

BGH

VII ZR  
34/11

Abrufbar über  
[www.leinemann-partner.de](http://www.leinemann-partner.de)  
Quicklink-Nr.  
2031201

## Anspruch auf Abschlagszahlung auch ohne Einigung über Nachtragshöhe



RA und FA für Bau- und Architektenrecht  
Dr. Thomas Hildebrandt,  
Hamburg

**Viele Auftraggeber (AG) meinen, dass sie einen Auftragnehmer (AN) mit der Anordnung einer zusätzlichen oder geänderten Leistung „dem Grunde nach“ davon abhalten können, ein Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen, wenn keine Einigung zur Vergütungshöhe zustande kommt, um so die Weiterarbeit zu erzwingen. Dem hat der BGH in seiner Entscheidung vom 24.05.2012 jetzt eine klare Absage erteilt.**

Der AN hat unabhängig von einer Einigung über die Nachtragshöhe einen Anspruch auf besondere Vergütung, wenn der AG eine zusätzliche oder geänderte Leistung anordnet. Dieser Anspruch entsteht zum Zeitpunkt der Anordnung als Ausübung des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts. Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs ist nicht, dass die Parteien vor Beginn der Ausführung eine Vergütung vereinbaren. Unterbleibt eine Einigung, so ist die Vergütung unter Berücksichtigung der sich aus § 2 Abs. 6 bzw. § 2 Abs. 5 VOB/B ergebenden Vorgaben zu ermitteln. Der AN ist dann unter den Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B berechtigt, in Höhe des an dieser Vergütung orientierten Wertes, Abschlagszahlungen für die nachgewiesenen vertragsgemäßen (Nachtrags-)Leistungen zu fordern. Die aufgrund der Anordnung des AG erbrachte zusätzliche oder geänderte Leistung fällt unter den Begriff der vertragsgemäßen Leistung im Sinne des § 16 Abs. 1 VOB/B, so dass ungeachtet des Umstands, dass eine Einigung über die Vergütung noch aussteht, Abschlagszahlungen verlangt werden können.

Einigen sich die Parteien später auf eine Vergütung, tritt diese an die Stelle der sich unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 2 Abs. 5/6 VOB/B ergebenden Vergütung, weil das Gegenstand der

Einigung ist. Dass der AG im Falle des Erhalts einer prüfbaren Abrechnung nicht berechtigt ist, die Zahlung zu verweigern, weil er - ohne wirksam eine von § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B abweichende Vereinbarung getroffen zu haben - ein langwieriges internes Prüfungsverfahren durchführt, liegt auf der Hand und bedarf keiner Klärung. Selbst wenn sich die Parteien nach der Rechnungslegung auf eine Vergütung einigen, die geringer ist als die zunächst geltend gemachte Nachtragsforderung, belegt dies weder, dass die Abschlagsforderung nicht fällig geworden ist, noch, dass der AG die verspätete Bezahlung nicht zu vertreten hätte.

**Erfolgreich  
abnehmen!**



Jetzt im Buchhandel  
erhältlich oder  
online unter:  
[www.werner-verlag.de](http://www.werner-verlag.de)

### FAZIT

**Die Entscheidung hat weitreichende Konsequenzen für die Praxis. Zahlt der AG eine Abschlagsrechnung nicht innerhalb von 18 Werktagen in der ein der Höhe nach streitiger Nachtrag enthalten ist, kann ihm der AN eine angemessene Nachfrist setzen und nach fruchtlosem Ablauf die Leistungen bis zur Zahlung einstellen. Die Einstellung bezieht sich dann auf die gesamte Leistung und ist nicht etwa auf die Nachtragsleistung beschränkt. Die Abrechnung muss aber prüfbar sein und dem AG darf kein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln zustehen.**

> **Zusätzliche /  
geänderte Leistung**

> **Vertragsgemäße  
Leistung**

> **Abschlagszahlungen**



RA Alexander Hofmann,  
Köln

# Das Aushandeln von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

OLG  
BRANDEN-  
BURG

13 U  
63/08

Abrufbar über  
[www.leinemann-partner.de](http://www.leinemann-partner.de)  
Quicklink-Nr.  
2031202

> Aushandeln

> AGB

> Vertragsstrafe

**In seiner Entscheidung vom 04.07.2012 beurteilt das Oberlandesgericht Brandenburg die Wirksamkeit einer Vertragsstrafe und äußert sich hierbei zum Begriff des Aushandelns im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB.**

Der AG (AG) erteilte dem AN (AN) im Zusammenhang mit dem Umbau bzw. der Sanierung von zwei Mehrfamilienhäusern den Auftrag für Heizungs-, Lüftungs- und Sanitärinstallationsmaßnahmen. Der AN legte nach Abschluss der Arbeiten die Schlussrechnung, wobei sich eine noch offene Forderung des AN gegen den AG in Höhe von insgesamt EUR 11.179,54 ergab. Der AG verweigerte die geforderte Zahlung unter anderem deshalb, weil ihm ein Anspruch auf die vereinbarte Vertragsstrafe („0,20 % der Nettoabrechnungssumme für jeden Werktag der Verspätung; höchstens 10 % der Nettoabrechnungssumme“) wegen der überschrittenen Fertigstellungstermine zustehe. Das OLG beurteilt in seiner Entscheidung die vereinbarte Vertragsstrafenklausel nach den Grundsätzen der §§ 305 ff. BGB. Der Einschätzung der Klausel als AGB widerspreche dabei nicht, dass die Parteien in den Bauverträgen den im Vertragsformular vorgesehenen Text gestrichen und handschriftlich die gleiche Regelung an anderer Stelle eingefügt hätten. Auch der handschriftliche Hinweis, dass die Klausel verhandelt worden sei sowie der Zusatz, dass die Klausel als „zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbart“ gelte, ändere hieran nichts. Denn die bloße handschriftliche Übernahme der vorformulierten Textpassage an andere Stelle des Vertrages lasse nicht erkennen, dass die vom AG vorgegebene Regelung ihrem ganzen Inhalt nach zwischen den Parteien tatsächlich ausgehandelt worden ist. Ein Aushandeln im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB liege erst dann vor, wenn der Verwender zunächst in den in seinen AGB enthaltenen „gesetzesfremden Kerngehalt“, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit, mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltlichen Ausgestaltung der Vertragsbedin-

gungen zu beeinflussen, einräumt. Nach Auffassung des Gerichts sei dies vorliegend nicht der Fall, da es an der Bereitschaft des AG gefehlt habe, sich deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit zu erklären. Unabhängig davon bestünde aber deshalb kein Anspruch auf die Vertragsstrafe, da, in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 23.01.2003 - VII ZR 210/01; BauR 2003, 870), eine Vertragsstrafenregelung mit einem Höchstsatz von 10 % der Nettoabrechnungssumme den AN unangemessen benachteiligt und daher unwirksam ist. Nach dem Maßstab des OLG Brandenburg ist eine Vertragsstrafenregelung für die verzögerte Fertigstellung, deren Obergrenze 5 % der Auftragssumme überschreitet, grundsätzlich unangemessen und daher unwirksam.

## FAZIT

**Das Oberlandesgericht vertritt bezüglich einer wirksamen Vereinbarung der Höchstgrenze der Vertragsstrafe in Höhe von 5 v. H. die allgemeine Ansicht der Rechtsprechung. Auch macht das Gericht deutlich, dass der von Auftraggebern häufig eingeschlagene Weg, die Wirksamkeit von Vertragsstrafenregelungen über eine Qualifikation als Individualvereinbarung herzustellen, nur in begründeten Einzelfällen möglich ist. Allein die Behauptung des Aushandelns einzelner Klauseln, sei es mündlich oder, wie hier, schriftlich auf der Vertragsurkunde, reicht hierfür nicht aus.**

# Überwachungs- und Planungsverschulden von Architekten in Abgrenzung zur Mängelhaftung des Unternehmers



RA Frerk Schäfer,  
Hamburg

**Nach einem soeben veröffentlichten Beschluss des BGH vom 12.01.2012 – VII ZR 105/10, dem eine Entscheidung des OLG München vom 08.06.2012 – 28 U 2751/06 voranging, wird die Haftung für das Überwachungsverschulden von Architekten weiter konkretisiert. Dabei spielt auch die Abgrenzung zur Mängelhaftung des Unternehmers eine wesentliche Rolle.**

Nach dem Urteil des OLG München könne der bauüberwachende Architekt im Rahmen einer ordnungsgemäßen Bauaufsicht dazu verpflichtet sein, bereits das Entstehen von Mängeln zu verhindern. Zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Bauaufsichtspflicht gehöre es zwar nicht, jeden Baumangel durch ständige Anwesenheit auf der Baustelle zu verhindern. Gleichwohl müsse insbesondere bei kritischen Bauabschnitten das Entstehen von Mängeln im Bauwerk verhindert bzw. deren Behebung rechtzeitig veranlasst werden. Maßgebend für die geschuldete Intensität der Objektüberwachung seien Art und Umfang des Baumangels, seine Erkennbarkeit und seine Zuordnung zu einem für den Gesamterfolg wichtigen Gewerk. Eine in diesem Sinne versäumte Bauaufsicht könne nicht nachgeholt werden, so dass der seine Pflichten verletzende Überwacher ohne weiteres schadensersatzpflichtig werde. Dem hatte sich auch das OLG Dresden in einer Entscheidung vom 26.08.2010 angeschlossen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wies der BGH mit Beschluss vom 26.04.2012 zurück. Danach haftet ein Architekt wegen Durchfeuchtungsschäden aufgrund mangelhafter Abdichtungsarbeiten, wenn er diese bei ordnungsgemäßer Objektüberwachung erkennen musste. Nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises, also angesichts der Art des Mangels und der hierfür maßgeblichen Ursache, könne gefolgert werden, dass die Herstellung des Werkes nicht hinreichend überwacht worden sei. Insbesondere Abdichtungsarbeiten seien aufgrund ihrer Bedeutung für das Gesamtwerk und der drohenden Folgeschäden besonders intensiv zu überwachen. Neben dem seine Bauaufsicht verletzenden Architekten haftet aber auch der Werkunternehmer für die Mangelhaftigkeit seiner Werkleistung. Er kann sich nicht darauf berufen, nicht hinreichend

überwacht worden zu sein (vgl. BGH, Urteil vom 18.04.2002 – VII ZR 70/01, NJW 2002, 3326). Werden dem Unternehmer jedoch fehlerhafte Planunterlagen zur Verfügung gestellt, muss sich der Besteller sein Planungsverschulden anspruchsmindernd anrechnen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 27.11.2008 – VII ZR 206/06, 04.03.1971 – VII ZR 204/69). Die Beseitigung von Mängeln, die sich aufgrund eines Planungsverschuldens im Werk verkörpert haben, kann der Besteller nur gegen Sicherheitsleistung oder Zuschuss zur Mängelbeseitigung verlangen.

## FAZIT

**Die vom Besteller eingesetzten Überwacher müssen sich der Bedeutung einer lückenlosen Bauüberwachung und der zugehörigen Dokumentation bewusst sein. Wird ein Mangel erkannt, ist der jeweilige Unternehmer umgehend zur Mängelbeseitigung aufzufordern. Fehler bei der Bauüberwachung lassen sich nachträglich nicht mehr beheben. Der Überwacher haftet, ohne dass ihm Gelegenheit gegeben werden muss, die Mängel zu beseitigen (vgl. BGH, Urteil vom 11.10.2007 – VII ZR 65/06; BauR 2007, 2083). Der Besteller ist also nicht vorrangig darauf verwiesen, seine Mängelrechte gegenüber dem Werkunternehmer geltend zu machen, sondern kann sich bei Vorliegen eines Überwachungsverschuldens auch bei den von ihm eingesetzten Sonderfachleuten schadlos halten. Werkunternehmer und Überwacher haften als Gesamtschuldner (§ 426 BGB).**

> Haftung des  
Architekten für  
ein Überwachungs-  
verschulden

> Intensität der Ob-  
jektüberwachung

> Anscheinsbeweis  
bei fehlerhaften Ab-  
dichtungsarbeiten



RA und FA für Bau- und  
Architektenrecht  
Dr. Thomas Hildebrandt,  
Hamburg

# Widerspruchslose Entgegennahme zusätzlicher Leistungen löst Vergütungs- pflicht aus

OLG  
HAMM

17 U  
67/09

Abrufbar über  
[www.leinemann-partner.de](http://www.leinemann-partner.de)  
Quicklink-Nr.  
2021204

> **Stillschweigende  
Annahme**

> **Bedeutung des  
Baustellenprotokolls**

**In einer widerspruchslosen Entgegennahme einer Leistung kann die stillschweigende Annahme des Antrags auf Abschluss eines Vertrages über diese Leistung liegen, wenn das Angebot bekannt war und der Auftragnehmer (AN) das Verhalten des Auftraggebers (AG) nach der Verkehrssitte sowie nach Treu und Glauben so verstehen kann, dass dieser den Vertrag auf der Grundlage des Angebots schließen will.**

Ein AN erbrachte für den AG Dacharbeiten. Im Rahmen einer Baubesprechung erörtern der Bauleiter des AG und der AN auch die Notwendigkeit einer zusätzlichen Wärmedämmung. Der AN bietet dem Bauleiter des AG daraufhin in dieser Besprechung die Lieferung der Dämmung für EUR 470,00 an. Der Bauleiter nimmt das Angebot entgegen und leitet es an den AG weiter. Anschließend liefert der AN die Wärmedämmung an den AG, der sie widerspruchslos annimmt. Eine Bezahlung verweigert der AG aber mit dem Argument, dass er die Lieferung der Dämmung nicht in Auftrag gegeben habe. Dem folgt das OLG nicht. Die Lieferung der Dämmung ist aufgrund eines Vertrages zwischen den Parteien geleistet worden und muss deshalb vergütet werden. Aus dem Baustellenprotokoll folgt, dass der AN dieses Material liefern und welchen Preis er dafür in Rechnung stellen sollte. Der AG, der wegen des Protokolls von der auf der Baustelle getroffenen Vereinbarung Kenntnis erlangte, hat nicht widersprochen, sondern die Leistung des AN entgegengenommen. In dieser widerspruchslosen Entgegennahme der Leistung liegt eine stillschweigende Annahme des Antrags auf Abschluss eines Vertrags über diese Leistung. Da das Angebot also bekannt war und der AN nach der Verkehrssitte sowie Treu und Glauben das Verhalten des AG so verstehen konnte, dass er den Vertrag auf der Grundlage des Angebots schließen will, wurde eine Vergütungspflicht begründet. Das

gilt erst Recht, wenn der AN zum Ausdruck brachte, dass er nur unter seinen Bedingungen zur Leistung bereit ist. Vor diesem Hintergrund konnte der AN hier davon ausgehen, dass er auch diese Leistung auf der Grundlage einer entsprechenden vertraglichen Absprache mit dem AG erbringen konnte und vergütet erhält.

**Jetzt vormerken**

## 3. ESSENER BAUBETRIEBS- UND BAURECHTSFORUM 2013

Bauen mit öffentlichen Auftraggebern  
8. und 9. März 2013, Essen

### FAZIT

**Es zeigt sich erneut, dass Baustellenprotokolle in der Rechtsprechung eine große Rolle spielen. Seit der Entscheidung des BGH vom 27.01.2011 – VII ZR 186/09 steht fest, dass auf den Inhalt von Baustellenprotokollen die Grundsätze von kaufmännischen Bestätigungsschreiben Anwendung finden. Will ein Vertragspartner diese Festlegungen im Baustellenprotokoll nicht gegen sich gelten lassen, muss er rechtzeitig widersprechen. Das gilt auch und insbesondere dann, wenn der an der Baustellenbesprechung teilnehmende Bauleiter keine Vollmacht zur Abgabe von Willenserklärungen und damit auch zur Vergabe von zusätzlichen und/oder geänderten Leistungen hat (BGH, Urteil vom 10.01.2007 – VIII ZR 380/04).**

Impressum: Neues zum Baurecht – herausgegeben von LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE,  
Friedrichstraße 185 – 190, 10117 Berlin, Telefon: 030-2064190, Telefax: 030-20649092  
E-Mail: [info@leinemann-partner.de](mailto:info@leinemann-partner.de) · [www.leinemann-partner.de](http://www.leinemann-partner.de) · Ständige Mitarbeiter: Dr. Thomas Hildebrandt,  
Prof. Dr. Ralf Leinemann (V.i.S.d.P.)

Rechtlicher Hinweis: Die in unserem Infodienst „Neues zum Baurecht“ enthaltenen Informationen haben wir mit größter Sorgfalt recherchiert. Gleichwohl können wir für deren Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit keine Haftung, gleich aus welchem Rechtsgrund, übernehmen. Die Lektüre der vorliegenden Informationen ersetzt keine individuelle Beratung. Der Nachdruck oder die Vervielfältigung ist nur mit schriftlicher Genehmigung der Herausgeber zulässig.

Weitergehende Informationen finden Sie in unserer Infothek auf [www.leinemann-partner.de](http://www.leinemann-partner.de)

Unter „Presse & News“ können Sie „Neues zum Baurecht“ als PDF-Version und als gedruckte Ausgabe kostenlos abonnieren. Haben Sie Fragen oder Anregungen zu dieser Ausgabe? Dann schreiben Sie uns an: [Baurecht@leinemann-partner.de](mailto:Baurecht@leinemann-partner.de)