

Rundbrief 12 - April 2015**A. Die vergessene und deshalb in der Schlussrechnung nicht berechnete Werklohnforderung****Sachverhalt:**

Der Unternehmer hat nach Erbringung seiner Werkleistung und Abnahme durch den Auftraggeber seine Leistung schlussabgerechnet. Später stellt er fest, dass er bei der Erstellung der Abrechnung berechnete Forderungen vergessen hat und es stellt sich deshalb die Frage, ob er diese nachberechnen darf und der Auftraggeber auch zur Ausgleichung verpflichtet ist.

1.

Es entspricht allgemeiner Rechtsauffassung, dass der Unternehmer an seine Schlussrechnung **nicht** gebunden ist und eine Nachberechnung vornehmen kann. Es gibt insoweit, von dem Fall des § 16 Abs. 3 Nr.2 VOB/B abgesehen, keine Bindungswirkung an die Schlussrechnung (BGH BauR 1988, 217; BGH BauR 1989, 461; OLG Hamm Ur. v. 22.01.2008 – 24 U 46/07; OLG Hamm Ur. v. 21.02.2012 – 21 U 93/11, IBR 2912, 253).

Das OLG Zweibrücken will aber eine Einschränkung dieses Grundsatzes machen insoweit, als dies nur gilt, wenn der Auftraggeber **ohne weiteres** dieses hätte erkennen können (OLG Zweibrücken Ur. v. 06.02.2003 – 4 U 71/02, IBR 2003, 402).

Ich halte die Auffassung des OLG Zweibrücken allerdings für nicht richtig, da die Frage des Erkennen-Könnens des Vergessens nicht ausschlaggebend sein kann für die Bindung des Auftragnehmers an seine erteilte Schlussrechnung

2.

Zu beachten ist aber, dass auch vergessene Werklohnforderungen gemeinsam mit den in der Schlussrechnung enthaltenen Forderungen fällig werden. Mithin tritt Verjährung der vergessenen Forderung ein, wenn diese nicht binnen 3-Jahresfrist nach Verjährungsbeginn abgerechnet ist (OLG Hamm Ur. v. 21.02.2012 – 21 U 93/11 a.a.O.)

3.

Neu und auch wohl richtig ist die Auffassung des OLG Düsseldorf in der Entscheidung vom 04.11.2014 – 23 U 33/14, dass ein Anspruch auf Preisanpassung wegen einer Mengenüberschreitung (als vergessene Forderung) **nicht mehr durchsetzbar und auch verwirkt ist, wenn der Auftraggeber die Schlussrechnung vorbehaltlos ausgeglichen hat. Dann ist der Anspruch auf Nachberechnung der „vergessenen Werklohnforderung“ verwirkt und ist der Auftragnehmer mit seinem Anspruch auf Nachberechnung ausgeschlossen.**

Diese Auffassung hat der BGH auch schon in seiner Altentscheidung, abgedruckt BGH BauR 1988, 217 vertreten.

B. Abzug „neu für alt“ – Vorteilsausgleichung – „Sowieso-Kosten“

Ausgangslage:

Nach Jahren, kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist, stellt sich ein Mangel an einer Werkleistung heraus, die bis zu diesem Zeitpunkt ohne jeden Einfluss auf die Nutzbarkeit des erbrachten Werks gewesen ist. Der Unternehmer bessert nach und fragt sich, ob er Anteile der Nachbesserungskosten vom Auftraggeber fordern kann.

1.

Zu denken ist an Beteiligung an den Kosten, weil durch die Nachbesserung dem Auftraggeber ein Vorteil zugewachsen ist.

2.

Nach der älteren Entscheidung des BGH vom 17.05.1984 – VII ZR 169/82; BGHZ 91,206, scheidet eine Beteiligung des Auftraggebers an den Nachbesserungskosten aus.

- Der Unternehmer hat das geschuldete Werk so auszuführen, dass es mangelfrei ist. Zeigen sich Mängel, hat er diese auf seine Kosten zu beseitigen (§ 634 Abs. 2 BGB; § 13 Abs. 5 VOB/B).
- Mit diesem Gesetzeszweck, so der BGH im Jahr 1984 sei die Anrechnung ersparter Instandsetzungskosten oder einer längeren Lebensdauer des Werks nach Mängelbeseitigung nicht zu vereinbaren.

3.

In der Entscheidung vom 13.09.2001 – VII ZR 392/00 hat der BGH ausgeführt, eine Anrechnung des **Vorteils**, der durch eine deutlich verlängerte Nutzungsdauer entsteht, müsse gegebenenfalls erwägt werden, wenn sich der Mangel verhältnismäßig spät auswirkt und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste.

Eine solche Vorteilsanrechnung scheidet aber in jedem Fall aus, wenn sich der Auftraggeber wegen **verzögerter Mängelbeseitigung** jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen musste. In diesem Fall kommt eine „Abzug neu für alt“ trotz verlängerter Lebensdauer des Werk nicht in Frage (OLG Karlsruhe Urte. v. 17.12.1999 – 9 U 185/98; BGH Beschl. v. 21.06.2001 – VII ZR 24/00 – Revision nicht angenommen)

Die gleiche Rechtsauffassung haben das OLG Schleswig Urte. v. 29.09.2009 – 14 U 137/08, IBR 2009, 1178; das OLG Düsseldorf Urte. v. 30.09.2002 – 21 U 29/02, IBR 2003, 672; das OLG Brandenburg Urte. v. 23.02.2011 – 4 U 131/10, IBR 2011, 327 und das OLG Oldenburg Urte. v. 05.02.2013 – 2 U 45/12, IBR 2013, 413 vertreten.

4.

Neu ist die Entscheidung des OLG Naumburg v. 19.02.2015 – 2 U 49/13

Nach dieser Entscheidung kommt ein „Abzug neu für alt“ dann in Betracht, wenn

- der Mangel verhältnismäßig spät auf das Werk auswirkt
- der Mangel bis dahin keine Gebrauchsbehinderung für den Auftraggeber beinhaltete
- sich die Lebensdauer des Bauteils merklich verlängerte
- und dadurch der Auftraggeber sonst aufzuwendende Unterhaltskosten spart
- aber auf keinen Fall die verspätete Mängelbeseitigung durch Verhalten des Auftragnehmer bedingt war.

Die Ermittlung der Höhe des „Abzug neu für alt“ ist die normative Lebensdauer des mangel-freien Werks zur tatsächlichen Nutzungsdauer des mangelhaften Werks ins Verhältnis zu set-zen.

5.

Vom „Abzug neu für alt“ zu unterscheiden ist bei einer Mängelbeseitigung mit einer eventuell bestehenden Kostentragungspflicht des Auftraggebers die Grundsätze der **Vorteilsausglei-chung** und der **Sowieso-Kosten**.

a.

Unter **Vorteilsausgleichung** versteht die Rechtsprechung den Umstand, dass der Auftraggeber, der selbst Auftragnehmer ist (z.B. Nachunternehmer), seinen Auftragnehmer dann nicht auf Gewährleistungsansprüche in Anspruch nehmen darf, **wenn er selbst wegen dieser Mängel gegenüber seinem Auftraggeber nicht mehr eintreten muss** (BGH Beschlüsse vom 20.12.2010 – VII ZR 96/10 und 102/10).

b.

Der Auftragnehmer schuldet kostenlose Mängelbeseitigung für die bei Errichtung des Werks von ihm verursachten Mängel. In der Regel kann er diese Kosten nicht beim Auftraggeber geltend machen. **Etwas anderes gilt nur**, wenn die Mängel ursächlich darauf zurückzuführen sind, dass wesentliche Arbeiten, die nicht ausgeschrieben waren und deshalb nicht erbracht worden sind, notwendig sind, um das Werk sach- und fachgerecht und mithin mangelfrei zu erstellen. Die Mehrkosten hierfür sind als **Sowieso-Kosten** vom Auftraggeber zu bezahlen. Die Höhe die-ser Kosten richtet sich nach den im Rahmen der Erforderlichkeit im Zeitpunkt ihrer Ausführung bei dem Unternehmer tatsächlich angefallenen (Selbst-) Kosten der Mängelbeseitigung. (BGH Ur-t. 27.05.2010 – VII ZR 182/09; a. A. OLG Köln Ur-t. v. 14.08.2012 – 3 U 109/09).

Bei Vereinbarung der Herstellung des **funktionsfähigen Werks** mit einer konkret vereinbarten Herstellungsart, die den gewünschten Erfolg allerdings nicht herbeiführt, sind die Mehrkosten dann nicht vom Auftraggeber zu tragen, wenn die **ursprüngliche Kalkulation des Werklohns allein auf die Vorstellung des Auftragnehmers beruht**. In diesem Fall hat der Auftragnehmer **keinen** Anspruch auf Erstattung der Sowieso-Kosten (OLG Hamm Ur-t. v. 25.09.2003 – 21 U 8/03, NJW-RR 2004, 377)

Erstellt März 2015

Erk Winkelmann

Rechtsanwalt – Notar a.D. – Fachanwalt f. Bau- u. Architektenrecht