Bevollmächtigte des Beklagten die Klägerin darauf hingewiesen, dass am 4.11.2011 eine Überprüfung der Heizungsanlage seitens des Beklagten durchgeführt worden sei, es jedoch keinerlei Beanstandungen gegeben habe. Dem Kläger vorbringen kann nicht substantiiert entnommen werden, dass im Rahmen dieser Überprüfung sich die Mängelrügen der Klägerin bestätigt hätten, der Beklagte jedoch weder in der Lage gewesen sei, die Ursachen hierfür zu finden noch diese zu beseitigen.

c) Die rechtlichen Erwägungen des Landgerichts, mit denen es zu der Erkenntnis gelangt ist, dass eine Fristsetzung nicht wegen Unzumutbarkeit nach § 636 BGB

im konkreten Einzelfall entbehrlich gewesen ist, hält der Senat für in sich stimmig und ebenfalls überzeugend. Er schließt sich ihnen an.

Das Landgericht hat richtig angeführt, dass eine Unzumutbarkeit insbesondere dann vorliegt, wenn aus der Sicht des Bestellers aufgrund objektiver Umstände das Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Durchführung der Mangelbeseitigung nachhaltig erschüttert ist. Bei der Bewertung der Einzelumstände des Streitfalls ist jedoch immer das Ausnahme-Regelverhältnis zwischen der Notwendigkeit der Fristsetzung im Regelfall und der nur ausnahmsweise anzunehmenden Entbehrlichkeit wegen Unzumutbarkeit im Blick zu behalten. Dies bedeutet, dass nicht leichtfertig Unzumutbarkeit angenommen werden darf.

aa) Die in diesem Zusammenhang zu berücksichtigenden Umstände hat das Landgericht umfassend aufgeführt und bewertet. Hierbei hat es zunächst geprüft, ob die fehlende Qualifikation des Beklagten für Arbeiten, die per Gesetz von einem (Installateur -) Meister auszuführen sind, als solches geeignet gewesen ist, das Vertrauen der Klägerin in die Fähigkeit des Beklagten zur Beseitigung der in Rede stehenden Mängel nachhaltig in einem solchen Umfang zu erschüttern, dass es der Klägerin unzumutbar war, dem Beklagten unter Fristsetzung Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben. Dies hat das Landgericht mit nachvollziehbarer Begründung verneint, auf die der Senat verweist, und von der abzuweichen das Berufungsvorbringen keinen Anlass gibt.

bb) Unbehelflich ist der Einwand der Klägerin, der Zeuge S... sei nach eigenem Vortrag des Beklagten als dessen Subunternehmer zu betrachten gewesen, der der Klägerin nicht bekannt gewesen sei (GA 329).

Dem Vorbringen der Klägerin kann nicht entnommen werden, dass im Rahmen des Vertragsschlusses zwischen den Vertragsparteien Einigkeit dahingehend erzielt worden war, dass der Beklagte nicht berechtigt gewesen ist, zur Erfüllung der ihm obliegenden Leistungspflichten einen Subunternehmer einzusetzen. Irrelevant ist, dass - wie die Klägerin vorträgt - von ihr ein Vertragsschluss mit dem Zeugen S... nicht gewollt gewesen sei. Bedient sich der Werkunternehmer zur Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten eines Subunternehmers, bleibt es natürlich bei der vertraglichen Beziehung zwischen ihm und dem Besteller. Der Subunternehmer tritt lediglich mit dem Auftragnehmer und nicht mit dem Besteller in eine vertragliche Beziehung;

er ist bzw. wird nicht dadurch zum Vertragspartner des Bestellers, dass er vom Auftragnehmer eingesetzt wird.

Soweit es in werkvertraglichen Verhältnissen, in denen der Auftragnehmer zur Erstellung des Werkes durch sein eigenes Unternehmen bzw. durch seine eigenen Mitarbeiter verpflichtet ist und ihm aufgrund vertraglicher Abrede mit dem Besteller - ausdrücklich oder konkludent - der Einsatz von Subunternehmern untersagt ist, mag es ein außerordentliches Kündigungsrecht des Bestellers begründen, wenn der Auftragnehmer gegen das vertraglich ausbedungene Verbot des Subunternehmereinsatzes verstößt. Hieraus lässt sich jedoch nicht generell ableiten, dass der Besteller auch ohne ein solches vereinbartes Verbot berechtigt ist, bei Kenntnis des Subunternehmereinsatzes durch den Werkunternehmer dessen Nacherfüllungsbemühungen wegen Unzumutbarkeit zu verweigern.

cc) Ohne Erfolg versucht die Klägerin in der Berufungsbegründung die Entbehrlichkeit der Fristsetzung mit einer ernsthaften Verweigerung der Nachbesserungsversuche zu begründen, indem sie auf das Schreiben des Bevollmächtigten des Beklagten vom 20.11.2011 abstellt. Richtig ist zwar, dass eine Fristsetzung entbehrlich ist, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert (§ 281 Abs. 2 BGB). An die Feststellung einer solchen ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung durch den Schuldner sind indes strenge Anforderungen zu stellen.

Der Inhalt des Schreibens vom 20.11.2011 bietet für die Annahme einer solchen endgültigen und ernsthaften Leistungsverweigerung des Beklagten keinen hinreichenden Anhaltspunkt. Der Hinweis des Werkunternehmers darauf, dass eine Überprüfung früherer Mängelrügen des Bestellers doch erfolgt sei und es keinerlei Beanstandungen gegeben habe, lässt keinesfalls den Rückschluss zu, dass der Werkunternehmer bei weiteren berechtigten Mängelrügen nicht willens und bereit ist, seiner Verpflichtung zur Nacherfüllung und Mängelbeseitigung nachzukommen. Im Übrigen belegen die weiteren - im Anschluss an das anwaltliche Schreiben vom 20.11.2011 unternommenen - Versuche des Beklagten, mit der Klägerin in Kontakt zwecks Abstimmung von Besichtigungsterminen zu gelangen, dessen Bereitschaft, sich seiner Verpflichtung zur Beseitigung von Mängeln seiner Werkleistung zu stellen und insoweit Abhilfe zu schaffen.

dd) Schließlich dringt die Klägerin mit ihrem Vorbringen, eine Unzumutbarkeit der Fristsetzung zur Mängelbeseitigung sei aufgrund vorangegangener, vielfältig

fehlgeschlagener Nachbesserungsversuche gegeben, auch aus rechtlichen Gründen nicht durch. Der Klägerin ist es aufgrund des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens verwehrt, sich auf Umstände zu berufen, die - angeblich - ihr Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Vertragspartners zur Nacherfüllung grundlegend erschüttert hätten, wenn sie trotz Kenntnis dieser Umstände dem Vertragspartner eine Frist zur Behebung der Mängel gesetzt hat. Mit einem solchen Verhalten hat der Besteller nämlich zu erkennen gegeben, dass sein Vertrauen in die Bereitschaft zur ordnungsgemäßen Nacherfüllung trotz des vorangegangenen Verhaltens weiterhin besteht (vgl. BGH, Urteil vom 12.3.2010, V ZR 147/09, NJW 2010, 1805, Rz 10; Voit, in Beck'scher online Kommentar, Stand Februar 2015, Rz17 zu § 636).

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass es auch unter Berücksichtigung des klägerischen Berufungsvorbringens bei der landgerichtlichen Einschätzung hinsichtlich der mangelnden angemessenen Frist und deren nicht feststellbarer Entbehrlichkeit verbleibt, so dass der geltend gemachte Schadensersatzanspruch an dieser Tatbestandsvoraussetzung scheitert. Die mit der Berufung weiterverfolgten Kosten zur Mängelbeseitigung kann die Klägerin damit nicht als mangelbedingten Schadensersatz statt der Leistung beanspruchen.

III)

Soweit die Klägerin im Rahmen ihrer Klageforderung auch die ihr durch die Beauftragung des Privatsachverständigen entstandenen Kosten in Höhe von 2.476,93 € verlangt, steht ihr ein dahingehender Anspruch nicht als Schadensersatz neben der Leistung gemäß §§ 634, Nr. 4, 636, 280 BGB zu. Mit diesem Teil der Klageforderung hat sich das Landgericht nicht ausdrücklich befasst.

Zuzugestehen ist der Klägerin, dass regelmäßig der Besteller ihm im Zusammenhang mit vom Besteller zu verantwortenden Werkmängeln entstandene Kosten für die Beauftragung von Sachverständigen auch ohne vorangegangene Fristsetzung zur Nacherfüllung im Rahmen des Schadensersatzes neben der Leistung erstattet verlangen kann. Treten an einem Bau Mängel auf, so ist die häufige, geradezu typische, unmittelbare Folge, dass der Bauherr genötigt ist, sich über Ursache und Ausmaß der eingetretenen und vielleicht noch zu erwartenden Mängel dadurch ein zuverlässiges Bild zu verschaffen, dass er einen Sachverständigen mit der Prüfung und Begutachtung beauftragt. Die hierdurch entstandenen Kosten sind so die zwangsläufige Folge der Mängel (BGHZ 54, 352 = NJW 1971, 99). Dieser

Schaden entsteht von vornherein neben dem Nachbesserungsanspruch, so dass eine Fristsetzung keine Anspruchsvoraussetzung ist (vgl. BGH, Urteil vom 13.9.2001 - VII ZR 392/00 - NJW 2002, 141). Ersatzfähig sind solche Aufwendungen, wenn der Besteller diese für erforderlich halten durfte bzw. der Auftrag an den Sachverständigen auch zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war (vgl. Senat, Urteil vom 12.10.2010 - 21 U 194/09 - BauR 2011, 1183f; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 26.03.2007 - 15 W 7/07 - DS 2008, 233 = BauR 2007, 1450).

Etwas anderes muss jedoch im Bezug auf die Sachverständigenkosten gelten, die durch die Beauftragung eines Sachverständigen erst entstanden sind, nachdem der Besteller den Auftragnehmer die von diesem angebotene Nachbesserung verweigert hatte, obwohl er ihm nicht zuvor eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hatte, bzw. diese auch nicht entbehrlich gewesen war. Nach den obigen Ausführungen ist von genau dieser Sachverhaltskonstellation auszugehen. Die Klägerin hat mit anwaltlichem Schreiben vom 13.01.2012 unberechtigterweise, da vor Ablauf einer angemessenen Frist Nacherfüllungsversuche des Beklagten zurückgewiesen. Erst nachfolgend hat er den Sachverständigen mit der Mängel- und Ursachenfeststellung beauftragt, wodurch die an dieser Stelle in Rede stehenden Kosten entstanden sind.

IV) Schließlich kann die Klägerin aus dieser Anspruchsgrundlage auch nicht Ersatz der nach ihrer Behauptung ihr entgangenen Mietzinsen verlangen. Ein solcher Schadensersatzanspruch neben der Leistung scheitert vorliegend an der fehlenden Kausalität zwischen dem Mangel und dem Schaden. Der geltend gemachte Schaden wäre nicht eingetreten, hätte der Besteller dem Werkunternehmer in der rechtlich gebotenen Weise ausreichend Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben.

Insgesamt hat das Landgericht damit zu Recht die Klage abgewiesen; die Berufung erweist sich folglich als unbegründet.

C)

Die Kostenentscheidung beruht auf der Anwendung des § 97 Abs. 1 ZPO, wonach die mit ihrer Berufung erfolglos gebliebene Klägerin die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen hat.

Die Voraussetzungen für eine von der Klägerin hilfsweise begehrte Niederschlagung der Kosten des Sachverständigengutachtens, also mithin eines Teils der

erstinstanzlichen Gerichtskosten gemäß § 21 GKG sind nicht gegeben.

Eine Nichterhebung von Gerichtskosten wie zum Beispiel den Sachverständigenauslagen nach § 21 Abs. 1 Satz 1 GKG setzt voraus, dass eine unrichtige Sachbehandlung vorliegt. Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne dieser Vorschrift ist dann gegeben, wenn das Gericht objektiv unrichtig gehandelt hat. Hierbei wird teilweise eine unrichtige Sachbehandlung lediglich in den Fällen angenommen, in denen ein offensichtlich schwerer Verfahrensfehler oder eine offensichtlich eindeutige Verkennung des materiellen Rechts vorliegt (vgl. OLG München, Beschluss vom 10.03.2002, 11 W 891/03, NJW-RR 2003, 1294; KG FGPrax 2002, 136). In Abgrenzung hierzu wird teilweise für die Feststellung einer unrichtigen Sachbehandlung verlangt, dass ein Richter Maßnahmen oder Entscheidungen trifft, die den richterlichen Handlung-, Bewertungs- und Entscheidungsspielraum eindeutig überschreiten (vergleiche Binz/Dörndörfer, GKG, 2. Aufl. 2014, Rz. 5 zu § 21; BGH NJW-RR 2003, 1294).

Nach diesen Maßstäben liegt eine unrichtige Sachbehandlung dann nicht vor, wenn eine Beweisaufnahme zunächst erfolgt, dann ein Richterwechsel eintritt und es nach der vertretbaren Rechtsauffassung des neuen Richters auf die Beweisaufnahme nicht ankommt (vgl. Binz/Dörndörfer, a.a.O. Rz. 8). So ein Fall liegt hier vor. Ersichtlich ist das Landgericht in seiner ursprünglichen Besetzung zum Zeitpunkt des Erlasses des Beweisbeschlusses vom 18.12.2012 zu der jedenfalls nicht eindeutig falschen Wertung gelangt, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen für den von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzanspruch, namentlich das Erfordernis einer fruchtlos abgelaufenen angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung, erfüllt gewesen sind. Nach Durchführung der Beweisaufnahme ist die Kammer in einer anderen Besetzung erkennbar zu einer hiervon abweichenden, ebenfalls vertretbaren Würdigung gelangt. Insbesondere die Kosten der Sachverständigenbegutachtung waren zu diesem Zeitpunkt bereits in vollem Umfang entstanden.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 11, 709 Satz 2, 711 ZPO.

Die gesetzlichen Voraussetzungen zur Zulassung der Revision sind nicht gegeben. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 50.971,28 €

S...-L... B... W...

OLG Köln zu der Frage, dass es der Abnahme gleich steht, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist

vorgestellt von Thomas Ax

Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Der Besteller ist zur Abnahme verpflichtet, wenn die Bauleistung fertig gestellt ist und allenfalls unwesentliche Mängel aufweist. Ob ein Mangel wesentlich ist und deshalb zur Verweigerung der Abnahme berechtigt, hängt von Art und Umfang des Mangels und seinen Auswirkungen ab. Das lässt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls beurteilen. Auch bloß optische Beeinträchtigungen können das Maß des Zumutbaren überschreiten. Die Gestaltung einer mittig gelegenen, 280 qm umfassenden Innenhoffläche mit einer wassergebundenen Decke anstelle einer Rasenfläche stellt einen wesentlichen Mangel dar.

OLG Köln, Beschluss vom 02.11.2021 - 7 U 173/20

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um die Feststellung des Eintritts der Abnahmewirkungen betreffend eines mittels Bauträgervertrags verkauften Gemeinschaftseigentums.

Mittels notariellen Bauträgervertrags vom 19.12.2014 (Anl. 1, AH1) erwarb der Beklagte von der Klägerin unter Einbeziehung einer Baubeschreibung (Anl. 4, AH1) die seitens der Klägerin zu errichtenden Eigentumswohnungen Nr. 24 und 25 im denkmalgeschützten Vierkanthof "####" in #### nebst vier Tiefgaragenstellplätzen zum Preis von insgesamt 1.205.310 EUR.

Ziffer 25 der im Kaufvertrag in Bezug genommenen Baubeschreibung lautete auszugsweise wie folgt:

"25. INNENHOF

Die Gestaltung des Innenhof erfolgt in Abstimmung mit der Denkmalbehörde und gemäß Landschaftspflegerischem Begleitplan."

Der landschaftspflegerische Begleitplan vom 27.02.2014 (Bl. 144ff. GA) sah unter Z. 4 "Darstellung der Vermeidungs-, Minderungs- und Kompensationsmaßnahmen" auf Seite 18 u.a. vor:

"Die neu entstehende Freifläche im Innenhof wird als Rasenfläche angelegt."

Die für die Baumaßnahme erteilte Baugenehmigung der Stadt I. vom 11.06.2015 (Bl. 182ff. GA) enthielt unter Ziffer 2 folgende Auflage:

"Der mit der Nutzungsänderung verbundene Eingriff in Natur und Landschaft wurde vom Ingenieurbüro ### durch einen Landschaftspflegerischen Begleitplan (LBP) (Stand: 27.02.2014) und eine artenschutzrechtliche Prüfung (ASP) (Stand: 20.02.2014) dargestellt. Die erforderlichen Vermeidungs-, Minderungs- und Kompensationsmaßnahmen, die in dem LBP und der ASP des vorgenannten Büros näher konkretisiert werden, sind umzusetzen."

Tatsächlich legte die Klägerin in der Mitte des im Übrigen gepflasterten Innenhof später eine wassergebundene Decke an.

Am 21.08.2017 nahm der Beklagte das Sondereigentum ab; die letzte Kaufpreisrate in Höhe von 42.185,85 EUR zahlte er auf das Notaranderkonto, ohne bislang die Freigabe erteilt zu haben.

Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 18.07.2019 forderte die Klägerin den Beklagten unter Fristsetzung bis zum 31.07.2019 zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums auf, was dieser unter Bezugnahme auf Mängel am 23.07.2019 verweigerte.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, im Verhältnis zwischen den Parteien seien infolge der unberechtigten Verweigerung der Abnahme seitens des Beklagten die Abnahmewirkungen eingetreten. Sämtliche beklagenseits gerügten Mängel seien - selbst wenn sie bestünden - nicht wesentlich und stünden einer Abnahmereife nicht entgegen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Abnahme mit Blick auf fortbestehende Mängel zu Recht verweigert zu haben. Insbesondere stehe die Gestaltung der Innenhoffläche nicht mit den vertraglichen

Vereinbarungen der Parteien in Einklang, da keine Rasenfläche ausgeführt worden sei.

Das Gericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass die Feststellungsklage zulässig, jedoch unbegründet sei. Die Wirkungen der Abnahme hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums im Verhältnis zum Beklagten seien nicht zum 01.08.2019 eingetreten, weil das Gemeinschaftseigentum zu diesem Zeitpunkt mindestens einen nicht unwesentlichen Mangel im Sinne von § 640 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. aufgewiesen habe. Namentlich sei die Mitte der Innenhoffläche entgegen der vertraglichen Vereinbarungen und entgegen der Auflage in der Baugenehmigung nicht als Rasenfläche, sondern als wassergebundene Decke ausgeführt worden.

Wegen des Sachverhalts, der dem Rechtsstreit zugrunde liegt, sowie der in erster Instanz gestellten Anträge im Übrigen wird auf die angefochtene Entscheidung vom 20.11.2020 (Bl. 311 ff. GA) Bezug genommen.

Hiergegen wendet sich die Berufungsführerin mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung.

Die Klägerin trägt nunmehr vor, es lägen die Berufungsgründe der fehlerhaften Rechtsanwendung sowie der unrichtigen Tatsachenfeststellung vor. Das Landgericht habe verkannt, dass ein wesentlicher Mangel tatsächlich nicht vorliege. Die aktuelle Beschaffenheit des Innenhofs sei materiell rechtmäßig, da die Abweichungen vom ursprünglichen LBP zusammen mit der zuständigen Behörde vorgegeben worden seien. Die Änderungen seien von der Zeugin ### gefordert worden, die für die Naturschutzbehörde gesprochen habe. Eine Textur der Baugenehmigung sei problemlos möglich und von der Klägerin zwischenzeitlich auch beantragt worden.

Sie beantragt,

1. unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 20.11.2020 mit dem Az. 18 O 281/19 festzustellen, dass die Wirkungen der Abnahme hinsichtlich des von dem Beklagten mit notariellem Kaufvertrag vom 19.12.2014 (UR Nr. ###/2014 ### Notar ### aus ###) anteilig erworbenen und von der Klägerin errichteten Gemeinschaftseigentums (Hofgebäude und Tiefgarage mit Außenflächen) auf dem Grundbesitz "###", ###-Straße ### in ### spätestens am 01.09.2019 eingetreten sind,

2. vorsorglich für den Fall des Unterliegens, die Revision zuzulassen,

3. hilfsweise, den Rechtsstreit unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Köln vom 20.11.2020 mit dem Aktenzeichen 18 O 281/19 zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Köln zurückzuverweisen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil unter Erweiterung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags. Die Parteien hätten hinsichtlich der Gestaltung des Innenhofs als Rasenfläche eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen. Eine solche Auslegung verstoße auch nicht gegen höchstichterliche Rechtsprechung, insbesondere weil der LBP in der notariell beurkundeten Baubeschreibung ausdrücklich erwähnt worden sei. Zudem sei noch nicht einmal klar, wieso der LBP in Bezug auf die Rasenfläche habe geändert werden müssen. Der LBP sei Bestandteil der Planunterlagen für die Baurechtserlangung. Es stelle sich die Frage, wieso die Zeugin ### einseitig habe Vorgaben machen können. Es werde bestritten, dass eine Rasenfläche abgeschlossen gewesen sei und die vorgenannte Zeugin praktisch für die Naturschutzbehörde gesprochen habe. Der Verzicht auf die Rasenfläche sei keine zwingende Vorgabe des Planers, sondern das Ergebnis einer Absprache mit den Bauherren gewesen. Jedenfalls habe er als Käufer eine klare Vorstellung von der Rasenfläche im Innenhof gehabt. Die wassergebundene Fläche stelle schließlich einen wesentlichen Mangel dar.

Mit Beschluss vom 17.09.2021 hat der Senat darauf hingewiesen, dass beabsichtigt sei, die Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen, auf den wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird (Bl. 426ff. GA).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Der Beschluss ergeht gemäß § 522 Abs. 2 ZPO.

Zur Begründung wird auf den Hinweisbeschluss vom 17.09.2021 Bezug genommen.

Die hierzu erfolgten Stellungnahmen der Klägerin vom 06. und 14.10.2021 rechtfertigen keine andere Entscheidung, sondern geben lediglich zu folgender ergänzenden Begründung Anlass:

1. Entgegen der Ansicht der Klägerin steht die im vorgenannten Hinweisbeschluss vorgenommene Auslegung des notariell beurkundeten Bauträgerkaufvertrags der Parteien vom 19.12.2014 nicht im Widerspruch zur höchstichterlichen Rechtsprechung, insbesondere nicht zu der von der Klägerin zitierten Entscheidung (BGH, Urteil vom 06.11.2015 V ZR 78/14). Der Bundesgerichtshof hat darin lediglich entschieden, dass eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes vor Vertragsschluss durch den Verkäufer, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung führt (BGH, a.a.O. Rn 15).

a. Dies ist vorliegend jedoch schon deshalb nicht übertragbar, weil die Beschreibung der Eigenschaft der neu errichteten Freifläche im Innenhof als Rasenfläche hier nicht vor, sondern bei Vertragsschluss am 19.12.2014 erfolgt ist. Gemäß § 6 Nr. 1 Abs. 1 des vorgenannten Vertrags hat die Bauausführung entsprechend der Baubeschreibung zu erfolgen (S. 18 Anl 1, AH 1). Nach Ziffer 25 dieser Baubeschreibung erfolgt die Gestaltung des Innenhofs in Abstimmung mit der Denkmalbehörde und gemäß LBP (S. 7 der Anl 2 zu Anl 4 im AH1). Dieser sieht unter Ziffer 4.3 Unterziffer 4 ausdrücklich vor, dass die neu zu errichtende Freifläche im Innenhof als Rasenfläche angelegt wird (Bl. 162 GA).

b. Unabhängig davon hat die Eigenschaftsbeschreibung durch die Verweisungskette auch im notariell beurkundeten Vertrag der Parteien ihren Niederschlag gefunden. Anders als in der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, a.a.O., Rn 21) wurde der LBP in den notariell beurkundeten Erklärungen der Parteien ausdrücklich erwähnt. Unter § 1 Nr. 3 des von den Parteien geschlossenen und notariell beurkundeten Vertrags vom 19.12.2014 heißt es ausdrücklich, dass der Grundbesitz entsprechend der Baubeschreibung vom 29.09.2014 - URNr. 2249 für 2014 ### des Notars ### modernisiert wird. Ebenso ausdrücklich heißt es unter § 6 Nr. 1 Abs. 1 des notariell beurkundeten Vertrags der Parteien, dass die Bauausführung seitens der als Verkäufer im Vertrag genannten Klägerin entsprechend der eingangs erwähnten Baubeschreibung erfolgt. Diese Baubeschreibung wurde als Anlage II der vorgenannten Urkunde des Notars ### vom

29.04.2014, auf die der notariell beurkundete Vertrag der Parteien ausdrücklich Bezug nimmt, ebenfalls notariell beurkundet (Anl. 10 im AH2). In dieser Baubeschreibung ist wiederum unter Ziffer 25 ausdrücklich geregelt, dass die Gestaltung des Innenhofs gemäß LBP erfolgt. Dieser sah aber zum Zeitpunkt des notariell beurkundeten Vertrags der Parteien am 19.12.2014 vor, dass die neu zu errichtende Freifläche im Innenhof als Rasenfläche angelegt wird.

Dass der LBP vom 27.02.2014 bis dahin geändert wurde, ist weder vorgetragen noch aus den sonstigen Umständen ersichtlich. Hiergegen spricht insbesondere, dass die auf den Antrag vom 24.10.2014 am 11.06.2015 erteilte Baugenehmigung auf den vorgenannten LBP vom 27.02.2014 ausdrücklich Bezug nimmt und ihn zum Bestandteil der Genehmigung gemacht hat (Bl. 182 GA). Zudem stellt sie unter Nr. 2 der Auflagen ausdrücklich klar, dass der mit der Nutzungsänderung verbundene Eingriff in Natur und Landschaft vom Ingenieurbüro ### durch den LBP (Stand: 27.02.2014) dargestellt worden sei und die erforderlichen Vermeidungs-, Minderungs- und Kompensationsmaßnahmen, die in dem LBP näher konkretisiert wurden, umzusetzen seien (Bl. 187 GA). Auch der notariell beurkundete Vertrag der Parteien vom 19.12.2014 nimmt auf die Baugenehmigung und deren abgestimmten und erfolgten Antrag bei Vertragsschluss der Parteien in § 1 Nr. 2 ausdrücklich Bezug, in dem es wörtlich heißt:

"Die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Genehmigungen sind mit dem zuständigen Bauamt abgestimmt und beantragt, insbesondere die baurechtlichen Genehmigungen."

c. Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass der Beklagte zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder den LBP vom 27.02.2014 noch seinen Inhalt kannte. Selbst wenn dies zutreffen würde, ändert dies die Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich der Freifläche im Innenhof als Rasenfläche nichts. Gemäß § 1 Nr. 4 Abs. 2 des Vertrags der Parteien vom 19.12.2014 lagen bei dessen Beurkundung sowohl die vorgenannte Urkunde Nr. ### des Notars ### als auch dessen Urkunde Nr. ### in Urschrift vor und ihr Inhalt war von den Parteien als Teil ihrer Vereinbarung sowie für sie verbindlich anerkannt worden. Zudem hatte der Beklagte ausweislich der vorgenannten Regelung bereits vor der Beurkundung am 19.12.2014 eine beglaubigte Abschrift der vorgenannten Urkunden erhalten. In § 7 Nr. 8 der vorgenannten Urkunde Nr. ### aber sind ausdrücklich Rasenflächen im Innenhof genannt, deren Pflege gemeinschaftlich zu erfolgen habe (S. 24 Anl. 10

im AH2). Diese Regelung wäre sinnlos, wenn die Parteien hinsichtlich der Freifläche im Innenhof gar keine Rasenfläche als Beschaffenheit vereinbart hätten.

Für eine Beschaffenheitsvereinbarung der Freifläche im Innenhof als Rasenfläche gemäß dem LBP vom 27.02.2014 durch die Parteien spricht ferner die Regelung in § 8 der vorgenannten Urkunde Nr. ###, wonach der Wohnungseigentümer die äußere Gestalt des Bauwerks und sonstige Veränderung nicht ohne Zustimmung der Ämter vornehmen darf und der LBP insbesondere für die Gestaltung der Frei- und Gartenflächen bindend ist. Dies setzt aber voraus, dass die Klägerin als Verkäuferin die Frei- und Gartenflächen gemäß der Vorgaben des LBP zuvor überhaupt erst errichtet und in die entsprechende Beschaffenheit versetzt hat. Mit LBP im Sinne dieser Regelung in der Urkunde Nr. ### kann aber nur der LBP vom 27.02.2014 gemeint sein. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Parteien am 19.12.2014 gab es nur den LBP vom 27.02.2014, der die Freifläche im Innenhof ausdrücklich als Rasenfläche ausgewiesen hat. Auch die zu diesem Zeitpunkt bereits beantragte Baugenehmigung nimmt ausdrücklich Bezug auf den LBP vom 27.02.2014, machte ihn zum Bestandteil der Genehmigung und zur Auflage, dass die dortigen Maßnahmen umzusetzen seien. Wenn die Parteien insoweit nicht von einer Verbindlichkeit des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigen LBP für die Gestaltung der Freifläche ausgegangen wären und insoweit keine entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung des Innenhofs vereinbart hätten, hätte dies insbesondere angesichts der damit verbundenen Änderung des Leistungssolls einer ausdrücklichen Regelung bedurft, die hier jedoch nicht erfolgt ist.

Weiterhin ist in § 6 a) der als Anlage III zur vorgenannten Urkunde ### beigefügten Gestaltungssatzung und Gutshofordnung ausdrücklich geregelt, dass dem Käufer bekannt ist, dass bezüglich der Innenhofgestaltung ein einheitliches Gesamtbild hergestellt werden und erhalten bleiben muss, das zuvor vom Denkmalpfleger freigegeben werden und die Vorgaben des LBP einhalten muss. Auch dies spricht dafür, dass die Parteien die Beschaffenheit der Freifläche im Innenhof als Rasenfläche gemäß der Vorgaben des LBP vom 27.02.2014 als Beschaffenheit vereinbart haben. Nach dem bei Vertragsschluss der Parteien am 19.12.2014 gültigen LBP war die im Innenhof neu entstehende Freifläche als Rasenfläche anzulegen.

d. Dieser Auslegung der notariell beurkundeten Vereinbarung der Parteien gemäß §§ 133, 157 BGB kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass die Parteien keine Bindung der Klägerin an den LBP hinsichtlich der

Beschaffenheit des von ihr zu modernisierenden und zu gestaltenden Innenhofs vereinbaren wollten. Unter Nr. 25 der Baubeschreibung ist ausdrücklich geregelt, dass die Gestaltung des Innenhofs gemäß LBP erfolgt. Gerade diese als Anlage II zur Urkunde Nr. ### des Notar ### notariell beurkundete Baubeschreibung aber haben die Parteien ausweislich § 1 Nr. 4 Abs. 2 ihres notariell beurkundeten Kaufvertrags vom 19.12.2014 als für sie verbindlich anerkannt.

e. Ebenso wenig widerspricht die Auslegung dem Grundsatz, wonach im Zweifel derjenigen Auslegung der Vorzug gebührt, die die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vermeidet (vgl. BGH, a.a.O. Rn 18 m.w.N.). Hier geht es gerade nicht um vorvertragliche Äußerungen, sondern um die vertraglich getroffene und notariell beurkundete Vereinbarung der Parteien in Nr. 25 der Baubeschreibung, dass der Innenhof gemäß LBP gestaltet wird.

f. Aus dem gleichen Grund greift auch die angebliche Beeinträchtigung der Warn- und Schutzfunktion der notariellen Beurkundung durch die erfolgte Auslegung nicht durch. Sowohl die Klägerin als auch der Beklagte haben in § 1 Nr. 4 Abs. 2 ihres notariell beurkundeten Vertrags vom 19.12.2014 die vorgenannte Baubeschreibung, die in Nr. 25 ausdrücklich bestimmt, dass der Innenhof gemäß LBP gestaltet wird, als für sie verbindlich anerkannt. Zudem haben sie auch ausdrücklich erklärt, dass der Inhalt ihnen bekannt sei und sie sowohl auf das Verlesen als auch die Beifügung zur Niederschrift verzichten.

2. Auch der Einwand, dass die Auslegung keine statische, sondern dynamische Verweisung in der Kette - Vertrag, Baubeschreibung, LBP - ergebe, überzeugt nicht.

Hiergegen spricht zunächst, dass die Parteien in ihrem Vertrag vom 19.12.2014 gerade nicht lediglich auf die Baubeschreibung verweisen, sondern sie vielmehr ausweislich § 1 Nr. 4 Abs. 2 ihres notariell beurkundeten Vertrags ausdrücklich zum Teil ihrer Vereinbarung selbst gemacht haben. Damit aber entfällt schon das erste Glied der von der Klägerin angenommenen Verweisungskette.

Bei dem Verweis auf den LBP in Nr. 25 der Baubeschreibung liegt auch keineswegs eine dynamische Verweisung nahe; vielmehr führt die nach §§ 133, 157 BGB gebotene Vertragsauslegung im konkreten Fall zu einer statischen Verweisung.

Bereits der Wortlaut spricht für eine statische und gegen eine dynamische Verweisung. Es gibt nur einen LBP, nämlich den vom 27.02.2014. Dieser wurde lediglich, wie die Klägerin selbst vorträgt, nach Erteilung der Baugenehmigung am 11.06.2015 und zudem auf Initiative der Landschaftsplanerin selbst angepasst. Damit erübrigte sich aber bei der statischen Verweisung sowohl zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung der Baubeschreibung am 29.09.2014 als auch des Kaufvertrags der Parteien am 19.12.2014 schon vom Wortlaut her eine nähere Konkretisierung des LBP, insbesondere ein Hinweis auf den Planungsstand und die Version. Würde es sich hingegen tatsächlich um eine dynamische Verweisung handeln, wäre zu erwarten gewesen, dass dies schon vom Wortlaut her entsprechend klar gestellt worden wäre, insbesondere durch eine ergänzende Formulierung in Nr. 25 der Baubeschreibung dahingehend, dass die Worte "in der jeweils geltenden Fassung" ergänzt worden wären. Dies ist indes gerade nicht geschehen.

Auch die Begleitumstände sowie die Interessenlage der Parteien sprechen dafür, von einer statischen Verweisung auszugehen. Die Baubeschreibung regelt die Bauausführung der Umgestaltung des Vierkanthofs in Wohneinheiten. Zugleich wird das Leistungsoll für die jeweiligen Bauträgerverträge verbindlich festgelegt. Ausweislich des letzten Absatzes unter dem Punkt Allgemeines bedarf eine von dem insoweit durch die Baubeschreibung vorgegebenen Rahmen abweichende Bauausführung einer entsprechenden Sonderregelung im jeweiligen Bauträgervertrag. Diese ist hier jedoch gerade nicht erfolgt. Vielmehr haben die Parteien in ihrem notariell beurkundeten Vertrag vom 19.12.2014 ausdrücklich unter § 6 geregelt, dass die Bauausführung entsprechend der genannten Baubeschreibung erfolgt.

Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, dass die Baugenehmigung noch nicht vorgelegen hat und die Gestaltung der Außenanlagen noch im Fluss war. Dadurch vermag das vertraglich geschuldete Leistungsoll hinsichtlich des Innenhofs nicht abgeändert zu werden. Insbesondere entspricht dies nicht der Interessenlage beider Parteien. In ihrer Vereinbarung vom 19.12.2014 haben sie in § 6 ausdrücklich geregelt, dass die Bauausführung entsprechend der Baubeschreibung zu erfolgen hat. Die von der vertraglichen Vereinbarung abweichende Gestaltung des Innenhofs erfüllt auch nicht die Voraussetzungen des § 6 Nr. 2 S. 1 des Vertrags der Parteien vom 19.12.2014, weil sie nicht erforderlich und insbesondere weder auf Grund von technischen Änderungen noch wegen behördlicher Auflagen notwendig war. Auf Ziffer 2 des vorgenannten

Hinweisbeschlusses wird insoweit ausdrücklich Bezug genommen. Dem ist die Klägerin insoweit auch nicht mehr konkret entgegen getreten.

Aus den gleichen Gründen vermag auch der Einwand nicht zu überzeugen, dass die Regelung in Nr. 25 der Baubeschreibung nur so ausgelegt werden könne, dass die Gestaltung des Innenhofs in Abstimmung mit der Denkmalbehörde und nach den Vorgaben der für den LBP zuständigen Naturschutzbehörde erfolgen soll. Vielmehr war mit der vorgenannten vertraglichen und notariell beurkundeten Vereinbarung der Parteien das vertragliche Leistungssoll bestimmt worden. Dieses konnte aber nur unter den vorgenannten und hier nicht gegebenen Umständen abgeändert werden. Jedenfalls aber war die vertragliche Vereinbarung nach Treu und Glauben so auszulegen, dass die erforderlichen Abstimmungen und Vorgaben bereits erfolgt und eingeholt worden waren, um den Innenhof gemäß der Vorgaben des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigen und im Rahmen des gestellten Bauantrags bereits eingereichten LBP vom 27.02.2014 zu gestalten. Nach § 1 Abs. 2 ihrer Vereinbarung waren die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Genehmigungen mit dem zuständigen Bauamt bereits abgestimmt und beantragt, insbesondere die baurechtlichen Genehmigungen. Gegen die Annahme, dass die Gestaltung der Außenanlagen am 19.12.2014 noch im Fluss war, spricht weiterhin, dass die Baugenehmigung bereits am 24.10.2014 beantragt worden war. Zu diesem Zeitpunkt lag auch der LBP bereits vor, da er schon am 27.02.2014 erstellt worden war. Er wurde schließlich auch zum Bestandteil der erteilten Baugenehmigung und seine Maßnahmen waren umzusetzen, so dass ein Abweichen vom zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigen LBP über die hier nicht gegebenen Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 hinaus angesichts der damit verbundenen Änderung des Leistungssolls einer ausdrücklichen Regelung bedurft hätte, die hier jedoch nicht erfolgt ist.

3. Ebenso wenig war die Revision zuzulassen. Bereits im vorgenannten Hinweisbeschluss hat der Senat ausgeführt, dass und warum die in § 522 Abs. 2 S. 1 Nrn. 2 bis 4 ZPO normierten Voraussetzungen für eine einstimmige Zurückweisung der Berufung im Beschlusswege gegeben sind. Die Zulassung der Revision - die im Fall der Beschlusszurückweisung ohnehin nicht in Frage kommt (BGH NJW 2019, 2034) - ist nicht veranlasst, weil die Entscheidung auf der Auslegung eines konkreten Vertrags im Einzelfall beruht.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10 S. 2, 711 ZPO.

IV.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird gemäß §§ 48 Abs. 1 S. 1 GKG auf 42.185,85 EUR festgesetzt.

OLG Frankfurt am Main zu der Frage, dass Kosten für Mehrarbeiten nach § 2 Nr. 5 VOB/B infolge des Auftretens einer sog. Torflinse nicht verlangt werden können, wenn allgemein bekannt ist, dass sich Torf im Boden des Baugebietes befindet und schon der Name des Gebietes auf das Vorhandensein von Torf hindeutet (hier: Hessisches Ried).

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 19.08.2019 - 13 U 249/17

vorgestellt von Thomas Ax

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten in der Hauptsache Ersatz von Mehrkosten, die im Zusammenhang mit einer Bohrlochhavarie stehen sollen.

Gem. § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO wird hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen und der erstinstanzlichen Anträge auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Mit am 10.11.2017 verkündetem Urteil (Bl. 345 ff. d.A.), der Klägerin zugestellt am 13.11.2017, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung führt das Landgericht im Wesentlichen aus, dass nach der Beweisaufnahme nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststehe, dass die Bohrlochhavarie in ursächlichem Zusammenhang mit dem Vorhandensein von organischen Böden gestanden habe. Auch sei zwingend zu berücksichtigen, dass sich die Klägerin als Fachunternehmen vor der Bohrung ausreichend Kenntnis über den Zustand des Bodens hätte verschaffen müssen bzw. die Einholung eines Bodengutachtens hätte fordern müssen oder die Durchführung der Arbeiten so lange hätte zurückstellen müssen, bis die Bodenqualität hinreichend geklärt gewesen sei. Insbesondere im Hinblick auf die lückenhafte Ausschreibung hätte die

Klägerin die in unmittelbarer Nähe befindliche Baustelle von X in Augenschein nehmen müssen, nachdem sie sich weitere Erkenntnisse über die Bodenqualität über die Beklagte nicht verschafft habe.

Hiergegen hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 6.12.2017 (Bl. 365 f. d.A.), bei Gericht eingegangen am selben Tag, Berufung eingelegt, die sie mit Schriftsatz vom 12.1.2018 (Bl. 385 ff. d.A.), bei Gericht ebenfalls eingegangen am selben Tag, begründet hat.

Sie trägt vor:

Das Landgericht habe in entscheidungserheblicher Weise und rechtsfehlerhaft die Anforderungen überspannt, die der Bundesgerichtshof an das Beweismaß - das Kriterium für das "Bewiesensein" streitiger Behauptungen - stelle. Nach den Zeugenaussagen bestünden keine vernünftigen Zweifel mehr, dass nur das Durchbohren einer Torflinse Grund für die Havarie gewesen sein könne. Ein weiterer entscheidungserheblicher Rechtsverstoß sei darin zu sehen, dass das Landgericht bei seiner Urteilsfindung auf die Hinzuziehung und Unterstützung durch einen Sachverständigen verzichtet habe. Das Landgericht habe die Rechtslage im Hinblick auf das Baugrundrisiko verkannt. Die Klägerin sei nicht verpflichtet gewesen, etwaige Unklarheiten im Hinblick auf die Bodenqualität - die ohnehin nicht vorgelegen hätten - durch Nachfragen zu beseitigen.

Hinsichtlich des weiteren Inhalts der Berufungsbegründung wird auf den Schriftsatz vom 12.1.2018 (Bl. 385 ff. d.A.) Bezug genommen.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils, die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 30.003,76 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 9.6.2015 sowie auf die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung 1.474,89 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Auf den Schriftsatz vom 24.1.2018 (Bl. 426 ff. d.A.) wird verwiesen.

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO ohne mündliche Verhandlung durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen.

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Berufungsgerichts durch Urteil. Eine mündliche Verhandlung ist auch unter Berücksichtigung von Bedeutung, Umfang und Schwierigkeitsgrad der Sache nicht geboten.

Die Berufung hat - wie es in § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO weiter vorausgesetzt wird - auch offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht weder auf einer Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO, noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 Abs. 1 ZPO). Auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 3.7.2019 (Bl. 434 ff. d.A.) wird insofern Bezug genommen.

Auch die schriftsätzliche Stellungnahme der Klägerin vom 8.8.2019 zum Hinweisbeschluss rechtfertigt keine andere Bewertung der Sach- und Rechtslage.

Entgegen der Auffassung der Klägerin lassen sich in dem vorliegenden Einzelfall durchaus Rückschlüsse von dem Gebietscharakter des größeren Areals ("Hessisches Ried") auf das in Rede stehende Baugrundstück ziehen. Dabei ist es unerheblich, dass in dem Gebiet "Hessisches Ried" nicht bloß eine Bodenart vorherrschend ist. Denn die Annahme, dass in dem streitgegenständlichen Gebiet grundsätzlich an jedem Ort mit dem Auftreten von Torflinsen zu rechnen ist, steht in keinem Zusammenhang damit, ob in dem Gebiet beispielsweise die Bodenart "Sand" oder die Bodenart "Ton/Lehm" vorherrschend ist. Im Übrigen ist allgemein bekannt, dass Torflinsen grundsätzlich in jeder der von der Klägerin im Schriftsatz vom 8.8.2019 auf Seite 2 genannten Bodenart (Bl. 463 d.A.) auftreten können. Anders als die Klägerin meint (vgl. Bl. 464 d.A.), hat der Senat auch nicht bloß auf die sprachliche Bezeichnung des Gebiets "Hessisches Ried" abgestellt, um zu begründen, warum die Klägerin mit dem Auftreten von Torflinsen hat rechnen müssen. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf S. 3 f. des Hinweisbeschlusses vom 3.7.2019 verwiesen (Bl. 441 f. d.A.).

Soweit die Klägerin weiter darauf hinweist, dass in den von ihr vorgelegten Ausschnitten geologischer Karten die Bodenart "Torf" nicht ausgewiesen sei, verfängt dies nicht. Denn Torflinsen treten regelmäßig punktuell und kleinflächig zwischen Ton- und Sandschichten in unterschiedlichen Stärken auf. Mit dieser Annahme steht im Einklang, dass auch der Klägervertreter sowohl in der ersten Instanz als auch in der Berufungsinstanz darauf hingewiesen hat, dass auch ein Bodengutachten nicht zwangsläufig das konkrete Vorhandensein und die genaue Position von Torflinsen in dem Gebiet, auf dem das Bauvorhaben durchgeführt werden sollte, ausgewiesen hätte (vgl. Protokoll vom 27.9.2016, Bl. 189 d.A., sowie S. 11 f. der Berufungsbeurteilung [= Bl. 395 f. d.A.]).

Entgegen der Auffassung der Klägerin waren die Ausführungen des Senats im Hinweisbeschluss vom 3.7.2019 nicht dahingehend zu verstehen, dass aus der Angabe der Bodenklassen 3-5 im Leistungsverzeichnis bei der Position "Erdarbeiten" positiv der Schluss zu ziehen war, dass (auch) bei den Bohrarbeiten mit dem Auftreten dieser Bodenklassen - insbesondere mit Torf - zu rechnen war. Der Senat hat vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass der Umstand, dass bei der Position "Erdarbeiten" bestimmte Bodenklassen angegeben waren, jedoch entsprechende Angaben bei der Position "Bohrarbeiten" fehlen, nicht in dem Sinne zu verstehen war, dass potentielle Bieter davon ausgehen durften, bei den ausgeschriebenen Bohrarbeiten gerade nicht auf Bodenarten zu treffen, die den Bodenklassen 3-5 nach DIN 18300 entsprechen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils und dieses Beschlusses beruht auf §§ 708 Nr. 10 S. 2 ZPO. Die Anordnung der Abwendungsbefugnis ergibt sich aus §§ 711, 709 Satz 2 ZPO.

Die Streitwertfestsetzung für das Berufungsverfahren ergibt sich aus §§ 47 Abs. 1 GKG, 3 ZPO.

Vorausgegangen ist unter dem 03.07.2019 folgender Hinweis (die Red.):

In dem Rechtsstreit

...wird darauf hingewiesen, dass beabsichtigt ist, die Berufung der Klägerin durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

Nach Vornahme der gemäß § 522 Abs. 1 und 2 ZPO gebotenen Prüfungen ist der Senat einstimmig davon

überzeugt, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat und auch eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist. Die Sache hat auch weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch Urteil.

Die angefochtene Entscheidung ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche nicht zu. Ihre Rügen gegen das angefochtene Urteil erweisen sich als im Ergebnis nicht durchgreifend.

1. Ein Anspruch auf Ersatz von Mehrkosten, die im Zusammenhang mit der Bohrlochhavarie stehen, ergibt sich nicht aus § 2 Nr. 5 VOB/B. Dabei kann dahinstehen, ob es deshalb zu einer Havarie des Bohrlochs kam, weil eine Torflinse durchbohrt wurde mit der Folge, dass die in der Torflinse enthaltene Huminsäure die Bohrsuspension zerstörte. Denn ein Boden, bei dem mit dem Auftreten von Torflinsen zu rechnen ist, war Gegenstand der Ausschreibung und der Vergütungsvereinbarung.

Da die vertraglichen Vereinbarungen, die die Bohrarbeiten betreffen, keine konkreten Abreden zu der Bodenqualität beinhalten, ist der zwischen den Parteien geschlossene Bauvertrag unter Berücksichtigung der §§ 133, 157 BGB auszulegen um zu ermitteln, ob das Vorhandensein eines Bodens, bei dem mit dem Auftreten von Torflinsen zu rechnen ist, von der Vergütungsabrede des Bauvertrags erfasst ist. Bei der Auslegung ist das gesamte Vertragswerk zugrunde zu legen, wozu bei einer öffentlichen Ausschreibung auch die VOB/B gehört. Danach werden durch die vereinbarten Preise alle Leistungen abgegolten, die nach der Leistungsbeschreibung, den verschiedenen Vertragsbedingungen und der gewerblichen Verkehrssitte zu den vertraglichen Leistungen gehören, § 2 Nr. 1 VOB/B. Bei einer öffentlichen Ausschreibung kommt dem Wortlaut der Leistungsbeschreibung vergleichsweise große Bedeutung zu. Wie diese zu verstehen ist, hängt vom Empfängerhorizont ab. Maßgeblich ist insoweit bei Ausschreibungen nach der VOB/A der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter, wobei es auf den verständigen und sachkundigen Bieter ankommt. Die Auslegung hat zu berücksichtigen, dass der Bieter grundsätzlich eine mit den Ausschreibungsgrundsätzen der öffentlichen Hand konforme Ausschreibung erwarten darf. Deshalb darf der Bieter die Leistungsbeschreibung einer öffentlichen Ausschreibung nach der VOB/A im Zweifelsfall so verstehen, dass der Auftraggeber den

Anforderungen der VOB/A an die Ausschreibung entsprechen will (BGH, Urteil vom 22.12.2011 - VII ZR 67/11 m.w.N.; OLG Zweibrücken, Urteil vom 21.5.2015 - 4 U 101/13; vgl. auch BGH, Urteil vom 13.3.2008 - VII ZR 194/06; Urteil vom 12.9.2013, VII ZR 227/11; OLG Düsseldorf, Urteil vom 4.2.2014 - I-23 U 23/13; OLG Koblenz, Urteil vom 6.11.2014 - 6 U 245/14). Nach den in § 7 Abs. 1 VOB/A geregelten Anforderungen ist die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung in gleichem Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Dem Auftragnehmer darf kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus abschätzen kann. Danach sind die für die Ausführung der Leistung wesentlichen Verhältnisse der Baustelle, wie etwa die Bodenverhältnisse, so zu beschreiben, dass der Bewerber ihre Auswirkungen auf die bauliche Anlage und die Bauausführung hinreichend beurteilen kann.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist der Senat nach der gebotenen Auslegung der Auffassung, dass das Vorhandensein eines Bodens, bei dem mit dem Auftreten von Torflinsen zu rechnen ist, von der Vergütungsabrede des Bauvertrags erfasst ist. Zwar enthält das Leistungsverzeichnis über die Wasserleitungserneuerung K67 vom 23.12.2014 unter Position 7 "Bohrarbeiten" keine Angaben zu den Bodenverhältnissen, was der Grund dafür gewesen sein dürfte, dass die Parteien das Leistungsverzeichnis übereinstimmend als lückenhaft bezeichnet haben (vgl. Protokoll über die mündliche Verhandlung vom 27.9.2016, Bl. 189 d.A.). Doch führt der Umstand, dass das Leistungsverzeichnis formell nicht den Anforderungen entsprochen haben mag, die § 7 Abs. 1 VOB/A an eine Leistungsbeschreibung stellt, nicht dazu, dass damit sämtliche Bodenverhältnisse, die von den von der Klägerin angenommenen Bodenverhältnissen (Sand und Lehm, vgl. Bl. 3 d.A.) abweichen, als nicht von der Vergütungsvereinbarung erfasst anzusehen wären. Denn es bedarf nicht in jedem Fall einer ausdrücklichen Beschreibung eines jeden Leistungsdetails, um eine den Anforderungen des § 7 VOB/A entsprechende Ausschreibung annehmen zu können. Ergibt sich nämlich aus der Leistungsbeschreibung unter Berücksichtigung aller dem Vertrag zu Grunde liegender Umstände klar und eindeutig, dass ein bestimmtes Leistungsdetail Gegenstand der Vergütungsvereinbarung ist, bedarf es seiner weiteren Erwähnung im Vertrag grundsätzlich nicht (vgl. BGH, Urteil vom 22.12.2011 - VII ZR 67/11). So kann die ausdrückliche Angabe von bestimmten Bodenverhältnis-

sen dann unterbleiben, wenn sich diese aus den gesamten Vertragsumständen klar ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 22.12.2011 - VII ZR 67/11; Urteil vom 21.3.2013 - VII ZR 122/11, Rn. 20; OLG Zweibrücken, Urteil vom 21.05.2015 - 4 U 101/13; BeckOK-VOB/B/Kandel, 35. Ed. Stand: 31.1.2019, § 2 Abs. 5 Rn. 30).

So liegt der Fall hier: Die streitgegenständlichen Bohrarbeiten sollten in einem Gebiet stattfinden, bei dem allgemein bekannt ist, dass sich Torf im Boden befindet. Bereits der Name des Gebiets, in dem die ausgeschriebenen Bohrarbeiten stattfinden sollten ("Hessisches Ried"), deutet auf das Vorhandensein von Torf hin wie im Übrigen auch der Name der Auftraggeberin. So lässt sich der Begriff "Ried" nach dem Duden (Online-Ausgabe) u.a. als mit Ried bewachsenes, mooriges Gebiet - also ein Gebiet, in dem Torf vorhanden sein kann, da Torf im Moor gebildet wird - verstehen. In zahlreichen Internetartikeln werden die Begriffe "Torf" bzw. "Moor" und "Hessisches Ried" gemeinsam verwandt. Eine Suchanfrage über die Suchmaschine "Google" unter Verwendung der Begriffe "Hessisches Ried" und "Torf" ergibt rund 175 Treffer, während eine Suche mit den Begriffen "Hessisches Ried" und "Moor" sogar 1.120 Treffer ergibt. Auch ist zu berücksichtigen, dass sich nicht weit von dem Gebiet, in dem die ausgeschriebenen Bohrarbeiten stattfinden sollten, ein großes Mooregebiet befindet: Das rund 97 Hektar große Naturschutzgebiet "Pfungstädter Moor" ist keine 10 Kilometer von Stadtteil1 entfernt.

Die Annahme des Senats, dass die Bohrarbeiten in einem Gebiet stattfinden sollten, in dem allgemein bekannt ist, dass sich Torf im Boden befindet, wird auch durch den Zeugen C bestätigt. Denn der Zeuge C hat ausgesagt, dass man nach der Havarie mit Anwohnern gesprochen habe, die darauf hingewiesen hätten, dass sich Torf im Boden befindet (vgl. Bl. 226 d.A.). Auch hieraus ergibt sich, dass die Bodenverhältnisse der Allgemeinheit und nicht bloß interessierten Fachleuten bekannt waren.

Unter Berücksichtigung all dieser Umstände musste einem verständigen und sachkundigen Bieter klar sein, dass bei den ausgeschriebenen Bohrarbeiten regelmäßig mit dem Auftreten von Torf - auch in Form von Torflinsen - zu rechnen ist.

Bei dieser Sachlage kann sich die Klägerin auch nicht erfolgreich darauf berufen, dass in dem Leistungsverzeichnis lediglich auf das Erschwernis "anstehendes Grundwasser" (Position 7.1.40) hingewiesen wird.

Dass in dem Leistungsverzeichnis bei der Position "Erdarbeiten" die Bodenklassen 3-5 nach DIN 18300 besonders erwähnt werden, ändert hieran nichts. Ein verständiger und sachkundiger Bieter darf aus der ausdrücklichen Angabe der Bodenklassen 3-5 nach DIN 18300 bei der Position "Erdarbeiten" und dem Fehlen entsprechender Angaben bei der Position "Bohrarbeiten" nicht den Schluss ziehen, dass bei den Bohrarbeiten nicht mit solchen Bodenverhältnissen zu rechnen ist und das Vorhandensein eines Bodens, bei dem mit dem Auftreten von Torflinsen zu rechnen ist, nicht von der Vergütungsabrede erfasst sein soll. Denn die Erd- und die Bohrarbeiten sollten in unmittelbarer räumlicher Nähe ausgeführt werden (vgl. in diesem Zusammenhang auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.3.2015 - I-21 U 136/14, Rn. 89f.)

Bei der Auslegung des Bauvertrags im Hinblick auf die Frage, ob ein Boden, bei dem mit dem Auftreten von Torflinsen zu rechnen ist, Gegenstand der Ausschreibung und der Vergütungsvereinbarung war, bedurfte es auch keiner besonderen, dem Gericht nur durch einen Sachverständigen zu vermittelnden Sachkunde, zumal - wie dargestellt - allgemein bekannt ist, dass sich in dem in Rede stehenden Gebiet Torf im Boden befindet.

2. Schließlich ergibt sich ein Anspruch auf Ersatz von Mehrkosten, die im Zusammenhang mit der Bohrlochhavarie stehen, auch nicht aus sonstigen Anspruchsgrundlagen wie etwa §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB.

Der Klägerin bleibt nachgelassen, zum beabsichtigten Vorgehen binnen zwei Wochen ab Zugang dieses Beschlusses Stellung zu nehmen.

Es wird darauf hingewiesen, dass bei Rücknahme der Berufung Gerichtsgebühren in nicht unerheblicher Höhe vermieden werden können (zwei statt vier Gerichtsgebühren).

Es ist beabsichtigt, den Gebührenstreitwert für das Berufungsverfahren auf 30.003,76 € festzusetzen.

Wann liegt eine Fertigstellung vor?

BGH, Urteil vom 20.08.2009 - VII ZR 205/07

vorgestellt von Thomas Ax

Wann eine Fertigstellung im Sinne des § 14 Nr. 3 VOB/B vorliegt, muss unter Berücksichtigung des mit dieser Regelung verfolgten Zweckes ermittelt werden. Sie

liegt vor, wenn der Auftragnehmer die vertraglichen Leistungen erbracht hat. Ihr steht gleich, wenn er weitere Vertragsleistungen, die in eine Schlussrechnung einzustellen wären, nicht mehr erbringen muss, etwa weil der Vertrag gekündigt worden ist, die Leistung unmöglich geworden ist, der Auftragnehmer keine weiteren Leistungen mehr erbringen will oder der Auftraggeber keine weiteren Leistungen mehr verlangt, so dass ein Abrechnungsverhältnis entsteht.

Die Abnahme der Bauleistungen ist ein Indiz für die Fertigstellung; denn regelmäßig erfolgt eine Abnahme, weil die Leistungen im Wesentlichen vertragsgerecht erbracht sind. In diesem Fall steht der Annahme einer Fertigstellung im Sinne des § 14 Nr. 3 VOB/B regelmäßig nichts im Wege. Der Auftragnehmer ist berechtigt, die gesamte abgenommene Leistung in Rechnung zu stellen. Wegen der Mängel oder der Restleistungen hat der Auftraggeber ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB.

Gleiches gilt grundsätzlich auch, wenn die Abnahme erfolgt ist, obwohl wesentliche Restleistungen fehlen; denn mit der Abnahme löst der Auftraggeber in einem VOB-Vertrag die Fälligkeit der Werklohnforderung aus, sobald ihm die Schlussrechnung gestellt wird und die Prüffrist abgelaufen ist. Er akzeptiert die gesamte Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht und muss es daher hinnehmen, dass auch noch nicht erbrachte Teilleistungen in die Schlussrechnung eingestellt werden. Er ist durch das Leistungsverweigerungsrecht ausreichend geschützt.

Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in denen die Umstände ergeben, dass der Auftragnehmer trotz der erfolgten Abnahme nicht berechtigt ist, die noch nicht erbrachten Restleistungen in die Schlussrechnung einzustellen. Solche Umstände können sich aus dem Gewicht der noch fehlenden Teilleistungen oder aus den Bauumständen ergeben. Ist das der Fall, liegt eine Fertigstellung der Gesamtleistung im Sinne von § 14 Nr. 3 VOB/B noch nicht vor. In diesem Fall ist zu prüfen, ob die Abnahme der gesamten Leistungen nicht in Wahrheit eine Teilabnahme der erbrachten Leistungen ist. Das wird häufig angenommen werden können. Es liegt in aller Regel fern, dass der Auftraggeber eine noch nicht erbrachte wesentliche Teilleistung abnehmen will, so dass die erklärte Abnahme nicht auf die bereits erbrachte Leistung beschränkt ist. Liegt eine solche Teilabnahme vor, so ist der Auftragnehmer berechtigt, diese Leistung mit einer Teilschlussrechnung abzurechnen, so dass insofern eine Fertigstellung im Sinne des § 14 Nr. 3 VOB/B vorliegt. In der Teilschlussrechnung können und müssen die bisher erbrachten Leistungen

und die berechenbaren vergütungsgleichen Ansprüche abgerechnet werden. Abschlagszahlungen können für den teilweise abgenommenen Teil nicht mehr verlangt werden. Eine Teilabnahme kann auch dann angenommen werden, wenn sie für Leistungen erklärt wird, die nicht in sich abgeschlossen sind. § 12 Nr. 2 VOB/B regelt, dass die Teilabnahme zwingend zu erfolgen hat, wenn dies für in sich abgeschlossene Leistungen verlangt wird. Diese Regelung schließt nicht aus, dass die Parteien sich darüber verständigen, nicht in sich abgeschlossene Leistungen abzunehmen.

Zur Leistungspflicht erhobene Bodenverhältnisse stellen sich anders dar: ist die Anordnung des Auftraggebers, die Leistung trotz der veränderten Umstände zu erbringen, eine Änderung des Bauentwurfs mit der Folge, dass ein neuer Preis nach Maßgabe des § 2 Nr. 5 VOB/B zu bilden ist? Ja!

BGH, Urteil vom 20.08.2009 - VII ZR 205/07

vorgestellt von Thomas Ax

Stellen sich die zur Leistungspflicht erhobenen Bodenverhältnisse anders dar, so ist die Anordnung des Auftraggebers, die Leistung trotz der veränderten Umstände zu erbringen, eine Änderung des Bauentwurfs im Sinne des § 1 Nr. 3 VOB/B mit der Folge, dass ein neuer Preis nach Maßgabe des § 2 Nr. 5 VOB/B zu bilden ist.

Liegen einer Ausschreibung Baugrundgutachten bei, so ist es möglich, dass die darin dargestellten Bodenverhältnisse zur vertraglich geschuldeten Leistungsverpflichtung erhoben werden. Ob und inwieweit dies gegeben ist, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände durch eine am objektiven Empfängerhorizont orientierte Auslegung der Vereinbarung zur Bauleistung zu beurteilen. Ein gewichtiger Gesichtspunkt ist dabei, inwieweit die Bodenverhältnisse für die Leistung des Auftragnehmers und damit auch für die Kalkulation seines Preises erheblich sind. Ist dies der Fall, wird regelmäßig davon auszugehen sein, dass die beschriebenen Bodenverhältnisse zum Leistungsinhalt erhoben werden sollen.

Dabei kann auch von Bedeutung sein, ob das Baugrundgutachten im Hinblick auf die ursprünglich ausgeschriebene Leistung und den dann geschlossenen Vertrag oder im Hinblick auf Vertragsänderungen oder Nachträge erstellt worden ist. Stellen sich die zur Leistungspflicht erhobenen Bodenverhältnisse anders dar, so ist die Anordnung des Auftraggebers, die Leistung

trotz der veränderten Umstände zu erbringen, eine Änderung des Bauentwurfs im Sinne des § 1 Nr. 3 VOB/B mit der Folge, dass ein neuer Preis nach Maßgabe des § 2 Nr. 5 VOB/B zu bilden ist.

Sind von den Parteien bestimmte Bodenverhältnisse zum Inhalt des Vertrages gemacht worden, so kann man nicht davon ausgehen, dass die von dem AN abgegebenen Erklärungen zur Übernahme von Mehrkosten auch für den Fall gelten, dass andere Bodenverhältnisse angetroffen werden. Denn die Bodenverhältnisse waren erkennbar ein entscheidender Umstand für die Wahl des Herstellverfahrens und die Festlegung der Herstellparameter. Waren bestimmte, für das Herstellverfahren relevante Bodenverhältnisse Inhalt des Vertrages, so liegt es fern, dass der AN mit seinen Erklärungen das Risiko abweichender Bodenverhältnisse hat mit übernehmen wollen. Ein Unternehmer ist zwar nicht gehindert, mit dem Bauvertrag ihm unbekanntes Risiko zu übernehmen (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2008 - VII ZR 194/06, BGHZ 176, 23, 29; Kuffer, NZBau 2006, 1, 6). Jedoch sind an eine Risikoübernahme, die unbekanntes Bodenverhältnisse betrifft, jedenfalls dann strenge Anforderungen zu stellen, wenn sie die Baukosten erheblich beeinflussen können (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2008 - VII ZR 194/06, aaO). Wurden Angaben in Bodengutachten zum Inhalt des Vertrages erhoben, liegt es nahe, dass die sonstigen Erklärungen des AN auf diesen Bodengutachten aufbauen. Es liegt dann auch ein Verständnis der von der Klägerin abgegebenen Erklärungen nahe, dass lediglich diejenigen Veränderungen der Herstellparameter gemeint sind, die sich aus der Erprobung bei unveränderten Bodenverhältnissen ergeben.

Mit der funktional beschriebenen Leistung liegt die Wahl der Herstellparameter allein bei dem AN. Er trägt - abgesehen von den Risiken aus einer Veränderung des möglicherweise zum Vertragsinhalt erhobenen Baugrundes - alle Risiken dieser Wahl, auch das Risiko von Mehrkosten infolge einer Veränderung seiner die Herstellungsart betreffenden Entscheidung. Der AG hat vernünftigerweise kein Interesse daran, ihm dieses Risiko abzunehmen. Dabei muss auch berücksichtigt werden, dass der AN das Verfahren anbietet und den technischen Sachverstand dafür in Anspruch nimmt (vgl. dazu Englert/Schneeweiß, aaO, S. 298). Es besteht kein Anhaltspunkt für die Annahme, der AG hat das Risiko erforderlich werdender Systemanpassungen übernehmen wollen. Etwas anderes gilt für solche Änderungen, die sich aus der Änderung vertraglich vereinbarter Bodenverhältnisse ergeben.

Praxistipps

Förmliche Abnahme eigentlich zwingend

von Thomas Ax

Ist eine förmliche Abnahme vereinbart, kann sich der Auftragnehmer zwar im Regelfall nicht auf eine konkludente Abnahme durch den Auftraggeber stützen (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 1819 mwN in Fn 121).

Die Parteien können im Einzelfall auf eine vereinbarte förmliche Abnahme einvernehmlich verzichten (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 1820 mwN in Fn 124 ff.; Rn 1857/1858 mwN). Ein solcher Verzicht kann insbesondere darin liegen, dass der Auftragnehmer die Schlussrechnung stellt und der Auftraggeber die fertige Bauleistung in Benutzung nimmt, ohne dass eine der Parteien dabei deutlich macht, dass sie noch auf die vereinbarte förmliche Abnahme zurückkommen will, wobei unerheblich ist, ob sich die Parteien der Tatsache bewusst waren, dass eine förmliche Abnahme eigentlich vorgesehen war oder ob sie das nur vergessen haben (vgl. BGH, Urteil vom 13.07.1989, VII ZR 82/88, juris; BGH, Urteil vom 21.04.1977, VII ZR 108/76, juris; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.11.1996, 21 U 68/96, juris, dort Rn 21; Werner/Pastor, a.a.O., Rn 1820 mwN in Fn 126-128; Kniffka/Koebler, a.a.O., 4. Teil, Rn 37 mwN in Fn 116-122; Leinemann-Jansen, VOB, 6. Auflage 2016, § 12, Rn 91 mwN in Fn 326/327; Ingenstau/Korbion-Oppler, VOB, 20. Auflage 2017, § 12 Abs. 4, Rn 5 mwN).

Eine fiktive Abnahme gemäß § 12 Abs. 5 VOB/B ist durch die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme ausgeschlossen (vgl. BGH, Urteil vom 10.11.1983, VII ZR 373/82, juris; Kniffka/Koebler, a.a.O., 4. Teil, Rn 31/46 mwN in Fn 139).

Zu differenzieren ist aber zum einen zwischen einer fiktiven (d.h. gesetzlich fingierten) und einer konkludenten (d.h. stillschweigenden) Abnahme (in Gestalt eines sog. Erklärungsverhaltens) und - davon nochmals zu trennen - einem konkludenten (d.h. stillschweigenden) Verzicht auf eine eigentlich vereinbarte förmliche Abnahme. Zum anderen ändert ein regelmäßig anzunehmender Ausschluss einer fiktiven Abnahme durch die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme nichts an den vorstehenden Feststellungen dazu, dass auf eine eigentlich vereinbarte förmliche Abnahme unter Berücksichtigung entsprechender Umstände des Einzelfalles durchaus konkludent (im Sinne eines Erklärungsverhaltens) verzichtet werden kann und dann - indes erst

nach Eintritt der Abnahmereife - die Annahme einer konkludenten Abnahme durchaus statthaft ist.

Mangel, wenn die Ist-Beschaffenheit der Sache von der vereinbarten Soll-Beschaffenheit abweicht

von Thomas Ax

Grundsätzlich ist ein Mangel anzunehmen, wenn die Ist-Beschaffenheit der Sache von der vereinbarten Soll-Beschaffenheit abweicht, § 633 Abs. 2 BGB. Die anerkannten Regeln der Technik sind stets als Beschaffenheit vereinbart (vgl. BGH Urteil v. 10.7.2014, VII ZR 55/13, Urt. v. 14.11.2017, VII ZR 65/14). Zur vereinbarten Beschaffenheit gehören auch alle Eigenschaften des Werks, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen (BGH, Urteil vom 31.08.2017 - VII ZR 5/17). Regelwerke, wie DIN-Normen für die gewerkspezifische Ausführung, bergen die widerlegliche Vermutung, dass sie den anerkannten Regeln der Technik entsprechen (BGH, Urt. vom 24.5.2013, V ZR 182/12). Die Nichteinhaltung der stillschweigend vereinbarten technischen Regeln begründet einen Werkmangel unabhängig davon, ob sie sich im Einzelfall nachteilig auswirkt (vgl. BGH Urt. vom 7.3.2013, VII ZR 134/12). Ob es sich um solche Regelwerke handelt, muss im Streitfall im Wege der Beweisaufnahme ermittelt werden.

Wann liegt eine konkludente Abnahme vor?

von Thomas Ax

Eine konkludente Abnahme liegt vor, wenn dem Verhalten des Auftraggebers zu entnehmen ist, dass er die Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 2013 VII ZR 220/12 - NJW 2013, 3513; BGH, Urteil vom 25. Februar 2010 - VII ZR 64/09 - NZBau 2010, 318; OLG Düsseldorf, Urteil vom 08. April 2016 - I-22 U 165/15 - BauR 2017, 1540; Kniffka, in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rn. 32). Dies kann zwar nur in Betracht kommen, wenn das Werk im Wesentlichen mangelfrei fertig gestellt ist (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rn. 32). Es kommt aber nicht darauf an, ob tatsächlich Mängel bestehen, sondern darauf, ob der Auftragnehmer annehmen darf, dass aus der Sicht des Auftraggebers das Werk im Wesentlichen mangelfrei hergestellt ist, etwa weil sich Mängel noch nicht gezeigt haben, und er durch sein Verhalten die Billigung des Werkes zum Ausdruck gebracht hat (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage

2014, 4. Teil Rn. 32). Macht der Auftraggeber - nach einer ihm einzuräumenden Prüffrist - keine Mängel geltend, nachdem er das Werk vollständig erhalten hat, der Werkunternehmer also seine Leistungen abgeschlossen hat und läuft die Prüffrist ab, ohne dass er Ansprüche geltend macht, kann hieraus auf die Abnahme geschlossen werden, Nach Ablauf eines halben Jahres ist regelmäßig nicht mehr damit zu rechnen, dass der Besteller das Werk zurückweist (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 2013 - VII ZR 220112 - NJW 2013, 3513). Indes ist die Bestimmung der Prüfungsfrist Sache des Einzelfalls.

Ein Abrechnungsverhältnis entsteht, wenn der Auftraggeber deutlich macht, dass er vom Auftraggeber endgültig keine weiteren Leistungen mehr erwartet und eine vollständige Abrechnung des Vertragsverhältnisses wünscht, was etwa dann der Fall ist, wenn sich nur noch Restwerklohnanspruch und Minderungs- oder Schadensersatzansprüche gegenüberstehen (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 301/13 - NZBau 2017, 216; BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 235/15 - NJW 2017, 1607; BGH, Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 113100 - NJW-RR 2002, 160; OLG Karlsruhe, Urteil vom 29. Mai 2012 - 8 U 173/10 -).

Führt ein Vorschussbegehren zu einem Abrechnungsverhältnis?

von Thomas Ax

Ein Vorschussbegehren führt grundsätzlich nicht zu einem Abrechnungsverhältnis (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 301/13 - NZBau 2017, 216; BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 235/15 - NJW 2017, 1607). Nur ausnahmsweise kann allein das Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung eines Mangels im Wege der Selbstvornahme dann zur Annahme eines Abrechnungsverhältnisses führen, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen, also ernsthaft und endgültig eine (Nach-)Erfüllung durch ihn ablehnt, selbst für den Fall, dass die Selbstvornahme nicht zu einer mangelfreien Herstellung des Werks führt (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 301/13 - NZBau 2017, 216; BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 235/15 NJW 2017,1607).

Ist die Werkleistung abnahmereif, wird der Anspruch mit der unberechtigten Abnahmeverweigerung fällig. Der Werkunternehmer muss also nicht auf Abnahme

klagen, sondern kann sofort seinen Restvergütungsanspruch gerichtlich geltend machen (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Kneble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 5. Teil Rn. 211).

Das kann ungeachtet der - nicht durch § 12 VOB/B verdrängten (vgl. Havers, in:

Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 12 VOB/B Rn. 6) - Regelung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB auch dann gelten, wenn dem Auftraggeber keine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt worden ist. Wenn der Auftraggeber die Abnahme endgültig verweigert, ist die Fristsetzung entbehrlich (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 5. Teil Rn. 211).

Dies setzt aber voraus, dass die Leistung vollständig und von unwesentlichen Mängeln abgesehen - mangelfrei ist (vgl. Voit, in: BeckOK BGB, Bamherger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2017, § 640 BGB Rn. 31), also das Werk abnahmefähig und abnahmereif ist (vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2018, § 640 Rn. 33), da dann die Abnahme zu Unrecht verweigert würde.

Dies hat im Streitfall der Werkunternehmer zu beweisen (vgl. Voit, in: BeckOK BGB, Bamherger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2017, § 640 BGB Rn. 31). Ein Abnahmeverweigerungsrecht steht dem Auftraggeber nach § 12 Abs. 3 VOB/B nur bei wesentlichen Mängeln zu. Von solchen kann nur gesprochen werden, wenn sie die Funktionstauglichkeit der Leistung beeinträchtigen oder wenn sie unabhängig davon die Wertschätzung der Leistung merklich beeinflussen (vgl. Busche, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2018, § 640 BGB Rn. 63).

Ax Akademie - Schulungen

Neue Intensivschulungen zum Baurecht 2024

Baurecht BGB und VOB - Recht in der (Tiefbau-)Praxis

– Wer nach dem Abschluss seines Bauingenieurstudiums in die „Bauwelt“ entlassen wird und seine ersten eigenen Baustellen leiten soll, stellt schnell ernüchtert fest, dass er zwar exzellente Techniken während seines Studiums erworben hat, aber in der täglichen Praxis leider sehr schnell erheblich ins Schleudern kommt, weil ihm das nötige baurechtliche Handwerkzeug fehlt. Baustellen werden immer „rechtlicher“. Die Auseinandersetzung mit dem Vertragspartner über mehr Vergütungsansprüche, Nachträge, Mängelrügen und Behinderungen gehört zum Tagesgeschäft für Bau- und Projektleiter. Umso wichtiger ist es, sich im Baurecht zumindest so weit auszukennen, dass man die täglichen erfolgreich entflechten kann und dem Vertragspartner auf der Baustelle in diesem Sinn auf Augenhöhe begegnen kann, um nicht unter die Räder zu kommen. Die Intensivschulung zum Baurecht und Tiefbaurecht zeigt die Grundstrukturen von BGB- und VOB-Bauverträgen und des öffentlichen Vergaberechts. Ein Schwerpunkt liegt dabei im Bereich des Tiefbaurechts. Die Veranstaltung ist bewusst keine staubtrockene und öde Rechtsvorlesung, sondern versucht, anhand von vielen praktischen Beispielen und Anwendungsfällen aus dem Tagesgeschäft eines Bau- und Projektleiters Strategien und Lösungswege darzustellen, die eine enorme Hilfe in der späteren Praxis darstellen. Begleitet werden die Intensivschulungsinhalte jeweils durch aktuelle Urteile und Tipps, wie solche Urteile zu lesen und zu handhaben sind. Wir werden darüber hinaus versuchen, einen gemeinsamen Besuch in einer Gerichtsverhandlung vor einem Landgericht zu einem aktuellen Baurechtsfall zu ermöglichen.

- Bauverträge nach BGB und VOB/B – wie funktionieren sie? Was ist der Unterschied? Worauf muss ein Bauleiter achten?
- Grundlagen zum Baugrund- und Tiefbaurecht: Beteiligte, „Dauerbrennerprobleme“ aus der täglichen Praxis und rechtliche Lösungen dazu
- Allgemein anerkannte Regeln der Technik/Mängelhaftung
- Vergütung, Nachträge, Pauschalverträge
- Behinderungen und gestörte Bauabläufe – rechtliche Strategien

- Die Besonderheiten eines Tiefbauvertrags und einer Tiefbaumaßnahme aus rechtlicher Sicht
- Die Haftung des Planers und Unternehmers im Tiefbau
- Das Baugrundrisiko und das Systemrisiko
- Planer, Bauherr, Baufirma, Bodengutachter, Bauüberwacher - wer haftet wofür beim (Tief-)Bau?
- (Tief-)Baustelle vor Gericht – wie läuft das eigentlich? Worauf muss man achten?

Termine

- Mitte Juni Hamburg,
- Mitte Juli Düsseldorf/ Köln,
- Mitte August Berlin,
- Mitte September Heidelberg/ Mannheim,
- Mitte Oktober München.
- Genaue Termine folgen in Kürze.

Teilnehmergebühr

899 Euro zzgl. MWSt..

Interesse?

Sprechen Sie uns gerne an.

Auch als Inhouse-Schulung möglich.

Schulungsleiter: RA Dr. Thomas Ax

AX Akademie

Uferstraße 16
69151 Neckargemünd

Tel.: 06223 86886-15
Fax.: 06223 86886-14
Mobil: 0151 461 976 84

t.ax@ax-akademie.de
<http://ax-akademie.de>



Gesellschafter: Dr. jur. Thomas Ax, Maîtrise en Droit International Public (Paris X-Nanterre)
USTID-Nr.: 83 512 961 074



Professionelle Projektentwicklung und -durchführung bieten wir an über: ax-projects.de



Ganzheitliche Kommunalberatung bieten wir an über: interkomm.eu

AX Rechtsanwälte

Uferstraße 16
69151 Neckargemünd
Tel.: 06223 86886-13

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 Donts 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 Preisauflärung
- 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

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-rechtsanwaelte.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-rechtsanwaelte.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.

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

ISSN 1862-9458

