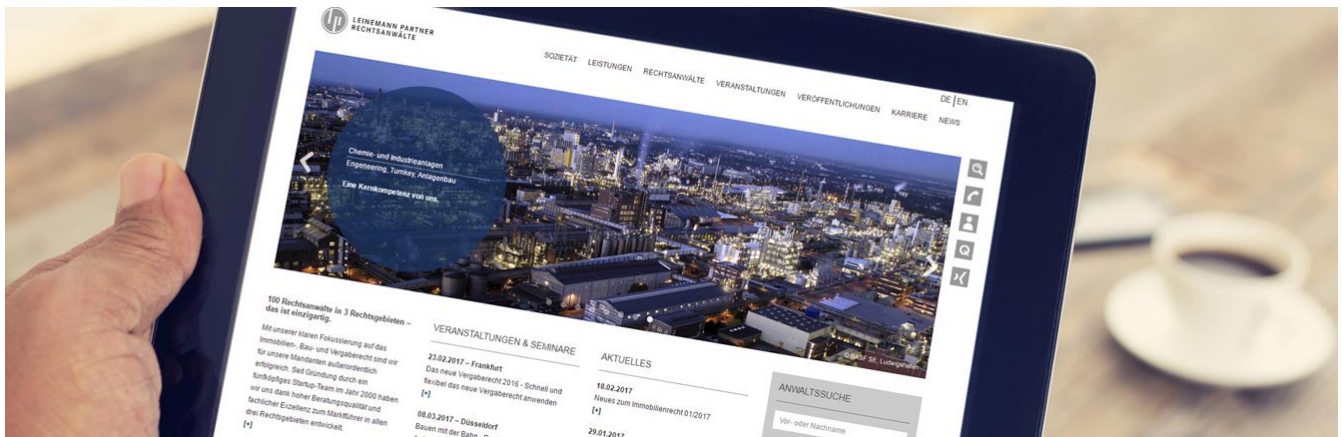




## Neues zum Baurecht 01/2018



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 1. Ausgabe 2018 unseres Informationsdienstes "Neues zum Baurecht". Wie gewohnt stellen wir Ihnen ausgewählte Urteile und ihre Auswirkungen in der Praxis vor. Sollten Sie hierzu weitergehende Fragen haben, können Sie uns gerne unter [baurecht\(at\)leinemann-partner.de](mailto:baurecht(at)leinemann-partner.de) schreiben oder Ihren persönlichen Berater ansprechen. Viele weitere Urteile, Bücher, Seminare und Veranstaltungen zum Thema finden Sie auch auf unserer [Website](#).

Weiterhin möchten wir Sie auf unsere erste Ausgabe unseres **LP-Magazins** hinweisen. Das PDF Dokument finden Sie [hier](#).

Im April 2018 erscheint auch der von Prof. Dr. Ralf Leinemann und Jarl- Hendrik Kues herausgegebene neue **Kommentar zum Bauvertragsrecht im BGB**. Weitere Informationen finden Sie [hier](#).

Wir wünschen Ihnen eine gute Lektüre und ein erfolgreiches Jahr 2018!

## Themen

Dr. Birgit Franz, Köln

**Entschädigung aus § 642 BGB zwar auch für AGK aber begrenzt auf den Zeitraum des Annahmeverzugs**

Deborah Koch, Hamburg

**Wer trägt das Risiko einer Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik?**

Dr. Christine Maurer, München

**Übergabe der Wohneinheit im Wege der einstweiligen Verfügung?**

Jasmin Petersen , Hamburg

**BGH erleichtert Nachweisvoraussetzungen für Stundenlohnarbeiten**



Dr. Birgit Franz, Köln

## Entschädigung aus § 642 BGB zwar auch für AGK aber begrenzt auf den Zeitraum des Annahmeverzugs

### **BGH, Urteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17**

642 BGB gewährt dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür, dass er während der Dauer des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält.

Der BGH entscheidet eine für die Baupraxis enorm bedeutende und seit langem klärungsbedürftige Rechtsfrage – allerdings nicht im vom Bauunternehmer gewünschten Sinn: die Mehrkosten, die dem Unternehmer in Folge einer Bauzeitverlängerung entstehen, die darauf zurückzuführen ist, dass der Auftraggeber durch das Unterlassen einer Mitwirkungshandlung in Verzug der Annahme kommt – etwa weil er dem Unternehmer das Bauvorhaben aufgrund eines Leistungsverzugs des Vorunternehmers nicht rechtzeitig baureif zur Verfügung stellt – sind gemäß § 642 BGB nicht über den Zeitraum des Annahmeverzugs hinaus erstattungsfähig. Dies bedeutet eine Abkehr von der verschuldensunabhängigen Haftung des Auftraggebers für eine Bauzeitverlängerung. Gegenstand des Urteils des BGH war eine Entscheidung des KG Berlin vom 10.01.2017 – 21 U 14/16 (besprochen in NzB Ausgabe 1/2017). Das KG hatte einer Klage des Unternehmers unter anderem gerichtet auf Lohn- und Materialpreiserhöhungen, die während eines verlängerten Ausführungszeitraums eingetreten sind, als Entschädigungsanspruch stattgegeben. Der Auftraggeber sei seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht nachgekommen, im vertraglich vorgesehenen Zeitraum der Klägerin das Grundstück so zu überlassen, dass diese ihre Leistungen habe ausführen können. Dem erteilt der BGH teilweise eine Absage. Der Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB betreffe in zeitlicher Hinsicht nur die Dauer des Annahmeverzugs. Der BGH stellt hierbei auf Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck sowie Historie der Norm ab. Dem Unternehmer solle eine angemessene Entschädigung dafür gewährt werden, dass er Personal, Gerät und Kapital für die Ausführung der Werkleistung bereithält, diese aber wegen der unterlassenen Mitwirkungshandlung nicht umsatzbringend einsetzen kann. Mehrkosten, die dadurch anfallen, dass die Leistungen wegen des Annahmeverzugs des Auftraggebers in einem späteren Zeitraum ausgeführt werden, sollen nicht Gegenstand der Entschädigung sein. Insoweit verweist der BGH den Unternehmer auf einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280, 286 BGB, der besteht, wenn die Mitwirkungsobliegenheit des Auftraggebers als selbstständige Nebenpflicht auszulegen ist. Im Übrigen stellt der BGH klar, dass bei der Bemessung der Entschädigung auch der in der Vergütung enthaltene Anteil für Gewinn, Wagnis und Allgemeine Geschäftskosten (AGK) berücksichtigt werden kann.

## Fazit

Die Unternehmer sind bei Ansprüchen wegen Bauzeitverlängerungen, die nicht auf geänderte oder zusätzliche Leistungen zurückgeführt werden können, wieder auf ein Verschulden des Auftraggebers für die Verzögerung angewiesen. Die Frage der Notwendigkeit einer bauablaufbezogenen Darstellung, die in der Praxis außerordentlich schwer fällt, gleichwohl durch die Gerichte aber zwischenzeitlich über den Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B hinaus auch für bauzeitliche Mehrvergütungsansprüche gemäß § 2 Abs. 5, 6 VOB/B gefordert wird, konnte der BGH offen lassen. Er stellt jedoch ausdrücklich fest, dass der Begriff "angemessene Entschädigung" deutlich mache, dass es sich bei dem Anspruch aus § 642 BGB nicht um einen Schadensersatzanspruch, sondern um einen verschuldensunabhängigen Anspruch sui generis handle, auf den die Vorschriften der §§ 249 ff. BGB zur Berechnung von Schadensersatz nicht anwendbar sind. Die Konsequenz hieraus muss sein, dass eine bauablaufbezogene Darstellung nicht notwendig ist. Nichts anderes kann für einen bauzeitlichen Anspruch auf gesonderte Vergütung gemäß § 2 Abs. 5, 6 VOB/B gelten. Darüber hinaus stellt der BGH klar, dass auch die kalkulierten Anteile für Gewinn, Wagnis und AGK berücksichtigungsfähig sind. Die letzten beiden Ergebnisse aus dem Urteil stärken immerhin den Unternehmer bei der Geltendmachung bauzeitlicher Ansprüche. Auch hat der BGH sich in seinem Urteil nur mit dem zeitlichen Kriterium für die Berechnung der Entschädigungshöhe auseinandergesetzt, welches er auf die Dauer des Annahmeverzugs beschränkt. Nicht Gegenstand der höchstrichterlichen Erwägungen ist jedoch die Frage, inwieweit bei der Bemessung der Entschädigung im Rahmen des richterlichen Ermessens

Folgekosten der Bauzeitverlängerung berücksichtigt werden können. Die Möglichkeit des Trichters, im Rahmen einer Ermessensentscheidung Korrekturen an der Höhe der auf Basis des Annahmeverzugs ermittelten Entschädigung vorzunehmen, hat der Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen und gewollt. Hierzu verhält sich die Entscheidung nicht, was sicherlich auch der geringen Anspruchshöhe von EUR 2.280,19 geschuldet ist. Hier gab es schlicht nichts zu berücksichtigen. Der Senat hat bereits eine weitere Entscheidung zu § 642 BGB in 2018 angekündigt. Das Spiel ist also noch nicht vorbei – es bleibt spannend!



Deborah Koch, Hamburg

## Wer trägt das Risiko einer Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik?

**BGH, Urteil vom 14.11.2017 – VII ZR 65/14**

**Der Auftragnehmer schuldet grundsätzlich die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme. Dies gilt auch bei einer Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zwischen Vertragsschluss und Abnahme.**

Die Klägerin hat die Beklagte im März 2007 zur Errichtung von drei Pultdachhallen beauftragt. In der Gebäudebeschreibung ist für die Ausführung der Hallen eine Schneelast von 80 kg/m<sup>2</sup> angegeben. Dies entsprach der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden DIN 1055-5 (1975). Diese DIN wurde zwischen Vertragsschluss und Abnahme geändert. So ist nach der geänderten DIN 1055-5 (2005) nunmehr eine Schneelast von 139 kg/m<sup>2</sup> für die Ausführung der Hallen anzusetzen. Die Beklagte errichtete die Hallen nach der in den Vertragsunterlagen angegebenen Schneelast von 80 kg/m<sup>2</sup>. Nach Fertigstellung forderte die Klägerin die Beklagte zur Verstärkung der Dachkonstruktion auf. Da die Beklagte der Aufforderung nicht nachgekommen ist, reichte die Klägerin Klage gegen die Beklagte auf Vorschuss für die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten ein. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat der Klage auf Vorschuss zum Großteil stattgegeben. Mit der Revision strebt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage an. Ohne Erfolg!

Der Bundesgerichtshof hatte bereits zum BGB-Vertrag klargestellt, dass die allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme maßgeblich dafür sind, ob ein funktionstaugliches Werk hergestellt worden ist (Urteil vom 14.05.1998 – VII ZR 184/97, BGHZ 139, 16). Dies bestätigt der Bundesgerichtshof nunmehr auch für VOB/B-Verträge. Zudem stellt er klar, dass dieser Grundsatz auch bei einer Änderung der allgemeinen anerkannten Regeln der Technik zwischen Vertragsschluss und Abnahme gelten muss. In einem solchen Fall muss der Auftragnehmer den Auftraggeber über die Änderung und die damit verbundenen Konsequenzen und Risiken für die Bauausführung informieren.

Kommt der Auftragnehmer dieser Verpflichtung nach, bleiben dem Auftraggeber zwei Optionen. Option 1: Der Auftraggeber ordnet die Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik gegenüber dem Auftragnehmer an. Im Regelfall wird der Auftragnehmer dann eine Vergütungsanpassung nach § 1 Nr. 3 oder 4, § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B (2006) verlangen können. Option 2: Der Auftraggeber sieht von der Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik und damit von einer etwaigen Verteuerung des Bauvorhabens ab. Dies würde allerdings dazu führen, dass der Auftragnehmer für etwaige Mängel aufgrund der Nichteinhaltung der neuen

anerkannten Regeln der Technik nicht einzustehen hätte.

In dem vom Bundesgerichtshof zu entscheidenden Fall hat der Auftragnehmer nach den veralteten anerkannten Regeln der Technik gebaut, ohne Bedenken gegenüber dem Auftraggeber anzumelden. Daher geht der Bundesgerichtshof auch zutreffend davon aus, dass ein Vorschussanspruch des Auftraggebers für die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten dem Grunde nach besteht. Dieser ist jedoch entsprechend um die Sowieso-Kosten zu kürzen. Als Sowieso-Kosten sind danach diejenigen Mehrkosten zu berücksichtigen, um die das Werk bei ordnungsgemäßer Ausführung von vornherein teurer geworden wäre. Es bestehe kein Anlass, den Auftraggeber im Rahmen eines Anspruchs gemäß §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (2006) oder im Rahmen von Mängelansprüchen besser zu stellen.

## **Fazit**

Der Bundesgerichtshof führt seine Rechtsprechung konsequent fort, dass der Auftragnehmer die Einhaltung der allgemeinen anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme schuldet und dies auch bei einer Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zwischen Vertragsschluss und Abnahme gelten muss. Umso wichtiger ist es, dass der Auftragnehmer immer auf dem neuesten Stand der Technik in seinem Gebiet ist.

Wenn sich während der Bauausführung eine Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik ergibt, müssen dem Auftragnehmer jedoch keine Nachteile daraus entstehen – im Gegenteil: Grundsätzlich hat der Auftraggeber die Kosten zu tragen, die durch die Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik entstehen. Sofern sich also der Auftragnehmer an die Formalien hält, d. h. Bedenken gegen die Art der ursprünglich beauftragten Ausführung anmeldet, kann er durch die Anordnung der geänderten oder zusätzlichen Leistungen durch den Auftraggeber sogar noch zusätzliche Vergütung generieren. Sofern der Auftraggeber auf die ursprünglich beauftragte Ausführungsweise besteht, erwachsen dem Auftragnehmer ebenfalls keine Nachteile, da er für etwaige daraus resultierende Mängel nicht einstehen muss.



Dr. Christine Maurer, München

## Übergabe der Wohneinheit im Wege der einstweiligen Verfügung?

Es besteht ein Grund zum Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen einen Bauträger, die bezugsfertig hergestellte Wohneinheit dem Erwerber zu übergeben, wenn auch unter den eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes zuverlässig feststellbar ist, dass nach dem materiellen Recht ein dahingehender Anspruch des Erwerbers einredefrei besteht und der Bauträger die Erfüllung unberechtigt verweigert hat.

### **KG, Urteil vom 04.10.2017, 21 U 79/17**

Die Parteien eines Bauträgervertrages streiten im einstweiligen Verfügungsverfahren darüber, ob der Bauträger zur Übergabe der Wohneinheit verpflichtet ist, auch wenn der Zug um Zug geschuldete Kaufpreis nicht vollständig bezahlt ist. In dem verfahrensgegenständlichen Bauträgervertrag war vorgesehen, dass der Kaufpreis in drei Raten zu zahlen ist (58 % nach Beginn der Erdarbeiten und nach Rohbaufertigstellung einschließlich Zimmererarbeiten, weitere 38,5 % nach Bezugsfertigkeit und die letzten 3,5 % nach vollständiger Fertigstellung). Die Erwerber bezahlten nur die erste Rate vollständig. Der Bauträger verweigerte daraufhin über ein Jahr lang die Übergabe der Wohnung. Die Erwerber beantragen daraufhin beim Landgericht Berlin, den Bauträger im Wege der einstweiligen Verfügung zu verpflichten, ihnen die Wohnung zu übergeben. Das Landgericht erließ die beantragte Verfügung, allerdings nur Zug um Zug gegen Zahlung eines Betrags in Höhe von EUR 85.819,05. Die Erwerber bezahlen diesen Betrag und erhalten im Wege der Zwangsvollstreckung Besitz an der Wohnung. Der Bauträger wehrt sich hiergegen mit dem Rechtsmittel der Berufung.

Das Kammergericht gibt im Wesentlichen den Erwerbern Recht und verpflichtet den Bauträger, den Erwerbern Zug um Zug gegen Zahlung von weiteren EUR 5.000,00 sämtliche Schlüssel herauszugeben. Zur Begründung führt das Kammergericht aus, dass zwar grundsätzlich durch die beantragte Entscheidung, die Hauptsache teilweise „vorweggenommen“ werde. Es dürfe aber nicht aus dem Blick geraten, dass dieses Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache nicht absolut gelte, sondern durch das Gebot des effektiven Rechtsschutzes eingeschränkt werde, das aufgrund seiner Herleitung aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) Verfassungsrang habe.

Das Kammergericht widerspricht damit der gegenteilige Literaturmeinung (Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 5. Aufl., Rn. 441), wonach ein Besitzverschaffungsanspruch vom Erwerber im Wege der einstweiligen Verfügung nicht durchgesetzt werden könne, weil über die Besitzeinräumung erst nach Klärung der Erfüllung der Zahlungspflicht entschieden werden könne, was in einem Verfügungsverfahren regelmäßig nicht möglich sei. Es liegt aber im Trend der

Entscheidungen anderer Instanzgericht (LG München I 23.04.2015 - 8 O 6509/15, IBR 2015, 669; LG München I 23.06.2016 - 11 O 10314/16 (nicht rechtskräftig), IBR 2017, 437), die den Bauträger zum Teil ebenfalls zur Besitzübergabe verpflichten, wenn der Erwerber gleichzeitig Zug um Zug eine Sicherheit in Höhe des offenen Restkaufpreises leistet und die Abnahme des Sondereigentums ggf. unter Vorbehalt von Mängeln erklärt.

## **Fazit**

Verweigert der Bauträger (unberechtigt) die Übergabe der Wohnung stellt sich für den Erwerber die Frage, ob er die Besitzeinräumung auch im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes erzielen kann. Für den Erwerber, der möglicherweise den Mietvertrag über seine bisherige Wohnung bereits gekündigt hat und daher ohne Obdach ist, besteht in dieser Situation ein ernstliches Eilbedürfnis. Problematisch ist die Zulässigkeit einer Leistungsverfügung jedoch wegen der damit möglicherweise verbundenen Vorwegnahme der Hauptsache. Angesichts sich hinziehender Verfahrensdauern in Bausachen, kann es aber durchaus sachgerecht sein, diesbezüglich dem verfassungsrechtlich geschützten Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 20 Abs. 3 GG) Vorrang zu geben.





Jasmin Petersen , Hamburg

## BGH erleichtert Nachweisvoraussetzungen für Stundenlohnarbeiten

**BGH, Beschluss vom 05.01.2017 – VII ZR 184/14**

Der BGH setzt sich in seiner Entscheidung mit der Frage auseinander, welche Anforderungen an einen nach Zeitaufwand zu bemessenden Vergütungsanspruch zu stellen sind. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, dass der Auftragnehmer nur darlegen muss, wie viele Stunden er für die vertraglich vereinbarte Leistung aufgewendet hat. Eine Differenzierung, welche Arbeitsstunden für welche Tätigkeiten und an welchen Tagen angefallen sind, ist regelmäßig nicht erforderlich.

Im vorliegenden Fall begehrt der Auftragnehmer (AN) von dem Auftraggeber (AG), einem Formel 1-Rennstall, nach Kündigung durch den AG (§ 649 S. 1 BGB) Werklohn für die bis zur Kündigung erbrachten Werkleistungen.

Der AN führte für den AG Sanierungs- und Instandhaltungsarbeiten an deren Motorhome auf Stundenlohnbasis aus. Nachdem der AG dem AN mitteilte, dass er ein neues Motorhome bauen und die Leistungen des AN nicht mehr in Anspruch nehmen wolle, rechnete der AN für die bereits erbrachten Leistungen ca. 40.000 Euro ab. Als der AG nicht zahlte, erhob der AN Klage vor dem Landgericht. Das Landgericht gab der Klage statt. Auf die Berufung des AG wies das OLG die Klage mit der Begründung ab, der AN habe sein Werklohnanspruch bereits nicht schlüssig dargelegt. Es fehle insbesondere eine zeitliche Zuordnung der Stundenlohnarbeiten. Allein durch Vorlage der Rechnung habe der AN seiner Darlegungslast nicht genügt. Mangels Nachweise sei nicht nachprüfbar, ob die abgerechneten Stunden und die Auslagen dem tatsächlichen Aufwand entsprächen.

Der BGH hat das Urteil des OLG aufgehoben und zurückverwiesen. Die Werklohnforderung ist schlüssig vorgetragen. Entgegen der Auffassung des OLG ist es nicht erforderlich, dass der AN angibt, welche Arbeiten er zu welchem Zeitpunkt mit welchem Stundenaufwand erbracht hat. Zur schlüssigen Begründung eines nach Zeitaufwand zu bemessenden Vergütungsanspruchs bedarf es grundsätzlich nur der Darlegung, wie viele Stunden der Anspruchssteller für die vertraglich vereinbarte Leistung aufgewendet hat. Eine Differenzierung, welche Arbeitsstunden für welche Tätigkeit und an welchen Tagen angefallen sind, ist regelmäßig nicht erforderlich (so bereits BGH, Urteil vom 17. April 2009 – VII ZR 164/07 sowie Urteil vom 28. Mai 2009 – VII ZR 74/06). Es bedarf auch nicht der Vorlage von Stundennachweisen oder sonstigen Belegen.

Bestreitet der AG infolgedessen, dass der AN die abgerechneten Arbeiten erbracht hat, ist hierüber Beweis zu erheben. Hierbei muss der AN aber nicht nachweisen, an welchen Tagen welche

Arbeitsstunden erbracht wurden. Vielmehr geht es darum, zu klären, ob die Arbeitsstunden für den vertraglich geschuldeten Erfolg aufgewendet wurden und sich in dem Rahmen bewegten, der laut Auftragsbestätigung von beiden Parteien angesetzt wurde.

## **Fazit**

Die Feststellungen des BGH gelten nur für den BGB-Bauvertrag. In der Praxis treffen den Auftraggeber meist zusätzliche vertragliche Nachweispflichten, beispielsweise wenn die Geltung der VOB/B vereinbart ist. § 15 VOB/B enthält besondere Vorgaben für die Abrechnung von Stundenlohnarbeiten. Sollte die VOB/B jedoch keine Anwendung finden, verbleibt dem Auftraggeber entsprechend der BGH-Entscheidung im Prozess nur die Möglichkeit nachzuweisen, dass die vom Auftragnehmer abgerechneten Stunden im Verhältnis zu den tatsächlich erbrachten Leistungen unangemessen sind bzw. eine unwirtschaftliche Betriebsführung vorliegt. Gelingt ihm der Nachweis oder gibt es zu wenige Anhaltspunkte für eine Beurteilung, kann der Auftragnehmer im Einzelfall dazu verpflichtet werden, differenzierte Leistungsnachweise zu erbringen, um eine sachgerechte Rechtswahrung zu gewährleisten („sekundäre Darlegungslast“; vgl. BGH, Urteil vom 17. April 2009 – VII ZR 164/07).

Im Ergebnis bleibt es also für den Arbeitnehmer ratsam, auch weiterhin schriftliche Belege zum Nachweis der erbrachten Tätigkeiten anzufertigen.