



NewsLetter

2019-4 Seite 1

Sauerbruchstraße 9
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de
www.dr-schwertfeger.de

Bauvertragsrecht

Erforderliche Ersatzvornahme- kosten

Im Fall des Oberlandesgerichts (OLG) Köln (Urteil vom 5. Dezember 2018, Az. 11 U 21/16) hatte der öffentliche Auftraggeber (AG) mit VOB/B-Bauvertrag Leistungen zum Bau der Stadtbahn an den Auftragnehmer (AN 1) beauftragt. Nachdem der AG eine Zahlung auf eine Abschlagsrechnung des AN 1 schuldig geblieben war, kündigte der AN 1 den Bauvertrag und stellte seine Arbeiten ein. Daraufhin kündigte der AG seinerseits den Bauvertrag mit dem AN 1 und beauftragte einen anderen Auftragnehmer (AN 2) mit der Fertigstellung, wodurch dem AG zukünftig Mehrkosten entstehen werden. Der AG verlangt von dem AN 1 dafür einen Kostenvorschuss.

Zu Recht!

Die Kündigung des AN 1 ist als unberechtigt anzusehen, da der AN 1 im Prozess keinen Beweis dafür erbracht hat, dass die von ihm behauptete Nachfristsetzung für die Bezahlung seiner Abschlagsrechnung nebst Kündigungsandrohung dem AG auch tatsächlich zugegangen ist.

Die mithin unberechtigte Kündigung und Leistungseinstellung des AN 1 stellte dann aber den wichtigen Grund dar, der den AG seinerseits zur – außerordentlichen - Kündigung berechtigte.

Nach wirksamer außerordentlicher Kündigung hat der AG dem Grunde nach einen Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten für die Fertigstellung der Leistung durch den AN 2, § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B.

Der Anspruch umfasst der Höhe nach den Ersatz der tatsächlich angefallenen, erforderlichen Mehrkosten der Ersatzvornahme. Den AG trifft die Darlegungs- und Beweislast für die Erforderlichkeit der geltend gemachten Kosten. Der AG kann Erstattung der Fremdnachbesserungskosten verlangen, die ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr im Zeitpunkt der Beauftragung des Drittunternehmers (AN 2) für angemessen halten durfte, wobei es sich um eine vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handeln muss.

Die Darlegungs- und Beweislast für einen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht des AG (z. B. weil die Preise des AN 2 unangemessen hoch waren) trifft hingegen den AN 1.

Praxishinweise

Der AN 1 hatte eingewandt, der AN 2 habe überteuert abgerechnet. Dieser Einwand ist häufig, bleibt aber auch häufig ohne Erfolg. Dazu hat - etwas ausführlicher - das OLG Celle in einem jetzt rechtskräftig gewordenen Urteil vom 4. August 2016, Az. 13 U 104/12, festgestellt:

Der Auftragnehmer hat diejenigen Ersatzvornahmekosten zu erstatten, die ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung für erforderlich halten durfte. Erforderlich sind diejenigen Kosten, die der Auftraggeber für die Ersatzvornahme aufgewendet hat, solange er nicht annehmen musste, dass sie unnötig, unzweckmäßig oder übersteuert sind. Die Kosten sind überhöht, wenn eine preiswertere Sanierung erkennbar möglich und zumutbar war. Der Auftraggeber ist aber nicht gehalten, besondere Anstrengungen zu unternehmen, um den preisgünstigsten Drittunternehmern zu finden. Er darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Preis des von ihm beauftragten Drittunternehmers angemessen ist. Einen überhöhten Preis kann der Auftraggeber auch dann akzeptieren, wenn ihm keine andere Wahl bleibt, etwa weil die Sanierung dringend ist. Hat der Auftraggeber sich sachverständig beraten lassen, so kann er regelmäßig Ersatz seiner Aufwendungen auch dann verlangen, wenn sich später herausstellt, dass die von ihm durchgeführte Sanierung zu aufwändig war und eine preiswertere Möglichkeit bestand.

Das OLG Köln hat noch folgende wichtige Feststellungen getroffen:

Solange der AN 2 über seine Mehrkosten noch nicht abgerechnet hat, kann der AG von dem AN 1 einen Vorschuss auf die erwarteten Mehrkosten verlangen.

Der AG hat den Vorschuss sodann innerhalb angemessener Zeit nach dem Geldempfang zu verwenden und anschließend darüber gegenüber dem AN 1 abzurechnen. Da-

bei hat der AN 1 einen Anspruch gegen den AG auf Übersendung einer nachvollziehbaren Mehrkostenaufstellung, die den AN 1 in die Lage versetzt, die abgerechneten Arbeiten daraufhin zu überprüfen, ob sie zur Ersatzvornahme erforderlich waren. „Es ist nicht ausgeschlossen, dass eine Aufstellung nach § 8 Abs. 3 Nr. 4 VOB/B im Einzelfall die zum Nachweis von Art und Menge der Fertigstellungsleistungen erforderlichen Zeichnungen und andere Belege enthalten muss und etwaige nachträgliche Ergänzungen, Änderung oder Erweiterungen des gekündigten Vertrages besonders kenntlich gemacht werden müssen.“

Grundsätzlich unschädlich ist, wenn sich die zur Fertigstellung ausgeführten Leistungen gegenüber den ursprünglich bei dem AN 1 beauftragten Leistungen teilweise geändert haben; das schließt den Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten nicht grundsätzlich aus. Zwar besteht für den AG die Gefahr, dass er seinen Anspruch auf Erstattung der Mehrkosten gerichtlich nicht mehr mit Erfolg durchsetzen kann, wenn er ihn womöglich nicht zuverlässig darlegen und berechnen kann. Grundsätzlich aber kann bei Leistungsänderungen ein Mehrkostenanspruch durch den Vergleich der dem gekündigten AN 1 hypothetisch zustehenden Mehrkosten für die geänderte Leistung zu den von dem AN 2 abgerechneten tatsächlichen Mehrkosten für die geänderte Leistung ermittelt werden; der AG kann auch Mehrkosten für solche Leistungen erstattet verlangen, die zwar im Zeitpunkt der Kündigung mit dem AN 1 noch nicht vereinbart waren, die der AN 1 jedoch gem. § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B nach einer entsprechenden Anordnung seitens des AG hätte ausführen müssen.

RA Dr. Christian Schwertfeger