

Keine Entschädigung für Baustillstand bei Einsatz vertragswidriger Technologie!

1. Die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs aus § 642 BGB setzt neben dem Annahmeverzug des Auftraggebers und einer Behinderungsanzeige gemäß § 6 Nr. 1 VOB/B voraus, dass der Auftragnehmer leisten darf, zur Leistung bereit und im Stande ist (BGB § 297) und seine Leistung - wie vereinbart und geschuldet - dem Auftraggeber anbietet (BGB §§ 284 - 296).
2. Entspricht die eingesetzte Technologie nicht der vereinbarten Ausführung, ist dies als vorübergehendes Leistungshindernis des Auftragnehmers anzusehen, welches einem Annahmeverzug des Auftraggebers entgegensteht. Dabei ist ohne Bedeutung, ob sich die Ausführungsart als Haupt- oder Nebenpflicht darstellt oder ob der geschuldete Leistungserfolg erreicht werden kann.

KG, Urteil vom 29.04.2008 – 7 U 58/07; BGH, Beschluss vom 27.11.2008 - VII ZR 124/08
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

Der Auftragnehmer (AN) erhält den Auftrag zur Errichtung eines U-Bahnhofs. Mit der erforderlichen Herstellung von 30 Mikrotunneln wird ein Nachunternehmer (NU) beauftragt. Nach den Ausschreibungsunterlagen sollen die einzusetzenden Vortriebsmaschinen eine automatische Grenzlagenschaltung haben. Die vom NU für den Einsatz vorgesehenen Maschinen sind nicht mit einer derartigen Schaltung ausgestattet. Wegen Verzögerungen mit dem Beginn der Ausführung aufgrund eines Vorunternehmers, macht der NU eine Entschädigung in Höhe von 670.000,00 € geltend. Das LG Berlin gibt der Klage des NU statt, der AN geht in Berufung.

Die Berufung hat Erfolg! Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB ist, dass die Leistung wie geschuldet angeboten wird. Die Vortriebsmaschinen sollten über eine automatische Grenzlagenschaltung verfügen. Damit ist die "Art der Ausführung" (das "wie?") festgelegt und der NU daran gebunden. Das Fehlen einer solchen Schaltung ist als vorübergehendes Leistungshindernis des NU anzusehen, so dass der AN nicht in Annahmeverzug geraten konnte. Es ist für den Annahmeverzug insbesondere ohne Bedeutung, ob die Art der zu verwendenden Maschinen eine Nebenpflicht oder eine Hauptpflicht darstellt. Die Leistung ist so anzubieten, wie sie vereinbart ist (BGH, IBR 2000, 217). Deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob die Maschinen dem neuesten Stand der Technik entsprechen. Auch wenn die vom NU gewählte Ausführungsart technisch oder wirtschaftlich sogar höherwertiger ist, ist seine Leistung mangelhaft, weil sie nicht der vereinbarten Beschaffenheit entspricht (BGH, IBR 2002, 552). Weiterhin ist für den Annahmeverzug unerheblich, dass sich mit den eingesetzten Maschinen möglicherweise ein identisches Ergebnis erzielen lässt.

Hinweis

Wenn der Auftragnehmer einen Anspruch wegen Verzögerungen bei der Ausführung geltend machen will, müssen folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Der Auftraggeber muss seine Mitwirkungspflicht verletzen: z. B: Er stellt kein Baugrundstück zur Verfügung.
- Der AN muss bereit und imstande sein, seine Leistung auszuführen.
- Der AN muss seine Leistung anbieten: Er muss den AG anschreiben und darauf hinweisen, dass er Leistung will.
- Der AN muss eine Behinderungsanzeige stellen, s. § 6 Nr. 6 VOB/B.
- Der AN muss die Leistung erbringen, die vereinbart ist. Wenn er aber eine nicht vereinbarte Leistung erbringen wollte, erhält er keinen Verzögerungsschaden. Der AN muss vor der Ausführung mit dem AG eine Vereinbarung über die geänderte Ausführung treffen. Der AG kann nur aus den Gründen von Treu und Glauben verpflichtet sein, die geänderte Leistung des AN anzunehmen.

