

# Tiefbau Recht

## Zeitschrift zur Praxis des TiefbauRechts



Heft 06 | Juni 2024

9.00 € Einzelheft

6.00 € Abonnement

### HERAUSGEBER

RA Dr. jur. Thomas Ax

### REDAKTION

Sivan Novotny

# 06 | 24

**AX VERLAG**



FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT



# INHALT

|   |           |  |           |
|---|-----------|--|-----------|
| <b>Von der Redaktion</b>  | <b>4</b>  | Zum Baugrundrisiko bei abweichenden Bodenverhältnissen und zur Übertragung des Baugrundrisikos durch Vertrag auf den Auftragnehmer | 22        |
| <b>Beiträge</b>   | <b>6</b>  | <b>Ax Akademie - Schulungen</b>  | <b>24</b> |
| LG Berlin zu der Frage der Unwirksamkeit der Regelung des § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B, wonach sich die Frist für die Fälligkeit des Anspruchs auf Schlusszahlung auf bis zu 60 Tage verlängert, wenn dies vereinbart wurde und aufgrund der besonderen Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist, wenn keine die Fristverlängerung rechtfertigenden Umstände (z.B. die besondere Komplexität des Bauvorhabens) vorliegen | 6         | Neue Intensivschulungen zum Baurecht 2024  | 24        |
| OLG Köln zu der Frage, dass eine Partei die schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen beantragen kann  | 13        | Erfolgreiche und praxistaugliche Leistungsbeschreibungen   | 25        |
| Kann sich der Bauunternehmer auf die Angaben zum Baugrund auch bei der Planung und Ausführung eines Bauwerkes im Rahmen eines von ihm eingebrachten Nebenangebotes oder Sondervorschlages verlassen? Ja, aber nur soweit der "beschriebene Baugrund" die Grundlage der Bauleistung bleibt   | 15        | Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge an Generalüber- und Generalunternehmer  | 25        |
| Bauprozess:   | 16        | Neue Themen für Inhouse-Schulungen in Präsenz  | 26        |
| Wann kann der Sachverständige bei und nach Erstellung seines Gutachtens wegen Befangenheit abgelehnt werden?  | 16        | <b>Der Schulungsleiter RA Dr. Thomas Ax</b>  | <b>28</b> |
| Wann muss die Ablehnung erfolgen?   | 16        | <b>Stellenanzeigen</b>   | <b>29</b> |
| <b>Praxistipps</b>  | <b>18</b> | Rechtsanwalt (w/m/d) im privaten Baurecht für Kanzlei bei Heidelberg   | 29        |
| Parteien könne durch ausdrückliche Erklärung oder durch schlüssiges Verhalten auf die förmliche Abnahme verzichten  | 18        | RECHTSANWÄLTE (m / w / d) Vergaberecht in bester Lage bei Heidelberg   | 30        |
| Wann verjährt der Erfüllungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB?   | 18        | Redakteure m/w/d gesucht:  | 31        |
| Unternehmer hat ein vom Auftraggeber zur Verfügung gestelltes Baugrundgutachten zu prüfen   | 20        | <b>Publikationen zum Vergaberecht</b>  | <b>32</b> |
| Wann sind Kosten für die Beseitigung eines Werkmangels unverhältnismäßig im Sinne des § 635 Abs. 3 BGB?   | 20        | VOB – konzentriert und aktuell – was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen                                       | 32        |
| Tragen DIN-Normen immer die Vermutung in sich, dass sie den Stand der allgemein anerkannten Regeln der Technik wiedergeben?   | 21        | Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB  | 32        |
| <b>Kurz belichtet:</b>  | <b>22</b> | <b>Bestellformular</b>   | <b>33</b> |
| OLG Stuttgart zur "Angstklausel" bei Baugrundgutachten  | 22        | <b>Impressum</b>   | <b>34</b> |
| LG Hamburg: Bodenverhältnisse unklar: Auftragnehmer trägt das Baugrundrisiko  | 22        |  |           |

## Von der Redaktion

Als Auftraggeber eines Tiefbauprojekts stehen Sie in der Beschaffung regelmäßig unter Druck. Unsere TiefbauRecht als Partner an Ihrer Seite unterstützt Sie zügig, rechtssicher und marktgerecht im gesamten Vergabeprozess. Das durch die TiefbauRecht vermittelte Knowhow stellt für Sie sicher, dass Ihre konkreten Zielvorstellungen erreicht, Terminvorgaben und zugleich alle verwaltungsinternen und gesetzlichen Anforderungen eingehalten werden und Ihr Verfahren hierbei dennoch so schlank wie möglich bleibt. Auch für den Bieter ist Fachexpertise unerlässlich. Bereits formale Fehler können zu einem Ausschluss führen. Eine unzureichende oder fehlerbehaftete Bieterstrategie kann Ihre Zuschlagchancen unnötig reduzieren. Verfahrensfehler der Vergabestelle und Wettbewerber können Ihren Erfolg verhindern. TiefbauRecht betrachtet den kompletten Bieterprozess in rechtlicher Hinsicht. Öffentliche Auftraggeber unterstützt TiefbauRecht in allen Verfahrensphasen, insbesondere bereits bei der Konzeption von des Tiefbauprojekts. Aufgrund jahrelanger Spezialisierung kennen wir das Umfeld der öffentlichen Hand. TiefbauRecht ist der Wissensgenerator für Ihr Hochbauprojekt!

Viel nutzbringende Lektüre und auf ein gutes Gelingen!

Ihre Redaktion



## Beiträge

***LG Berlin zu der Frage der Unwirksamkeit der Regelung des § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B, wonach sich die Frist für die Fälligkeit des Anspruchs auf Schlusszahlung auf bis zu 60 Tage verlängert, wenn dies vereinbart wurde und aufgrund der besonderen Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist, wenn keine die Fristverlängerung rechtfertigenden Umstände (z.B. die besondere Komplexität des Bauvorhabens) vorliegen***

vorgestellt von Thomas Ax

**1. Die Regelung des § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B, wonach sich die Frist für die Fälligkeit des Anspruchs auf Schlusszahlung auf bis zu 60 Tage verlängert, wenn dies vereinbart wurde und aufgrund der besonderen Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist, ist unwirksam, wenn keine die Fristverlängerung rechtfertigenden Umstände (z.B. die besondere Komplexität des Bauvorhabens) vorliegen.**

**2. Stellt der Auftragnehmer seine Leistung aufgrund eines Zahlungsverzugs des Auftraggebers berechtigter Weise ein, kann er die Stillstandskosten, die ihm dadurch entstehen, dass er seine Mitarbeiter nicht produktiv einsetzen kann, auf der Grundlage seiner Stundenverrechnungssätze abzüglich des kalkulierten Gewinns berechnen.**

**3. Macht der Auftragnehmer eine Entschädigung nach § 642 BGB geltend, ist die Vorlage einer bauablaufbezogenen Darstellung des Stillstands nur dann erforderlich, wenn die Behinderung auf andere Weise nicht nachvollzogen werden kann.**

**4. Sofern die Parteien keine abweichende Vereinbarungen getroffen haben, obliegt es dem Auftraggeber nicht, ungünstige Witterungseinflüsse (hier: zu niedrige Umgebungstemperaturen) durch die Beheizung des Objekts abzuwehren (Anschluss an BGH, IBR 2017, 302).**

LG Berlin, Urteil vom 07.09.2023 - 12 O 225/20

### Tatbestand

Im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung gemäß VOB/A 2016 erhielt die Klägerin auf Ihr Angebot vom 20.4.2017 den Zuschlag der Beklagten gemäß Schreiben vom 7.7.2017. Das Angebot, das auf der Grundlage von Einheitspreisen erstellt war, schloss mit einer An-

gebotssumme von brutto 475.310,20 Euro. Die Klägerin bot einen Preisnachlass auf die Abrechnungssumme von 3,79 % an. Es galt VOB/B in der Fassung des Jahres 2016. Wegen der Einzelheiten wird auf das Leistungsverzeichnis (K1), auf die besonderen Vertragsbedingungen (K2) auf die zusätzlichen Vertragsbedingungen (K3) und auf ein Letter of Intent (K4) verwiesen.

Ein weiteres Letter auf Intent vom 12.4.2018 enthielt unter anderem die Vereinbarung der Parteien betreffend verbindliche Zwischentermine und ergänzende Vereinbarungen zur Vergütung. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf K4 Bezug genommen.

Im Zeitraum zwischen 7.8.2017 und 6.10.2018 erteilte die Beklagte auf der Grundlage von insgesamt neun Nachtragsangebote der Klägerin neun Nachaufträge. Wegen der Einzelheiten der Nachtragsangebote wird auf Anlagen K 83 bis K 92 Bezug genommen.

Die Beklagte nahm die Leistungen der Klägerin am 18.1.2019 ab. Wegen der Einzelheiten des Abnahmeprotokolls wird auf Anlage K5 Bezug genommen.

Mit Datum vom 13.8.2019 legte die Klägerin eine Schlussrechnung, die sie am selben Tag an die Beklagte übergab. Die Schlussrechnung schloss mit einem Bruttorechnungsbetrag von 1.217.073,52 Euro einschließlich Nachlass, nach Abzug der geleisteten Abschlagszahlungen bezifferte die Klägerin ihre Forderung auf 388.928,11 Euro. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf Anlage K6 Bezug genommen.

Die Beklagte prüfte die Schlussrechnung auf einen Bruttobetrag von 1.161.213,50 Euro und zahlte weitere 152.390,76 Euro an die Klägerin aus.

Die Klägerin trägt vor: Hier stehe ein weiterer Vergütungsanspruch von 151.316,00 Euro brutto zu. Die Kürzungen der Beklagten seien zum überwiegenden Teil nicht gerechtfertigt. Die von ihr ermittelten Mengen und Massen seien zutreffend. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen der Klägerin in der Klageschrift, dort Seiten 9-25 verwiesen. Der Ansatz für Stundenlohnarbeiten wegen Stillstandskosten (Position 4.1.0.40) sei zutreffend. Wegen der Einzelheiten wird auf Anlagen K 38 bis K 42 verwiesen. Die 2-K-Personenschleuse sei über die Positionen "Herstellen" gemäß N1.14 mit 47,00 Stück zu vergüten, weil die Schleusen infolge der Umstände auf der Baustelle nach dem Abbau am ursprünglichen Standort, dort komplett hätten abgebaut und an andere Stelle neu aufgebaut werden müssen. Die Nachtragsleistungen habe sie mit den Nachtragsangeboten Nr. 1 bis Nr. 9 in der Zeit zwischen

dem 7.8.2017 und dem 6.10.2018 angeboten. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen im Schriftsatz vom 28.2.2022 (II, Blatt 16-18) sowie auf die Anlagen K 83 bis K 92 Bezug genommen. Die Beklagte habe die Leistungen des Nachtrags 09.01 auf Grundlage des von ihr bereits gestellten LV angeboten und im Anschluss gegenüber der Klägerin freigegeben. Im Übrigen habe die Beklagte die Nachtragsleistungen in Auftrag gegeben.

Die Klägerin beantragt:

1. Der Beklagte zu verurteilen, an 151.316,00 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von neun Prozentpunkten seit dem 14.10.2019 zu zahlen.
2. Die Beklagte zu verurteilen, an sie weitere 9179,26 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten seit dem 18.7.2020 zu zahlen.
3. Die Beklagte zu verurteilen, an sie außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2802,44 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr die Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf die der Klägerin nach dem Kostenfestsetzungsbeschluss verstorbenen Gerichtskosten (Gebühren und Auslagen) seit dem Zeitpunkt der Einzahlung der Gerichtskosten bei der Gerichtskasse bis zum Tag des Eingangs ihres Kostenfestsetzungsantrages bei Gericht zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie behauptet: Die in ihrem Auftrag durch #### vorgenommenen Schlussrechnungsprüfungen seien zutreffend. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der Klageerwiderung, dort Seiten 9-21 sie auf Anlagen K 8, B 10 und B 11 verwiesen.

Die Kammer hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung des von der Klägerin benannten Zeugen #### sowie des von der Beklagten benannten Zeugen ####. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt des Protokolls vom 14.7.2022 II, Blatt 81-88 d.A. verwiesen. Ferner hat sie Beweis erhoben durch

uneidliche Vernehmung des von der Klägerin benannten Zeugen #### sowie der von der Beklagten benannten Zeugen ####. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Protokolls vom 23.2.2023, dort Seiten 2-11 Bezug genommen. Auch die Vernehmung der Zeugen #### hat die Beklagte verzichtet. Schließlich hat die Kammer Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung des von der Klägerin benannten Zeugen ####. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll vom 17.8.2023 Bezug genommen.

### Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist zum Teil auch in der Sache begründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung von 76.581,22 Euro aus § 631 BGB in Verbindung mit dem Bauvertrag zu.

#### 1. Mengen und Massen

Der Klägerin waren nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme diejenigen Positionen zuzusprechen, die von der Bauleitung #### positiv geprüft worden sind. Die Zeugen #### haben glaubhaft erklärt, dass etwaige Differenzen bei der Bewertung der Mengen und Massen einverständlich aufgeklärt und geregelt worden sind. Nach dem glaubhaften Bericht des Bauleiters der Klägerin, ####, sind auf entsprechende Klärungen Beanstandungen der Beklagten dann durchaus auch fallengelassen worden.

Dementsprechend war für die Kammer maßgeblich, was letztlich im Rahmen der Prüfungen durch die am Bau Beteiligten festgestellt worden ist. Verständlicherweise hatten die Zeugen keine konkrete Erinnerung mehr an die von ihnen festgestellten und dokumentierten Leistungen. Dementsprechend verwiesen sie auf die Aufmaßunterlagen, die Grundlage für die Abstimmungen über die Einsprüche der Klägerin waren. Bereits am 24.1.2019 führten die Parteien, vertreten durch den Bauleiter #### für die Seite der Klägerin sowie Frau #### von den bauleitenden Architekten für die Beklagte durch. Im Rahmen dieses Aufmaßgesprächs haben die Parteien die Aufmaßdifferenzen diskutiert und es sind Festlegungen hierzu getroffen worden. Insofern kann auf den Inhalt von K 94 verwiesen werden. Auch der Zeuge #### bestätigte dieses Vorgehen. Der Zeuge #### war gemeinsam mit #### der ab September 2019 für die Leistungsprüfung zuständige Mitarbeiter der ####, die von der Klägerin als Projektsteuerin eingesetzt war. #### war für den Zeitraum ab September 2019 für die Prüfung der Abrechnungen zuständig. Er hat glaubhaft bekundet, er habe auf den Einspruch der

Klägerin nochmals die Mengen und Massen anhand der vorangegangenen Prüfungen von ### überprüft. Dabei sei er zu den Ergebnissen gelangt, die er in seiner Kommentierung zum Schreiben von Rechtsanwälten ### formuliert habe. Vor diesem Hintergrund waren die Ausführungen des Zeugen ###, die Leistungen seien genau so ausgeführt worden, wie sie in den Aufmaßblättern ausgewiesen seien, nicht überzeugend.

Jedenfalls blieben vernünftige Zweifel. Trotz der zeitnahen Überprüfung der eingereichten Aufmaße konnten die Aufmaßdifferenzen durch die Klägerin gegenüber der Bauleitung nicht hinreichend aufgeklärt werden. Die Bauleitung, die in großen Umfang auch Massenmehrungen anerkannt hat, konnte sie wegen der hier streitige Positionen mangels Leistungsbelegen nicht überzeugen. Ein Gegenmaß war der Beklagten nicht möglich, weil sie wegen der Asbestkontamination während der Arbeiten bis zur PCB-Freigabe keinen Zugang zu den Schwarzbereichen hatte. Aus den genannten Gründen konnte sich auch die Kammer vom behaupteten Leistungsumfang nicht überzeugen lassen.

Im Einzelnen:

A) Position 1.1.10 (168,81 Euro netto). Die Position ist nicht zu berücksichtigen. Die Leitung (Reinigung der Baustellenfläche) ist doppelt in Ansatz gebracht worden, weil die Beklagte wegen langer Bauzeit eine (zusätzliche) Zwischenreinigung für erforderlich hielt. Gemäß LV durfte eine Reinigung jedoch nur auf Anweisung der örtlichen Bauleitung erfolgen. Eine solche Anweisung hat die Klägerin nicht vorgetragen.

B) Position 1.1.40 (413,56 Euro netto) ist nicht begründet. Nach der Stellungnahme des Büros ### vom 16.10.2019 ist die Position nicht angefallen, weil ausweislich eines Vermerks im entsprechenden Aufmaßblatt die betreffende Entsorgung nicht erfolgt ist. Die Kammer ist nach der Beweisaufnahme nicht davon überzeugt, dass die abgerechneten Entsorgungsbehälter vorgehalten wurden.

C) Position 1.1.50 (1.846,00 Euro netto) ist nicht begründet. Wie vor.

D) Pos. 1.1.80 (147,00 Euro netto). Die Beklagte hat für die behauptete Entsorgung von 0,58 t Kunststoffabfall den Ansatz eines Behälters für bis zu 10 m<sup>3</sup> anerkannt. Für eine Entsorgung über den anerkannten Teil hinaus hat die Klägerin keinen Nachweis erbracht. Insoweit konnten auch die vernommenen Zeugen die Kammer nicht überzeugen.

E) Die Pos. 1.1.90 ist in Höhe von 115,80 Euro netto begründet. Gemäß des Letter auf Intent vom 28.3.2018, dort Zfr. 2. lit g) durfte die Klägerin anstelle von Kleincontainern einen Container aufstellen. Es musste somit die gesamte Zeit der Vorhaltung abgedeckt werden. Eine Kürzung ist nicht gerechtfertigt.

F) Pos. 1.1.340 (1.229 Euro netto). Es kann dahinstehen, ob die Klägerin 43,33 Stück Umsetzungen ausgeführt hat. Ausweislich des LV waren Umsetzungen von Baucontainern nur auf Anweisung der Bauleitung vorzunehmen. Die Bauleitung bzw. ### hatte lediglich 16 Umsetzungen vermerkt als von ihr angeordnet.

Diese Umsetzungen hat die Klägerin auch anerkannt. Die Anordnung weiterer Umsetzungen hat die Beklagte schon nicht vorgetragen. Die Aufmaße sind nach Überprüfung mangels Belegen nicht anerkannt worden. Die Beweisaufnahme hat außer des generellen Verweises auf die Aufmaßunterlagen neue Erkenntnisse nicht erbracht. Somit kommt es auf das Vorbringen der Klägerin, sie haben nach dem Letter of Intent große statt kleiner Baucontainer aufstellen dürfen, nicht an.

G) Pos. 1.1.400 (172,21 Euro netto). Die Leistungen sind von ### nach Prüfung in den (Aufmaß)Skizzen 154 und 155 nicht bestätigt worden. Die Klägerin hat die Aufmaßdifferenz nicht zu beweisen vermocht.

H) Pos. 1.1.410 (190,12 Euro netto) + 1.1.420 (48,54 Euro netto). Aus den unter F) genannten Gründen ist die Kammer von der Leistungserbringung nicht überzeugt.

I) Pos. 1.2.340 (66,33 Euro netto). Wie vor. Die Zeugen der Klägerin, namentlich der Zeuge ### haben die Leistung nicht bestätigt.

J) Pos. 2.1.050 (56,00 Euro). Wie vor (aber in Bezug auf Aufmaßblatt 152 und 153).

K) Pos. 2.1.070 (150,00 Euro netto). Wie vor.

L) Pos. 2.1.120 (47,40 Euro netto). Wie vor zu I) (aber Skizze 156).

M) Pos. 2.1,140 (154,45 Euro netto). Wie vor zu I) (aber Skizze 156).

N) Pos. 2.1.190 (8,79 Euro netto). Wie vor zu I) (aber Skizze 157). O) Pos. 2.1.210 (28,08 netto). Wie vor zu I) (aber Skizze 158).



P) Pos. 2.1.250 (124,80 Euro netto). 2 Leitungen im Steiger Abbruch Rohrleitungen DN 15 - DN 25) Wie vor zu I).

Q) Pos. 2.2.010 (13,35 Euro netto). Der Mengenzuwachs von 3,14 qm gegenüber der (anerkannten) Abrechnung in einer Abschlagsrechnung konnte von der Klägerin nicht nachgewiesen werden.

Die Skizze Nr. 106 ist nicht anerkannt worden. Der Zeuge ### konnte insoweit ebenfalls nur pauschal auf die Aufmaßskizzen und gelegentliche Abrechnungsausinandersetzungen mit der Bauleitung /IUP verweisen.

R) Pos. 2.2.120 (114,37 Euro netto). Wie vor zu I) (aber Skizze 106).

S) Pos. 2.2.140 (40,00 Euro netto). Wie vor zu I).

T) Pos. 2.2.230 (4,92 Euro netto). Wie vor zu I) und Q) (aber Skizze 65 - 68)

U) Pos. 2.3.340 (17,83 Euro netto). Wie vor zu I) und Q) (aber Skizze 116, 117 und 124) Die Forderungen wegen weiterer Mengen und Massen beziffern sich auf 115,80 netto.

## 2. Stundenlohnarbeiten wegen eines Leistungsverweigerungsrecht bezüglich Zahlungsverzuges

Die Klägerin kann für die Zeit von 5.2.2018 bis 21.2.2018 (Tagelohnzettel 16 und 17) insgesamt (19.980,00 Euro netto - (19.980,00 x 10 % Gewinnanteile =) 1.998,00 Euro = 17.982,00 Euro netto an Stillstandskosten abrechnen. In dieser Zeit hat sie gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 3 Satz 2 VOB/B berechtigt ein Leistungsverweigerungsrecht ausgeübt, weil sich die Beklagte in Verzug mit der Begleichung der Abschlagsrechnung befand. Ihre Abschlagsrechnung Nr. 1 datiert vom 12.12.2017. Verzug ist damit gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VOB/B mit dem 11.1.2017 eingetreten. Die Verlängerung der Nachfrist auf 60 Tage nach Rechnungslegung bis zum Eintritt des Verzuges ist nicht wirksam vereinbart. Diese Klausel verstößt vor diesem Hintergrund gegen §§ 308 Nr. 1 a BGB. Sie ist gemäß § 305 BGB unwirksam. Die Beklagte hat insoweit nicht dargelegt, dass besondere Umstände eine solche Verlängerung gerechtfertigt hätten, vergleiche § 16 Abs. 5 Nr. 4 Satz 3 VOB/B. Ausnahmsweise kann sich die Frist nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B auf bis zu 60 Tage verlängern. Dies setzt freilich neben einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien voraus, dass die Fristverlängerung sachlich gerechtfertigt ist, z.B. durch besondere Komplexität des Bauvorhabens (Staudinger/Peters

(2019) BGB § 641, Rn. 85). Eine besondere Komplexität ist vorliegend nicht anzunehmen. Bei der Würdigung hatte die Kammer zu berücksichtigen, dass die Schadstoffsanierung bei den Gewerken an erster Stelle stand, dass also Umbauarbeiten weiterer Gewerke parallel nur eingeschränkt betrieben werden konnten. Das Bauvorhaben ist von der Klägerin in Umfang und Komplexität als durchschnittlich eingestuft worden. Soweit sich die Beklagte darauf berufen hat, die Abrechnung hätten zunächst durch die Bauleitung als auch durch den Projektsteuerer und die ### geprüft werden müssen, ehe sie zur Zahlungsfreigabe an die zuständige Stelle des Beklagten weitergeleitet worden sein, ist nicht ersichtlich, dass dieser Vorgang notwendig länger als 30 Tage in Anspruch nehmen muss. Der Zeuge ### hat glaubhaft erklärt, die Prüfungen durch die Bauleitung habe im Regelfall nur eine Woche benötigt. Die Plausibilitätsprüfung des Projektsteuers und des ### hätten parallel erfolgen können. Ein Zeitbedarf von mehr als drei Wochen bis zur Freigabe durch die zuständige Stelle ist nicht nachvollziehbar.

Eine bauablaufbezogene Darstellung des Stillstandes war entgegen der Ansicht der Beklagten nicht erforderlich. Sie ist nicht in jedem Falle notwendig, sondern nur dann, wenn die Behinderung auf andere Weise nicht nachvollzogen werden kann. Da die Klägerin sich vorliegend wegen des Zahlungsverzuges zu Recht auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen hat, kommt es nicht darauf an, ob sie ihre Mitarbeiter an anderer Stelle hätte einsetzen können. Dass ihre Mitarbeiter in der fraglichen Zeit vor Ort, aber unproduktiv waren, hat die Klägerin durch die entsprechenden Stundenlohnzettel, die bestätigt worden sind, belegt.

Schließlich konnte die Klägerin die stillstandsbedingten Entschädigung auch auf der Grundlage ihrer Stundenverrechnungssätze berechnen. Hierbei war allerdings der kalkulierte Gewinn abzuziehen, den die Kammer zugunsten der Beklagten gemäß § 287 ZPO auf 10 % geschätzt hat. Die Stundenverrechnungssätze repräsentieren neben den Löhnen für die Mitarbeiter auch die sonstigen Mitarbeiterkosten und die allgemeinen Betriebskosten. Sie sind deshalb ein geeignetes Mittel, den Stillstand für bestimmte Mitarbeiter konkret zu beziffern.

## 3. Stundenlohnarbeiten wegen Baustopp niedrige Umgebungstemperaturen

Stillstandskosten für den Zeitraum 2.12.2017 bis 28.2.2018 im Umfang von 484 Stunden in Höhe von 14.520,00 Euro netto wegen niedriger Umgebungstem-

peraturen kann die Klägerin nicht aus § 642 BGB beanspruchen. Der Anspruch aus § 642 BGB setzt voraus, dass die Behinderung durch fehlender Mitwirkung des Auftraggebers verursacht worden ist. Eine Mitwirkungsobliegenheit des Auftraggebers ist den vertraglichen Vereinbarungen jedoch nicht zu entnehmen. Eine ausdrückliche Vereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. Aus einer ergänzenden Vertragsauslegung lässt sich eine Pflicht der Beklagten zur Beheizung des Objekts ebenfalls nicht herleiten. Aus § 6 Abs. 2 VOB/B ergibt sich vielmehr die Wertung, dass der Auftragnehmer solche Behinderungen, die sich aus der Vorhersehbarkeit von Witterungsverhältnissen ergibt, einzukalkulieren hat. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass sich eine Pflicht zur Beheizung des Objekts für den Auftraggeber nicht aus den vertraglichen Verpflichtungen herleiten lässt (BGH, Urteil vom 20.4.2017 - VII ZR 194/13 -). Nach den besonderen Vertragsbedingungen (K2) war ursprünglich eine Ausführungszeit von Juni 2017 bis Mai 2018 vorgesehen gewesen. Winterwetter war von der Klägerin daher einzukalkulieren.

#### 4. Stundenlohnarbeiten wegen fehlender PCB-Freigabe

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Vergütung der Stillstandskosten im Umfang von 352 Stunden für den Zeitraum 9.10.2017 bis 23.10.2017 in Höhe von 10.560,00 Euro netto aus § 642 BGB nicht zu. Die Klägerin hat für diesen Zeitraum nicht vorgetragen, dass sich die Beklagte im Annahmeverzug befunden hätte. Ist - wie hier - eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers erforderlich, ist Annahmeverzug gegeben, wenn der Schuldner den Gläubiger zur Vornahme der notwendigen Handlung aufgefordert hat, § 295 Satz 2 BGB. Eine solche Aufforderung hat die Beklagte bestritten, weil es einen fertig gestellten Schwarzbereich in der fraglichen Zeit überhaupt nicht gegeben habe. Dieses Vorbringen wird gestützt durch die Behinderungsanzeigen, auf die die Klägerin verweist. So ist weder aus der Behinderungsanzeige Nr. 2 vom 26. September 2017 noch aus der Behinderungsanzeige Nr. 3 vom 20. Oktober 2017 erkennbar, dass es eine Behinderung aufgrund fehlender Freigabemessungen gegeben hat. Eine weitere Aufforderung an die Beklagte, die für den fraglichen Zeitraum in Betracht käme, hat die Klägerin nicht eingereicht.

#### 5. Stillstandskosten PCR-Prüfung 1.12.2017 (480,00 Euro netto)

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf der Vergütung der Stillstandskosten wegen der 480 Euro netto aus § 642 BGB. Ausweislich des Tagelohnzettels Nr. 15 (K 78) beruht die Ausfallzeit auf zu kühler Witterung. Diese Witterungsverhältnisse ergeben sich auch aus

dem Bautagebuch Nummer 82. Für die Witterungsverhältnisse trägt die Klägerin das Risiko. Es wird auf die Ausführungen oben unter 3. verwiesen. Da die Klägerin aufgrund der Witterungsverhältnisse ohnehin nicht arbeiten konnte oder wollte, kommt es auf die Frage, ob sie durch eine Freimessung PVB (zusätzlich) behindert worden ist, nicht mehr an.

#### 6. Nachaufträge

Der Klägerin steht wegen der Nachaufträge eine zusätzliche Vergütung von 45.256,17 Euro netto zu.

##### N 1.10 Brandmeldesockel

Der Anspruch ist nicht gegeben. Das Aufmaßblatt der Klägerin (K 43) weist lediglich 30 Brandmeldesockel aus, die die Beklagte insoweit auch anerkannt hat.

##### N. 1.12. (Entfernt Kabelrohre/Elektroinstallation, 988,71 Euro)

Die Massenerhöhung ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht erwiesen. Es wird auf die Ausführungen oben zu 1) verwiesen. Das Aufmaßblatt K 44 ist nicht aussagekräftig, weil es offensichtlich eine andere Leistung ("3 Stück") betrifft.

##### N. 1.14

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Vergütung der Nachtragsposition N 1.14 (Herstellen 2 K Personenschleuse) in Höhe von (41.390,80 Euro ./ 44 Schleusen x 40 Schleusen =) 37.627,27 Euro gegen die Beklagte zu. Die Position "Herstellen" ist auch für das Umsetzen der Personenschleusen angefallen, soweit es sich nicht um die Umsetzung einer mobilen Einheit, sondern quasi um eine bauliche Neukonstruktion nach komplettem Abbau an anderer Stelle handelt. Die Behauptung der Klägerin, die mobile Einheit habe nicht im gesamten Bauvorhaben eingesetzt werden können, weil dies baubedingt nicht möglich gewesen sei, hat sich im Rahmen der Beweisaufnahme bestätigt. Danach konnten die mobilen 2-K-Schleusen in vielen Fällen nicht an den neuen Einsatzort verbracht werden, weil sie nicht durch andere Schwarzbereiche transportiert werden konnten. In diesen Fällen sei es erforderlich gewesen, eine Schleuse aus einer Holzlattenkonstruktion mit Folie zu konstruieren. Die Umsetzung einer solchen Konstruktion kann damit der Neuherstellung einer Schleuse gleich. Dieses Vorgehen ist sowohl von dem durch die Klägerin benannten Zeugen ### als auch von dem Zeugen ### bestätigt worden, der durch die Beklagte benannt worden ist.

Ersterer Zeuge war der Bauleiter der Klägerin, der Zeuge ### war Bauleiter der durch die Beklagte beauftragte Bauleitung (für die Schadstoffbeseitigung) IUP. Gemäß Ziff. 2 f) Satz 3 des Letter of Intent vom 12.4.2018 (K 4) haben die Parteien vereinbart, dass bei den 2-K-Personschleusen abrechnungstechnisch zu verfahren werden solle, wie bei der Materialkontaminationseinheit (2-Kammerschleuse). Bei verständiger Würdigung der vorgenannten Vereinbarung ist der Einsatz einer Schleuse, die jeweils am neuen Einsatzort vollständig wieder neu errichtet werden muss, wie die erstmalige Herstellung zu bewerten. Für diese Lesart spricht auch der Umstand, dass die Parteien ursprünglicher an den Einsatz einer mobilen Schleuse, also lediglich auf das Tragen einer geschlossenen Konstruktion an den neuen Einsatzort gedacht hatten. Diese Auslegung wird gestützt durch die Abrechnungspraxis der Parteien. Im Rahmen von Vergleichsgesprächen hat sich nämlich ergeben, dass die Beklagte für die Materialkontaminationseinheiten, die im Falle baulicher Notwendigkeiten ebenfalls am neuen Einsatzort ebenfalls komplett neu konstruiert werden mussten, die Position 1.2.40 anerkannt hat hatte.

Allerdings hat die Beweisaufnahme ergeben, dass die Klägerin die Position 1.2.40 im Rahmen der Nachtragsposition N1. 14 nur insgesamt 40-mal in Ansatz bringen kann. Die Bauleitung ### hatte für diese Position eine Stückzahl von nur 40 anerkannt. Im Rahmen einer Baubesprechung ist diese Stückzahl von den Parteien diskutiert worden mit der Folge, dass letztlich die genannte Stückzahl festgehalten wurde. Die von der Klägerin benannten Zeugen konnten nicht überzeugend begründen, dass weitere sieben Stück ausgeführt worden sind. Der Zeuge ### hatte insoweit ebenso wenig wie der Zeuge ### konkrete Erinnerungen. Beide verwiesen nur auf die Aufmaße und auf die Baubesprechungen mit der ###

NA Nr. 2 (Entfernen Schalter/Steckdosen/Verteilerdose; 801,36 Euro)

Die Leistung ist nicht zu vergüten. Es wird auf die Ausführungen oben zu I) verwiesen. Eine gemeinsame Leistungsfeststellung hat entgegen der Vereinbarung nicht stattgefunden. Es fehlte auch der Beleg des Leistungsumfangs. Die Lichtbilder waren nicht aussagekräftig.

NA Nr. 4 (Massenmehrung zu 1.2.120, Unterdruckhaltergeräte [UHG] Aufbau; 1.190,70 Euro) Die Leistung ist nicht zu vergüten. Es wird auf die Ausführungen oben zu I) verwiesen. Eine Gemeinsame Leistungsverstellung hat entgegen der Vereinbarung nicht stattgefunden. Es fehlte auch der Beleg des Leistungsumfangs.

NA 4.15 (Massenmehrung zu Pos. 1.2.130 UHG Reinigung; 100.- Euro)

Die Klägerin hat gegen das Bestreiten der Beklagten keinen Leistungsnachweis erbracht. Die Kammer muss deshalb davon ausgehen, dass nur 26 Stück Massenmehrungen angefallen sind, weil eine der Massenmehrungen durch einen anderen Unternehmer ausgeführt worden ist.

N 4.16 (Massenmehrung zu Pos. 1.2.140; 475,95 Euro)

Es wird auf die Ausführungen oben zu I) verwiesen. Es fehlte der Beleg des Leistungsumfangs.

N 4.17 (Vorhalten UHG; 8750.-Euro) Wie vor.

N 4.18 (Massenmehrung Pos. 1.2.150; 298,00 Euro) Wie vor.

N 7.5 Zulage Mehraufwand Demontage Leichtbauwand Beplankung; 1.904,45 Euro)

Ein Vergütungsanspruch für die Demontage der Leichtbauwand/Beplankung in Höhe von 1904,45 Euro steht der Klägerin gegen die Beklagte aus N 7.5. nicht zu. Die Kammer folgt insoweit den Ausführungen der Beklagten, wonach diese Arbeit von Position 2.1.240 LV mit erfasst ist. Diese Position beschreibt eine Leichtbauwand nach TRGS 521, die aus einer Wanddämmung sowie einer Unterkonstruktion aus Metall bzw. Holz besteht. Die zusätzliche Holzplatte ist Teil der Leichtbauwand im Sinne der genannten Position. Eine Leichtbauwand im Trockenbau ist nach allgemeiner Definition eine leichte fachwerkähnliche Konstruktion aus Holz oder Metallblech-Profilen mit Beplankungen zum Beispiel aus Gipskarton oder Holzwerkstoffplatten.

Danach ist die Beplankung bereits Teil der Leichtbauwand im Sinne von NA 7.

N 7.6. Abschottung horizontaler Heizungskanäle; 15.55 Euro)

Es wird auf die Ausführungen oben zu I) verwiesen. Es fehlte der Beleg des Leistungsumfangs. Die Heizungskanäle lassen sich dem Aufmaßblatt K 56 nicht entnehmen. Die Bodenkanäle zu Position 2.2.310, in denen sich die horizontalen Heizungskanäle befunden haben, machen ebenfalls 102,85 m aus. Das entspricht dem Prüfvermerk im Aufmaß.

N 7.13 (Massenmehrung Grob-/Feinreinigung; 198,90 Euro)

Es wird auf die Ausführungen oben zu I) verwiesen. Es fehlte der Beleg des Leistungsumfangs. Den Aufmaßblättern lassen sich Leistungsnachweise, wie etwa freigegebene Skizzen oder Reinigungsbestätigungen nicht entnehmen.

N 7.16 und 7.17 (Massenmehrung Zuluftleitungen/-klappen für UHG; 149,00 E + 100,00 E) Es wird auf die Ausführungen oben zu NA 4.15 verwiesen, die hier entsprechend gelten.

N 7.21. (Maximierung zu Position 1.2.320, fahrbare Arbeitsbühne; 500,00 Euro)

Die von der Klägerin behaupteten Ausführungsänderungen, insbesondere parallel auszuführende Putz- und Asbestabbrucharbeiten in verschiedenen Sanierungsbereichen hat die Klägerin gegen das Bestreiten der Beklagten nicht zu substantiierten vermocht. Eine entsprechende Anordnung der Bauleitung ist nicht vorgetragen.

N 7.22. (Massenmehrung zu 1.2.330 LV/PSA für Beschäftigte; 870,96 Euro) und N 7.24 (Demontage PromAsbest - Lüftungskanäle SG; 3953,46 Euro)

Eine Vergütung ist nicht zuzusprechen. Der Preis ist nach § 2 Abs. 6 Nummer 2 VOB/B zu bilden. Die Klägerin hat zur Preisbildung jedoch nichts vorgetragen.

NA 8.2 (Schüttungsdicke 9 cm gemäß Position 2.2.280 LV; 6.630,69 Euro)

Die Klägerin kann eine Zulage für die Schüttungsdicke 9 cm gemäß Position 2.2.280 LV in Höhe von 6.630,69 nicht verlangen. Die Erteilung eines Nachauftrages hat sie gegen das Bestreiten der Beklagten nicht substantiiert vorgetragen. Eine Schüttungsdicke über das in der Zulage gemäß Pos. 2.2.280 LV vorgesehene Maß von insgesamt 6 cm hinaus hat sie nicht zu beweisen vermocht. Die Zeugen #### haben auf die Aufmaße verwiesen, die der Zeuge #### erstellt hat. Dieser Zeuge konnte ebenfalls keine Angaben mehr zu seinen Aufmaßen machen. Soweit die Klägerin darauf verwiesen hat, ein Vergütungsanspruch ergebe sich aus Geschäftsführung ohne Auftrag, ist dies nicht nachvollziehbar vorgetragen.

Insbesondere sind die Voraussetzungen nicht nachvollziehbar, da nicht vorgetragen wurde, wie sich die Preisgrundlagen durch die zusätzliche Schichtdicke verändert haben.

N 09 (Linoleumbelag Podest, Stufen TH P, Stufen TH Q; Treppenkantenprofil, 2.308,40 Euro + 1.848,00 Euro + 1.815,00 Euro + 1.657,50 Euro)

Ein Vergütungsanspruch der Klägerin ist in Höhe von 7 628 90 netto insoweit gegeben. Die Beauftragung ist dem Grunde nach durch die Beklagte erfolgt, wie sich aus der Nachtrag Beurteilung von Fischer + Werner Architekten (K 93) zu NA 09 (Seite 8) ergibt. Ebenso ergibt sich aus diesem Vermerk die Notwendigkeit der Arbeiten, da sie im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehen sind. Die Leistungen mussten danach ausgeführt werden. Die Beklagte ist bei der Beurteilung der Mengen und Massen sowie der Angebotspreise stets von der Prüfung und Einschätzung der von ihr mit der Prüfung der Abrechnungen betrauten Architekten und Projektsteuerer ausgegangen. Danach hatte auch die Kammer keine Bedenken, der Beurteilung von ### zu folgen. Diese beanstandeten zwar, dass die Preisbildung nicht nachvollziehbar war.

Gleichzeitig verwiesen sie darauf, dass die Angebotspreise ortsüblich und angemessen seien (vergleiche K 93 Seite 13 oben). Die abgerechneten Mengen und Massen sind insoweit nicht bestritten worden. Auch vorprozessual sind insoweit Mengen und Massen nicht beanstandet worden (vgl. K 8).

### 7. Dokumentationspauschale

Die Klägerin hat gegen die Beklagte Anspruch auf Vergütung der Dokumentationspauschale in Höhe von 1000,00 Euro netto gemäß Position 3.1.10 LV. Die Behauptung der Klägerin, sie habe die Dokumentationsunterlagen an die Beklagte übergeben und diese hätten auch den Vorgaben der vorgenannten Position entsprochen, hat die Beklagte nicht zu widerlegen vermocht. Insoweit trägt die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast. Sie hat die Leistungen der Klägerin am 18.1.2019 abgenommen.

Im Abnahmeprotokoll (K5) fand sich kein Vorbehalt bezüglich der Dokumentationsunterlagen.

8. Der Vergütungsanspruch beziffert sich demnach wie folgt:

Mengen und Massen (Pos. 1.1.90)  
115,80 Euro

Stillstandskosten  
17.982,00 Euro

Nachträge  
45.256,17 Euro

Dokumentenpauschale  
1.000,00 Euro

|               |                |
|---------------|----------------|
| Gesamt netto  | 64.353,97 Euro |
| MwSt.         | 12.227,25 Euro |
| Gesamt brutto | 76.581,22 Euro |

## 9. Verzugszinsen

Die Zinsansprüche rechtfertigen sich ab dem geltend gemachten Zeitpunkt aus §§ 288 Abs. 2, 286 Abs. 1, 280 Abs. 1 BGB, soweit die Klageforderung begründet ist.

## II. Klageantrag zu 2.

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zinszahlung in Höhe von insgesamt 9.197,26 E aus §§ 280, 286 Abs. 1, 288 Abs. 2 BGB zu. Gemäß § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B tritt der Verzug unabhängig von einer Nachfristsetzung nach Ablauf von 30 Tagen nach Zugang der jeweiligen Rechnung ein. Die verlängerte Verzugsfrist von 60 Tagen, die sich aus den besonderen Vertragsbedingungen ergibt, ist vorliegend nicht in Anwendung zu bringen. Sie ist nicht wirksam vereinbart. Es wird auf die Ausführungen oben zu 2. verwiesen.

Wegen der Einzelheiten zu Fälligkeit der Rechnungen, zum Verzugseintritt, zur Höhe der zu verzinsenden Forderung sowie zur Berechnung wird auf die zutreffenden Ausführungen der Klägerin in der Klageschrift, dort Seiten 57-64, verwiesen, denen sich die Kammer nach der gebotenen eigenen Überprüfung anschließt.

Auch die Verzugszuschläge sind in Ansatz bringen. Dem Hinweisbeschluss des BGH vom 18.1.2018 (III ZR 174/17), auf die die Beklagte verweist, kann nicht mit hinreichender Bestimmtheit entnommen werden, dass Verzugszuschläge auf einen geschuldeten Verzugserschadensersatz anzurechnen sind, wenn Kosten der Rechtsverfolgung begründet sind.

Eine Verzinsung der Zinsansprüche scheidet jedoch aus, § 289 BGB.

## III. Klageantrag zu 3. und 4.

Der Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Anwaltskosten fußt auf § 286 Abs. 1 BGB. Er bezieht sich nach einem Wert von bis zu 95.000,00 Euro auf (1.561,00 Euro X 1,3 Geb. + 20,00 Euro Telekommunikationspauschale + Mehrwertsteuer =) 2.438,67 Euro.

Einen verletzungsbedingten Schaden im Sinne von § 286 Abs. 1 BGB stellte auch der eingezahlte Gerichtskostenvorschuss dar, soweit er der Klägerin aufgrund der obsiegenden Klage zu erstatten war. Insoweit ist er zwischen Einzahlung und Erstattung zu verzinsen.

## IV. Nebenentscheidungen

Die prozessualen Nebenentscheidungen fußen auf §§ 92 Abs. 1, 709 Sätzen 1 und 2 ZPO. Die Kostenentscheidung spiegelt das jeweilige Obsiegen und Unterliegen wider.

### ***OLG Köln zu der Frage, dass eine Partei die schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen beantragen kann***

vorgestellt von Thomas Ax

**1. Eine Partei kann die schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen beantragen, wenn sie ein rechtliches Interesse u. a. daran hat, dass der Zustand einer Person, die Ursache eines Personenschadens und der Aufwand für dessen Beseitigung festgestellt werden, wobei ein rechtliches Interesse anzunehmen ist, wenn die begehrte Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann.**

**2. Der Antragsteller muss die Beweisfragen nicht ausdrücklich formulieren. Es genügt, wenn aus dem Antrag die Tatsachen, über die Beweis erhoben werden sollen, deutlich hervorgehen. Gleichwohl ist ein Minimum an Substantiierung in Bezug auf die Beweistatsachen zu fordern.**

**3. Die Beweistatsachen sind jedenfalls dann nicht ausreichend bezeichnet, wenn der Antragsteller in lediglich formelhafter und pauschaler Weise Tatsachenbehauptungen aufstellt, ohne diese zu dem zugrunde liegenden Sachverhalt in Beziehung zu setzen.**

OLG Köln, Beschluss vom 12.12.2023 - 4 W 8/23  
vorhergehend:

LG Köln, 08.03.2023 - 16 OH 13/21

**Gründe:**

**I.**

Der Antragsteller wendet sich gegen die Versagung von Prozesskostenhilfe für ein selbständiges Beweisverfahren.

Er hat geltend gemacht, infolge eines von dem Antragsgegner ausgehenden tätlichen Angriffs am 2. September 2019 ein Schädel-Hirn-Trauma mit großen subduralen Hämatomen erlitten zu haben. Wegen dieser Tat sei der Antragsgegner durch das Amtsgericht ### (51 Ls 1/21) wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt worden (LG-A 3). Der Antragsteller will den Antragsgegner auf Schadenersatz und Zahlung eines Schmerzensgeldes in Anspruch nehmen (LG-A 4).

Mit dem am 21. Dezember 2021 bei Gericht eingegangenen Antrag vom 20. Dezember 2021 (LG-A 2-5) begehrt der Antragsteller unter Bezugnahme auf beigefügte Behandlungsunterlagen (LG-A 19-409) Prozesskostenhilfe zum Zwecke der Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens eine sachverständige Begutachtung, um den Umfang seiner durch die behauptete Körperverletzung bedingten Gesundheitsschäden feststellen und überdies klären zu lassen, ob diese kausal und zurechenbar durch den Antragsgegner verursacht worden seien, ob Dauerschäden verblieben seien, und wie und mit welchem Kostenaufwand die Gesundheitsschäden zu behandeln seien (LG-A 5).

Das Landgericht Köln hat den Antrag mit Beschluss vom 27. Januar 2021 (Pkh-Heft 238) und nach dessen Aufhebung durch den Senat ein weiteres Mal mit Beschluss vom 8. März 2023 (Pkh-Heft 389 f.) zurückgewiesen. Zur Begründung hat es darauf abgestellt, die Antragschrift genüge nicht den Anforderungen des § 487 Nr. 2 ZPO.

Gegen diesen Beschluss hat der Antragsteller vom 10. März 2023 (LG-A 561-563, Eingang beim Landgericht am 14. März 2023 (LG-A 560) sofortige Beschwerde eingelegt.

Das Landgericht hat der Entscheidung nicht abgeholfen und die sofortige Beschwerde dem Oberlandesgericht mit Beschluss vom 14. März 2023 (LG-A 571) zur Entscheidung vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens und der Anträge der Beteiligten wird auf die zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

**II.**

Die sofortige Beschwerde, über die das Beschwerdegericht durch eines seiner Mitglieder als Einzelrichter zu entscheiden hat, weil die angefochtene Entscheidung von einer Einzelrichterin erlassen worden ist (§ 568 Abs. 1 Satz 1 ZPO), ist zulässig; insbesondere ist sie gemäß §§ 127 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1, 576 ZPO statthaft und gemäß § 127 Abs. 2 Satz 3 ZPO fristgerecht eingelegt. In der Sache ist das Rechtsmittel des Antragstellers teilweise begründet. Die Auffassung des Landgerichts, im Streitfall bestehe kein Anspruch auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens, hält den Rügen der sofortigen Beschwerde nicht stand. Diese hat dahin Erfolg, dass Prozesskostenhilfe für die beabsichtigte Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens nicht, wie geschehen, mangels Zulässigkeit des Antrags auf dessen Einleitung zu versagen ist. Nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Antragstellers gemäß § 115 ZPO ist dem Antragsteller allerdings, wie mit Beschluss vom 19. Oktober 2022 (4 W 6/22 OLG Köln, LG-A 534 ff.), auf den zur Meidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, ausgeführt ist, Prozesskostenhilfe bei monatlicher Ratenzahlung in Höhe von 116 EUR zu gewähren. Im Einzelnen gilt folgendes:

1. Der Antrag auf Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens wäre nach § 485 Abs. 2 ZPO zulässig. Nach dessen Satz 1 kann eine Partei die schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen beantragen, wenn sie ein rechtliches Interesse u. a. daran hat, dass der Zustand einer Person, die Ursache eines Personenschadens und der Aufwand für dessen Beseitigung festgestellt werden, wobei ein rechtliches Interesse nach Satz 2 anzunehmen ist, wenn die begehrte Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann. Hierzu ist die Feststellung der Folgen des behaupteten körperlichen Angriffs durch den Antragsgegner im selbständigen Beweisverfahren grundsätzlich geeignet. Die ausgebliebene Antragsrüge im Prozesskostenhilfverfahren berechtigt nicht zu dem Schluss, dass die Parteien in einem möglichen Hauptsacheverfahren nicht auch darüber streiten werden, welche gesundheitlichen Beeinträchtigungen bei dem Antragsteller vorliegen, inwieweit diese auf den behaupteten körperlichen Angriff zurückzuführen und mit welchem Aufwand diese möglicherweise zu beseitigen sind. Zur Klärung dieser Fragen ist die beantragte Begutachtung grundsätzlich geeignet.

2. Dass der Antragsteller, was sinnvoll gewesen wäre, Beweisfragen nicht ausdrücklich formuliert hat, ist unschädlich. Ausdrücklich formulierte Beweisfragen sind

nämlich nicht zwingend, soweit aus dem Antrag die Tatsachen, über die Beweis erhoben werden sollen, deutlich hervorgehen (OLG Köln, Beschluss vom 11. Oktober 2018 - 5 W 20/18). Das ist hier der Fall.

3. a) Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Landgericht allerdings davon aus, dass jedenfalls ein Minimum an Substantiierung in Bezug auf die Beweistatsachen zu fordern ist, auch wenn man berücksichtigt, dass sich aus dem besonderen Charakter des selbständigen Beweisverfahrens und dem mit ihm verfolgten Zweck, einen Rechtsstreit zu vermeiden, möglicherweise niedrigere Anforderungen an die Darlegungslast ergeben und deshalb die Angabe der Beweistatsachen in groben Zügen ausreichen soll. Nur so ist der Verfahrensgegenstand zweifelsfrei abgrenzbar und hat der Sachverständige eine Grundlage für die ihm übertragene Tätigkeit. So sind etwa die Beweistatsachen im Sinne von § 487 Nr. 2 ZPO jedenfalls dann nicht ausreichend bezeichnet, wenn der Antragsteller in lediglich formelhafter und pauschaler Weise Tatsachenbehauptungen aufstellt, ohne diese zu dem zugrunde liegenden Sachverhalt in Beziehung zu setzen (BGH, Beschluss vom 10.11.2015 - VI ZB 11/15, mit weiteren Nachweisen).

b) So liegen die Dinge hier aber nicht. Der beabsichtigte Antrag wird den Anforderungen des § 487 Nr. 2 ZPO gerecht. Die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Antragstellers, die der Sachverständige einer Begutachtung unterziehen soll, sind in der Antragschrift (LG-A 3) bezeichnet. Das Krankheitsbild (Schädel-Hirn-Trauma mit großen subduralen Hämatomen) ist offensichtlich der Diagnose aus den Berichten des ####-Hospitals #### über die Notfallbehandlung vom 02.09.2019 (LG-A 38-43) und der ####-Klinik #### vom 09.09.2019 (LG-A 173) entnommen worden. Trotz der ergebnisoffenen Fragestellung (LG-A 5), wonach ein Gutachter sich dazu verhalten soll, welche Gesundheitsbeeinträchtigungen auf das Verhalten des Antragsgegners zurückzuführen sind, ob eingetretene Gesundheitsbeeinträchtigungen Dauerschäden darstellen, sowie ob und mit welchem Aufwand die Gesundheitsbeeinträchtigungen beseitigt werden können, ist der beabsichtigte Antrag nicht so allgemein gehalten, dass ein Sachverständiger eigenständig alle denkbaren gesundheitlichen Beeinträchtigungen selbst suchen und begutachten müsste, was tatsächlich als Ausforschung auch im selbständigen Beweisverfahren unzulässig wäre (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 3. Juni 2019 - 12 W 17/19). Im Hinblick auf die in Bezug genommenen Diagnosen des #### und der #### ist der beabsichtigte Antrag dahingehend auszulegen, dass der Antragsteller festgestellt wissen, dass der darin dokumentierte Ge-

sundheitsschaden eines Schädel-Hirn-Traumas mit großen subduralen Hämatomen ohne den körperlichen Angriff des Antragsgegners nicht eingetreten wäre. Der beabsichtigte Antrag zielt danach auf die Feststellung der Kausalität des Verhaltens der Beklagten für die konkret bezeichnete Gesundheitsbeeinträchtigung und damit auf eine zulässige Fragestellung ab. So verstanden handelt es sich um einen nach § 487 Nr. 2 ZPO zulässigen Antrag. Das Beweisersuchen soll zwar im Hinblick auf mit dem Schädel-Hirn-Trauma mögliche weitere im Zusammenhang stehende, bisher nicht bekannte (dauerhafte) Beeinträchtigungen und im Hinblick auf den möglichen Aufwand zur Beseitigung des Personenschadens offen gestellt bleiben. Dies begegnet vor dem Hintergrund, dass der Antragsteller nicht wissen kann, ob noch weitere, bislang nicht bekannte (dauerhafte) Körperschäden eingetreten sein könnten, indes keinen Bedenken. Bei der Formulierung der Beweisfrage kann - zur Erleichterung der Arbeit des Sachverständigen - auf das von dem Antragsteller konkret behauptete Krankheitsbild Bezug genommen werden und im Übrigen kann die Beweisfrage offen formuliert werden (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 11. Oktober 2018 - 5 W 20/18).

3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden nicht erstattet (§ 127 Abs. 4 ZPO).

4. Gründe für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 574 ZPO liegen nicht vor.

***Kann sich der Bauunternehmer auf die Angaben zum Baugrund auch bei der Planung und Ausführung eines Bauwerkes im Rahmen eines von ihm eingebrachten Nebenangebotes oder Sondervorschlages verlassen? Ja, aber nur soweit der "beschriebene Baugrund" die Grundlage der Bauleistung bleibt***

OLG Schleswig, Urteil vom 05.08.1993 - 11 U 197/89

vorgestellt von Thomas Ax

Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass der Bauherr für die Feststellung der Bodenverhältnisse an der Baustelle verantwortlich ist und die Verpflichtung hat, diese in seiner Ausschreibung hinreichend zu benennen (§ 9 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A).

Es gehört weder zum allgemeinen Aufgabenbereich des (Spezialtief-) Bauunternehmers noch zum Leistungsbild des Tragwerksplaners, Untersuchungen des Baugrundes und der Boden- und Wasserverhältnisse vorzunehmen oder vornehmen zu lassen.

Bei der Risikoverteilung zwischen AG und AN ist, wenn Nebenangebote oder Änderungs- oder Sondervorschläge des AN ausgeführt werden, davon auszugehen, daß für deren Inhalt, insbesondere die technische Gestaltung und praktische Ausführung betreffend, der Bauunternehmer - auch hinsichtlich der Planung - verantwortlich ist.

Der Bauunternehmer kann sich jedoch auf die Angaben zum Baugrund auch bei der Planung und Ausführung eines Bauwerkes im Rahmen eines von ihm eingebrachten Nebenangebotes oder Sondervorschlages verlassen, soweit der "beschriebene Baugrund" die Grundlage der Bauleistung bleibt.

### **Bauprozess:**

Wann kann der Sachverständige bei und nach Erstellung seines Gutachtens wegen Befangenheit abgelehnt werden?

vorgestellt von Thomas Ax

Die absolut erforderliche Unparteilichkeit des Sachverständigen gebietet es, dass sich der Sachverständige während der Zeit der Gutachtenserstattung neutral verhalten muss und dass er an die Beantwortung der Beweisfragen unvoreingenommen und objektiv herangeht. Bereits der durch eine Formulierung verursachte Anschein von Parteilichkeit macht ein Gutachten unbrauchbar, auch wenn es sachlich ohne Mängel ist. Der Sachverständige kann seinen Vergütungsanspruch verlieren, wenn er nach seiner Beauftragung in von ihm zu vertretender Weise nicht auf eine besondere persönliche oder berufliche Nähe zu einer der Prozessparteien und damit seine mögliche Befangenheit in der Sache hinweist (OLG Frankfurt, Beschluss v. 4.5.2017, 18 W 58/17). Hält ein Sachverständiger sich in seiner Vorgehensweise nicht an die Anweisungen des Gerichts, so stellt dies einen möglichen Befangenheitsgrund dar (OLG Bamberg, Beschluss v. 22.9.2022, 8 W24/22). Dies gilt insbesondere, wenn ein Sachverständiger eigenmächtig über die ihm vom Gericht gestellten Beweisfragen hinausgeht. Dabei rechtfertigt nicht jede geringfügige Abweichung von dem gerichtlichen Gutachterauftrag die Annahme der Befangenheit. Die Befürchtung ist aber begründet, wenn sich aus der Abweichung vom Gutachterauftrag eine parteiische Tendenz zugunsten oder zulasten einer Partei ergibt (OLG München, Beschluss v. 5.5.2023, 31 W259/23).

Für die Besorgnis der Befangenheit genügt jede Tatsache, die ein auch nur subjektives Misstrauen einer Par-

tei in die Unparteilichkeit des Sachverständigen vernünftigerweise rechtfertigen kann (BGH NJW 1975, S. 1363; NJW-RR 1987, S. 893; Greger, a. a. O., § 406, Rn. 8). Dies kann der Fall sein, wenn Umstände gegeben sind, die aus der Sicht einer vernünftigen, nüchtern denkenden Partei die Befürchtung rechtfertigen, der Sachverständige habe sich einseitig festgelegt und glaube den Angaben der einen Partei mehr als den Angaben der anderen bzw. halte eine streitige Behauptung zulasten einer Partei für bewiesen (OLG München NJW 1992, S. 1569; OLG Nürnberg VersR 2001, a. a. O.). Gleiches kann gelten, wenn der Sachverständige Beweisthemen umformuliert und substantiierten Vortrag einer Partei gänzlich unberücksichtigt lässt (OLG Bamberg MedR 1993, S. 351; Leipold in Stein/Jonas, ZPO, Kommentar, 22. Aufl., § 406, Rn. 44) oder seinen Gutachtenauftrag eigenmächtig erweitert und dadurch den Eindruck erweckt, er wolle an Stelle des Gerichts festlegen, welche Punkte beweisbedürftig sind (OLG Celle NJW-RR 2003, S. 135; Thüringer OLG FamRZ 2008, S. 284; OLG Köln NJW-RR 1987, S. 1198; Leipold, a. a. O.). Mangel an Sachkunde, Unzulänglichkeiten oder Fehlerhaftigkeiten rechtfertigen für sich allein genommen hingegen nicht die Ablehnung des Sachverständigen wegen Befangenheit, insoweit ist vielmehr der sachliche Gehalt des Gutachtens und dessen Verwertbarkeit betroffen (BGH NJW 2005, S. 1869; GRUR 2012, S. 92; Greger, a. a. O., Rn. 9). Auch das Ausgehen von falschen Grundlagen und/oder die Verkennung des Umfangs des Beweisthemas führen erst dann zu einer Besorgnis der Befangenheit, wenn der Irrtum so schwerwiegend ist, dass er als Anlass für eine vorhandene Voreingenommenheit angesehen werden muss (Ulrich, Der gerichtliche Sachverständige, 12. Aufl., Rn. 224). Schließlich können auch unsachliche Äußerungen des Sachverständigen über eine Partei oder ihren Prozessbevollmächtigten die Besorgnis der Befangenheit begründen (OLG Nürnberg MDR 2012, Seite S. 365; Greger, a. a. O., Rn. 7).

Wann muss die Ablehnung erfolgen?

Wenn der Ablehnungsgrund aus dem Inhalt eines Gutachtens oder einem anderen nach Ernennung des Sachverständigen aufgetretenen Umstand hergeleitet wird, ist für einen zulässigen Ablehnungsantrag erforderlich, dass dieser unverzüglich nach Kenntnis des Ablehnungsgrundes gestellt wird (BGH NJW 2005, S. 1869; OLG Nürnberg VersR 2001, S. 391; Greger in Zöller, ZPO, Kommentar, 32. Aufl., § 406, Rn. 11). Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Partei schon aus Gründen der Rechtssicherheit wissen muss, welcher Zeitraum ihr zur Prüfung des Gutachtens in jedweder



Hinsicht zur Verfügung steht, weshalb die Frist zur Ablehnung des Sachverständigen wegen der Besorgnis der Befangenheit im allgemeinen gleichzeitig mit der vom Gericht gesetzten Frist zur Stellungnahme nach § 411 Abs. 4 ZPO abläuft, wenn sich die Partei zur Begründung ihres Antrags mit dem Inhalt des Gutachtens auseinandersetzen muss (BGH a. a. O.; OLG Saarbrücken MedR 2007, S. 484; OLG Düsseldorf OLGR 2001, S. 469).

## Praxistipps

### ***Parteien könne durch ausdrückliche Erklärung oder durch schlüssiges Verhalten auf die förmliche Abnahme verzichten***

von Thomas Ax

Obgleich die bereits im Bauvertrag vereinbarte förmliche Abnahme Vorrang vor den anderen Abnahmeformen hat, ist möglich, dass die Parteien durch ausdrückliche Erklärung oder durch schlüssiges Verhalten auf die förmliche Abnahme verzichten (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 2000 - VII ZR 310/99 NJW 2001, 818; BGH, Urteil vom 03. November 1992 - X ZR 83/90 - NJW 1993, 1063; BGH, Urteil vom 21. April 1977 - VII ZR 108/76 – MDR 1977, 832; Bröker, in: Ganten/Jansen/Voit, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage 2013, § 12 Abs. 5 [Fiktive Abnahme] Rn. 5; Abu Sarris, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Auflage 2016, § 12 VOB/B Rn. 120). Die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme kann nämlich ihrerseits konkludent wieder aufgehoben werden (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 2000 - VII ZR 310/99 - NJW 2001, 818; OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. November 2013 - I-23 U 15/13 - ), da ein vereinbarter Formzwang jederzeit formlos durch die Vertragsparteien aufgehoben werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 03. November 1992 - X ZR 83/90 - NJW 1993, 1063). An die Voraussetzungen einer konkludenten Aufhebung sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 2000 - VII ZR 310/99 NJW 2001, 818; OLG Stuttgart, Urteil vom 21. April 2009 - 10 U 9/09 - ).

Von der förmlichen Abnahme können die Vertragsparteien auch dadurch stillschweigend Abstand nehmen, dass etwa die Schlussrechnung (weitgehend) bezahlt wird (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. November 2013 - I-23 U 15/13 ; OLG Stuttgart, Urteil vom 28. Dezember 2018 - 10 U 113/18 - ; OLG Stuttgart, Urteil vom 21. April 2009 - 10 U 9/09 - ; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rn. 37).

Übersendet der Auftragnehmer die Schlussrechnung an den Auftraggeber, ohne die förmliche Abnahme zu fordern, und tritt der Auftraggeber erst mehrere Monate nach Erhalt der Schlussrechnung in die Rechnungsprüfung ein, ohne auf die unterbliebene förmliche Abnahme einzugehen, kann eventuell auch hierin die konkludente Erklärung der Parteien zu sehen sein, von der vereinbarten förmlichen Abnahme abzusehen

(vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1977 - VII ZR 108/76 ; OLG Karlsruhe, Urteil vom 23. September 2003 - 17 U 234/02 - ). Denn der Unternehmer bringt erkennbar zum Ausdruck, dass er auf eine förmliche Abnahme keinen Wert mehr legt.

Wenn der Auftraggeber dann mehrere Monate nach Erhalt der Schlussrechnung seinerseits keine förmliche Abnahme verlangt, kann das von beiden Parteien gezeigte Verhalten dahin zu werten sein, dass sie übereinstimmend "konkludent von der vereinbarten förmlichen Abnahme abgesehen haben und es bei einer formlosen Abnahme verbleiben soll (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1977 - VII ZR 108/76 - ). Unerheblich ist dabei, ob die Parteien sich der Tatsache bewusst waren, dass eine förmliche Abnahme vorgesehen war oder ob sie .das nur vergessen haben (vgl. BGH, Urteil vom 03. November 1992 - X ZR 83/90 - NJW 1993, 1063; BGH, Urteil vom 21. April 1977 - VII ZR 108/76 - ; Kniffka, in; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rh. 37).

Eine von dem Architekten geprüften Schlussrechnung kann höchstens entnommen werden, dass der Architekt die Leistung als vertragsgerecht erbracht und die Vergütung als fehlerfrei errechnet ansieht, so dass er dem Bauherrn die endgültige Annahme empfiehlt (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 12. März 1996 - 21 U 147/95 - ; OLG Köln, Urteil vom 05. November 1976 - 19 U 73/76 MDR 1977, 404).

Es handelt sich also um eine subjektive Meinungsäußerung des Architekten, nicht um den objektiven Leistungsnachweis des Bauunternehmers (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 12. März 1996 - 21 U 147/95 - ; OLG Köln, Urteil vom 05. November 1976 - 19 U 73/76 - MDR 1977, 404). Dann aber konnte aus Sicht der Klägerin allein die Prüfung nicht dahin zu deuten sein, dass damit auf die förmliche Abnahme verzichtet werden sollte.

### ***Wann verjährt der Erfüllungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB?***

von Thomas Ax

Vor Abnahme besteht der Erfüllungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB, welcher selbstständig einklagbar und, falls erforderlich, auch vollstreckbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VI1 ZR 235/15 - NJW 2017, 1607). Der Erfüllungsanspruch verjährt in der Regelfrist, also kenntnisabhängig grundsätzlich nach drei Jahren zum Jahresende; §§ 195, 199 BGB (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 10. April 2018 - 8 U 19/14 - ;

Kniffka, in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 24, 105; Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2018, § 634a BGB Rn. 12; Inhuber, in: Motzke/Bauer/Seewald, Prozesse in Bausachen, 3. Auflage 2018, § 7 Rn. 51, 52; Raab-Gaudin, in: beck-online.Großkommentar, Gsell / Krüger / Lorenz / Reymann, Stand: 01.11.2018, § 634a BGB Rn. 329.3; Werner, NZBau 2014, 80 (83)), während die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs gemäß § 634a Abs. 2 BGB erst mit der Abnahme beginnt (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 2016 - VII ZR 188/13 - NZBau 2016, 629; BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15 - NZBau 2016, 551; BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 - VII ZR 49/15 - NJW 2016, 1572).

Soweit für Werkverträge, die vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 geschlossen wurden, angenommen wurde, dass für Mängelansprüche, die vor Abnahme entstehen, die Verjährung erst mit Abnahme zu laufen beginnt (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2016 - VII ZR 271/14 - NZBau 2016, 304; BGH, Urteil vom 08. Juli 2010 - VII ZR 171/08 7 BGH, Urteil vom 08. Juli 2010 - VII ZR 171108 - NZBau 2010, 768), führt dies zu keiner andern Bewertung, da hinsichtlich nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts geschlossener Verträge Mängelrechte grundsätzlich erst nach Abnahme des-Werkes geltend gemacht werden können (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 301/13 - NZBau 2017, 216; BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 235/15 ; BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 VII ZR 193/15 - ; vgl. auch Senat, Urteil vom 19. August 2014 - I-24 U 41/14 - NJW 2015, 960).

Die regelmäßige Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Da die zweite Voraussetzung regelmäßig bereits ab Vertragsschluss vorliegt, kommt es darauf an, wann der Erfüllungsanspruch entstanden ist. Das ist er dann, sobald er im Wege der Klage geltend gemacht werden kann. Vertragliche Erfüllungsansprüche verjähren nach der Fälligkeitsregel des § 271 BGB zwar grundsätzlich ab Vertragsschluss. Dies gilt aber nur, soweit nichts anderes gesetzlich bestimmt ist. Aus den Umständen ergibt sich beim Bauvertrag, dass der Unternehmer alsbald mit den Arbeiten zu beginnen hat und sie in angemessener Zeit zu Ende zu führen hat (vgl. BGH, Urteil vom 08. März 2001 VII ZR 470/99 - NZBau 2001, 389). Damit tritt Fälligkeit im Hinblick auf den Erfüllungsanspruch mit dem vereinbarten

Fertigstellungstermin ein (vgl. Stern, in: Thode/Wirth/Kuffer, Praxishandbuch Architektenrecht, 2. Auflage 2016, § 23 Rn. 41), jedenfalls aber nach Ablauf einer angemessenen Fertigstellungsfrist ein (vgl. BGH, Urteil vom 08. März 2001- - VII ZR 470/99 - NZBau 2001, 389; Molt, in: beck-online.Großkommentar, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.11.2018 § 631 BGB Rn. 1751; Böck, in: Bärmann/Seuß, Praxis des Wohnungseigentums, 7. Auflage 2017; § 106 Rn. 52). Die Verjährungsfrist ist jedenfalls solange gehemmt, wie der Werkunternehmer Nacharbeiten vornimmt (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6, Teil Rn. 105).

Der auf die Herstellung einer mangelfreien Sache gerichtete Erfüllungsanspruch verjährt nicht früher als der nach Abnahme bestehende Nacherfüllungsanspruch. Denn mit der Abnahme wandelt sich dieser Erfüllungsanspruch in den Nacherfüllungsanspruch des § 635 BGB (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. März 2009 - 9 U 152/08 - ; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 15. Juli 2009 - 13 U 120/07 - ; Moufang/Koos, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018, § 635 BGB Rn. 2; Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2019, § 634 BGB Rn. 3; Peters/Jacoby, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 634 BGB Rn. 27; Motzke, in:

Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 9 Abs. VOB/A Rn. 348; Raab-Gaudin, in: beck-online.Großkommentar, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand:

01.03.2019, § 634a BGB Rn. 156; vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 10. April 2018 - 8 U 19/14 - ) mit der Besonderheit um, dass die Verjährung für diesen, infolge der Abnahme modifizierten Erfüllungsanspruch nach § 634a Abs. 2 BGB mit der Abnahme zu laufen beginnt. Die Annahme, der auf die Herstellung eines mangelfreien Werks gerichtete Erfüllungsanspruch könnte bei mangelhafter Werkherstellung infolge der Geltung der Regelverjährungsvorschriften vor Abnahme und damit vor Beginn der Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs verjähren, führte dazu, dass derselbe Anspruch zunächst wegen der erhobenen Einrede der Verjährung zunächst nicht, dann aber mit Abnahme des mangelhaften Werks wegen der Regelung des § 634a Abs. 2 BGB wieder durchsetzbar wäre, weil die Verjährung mit der Abnahme begönne. Dann aber wäre eine zunächst eingetretene Verjährung mit der Abnahme beseitigt worden; eine Rechtsfolge, die dem geltenden Recht fremd wäre.

Die Verjährung von Erfüllungsansprüchen, die der Sache nach die Haftung des Unternehmers für Mängel seines Werkes betreffen, sind also an den Lauf der entsprechenden Gewährleistungsfristen des Nacherfüllungsanspruchs geknüpft (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. März 2009 - 9 U 152/08 - ), weil sich der Erfüllungsanspruch mit Abnahme in einen Nacherfüllungsanspruch umwandelt und alle Ansprüche, die sich auf die vertragswidrige Beschaffenheit des Werks, in welcher Phase auch immer, stützen, in gleicher Frist verjähren (vgl. Raab-Gaudin, beck-online.Großkommentar, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.03.2019, § 634a BGB Rn. 156). Eine Verjährung der Erfüllungsansprüche für Mängel des Werkes tritt folglich nicht ein, solange das Werk nicht abgenommen ist, weil das Gesetz (und die VOB/B) die Verjährung der Gewährleistungsansprüche erst mit der Abnahme beginnen lässt (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. März 2009 - 9 U 152/08 - ; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 105; vgl. auch Merl, in: Kleine-Möller/Merl/Glöckner, Handbuch Baurecht, 5. Auflage 2014, § 15 Rn. 1097: Hemmung der Verjährung. der Mängelansprüche gem. § 634a Abs. 2 BGB, nachdem der Auftraggeber einerseits Anspruch auf ein im Zeitpunkt des Verschaffens mangelfreies Werk habe und andererseits dies frühestens nach Abnahme zuverlässig beurteilen könne).

Insofern ist daher zwischen der Nichterfüllung und der Schlechterfüllung zu differenzieren; Bei der Meterfüllung. verbleibt es bei der regelmäßigen Verjährungsfrist. Denn der auf die Erstellung des Werkes gerichtete Erfüllungsanspruch kann sich schon deswegen nicht in einen Nacherfüllungsanspruch umwandeln, weil das Werk überhaupt nicht erstellt worden ist und es deswegen bereits an einem Anknüpfungspunkt für die Annahme eines Mangels und damit für Gewährleistungsansprüche fehlt. Der auf die eigentliche Herstellung des Werks gerichtete Erfüllungsanspruch kann sich dementsprechend auch nicht in einen Nacherfüllungsanspruch umwandeln.

Wird das Werk hingegen hergestellt, teilt sich der Erfüllungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB - ähnlich wie die Ansprüche bei der freien Kündigung im Hinblick auf das bis zur Kündigung erbrachte Teilgewerk (vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7.

Auflage 2018, § 648 BGB Rn. 14) auf (vgl. Müller, NZBau 2015, 337 (340)). Der Erfüllungsanspruch aus § 631 Abs. 1 BGB bleibt wegen des noch nicht erstellten Teils bestehen und kann sich - da ein Mangel nicht besteht - nicht in einen Nacherfüllungsanspruch umwandeln. Er

verjährt in der Regelverjährung und bleibt bei Erhebung der Verjährungseinrede dauerhaft nicht durchsetzbar. Bezüglich des mangelhaft hergestellten Teils erlischt der Erfüllungsanspruch aus § 631 Abs. 1 BGB indes nicht durch die Abnahme, sondern wandelt sich dann - wie bereits ausgeführt - in den Nacherfüllungsanspruch nach § 635 BGB um.

### ***Unternehmer hat ein vom Auftraggeber zur Verfügung gestelltes Baugrundgutachten zu prüfen***

von Thomas Ax

Der Unternehmer hat ein vom Auftraggeber zur Verfügung gestelltes Baugrundgutachten dahin zu prüfen, ob es vollständig und für die Verwirklichung des geschuldeten Leistungserfolgs geeignet ist. Er muss dabei nicht alle Details prüfen. Handelt es sich beim Auftragnehmer um eine "Spezialfirma", bestehen gesteigerte Anforderungen an die Prüfpflicht etwa dahingehend, ob die Grundlagen des Gutachtens fachlich richtig angenommen wurden.

OLG Jena, Urteil vom 30.04.2002 - 3 U 1144/01

### ***Wann sind Kosten für die Beseitigung eines Werkmangels unverhältnismäßig im Sinne des § 635 Abs. 3 BGB?***

von Thomas Ax

Unverhältnismäßig im Sinne des § 635 Abs. 3 BGB sind Kosten für die Beseitigung eines Werkmangels dann, wenn der damit In Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg oder Teilerfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwandes sieht zur (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012 - VII ZR 179/11 - NZBau 2013, 9; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 27. März 2015 - 1 U 87/10 -; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 97).

Unverhältnismäßigkeit wird in aller Regel anzunehmen sein, wenn einem objektiv geringen Interesse des Auftraggebers an einer mangelfreien Vertragsleistung unter Abwägung aller Umstände ein ganz erheblicher und -deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenüber steht, so dass die Forderung auf ordnungsgemäße Vertragserfüllung ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist (vgl. BGH, Urteil vom 10. April 2008 - VII ZR 214106 - NZBau 2008, 575; OLG München, Beschluss vom 20. März 2014 - 13 U 4423/13 Bau -; OLG Frank-

furt, Urteil vom 11. November 2016 - 4 U 3/11 - ). Unverhältnismäßigkeit kommt danach vor allem bei Mängeln in Betracht, die den Wert oder die Gebrauchsfähigkeit nicht oder nicht erheblich beeinträchtigen (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 97), Das sind insbesondere optische Mängel (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 1987 - VII ZR 330/86 ; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 97). Gleichwohl ist auch bei lediglich optischen Mängeln nur in Ausnahmefällen die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten zu bejahen, selbst wenn die tatsächlich erbrachte Leistung zwar nicht den vertraglichen Vorgaben, aber doch den Regeln der Technik entspricht (vgl. BGH; Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17 - ; BGH, Urteil vom 10. April 2008 - VII ZR-214/06 - NZBau 2008, 575).

***Tragen DIN-Normen immer die Vermutung in sich, dass sie den Stand der allgemein anerkannten Regeln der Technik wiedergeben?***

von Thomas Ax

DIN-Normen tragen die Vermutung in sich, dass sie den Stand der allgemein anerkannten Regeln der Technik wiedergeben (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2013 - V ZR 182/12 - NJW 2013, 2271). Dies ist indes anders zu bewerten, wenn die DIN 18202 im hier relevanten Teil überaltert ist und deswegen nicht die anerkannten Regeln der Technik ausweist (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 32). DIN-Normen sind keine Rechtsnormen, sondern private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter, die hinter den anerkannten Regeln der Technik zurückbleiben können (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2013 - V ZR 182/12 - NJW 2013, 2271; BGH,- Urteil vom 14. Mai 1998 - VII ZR 184/97 - MPR 1998, 1026; BGH, Urteil vom 14. Juni 2007 - VII ZR 45/06 - NJW 2007, 2983), weil die technische Entwicklung und wissenschaftliche Erkenntnis in einem ständigen Wandel begriffen sind (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2013 - V ZR 182/12 - NJW 2013, 2271). Von daher liegt es in der Natur der Sache, dass in DIN-Normen empfohlene Maßnahmen nicht mehr die anerkannten Regeln der Technik beschreiben, wenn aufgrund neuer Erkenntnisse andere - geeigneter erscheinende Methoden an deren Stelle treten. Ob es sich so verhält, kann zuverlässig nur durch Einholung eines Sachverständigengutachtens geklärt werden (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2013 V ZR 182/12 - NJW 2013, 2271; BGH, Beschluss vom 13. März 2008 - VII ZR 219/06 - ; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 34).

## Kurz belichtet:

### **OLG Stuttgart zur "Angstklausel" bei Baugrundgutachten**

*OLG Stuttgart, Urteil vom 21.08.1997 - 13 U 3/96*

Vorbehalte in Baugrundgutachten können allenfalls dann den Bodengutachter vor Schadensersatzansprüchen bewahren, wenn sie nicht allgemein gehalten sind. Insbesondere aber müssen solche Vorbehalte derart deutlich und eindringlich abgefaßt sein, daß sowohl der Bauherr als auch dessen Architekt zu der Überzeugung gelangen können, daß das Gutachten allein - und ohne weitere Zuziehung des Bodengutachters - nur als vorläufig zu betrachten und nicht als Grundlage für die Festlegung einer Tiefbaumaßnahme heranzuziehen ist.

### **LG Hamburg: Bodenverhältnisse unklar: Auftragnehmer trägt das Baugrundrisiko**

*LG Hamburg, Urteil vom 30.11.2021 - 304 O 341/19*

1. Es steht den Parteien eines Bauvertrags frei, auch solche Bodeneigenschaften zu vereinbaren, die sich so nicht oder nicht sicher aus den durchgeführten Bohruntersuchungen ableiten lassen.

2. Gerade bei im Einzelnen unbekanntem Baugrundverhältnissen, über die nur Vermutungen bestehen, können die Parteien auch einen fiktiven Baugrund vereinbaren, für dessen Bewältigung der Auftragnehmer dann entsprechend kalkulieren muss.

3. Selbst wenn die Bodenverhältnisse nicht eindeutig vereinbart werden, übernimmt der Auftragnehmer das Baugrundrisiko, wenn er bei einer offenkundig und eindeutig unklaren Erkenntnissituation über die Verhältnisse im Boden ein Angebot abgibt.

4. Entsprechen die Bodenverhältnisse dem, was die Parteien in ihrem Vertrag beschrieben haben, steht dem Auftragnehmer kein Anspruch auf Mehrvergütung zu.

### **Zum Baugrundrisiko bei abweichenden Bodenverhältnissen und zur Übertragung des Baugrundrisikos durch Vertrag auf den Auftragnehmer**

Das OLG Jena hat mit Urteil vom 25. Mai 2010 – 5 U 622/09 – ([www.ibr-online.de](http://www.ibr-online.de)), das wegen Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch den BGH am 12. Juli 2012 rechtskräftig geworden ist, Folgendes entschieden:

1. Grundsätzlich trägt der Auftraggeber das Baugrundrisiko, weil es sich beim Baugrund um einen von ihm zur Verfügung zu stellenden Stoff handelt. Das Baugrundrisiko kann durch Vertrag wirksam auf den Auftragnehmer übertragen werden. Die Übertragung des Baugrundrisikos in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Auftraggebers ist nur dann unwirksam, wenn dem Auftragnehmer dadurch Ansprüche abgeschnitten werden, die sich durch Erschwernisse ergeben, die erst nach Abgabe des Angebotes erkennbar werden.

2. Wird das Baugrundrisiko auf den Auftragnehmer übertragen und trifft das Baugrundgutachten keine Aussage zu den Bodenverhältnissen am Standort eines vom Auftragnehmer selbst örtlich zu bestimmenden Traggerüsts, trägt der Auftragnehmer das Risiko, dass die tatsächlichen von den erwarteten Bodenverhältnissen abweichen. In einem solchen Fall muss der Auftragnehmer eigene Baugrunduntersuchungen veranlassen.

Das Baugrundrisiko trage gemäß §§ 644 f. BGB grundsätzlich der Auftraggeber, da es sich beim Baugrund um den von ihm zur Verfügung zu stellenden Stoff handle. Gleichwohl trage der AG das Baugrundrisiko für das Traggerüst in diesem Falle nicht, da es durch Vereinbarung der ZTV-ING und der ZTV-K vertraglich wirksam auf den AN übertragen worden sei. Das Baugrundgutachten treffe hier keine Aussage zum Baugrund des vom AN selbst örtlich zu bestimmenden Traggerüsts. Da eine solche für das Traggerüst bei Einhalten der DIN 4020 notwendig gewesen sei, könne das Baugrundgutachten insoweit keine vertragsgemäße Vorgabe des AG darstellen. Die vom AN vorgenommene Interpolation der Baugrundkennwerte (Errechnung der Baugrundverhältnisse zwischen den Widerlagern der Brücke) könne nur hilfsweise herangezogen werden, ersetze aber keine Begutachtung des Standorts des Traggerüsts. Diese Begutachtung habe der AN jedoch unterlassen. Das dem Auftrag zugrunde liegende Baugrundgutachten beziehe sich eindeutig nur auf das Bauwerk Brücke, zu deren Gründung es Aussagen treffe, nicht jedoch auf die Bodenverhältnisse des Traggerüsts.

Hinzu komme, dass der tatsächlich vorgefundene Zustand nach den Sachverständigen-Feststellungen nicht überraschend gewesen sei. Nach Aussage des Sachverständigen hätte ein Fachmann das Risiko einer Baugrundabweichung bei bloßer Ortsbesichtigung oder anhand der Schilderung des Baugrundgutachtens erkennen können. Insoweit habe sich hier der AN nicht auf „normale Baugrundverhältnisse“ verlassen dürfen.

# 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 Handwerkszeug 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](mailto: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](http://ax-projects.de)



**Ganzheitliche Kommunalberatung** bieten wir an über: [interkomm.eu](http://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 Preisaufklärung
- EFB Preisblätter 221 – 223

**Die Rückversetzung nach Angebotseingang**

- Risiken
- Mögliche Angriffspunkte
- Beispiele aus der Praxis

**Wertung der Angebote mit nicht preislichen Zuschlagskriterien**

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

**Berücksichtigung der nicht preislichen Zuschlagskriterien in der Vertragsabwicklung**

- Was wird Vertragsbestandteil - Relevanz
- Beispiele aus der Praxis

**Umgang mit Rügen**

- Aus Sicht des ANs
- Aus Sicht des AGs

**Möglichkeiten zur beschleunigten Abwicklung eines Vergabeverfahrens**

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

## **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 Tätigkeits-schwerpunkte 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 Staats-examen
- Promotion, Master und/oder Auslandserfah-rung
- Berufserfahrung im Baurecht
- Erweiterte Kenntnisse im Baurecht

- Exzellente kommunikative Fähigkeiten und wirtschaftliches Verständnis
- Ausgeprägtes Gespür für die Bedürfnisse an-spruchsvoller Mandanten
- Unternehmerisch denkende Anwaltpersön-lichkeit
- Durchsetzungsfähigkeit und Verhandlungs-kompetenz
- Freundliches und souveränes Auftreten

### Wir bieten

- Spannende und vielseitige Mandate und die Möglichkeit, schnell Verantwortung zu über-nehmen
- 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 per-sönlichen Weiterentwicklung
- Attraktive Vergütung sowie zusätzliche Benefits

Bei erfolgreicher Zusammenarbeit besteht die Mög-lichkeit der unternehmerischen Beteiligung und Part-nerschaft 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](mailto:t.ax@ax-rechtsanwaelte.de) und geben Sie Ihren frü-hestmöglichen Eintrittstermin sowie Ihre Gehaltsvor-stellung 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](mailto: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](http://www.ax-verlag.de)

[mail@ax-verlag.de](mailto: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](http://www.ax-verlag.de)

[mail@ax-verlag.de](mailto:mail@ax-verlag.de)

ISSN 1862-9458

