

# NewsLetter

2009-9 Seite 1

Schäferstraße 7  
14109 Berlin

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

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

## Werkvertragsrecht

### § 2 Nr. 5 VOB/B

In seinem Urteil vom 23. April 2009 (Az. 12 U 111/04) hat sich das Brandenburgische Oberlandesgericht mit § 2 Nr. 5 VOB/B beschäftigt.

Der Auftragnehmer (AN) hatte sich gegenüber dem Auftraggeber (AG) mit VOB/B-Pauschalvertrag zur Errichtung eines Bistros inklusive Haustechnik verpflichtet. Während der Bauphase kam es zum Streit darüber, ob der AN den Einbau der vom AG geforderten leistungsstarken Lüftungsanlage für den gesamten Bistrobereich schulde. Der AN verlangte dafür eine zusätzliche Vergütung und legte dazu ein Angebot vor, ohne jedoch die Preise nachvollziehbar aus seiner Urkalkulation abzuleiten. Der AG lehnte eine zusätzliche Vergütung ab, und zwar weil er die Leistung für ohnehin geschuldet hielt, und kündigte den Werkvertrag aus wichtigem Grund.

Das OLG klärte zunächst mit Hilfe zweier Sachverständiger, dass die Forderung des AG angesichts der dem Vertrag zugrunde liegenden ursprünglichen Bauwerksplanung eine Änderung des Bauentwurfes i. S. d. § 1 Nr. 3 VOB/B darstellt. Mangels vertraglicher Konkretisierung durfte der AN von einer üblichen Nutzung ausgehen und musste nicht davon annehmen, dass er eine Lüftungsanlage von einer Kapazität schulde, die auch das Aufstellen von abluftintensiven Küchengeräten im Bereich des eigentlichen Gastraumes zu berücksichtigen hatte.

Die Voraussetzungen eines Preisanpassungsanspruches des AN aus § 2 Nr. 7 S. 4 i. V. m. § 2 Nr. 5 VOB/B lagen damit grundsätzlich vor.

Dass der AN kein prüfbares, aus der Urkalkulation abgeleitetes Nachtragsangebot vorgelegt hatte, was in der Regel Voraussetzung für einen Preisanpassungsanspruch ist, war vorliegend ausnahmsweise unschädlich, weil der AG die Zahlung einer angepassten Vergütung von vornherein abgelehnt, das heißt endgültig und ernsthaft verweigert hatte. Die Erstellung eines prüfbaren Nachtragsangebotes durch den AN wäre dann nur unnötige Förmerei gewesen.

Da der AG die Zahlung einer zusätzlichen Vergütung ablehnte, stand dem AN ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Die Verweigerung der Leistung war auch nicht unverhältnismäßig. Das kann zwar der Fall sein, wenn die neue Vergütung von der ursprünglich vereinbarten Vergütung nur unerheblich abweicht. Wenn jedoch – wie hier – die streitige Nachtragsvergütung eine Größenordnung von 3 bis 5 % der Gesamtauftragssumme erreicht, ist der AN zur Leistungsverweigerung berechtigt, wenn der AG eine Preisvereinbarung verweigert.

Die Kündigung des AG erfolgte daher zu Unrecht.

### Praxishinweise

Eine saubere Urkalkulation hat mehrfache Bedeutung. Typischerweise bei der Abrechnung des vorzeitig gekündigten Pauschalvertrages. Aber auch bei § 2 Nr. 5 VOB/B (angeordnete ge-

änderte Leistung) und ebenso bei § 2 Nr. 6 VOB/B (angeordnete zusätzliche Leistung).

*RA Dr. Christian Schwertfeger*

## Werkvertragsrecht

### Strohmanngeschäfte

Das Oberlandesgericht (OLG) Koblenz hatte sich in seinem Urteil vom 29. Januar 2009 (Az. 2 U 352/08) mit einem Fall zu beschäftigen, in welchem der Bauherr (BH) Gewährleistungsansprüche gegen den Ehemann der Bauträgerin durchsetzen wollte.

Der BH hatte von der Bauträgerin mit notariellem Erwerbsvertrag ein Grundstück mit der Verpflichtung erworben, ein schlüsselfertiges Haus darauf zu errichten. Das Haus wies verschiedene Mängel auf, deretwegen der BH auch den Ehemann der Bauträgerin in Anspruch nahm.

Zu Unrecht.

Das OLG stellte zunächst fest, dass der Bauträgervertrag ausschließlich zwischen dem BH und der Bauträgerin zustande gekommen sei, so dass deren Ehemann nicht Vertragspartner geworden sei.

Aus dem Umstand, dass die Bauträgerin ihrem Ehemann bereits vor vielen Jahren eine Generalvollmacht erteilt hatte, umfassend für sie tätig zu werden, lasse sich keine eigene Verpflichtung des Ehemannes herleiten.

Es sei auch nicht davon auszugehen, dass die Bauträgerin nur zum Schein (§ 117 BGB) vorgeschoben worden sei, z. B. allein aus steuerlichen Gründen.

Der Ehemann hafte auch nicht nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsabschluss. Zwar könne der Vertreter oder Verhandlungshelfer ausnahmsweise persönlich haften, wenn er am Vertragsschluss ein unmittelbar eigenes wirtschaftliches Interesse besitze oder er ein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und hierdurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst habe. Hier sei jedoch nicht ersichtlich, welches unmittelbare wirtschaftliche Eigeninteresse der Ehemann über den Umstand hinaus, dass er Ehemann der Bauträgerin war, an dem Vertragsabschluss haben sollte. Mit Handwerkerleistungen sei er nicht beauftragt gewesen. Darüber hinaus sei auch nicht ersichtlich, dass er ein besonderes persönliches Vertrauen gegenüber dem BH in Anspruch und hierdurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst habe. Dafür reiche nicht aus, dass der Erstkontakt über den Ehemann erfolgt sei und die Besichtigungen vor der Kaufentscheidung im Wesentlichen nur mit ihm stattgefunden hätten.

### Praxishinweise

Anders als man das Urteil verstehen könnte, wäre auch dann kein (nichtiges) Scheingeschäft mit der Bauträgerin anzunehmen, wenn diese allein aus steuerlichen Gründen als Vertragspartnerin des BH gewählt worden wäre. Denn ein Scheingeschäft liegt dann nicht vor, wenn der von den Parteien erstrebte Erfolg gerade die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts voraussetzt. Auch Strohmanngeschäfte sind daher in der Regel gültig, da ernstlich gewollt.

*RA Dr. Christian Schwertfeger*