



---

### **Formularmäßiger Ausschluss von Vergütungsansprüchen bei freier Kündigung BGH Urteil vom 12.07.2007, VII ZR 154/06**

In einem Vertrag zwischen einem Auftraggeber und einem Generalunternehmer ist enthalten, dass nur die erbrachten Leistungen des Auftragnehmers vergütet sind. Wenn der Auftraggeber Teilleistungen nicht ausführt oder auch ohne besonderen Grund frei kündigt, sollen Vergütungsansprüche für den gekündigten bzw. nicht ausgeführten Teil ausgeschlossen sein.

Der BGH hat in seiner Entscheidung festgelegt, dass eine derartige Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam ist. Dies bedeutet, dass bei nicht ausgeführten Teilleistungen dem Unternehmer ein Vergütungsanspruch hierfür abzüglich ersparter Aufwendungen zusteht. Dies kann vertraglich – zumindest durch eine allgemeine Geschäftsbedingung – auch nicht ausgeschlossen werden. Diese Klausel sei auch dann unwirksam, wenn sie auf eine einvernehmliche Vertragsaufhebung anzuwenden sei, wenn diese auf eine Initiative des Auftraggebers zurückgeht und dem selben Ziel dient, wie eine freie Kündigung.

### **Fälligkeit der Werklohnforderung bei Kündigung OLG München, Urteil vom 10.10.2006, 13 U 4639/03**

Zwischen einem Auftraggeber und einem Auftragnehmer bestand ein Werkvertrag. Der Auftraggeber kündigte diesen Werkvertrag außerordentlich, woraufhin der Auftragnehmer die Schlussrechnung stellte und Zahlung verlangte.

Der Auftraggeber argumentierte, dass die Werklohnforderung nicht fällig sei, da das Werk nicht abgenommen sei und noch mit Mängeln behaftet sei, demnach eine Abnahmereife nicht vorliege. Im übrigen mache er Schadenersatzanspruch geltend.

Der BGH hatte hierzu in einer früheren Entscheidung festgestellt, dass auch nach einer Kündigung grundsätzlich eine Abnahme erforderlich ist, um die Fälligkeit der Werklohnforderung herbeizuführen. Er hob eine anderslautende Entscheidung des OLG München daher auf und verwies den Rechtsstreit zur abschließenden Entscheidung an das OLG München zurück. Dieses entschied, dass im vorliegenden Fall trotz fehlender Abnahme die Werklohnforderung fällig sei. Der BGH habe durchaus die Möglichkeit offen gelassen, dass die Abnahme entbeh-

lich sein kann und festgestellt, dass eine zurecht verweigerte Abnahme nicht auf jeglichen weiteren Zeitpunkt fortwirken müsse. Vorliegend sei die Abnahme jedoch entbehrlich weil zur Feststellung der Qualität der Teilleistung substanzerstörende Eingriffe vorgenommen werden müssten.

In der Tat lässt der BGH Ausnahmen von den Abnahmeerfordernissen zu, wenn

- der Auftraggeber anstelle Vertragserfüllung Schadenersatz geltend macht, die Abnahme des Werks endgültig und ernsthaft verweigert wird,
- der Auftraggeber bereits eine Ersatzvornahme durchgeführt hat oder
- der Vertrag aufgrund Verletzung von Mitwirkungspflichten oder wegen Nichtstellung einer Sicherheit nach § 648 a BGB als aufgehoben gelte.

### **Mehrleistung und Mehrvergütung bei funktionaler Ausschreibung LG Köln, Urteil vom 12.06.2007, AZ: 5 O 367/06**

Ein öffentlicher Auftraggeber hatte einen Gerüstbauer beauftragt, an einer Schrägseilbrücke ein Gerüst zu erstellen. Grundlage war eine öffentliche Ausschreibung, wobei sich aus der Baubeschreibung keine konkrete Ausführungsart des Gerüsts ergab. Vielmehr ergab sich daraus, dass Art und Konstruktion der zur Anwendung kommenden Gerüste nach Wahl des Auftragnehmers auszuführen seien. Der statische Nachweis war durch den Auftragnehmer zu erbringen.

Daraufhin bot der AN die Leistung an, stellte bei der Durchführung jedoch fest, dass die Leistung nicht so durchgeführt werden konnte, wie er sich dies ursprünglich vorgestellt hatte. Das Gerüst habe nicht angelehnt werden können, sondern habe in den Brückenträger eingespannt werden müssen. Er macht daher einen Mehrvergütungsanspruch geltend.

Die Klage wurde vom LG Köln abgewiesen. Eine Abweichung vom Bau-Ist-Zustand vom Bau-Soll-Zustand liege nicht vor. Sicherlich sei die Leistungsbeschreibung erkennbar unvollständig und lückenhaft gewesen. Die Leistung war pauschal funktional ausgeschrieben. Schließt der Auftragnehmer unter dieser Prämisse einen Vertrag ab und geht er die hiermit verbundenen Risiken ein, so hat er für diese Risiken letztlich auch einzustehen.



**Umfang der Architektenvollmacht**  
**Urteil vom 16.01.2007, 21 O 178/05, Berufung zurückgewiesen durch Beschluss des OLG Bamberg vom 23.07.2007, AZ: 3 U 31/07**

Ein öffentlicher Auftraggeber erteilte einem Auftragnehmer einen umfangreichen Auftrag für Fliesenarbeiten in einem Hallenbad. Zwischen den Parteien war die VOB/B vereinbart. Es entstanden Unstimmigkeiten auf der Baustelle. Es wurden erhebliche und zahlreiche Mängel durch den Auftraggeber festgestellt.

Der Architekt des Auftraggebers forderte den AN auf, die Mängel zu beseitigen. Dem widersetzte sich der AN. Der Architekt hatte dem AN eine Frist zur Beseitigung der Mängel gesetzt und setzte anschließend eine Nachfrist unter Androhung der Kündigung des Gesamtauftrags.

Nachdem auch diese Frist fruchtlos verstrichen war, kündigt der Auftraggeber – nicht der Architekt – den Vertrag. Dieser macht Schadenersatz gegen den Auftragnehmer geltend.

Das Landgericht sprach diesen Anspruch zu. Die Aufforderung zur Mängelbeseitigung, die Fristsetzung und auch die Kündigung zur Vorbereitung einer Kündigung seien durch die Architektenvollmacht gedeckt, auch wenn keine ausdrückliche Vollmacht im Vertrag enthalten ist. Der Ausspruch der Kündigung habe, wie im vorliegenden Fall, geschehen, durch den Auftraggeber selbst erfolgen müssen. Da die Mängel im Verfahren festgestellt wurden, war die Kündigung wirksam.

In diesem Zusammenhang stellt sich immer wieder die Frage, in welchem Umfang der Architekt bevollmächtigt ist, den Bauherren zu vertreten. Es ist jedenfalls völlig unbestritten, dass der Architekt nicht grundsätzlich bevollmächtigt ist, den Bauherren rechtsgeschäftlich zu vertreten, d. h. Zusatzaufträge zu erteilen, wenn sie über einen geringfügigsten Umfang hinausgehen. Was von der sog. originären

Vollmacht des Architekten umfasst ist, führt immer wieder zu Streitigkeiten. Grundsätzlich ist zu empfehlen, dass Fristsetzungen mit Kündigungsandrohungen unmittelbar durch den Bauherren und nicht durch den Architekten ausgesprochen werden, weil letzten Endes nicht sicher ist, ob jedes Gericht dieser Rechtsprechung folgen wird. Vertragsändernde Erklärungen darf der Architekt ganz eindeutig jedenfalls nicht abgeben.

**Haftung für vom Auftraggeber vorgegebene Materialien**  
**OLG Brandenburg, Urteil vom 09.05.2007, AZ: 13 U 103/03**

Aufgrund eines Bauvertrags gab der Auftraggeber auf Basis eines von einem Sonderfachmann erstellten Leistungsverzeichnisses bestimmte Materialien vor. Er ordnete an, dass Stahlheizkörper in Aluminiumheizkörper ausgetauscht werden sollten.

Nachdem diese nach geringer Zeit begannen zu korrodieren, macht der Auftraggeber Mängelbeseitigungsansprüche geltend. Erst durch nachträgliche wissenschaftliche Erkenntnisse, konnte festgestellt werden, dass aufgrund einer Mischinstallation von Stahl- und Aluminiumheizkörpern die Korrosion entstand. Der Unternehmer konnte dies bei Ausführung seiner Leistung nicht erkennen.

Das Gericht gab dem Auftragnehmer daraufhin Recht. Denn grundsätzlich könne sich diese auf die Richtigkeit eines Leistungsverzeichnisses und auch der angeordneten Materialien verlassen. Ihn träfe zwar eine Prüfungspflicht, die jedoch ihre Grenzen in der fachspezifischen Kenntnis habe.

Wenn ihnen selbst bei sorgfältiger Prüfung keine Bedenken gegen die Verwendung des Materials kommen müssen, weil die zur Verurteilung erforderlichen wissenschaftlichen Kenntnisse einfach noch nicht vorliegen, wird der Auftragnehmer von jeglicher Eigenhaftung frei.