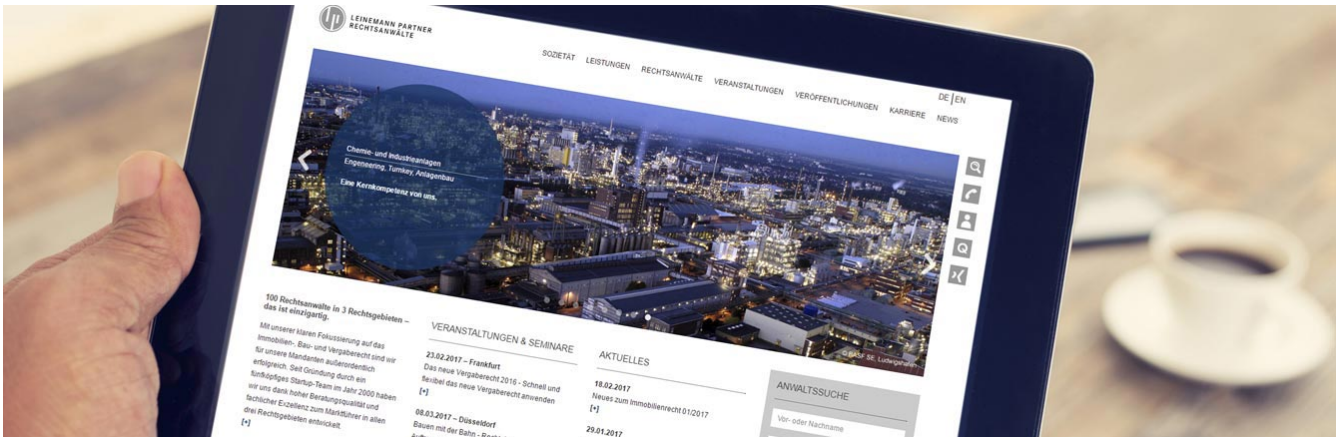


Neues zum Baurecht 01/2022



Liebe Leserinnen und Leser,

mit unserem ersten Newsletter im neuen Jahr möchten wir Ihnen gleich mehrere spannende Entscheidungen vorstellen. Allen voran möchten wir exklusiv die Grundsatzentscheidung des BGH zu der Frage der Zulässigkeit eines selbständigen Beweisverfahrens bei Vorliegen einer Schiedsgutachtenabrede vorstellen. Darüber hinaus greifen wir die Entscheidung des KG zu Vergütungsansprüchen für zwingend erforderliche aber nicht beschriebene Leistungen auf und präsentieren Ihnen eine Entscheidung des OLG Hamm zum Umfang einer Montageversicherung. Schließlich möchten wir das Urteil des BGH zum Feststellungsinteresse bei einzelnen Schlussrechnungspositionen vorstellen, mit dem der BGH entgegen der Auffassung der vorinstanzlichen Gerichte, dem LG Berlin und dem KG, die Klage für zulässig hält.

Sollten Sie 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](#).

Mit besten Grüßen und bleiben Sie gesund

Amneh Abu Saris

Themen

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Kein selbständiges Beweisverfahren zulässig, wenn die Parteien eine Schiedsgutachtenabrede getroffen haben

Dr. Marc Steffen, Berlin

Vergütungsanspruch für zwingend erforderliche aber nicht beschriebene Leistungen

Igor Zarva, LL.M., Berlin

Ein Mangel ist kein Sachschaden – Mangelfreie Bolzen beim Brückenbau fehlerhaft montiert: kein Fall für die Montageversicherung

Nicolas Störmann, Berlin

Feststellungsinteresse bei einzelnen Schlussrechnungspositionen



Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Kein selbständiges Beweisverfahren zulässig, wenn die Parteien eine Schiedsgutachtenabrede getroffen haben

BGH, Beschluss vom 26.01.2022, VII ZB 19/21

Mit einer Grundsatzentscheidung vom 26.01.2022 (VII ZB 19/21) hat der BGH einige Zweifelsfragen klargestellt, die die Reichweite einer vertraglichen Schiedsgutachtervereinbarung betreffen. Grundlage ist die oft übersehene Vorschrift des § 18 Abs. 4 VOB/B. Danach kann in einem Bauvertrag jede Partei bei Meinungsverschiedenheiten über die Eigenschaft von Stoffen und Bauteilen, für die allgemeingültige Prüfungsverfahren bestehen, und über die Zulässigkeit oder Zuverlässigkeit der bei der Prüfung verwendeten Maschinen oder angewendeten Prüfungsverfahren die Untersuchung durch eine staatlich anerkannte Materialprüfstelle durchführen lassen. Deren Feststellungen sind verbindlich. Eine ähnliche Schiedsgutachterklausel enthält Ziff. 2.3.6 ZTV-ING, Teil 1, Abschnitt 1, die im meist bei Aufträgen für den Brückenbau vereinbart wird.

Im entschiedenen Fall - er betrifft den Neubau der A1 Rheinbrücke Leverkusen - hatte der später gekündigte Generalunternehmer am 16.04.2020 die Einleitung einer Schiedsuntersuchung über vom Auftraggeber behauptete Mängel an Stahlbauteilen beantragt, dafür eine staatlich anerkannte Prüfstelle benannt sowie die relevanten Unterlagen dorthin versandt. Am 27.04.2020 beantragte der Auftraggeber beim zuständigen Landgericht Köln die Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens. Auch hier ging es um die Feststellung/Prüfung behaupteter Mängel an Stahlbauteilen für die Brücke.

LG Köln und OLG Köln wiesen den Antrag auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens als unzulässig zurück, da bereits ein Schiedsgutachterverfahren eingeleitet sei. Der BGH weist die Rechtsbeschwerde des Auftraggebers ebenfalls zurück. Ein selbständiges Beweisverfahren ist grundsätzlich unzulässig, weil aufgrund einer vorrangigen Schiedsgutachtervereinbarung nach § 18 Abs. 4 VOB/B kein rechtliches Interesse an Feststellungen besteht, die Gegenstand der beantragten Begutachtung durch eine staatlich anerkannten Prüfstelle sein sollen. Es besteht somit eine Sperrwirkung der Schiedsgutachterabrede, die jedenfalls immer dann greift, wenn sich eine Partei auf die Schiedsgutachtervereinbarung beruft.

In Rechtsprechung und Literatur war bislang unklar, welche Reichweite § 18 Abs. 4 VOB/B hat. Der BGH schließt sich der mehrheitlich vertretenen Auffassung an, wonach die vorherige oder parallele Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens unzulässig ist, soweit der Gegenstand der Schiedsgutachtenabrede reicht. Durch die Schiedsgutachtenabrede bringen die Parteien ihren Willen zum Ausdruck, dass sie bei entstehenden Streitigkeiten ein Schiedsgutachten wünschen.

Das bedeutet zugleich, dass dazu gerade keine gerichtliche Beweiserhebung erfolgen soll. Liegen Feststellungen des Schiedsgutachters vor, sind sie nur noch eingeschränkt gerichtlich überprüfbar. Gemäß §§ 317ff. BGB können allenfalls besonders schwere Fehler zur Aufhebung der schiedsgutachterlichen Feststellung führen.

Der BGH stellt ebenfalls klar, dass das schiedsgutachterliche Verfahren nach § 18 Abs. 4 VOB/B die Verjährung hemmt. Es stellt ein vereinbartes Begutachtungsverfahren im Sinne von § 204 Abs. 1 Nr. 8 BGB dar. Mit seiner Einleitung wird die Verjährung aller Ansprüche, die mit dem Prüfungsauftrag in Verbindung stehen, bzw. zu deren Durchsetzung es auf die Begutachtung ankommt, gehemmt.

Läuft das Schiedsgutachterverfahren bereits, kann es auch zu einem Wechsel in der Person des Gutachters kommen. Auch dann bleibt ein selbstständiges Beweisverfahren weiter unzulässig. Ergänzend weist der BGH am Ende seines Beschlusses noch darauf hin, dass ein selbstständiges Beweisverfahren auch nicht deshalb zulässig wäre, weil Teile der Stahlbauteile im Ausland liegen. Dies begründet für sich gesehen noch keine Besorgnis eines Beweismittelverlusts und damit auch keine Zulässigkeit nach § 485 Abs. 2 ZPO.

Praxishinweis: In fast allen Bauverträgen ist die VOB/B vereinbart, im Ingenieurbau auch die ZTV-ING. Beide Vorschriften geben jeder Vertragspartei die Möglichkeit, bei Streitigkeiten über Mängel an Bauteilen ein Schiedsgutachten einzuholen. Das geht meist wesentlich schneller als ein selbstständiges Beweisverfahren beim staatlichen Gericht. Die Auswahl der Schiedsgutachter ist zwar auf staatliche (anerkannte) Materialprüfstellen beschränkt, dürfte aber dadurch auch eine praxisnahe Gutachterausswahl sicherstellen.



Dr. Marc Steffen, Berlin

Vergütungsanspruch für zwingend erforderliche aber nicht beschriebene Leistungen

KG, Urt. v. 07.09.2021 - 21 U 86/21

Der Leitsatz

Sind Änderungen zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig, muss der Besteller sich entscheiden, ob er den vertraglich vereinbarten Erfolg weiter anstrebt oder auf ihn verzichtet. Entscheidet der Besteller sich nicht, liegt ein Verstoß gegen das Kooperationsgebot vor. Dies kann zu Mehrvergütungsansprüchen des Unternehmers führen.

Der Fall

In dem Rechtsstreit ging es um zusätzliche Leistungen, die ihm Rahmen eines Malergewerkes angefallen sind und für die der Auftragnehmer eine zusätzliche Vergütung begehrte. Hintergrund ist die Errichtung von 250 Wohnungen in 5 Gebäuden. Gegenstand des Vertrages waren Spachtel- und Malerarbeiten. Die VOB/B wurde zur Vertragsgrundlage gemacht. Der Auftragnehmer begehrt im Rahmen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 650d BGB die Bezahlung für Mehraufwand. Dieser sei aufgrund ungenauer Betonierungsarbeiten erforderlich geworden. Diese Betonierungsarbeiten des Vorgewerkes haben dazu geführt, dass es Schalungsstöße, Versprünge und Kanten gegeben habe, die es erforderlich machten, dass ein zusätzlicher Ausgleichputz aufgebracht wird. Das Kammergericht geht davon aus, dass das Auftragen des Ausgleichputzes eine zwingend erforderliche Leistung war, um den ohnehin aus dem geschlossenen Vertrag geschuldeten Erfolg (ebener Putz) zu erreichen. Diese zusätzliche zwingend erforderliche Leistung (Ausgleichputz) gehöre jedoch nicht zu den Leistungen, die bereits vom verpreisten Leistungsumfang umfasst waren.

Die Entscheidung

Weist der Unternehmer den Besteller darauf hin, dass der angestrebte werkvertragliche Erfolg nur durch weitere, nicht beschriebene zusätzliche Leistungen hergestellt werden kann, ist der Besteller verpflichtet, sich zweifelsfrei zu entscheiden, ob er den angestrebten werkvertraglichen Erfolg weiter verfolgt und er dafür bereit ist, weitere Kosten für die zusätzliche Leistung hinzunehmen oder ob er auf diesen Erfolg verzichtet, um die weiteren anstehenden Kosten zu ersparen. Fehlt eine entsprechende Erklärung des Bestellers in hinreichender Klarheit, liegt ein Verstoß gegen das allgemeine Kooperationsgebot vor und der Besteller darf sich nicht auf das Fehlen eines Begehrens oder einer Anordnung im Sinne von § 650b BGB berufen. Der Vergütungsanspruch folgt in diesem

Fall aus § 650c BGB analog.

Fazit

Das Kammergericht ergänzt die Diskussion über die richtige Anspruchsgrundlage für die Vergütung von zwingend erforderlichen Leistungen, die in dem Vertrag nicht beschrieben wurden, um eine weitere Nuance. Der verfolgte Ansatz wird in vielen Fällen zur interessengerechten Lösung führen können. Die Entscheidung ist überzeugender als der Lösungsansatz über § 2 Abs. 8 VOB/B (BGH NJW 2013, 1950), eine GoA (OLG Jena, IBRRS 2020, 3742) oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage (BGH, NJW 2011, 3287). Es ist jedoch zu erwarten, dass auch die Entscheidung des Kammergerichtes zu dem hier besprochenen Problem noch nicht das letzte Wort gewesen sein wird (vgl. zum Ganzen auch Steffen, BauR 2022, 3).



Igor Zarva, LL.M., Berlin

Ein Mangel ist kein Sachschaden – Mangelfreie Bolzen beim Brückenbau fehlerhaft montiert: kein Fall für die Montageversicherung

OLG Hamm, Beschluss vom 24.08.2021 – 20 U 66/21

Leistet der Versicherer nach den Versicherungsbedingungen keine Entschädigung für Mängel der versicherten Lieferungen und Leistungen sowie sonstiger versicherter Sachen, ist die isoliert mangelhafte Ausführung einer vertraglich geschuldeten Montageleistung – also ein sog. Erfüllungsschaden – nicht versichert, so dass der Versicherte etwaige Gewährleistungsansprüche grundsätzlich auf eigene Kosten zu bewältigen hat.

Im zugrundeliegenden Fall unterhielt die AN eine Montageversicherung und hatte den Auftrag, Komponenten für einen Klappbrückenbau zu liefern und zu montieren, unter anderem zwei als Festlager für den so genannten Waagebalken dienende Bolzen. Der Waagebalken dient der Aufnahme des Gewichts der Brücke. Um den jeweiligen Bolzen in den Waagebalken einsetzen zu können, muss sein Querschnitt für den Montagezustand verringert werden, indem er für eine gewisse Zeit heruntergekühlt wird, ehe er sich – in das Festlager eingebracht – wieder auf seine Normalgröße ausdehnt und so die erforderliche Verbindung bewirkt. Ein von der Tochtergesellschaft der Klägerin gelieferter und montierter Bolzen musste allerdings zerstörend aus einem Lager herausgefräst und durch einen neuen Bolzen ersetzt werden, nachdem mit ihm zuvor eine vom Auftrag der Tochtergesellschaft der AN umfasste ordnungsgemäße Verbindung des Bolzenkörpers mit dem Lager nicht erreicht werden konnte. Die AN machte als Versicherungsnehmerin Ansprüche gegen den beklagten Versicherer für die entstandenen Kosten i.H.v. rund EUR 180.000,00 geltend.

Sowohl das Landgericht als auch das Oberlandesgericht wiesen die Klage ab und auch die Berufung wurde zurückgewiesen. Gegenstand der von der Klägerin begehrten Deckung sei die mangelhaft hergestellte Pressverbindung des Bolzens mit dem Festlager als Teilleistung der Brückenmontage. Mängel der versicherten Leistung seien jedoch bedingungsgemäß nicht versichert. Einzig aufgrund einer in der Sphäre der Klägerin als Versicherungsnehmerin liegenden zeitlichen Verzögerung im Montagevorgang sei es infolge der gewöhnlichen Ausdehnung des Bolzens zu einem vorzeitigen Verkeilen gekommen. Hierbei handele es sich um einen unmittelbaren Schaden infolge mangelhafter Ausführung und es fehle damit an einem Sachschaden als versicherter Gefahr. Denn es sei von vornherein eine mangelhafte Anlage errichtet und nicht ein bereits vorhandener Zustand beeinträchtigt worden. Ein Sachschaden liege nämlich nur vor, wenn – aus der Perspektive der Leistung bzw. Teilleistung selbst – eine beschädigende oder zerstörende Einwirkung von außen erfolgen würde.

Fazit: Die Entscheidung darüber, ob ein vom Montageversicherungsschutz ausgeschlossener Mangel, der einer Bauleistung unmittelbar anhaftet, oder ein durch Außenwirkung verursachter Sachschaden vorliegt, ist mitunter nicht einfach zu treffen, stellt aber den Knackpunkt des Deckungsschutzes dar und ist daher anhand einer vertieften Einzelfallprüfung vorzunehmen, um die Erfolgsaussichten im Falle einer Deckungsklage realistisch bewerten zu können.



Nicolas Störmann, Berlin

Feststellungsinteresse bei einzelnen Schlussrechnungspositionen

BGH, Urteil vom 02.09.2021 – VII ZR 124/20

Wenn der Auftragnehmer nach Kündigung des Werkvertrages auch seine nicht erbrachten Leistungen schlussrechnet und zeitgleich die Feststellung begehrt, dass der Besteller ihm diejenigen Kosten zu erstatten hat, die ihm durch eine Inanspruchnahme des Nachunternehmers entstehen, dann hat der Auftragnehmer wegen des vom Nachunternehmer geltend zu machenden Anspruchs ein unabweisbares Bedürfnis an der Feststellung der Zahlungspflicht des Auftraggebers.

Der Fall

Die Beklagte beauftragte für ein Bauvorhaben in Berlin im September 2015 unter Einbeziehung der VOB/B die Klägerin für Rohbauarbeiten. Die Klägerin beauftragte ihrerseits die Streithelferin mit einem überwiegenden Teil der Rohbauarbeiten als Subunternehmerin. Im Juli 2016 kündigte die Beklagte den Vertrag mit der Klägerin, woraufhin die Klägerin den Vertrag mit der Streithelferin kündigte. Mit Schlussrechnung forderte die Klägerin von der Beklagten Zahlung in Höhe von ca. 475.000 € für aufgrund der Kündigung nicht erbrachte Leistungen, wovon sich eine Abrechnungsposition mit ca. 355.000 € aus der Aufstellung der Streithelferin ergab. Nachdem sich die Parteien teilweise in gesonderten Klageverfahren über die Vergütung hinsichtlich der bis zur Kündigung erbrachten und der nicht erbrachten Leistungen mit Ausnahme der nicht erbrachten Leistungen der Streithelferin, verglichen, verfolgte die Klägerin letztlich nur noch ihren Feststellungsantrag. Mit diesem beehrte sie die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, die sich aus der Abrechnung der Streithelferin für nicht erbrachte Leistungen ergebenden Vergütung zu zahlen.

Die Entscheidung

Sowohl das Landgericht Berlin als auch das Kammergericht hielten den Feststellungsantrag mangels Feststellungsinteresse für unzulässig. Der BGH hob das Berufungsurteil auf und gab den Fall zur neuen Verhandlung an das Berufungsgericht zurück. Zwar sei es grundsätzlich nicht möglich, aus einer Schlussrechnung nach § 14 VOB/B einzelne Abrechnungspositionen zum Gegenstand einer Feststellungsklage zu machen (BGH, NJW 1999, 1867). Denn einzelne Abrechnungspositionen sind in Bezug auf das Schlussrechnungssaldo lediglich unselbständige Rechnungspositionen, weshalb sie eine bloße Vorfrage für den Vergütungsanspruch und kein eigenständiges Rechtsverhältnis darstellen. Doch von diesem Grundsatz hat der BGH bereits eine Ausnahme gemacht, die auch hier Anwendung finden soll. Eine solche Ausnahme liegt vor, wenn der Auftragnehmer nach Kündigung eines Werkvertrages über seine erbrachten und nicht

erbrachten Leistungen eine Schlussrechnung stellt, den sich aus der Schlussrechnung ergebenden Mindestbetrag geltend macht und darüber hinaus die Feststellung begehrt, dass der Besteller diejenigen Kosten zu erstattet hat, die durch eine mögliche Inanspruchnahme eines Nachunternehmers entstehen, weil insoweit Aufwendungen nicht erspart wurden (BGH NJW 1999, 1867). Da die Klägerin im für die Frage der Zulässigkeit der Feststellungsklage maßgeblichen Zeitpunkt die Beklagte nur noch auf Feststellung der von der Streithelferin geltend gemachten Forderungen in Anspruch genommen hat und die Parteien sich über alle anderen Positionen verglichen hatten, war Gegenstand des Feststellungsbegehrens nicht ein unselbständiger Rechnungsposten, sondern allein der noch offen stehende Vergütungsanspruch der Klägerin.

Fazit

Für den Fall einer freien Kündigung steht dem Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung zu, abzüglich dessen, was sich der Auftragnehmer infolge der Vertragsaufhebung an Aufwendungen erspart hat. Da im vorliegenden Fall im Umfang der Inanspruchnahme der Klägerin durch die Streithelferin ersparte Aufwendungen nicht in Betracht kamen, ist auch in Bezug auf die Beklagte kein Abzug von der vereinbarten Vergütung vorzunehmen. Die Klägerin trug vor, den Anspruch der Streithelferin nicht beziffern zu können, weshalb sie die Feststellungsklage anstrebte. Diese Klage ist nach Auffassung des BGH dann zulässig, wenn die Beklagte ausschließlich hinsichtlich dieser Forderung auf Feststellung in Anspruch genommen wird.