

Partnerschaft mbB
AG Charlottenburg, PR 1093 B

Dr. Edgar Jousen
Dr. Urban Schranner

Bleibtreustraße 1
10623 Berlin

Telefon: 030/31 51 87-0

Telefax: 030/31 51 87-44

E-mail: ra-js@ra-js.de

Internet: www.ra-js.de

**VOB-/BGB-Bauvertragsrecht
und selbständiges Beweisverfahren**

Aktuelle Rechtsprechung

im Zeitraum von ca. Ende 2022 - Dezember 2023

von Rechtsanwälten

Dr. Edgar Jousen und Dr. Urban Schranner, Berlin

Inhaltsverzeichnis

A.	Allgemeines Bauvertragsrecht	4
I.	Allgemeines Vertragsrecht.....	4
II.	Vertragsrecht mit Schwerpunkt Verbraucherbeteiligung/Widerrufsrecht u.a.....	8
III.	Vollmacht bei Abschluss des Bauvertrages und Nachträgen, Vertretung.....	15
IV.	Bauleistung.....	16
V.	Formvorgaben	18
VI.	Abgrenzung Werkvertrag/Werklieferungsvertrag u.a.....	18
VII.	Vertragsart: Pauschal/EP-Vertrag.....	20
VIII.	Leistungsänderungen/Nachträge	21
	1. Vergütung.....	21
	2. Einstweilige Verfügung	21
IX.	Kündigung	22
X.	Mängel vor der Abnahme.....	25
XI.	Vergütung/Zahlung	26
	1. Allgemein/Fälligkeit	26
	2. Stundenlohn	29
	3. Abschlagszahlung	30
	4. Verzug.....	31
	5. Kündigung	32
XII.	Abnahme	37
XIII.	Bauverzögerung/Vertragsstrafe	40
XIV.	Gewährleistung.....	47
	1. Mangel einer Bauleistung	47
	2. Leistungsverweigerungsrecht/Aufrechnung	54
	3. Nacherfüllung	55
	4. Fristsetzung.....	56
	5. Minderung	58
	6. Rücktritt	58
	7. Ersatzvornahme/Kostenerstattung/Vorschuss	58
	8. Schadensersatz.....	61
	9. Prüf- und Hinweispflichten	62
	10. Vorteilsausgleich/Sowieso-Kosten.....	66
	11. Mitverschulden des AG	67
	12. Gewährleistungsfristen/Verjährung.....	70
XV.	Verjährung (allgemein)	72
XVI.	Allgemeine Schadensersatzansprüche	73

XVII. Gesamtschuldner(ausgleich)	74
XVIII. Anspruch aus GoA, BereicherungsR u.a.	77
XIX. Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 650e BGB)	77
XX. Bauhandwerkersicherheitsleistung (§ 650f BGB).....	78
B. Bauvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der VOB	82
I. VOB-Anwendungsbereich.....	82
II. VOB/AGB-Inhaltskontrolle	84
III. Leistungsbeschreibung/Leistungssoll	85
IV. Preisanpassung bei EP-Vertrag.....	86
V. Nachträge.....	87
1. Mehrkostenansprüche nach Leistungsänderungsanordnungen des AG nach § 2 Abs. 5 und Abs. 6	87
2. Nachtragsvergütung nach § 2 Abs. 8 VOB/B.....	93
VI. Bauverzögerung	94
VII. Sub-/Nachunternehmer	96
VIII. Kündigung	98
IX. Mängel vor der Abnahme.....	104
X. Abnahme	104
XI. Vergütung/Zahlung	105
XII. Gewährleistung.....	106
XIII. Sicherungsrecht des Auftraggebers.....	106
1. Sicherungsabrede	106
2. Sicherheit: Rückgabe	108
C. Vergaberecht/-verfahren (Auswahl)	108
I. Allgemein.....	108
II. Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte	116
III. Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte	125
IV. Schadensersatz.....	126
D. GSB/BauFordSiG	126
E. Architekten-/Ingenieurrecht (Auswahl)	127
I. Allgemein.....	127
II. Vertragsschluss/Leistungsumfang	128
III. Vergütungsrecht/Verjährung.....	129
IV. Haftungsrecht	136
F. Bauträgerrecht.....	144
G. Wohnungseigentumsrecht	146
I. AGB-Recht	148
J. Nachbarrecht.....	155
K. Prozessrecht (einschließlich Schiedsgutachtenverfahren)	156

I.	Allgemeines Prozessrecht	156
II.	Gutachten im Prozess/Schiedsgutachten	156
L.	Selbständiges Beweisverfahren.....	157
I.	Verfahrensrecht (bis Beweisbeschluss) einschl. Verjährung.....	157
II.	Durchführung und Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens	158
III.	Kosten	158
M.	Strafrecht/Schmiergeldzahlungen/Kartellrecht	160
N.	Sozialversicherungsrecht.....	160

A. Allgemeines Bauvertragsrecht

I. Allgemeines Vertragsrecht

1. Barzahlung spricht für Schwarzarbeit

1. Dass sich aus § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG ergebende Verbot führt jedenfalls dann zur Nichtigkeit eines Vertrages, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2017 - VII ZR 197/16).
2. Leistet ein Auftraggeber im Verlaufe eines Vorhabens immer wieder Abschlagszahlungen ohne Rechnungen, ist er mit dieser Vorgehensweise konkludent einverstanden.
3. Für eine Ohne-Rechnung Abrede spricht es, wenn Arbeiten erheblichen Umfangs ohne schriftliche vertragliche Grundlage verrichtet werden (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 21. September 2018 - 7 U 47/18).
4. Dass "Schlussrechnungen" erst verzögert bzw. unter dem Druck des Verfahrens entstanden sind, spricht für einen Verstoß gegen das SchwarzArbG.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.01.2021, Az.: 5 U 18/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew., BGH, Beschluss vom 29.09.2021 – VII ZR 144/21); IBR 2022, 227

2. Kalkulationsirrtum ist unbeachtlich!

1. Behauptet der Auftragnehmer eines Detail-Pauschalvertrags, der ursprünglich vereinbarte Pauschalpreis sei nachträglich erhöht worden, hat er diese Vertragsänderung darzulegen und zu beweisen.
2. Ein verdeckter Kalkulationsirrtum berechtigt den Auftragnehmer nicht zur Anfechtung der Preisvereinbarung.

OLG Stuttgart, Urteil vom 09.02.2021, Az.: 10 U 308/20; IBR 2022, 501

3. Vertrag nicht unterschrieben: Auftraggeber muss übliche Vergütung zahlen!

1. Soll ein (hier: Generalunternehmer-)Vertrag schriftlich geschlossen werden, kommt er im Zweifel erst dann wirksam zu Stande, wenn die Vertragsurkunde von den Vertragsparteien unterschrieben wird. Die Unterzeichnung von Verhandlungsprotokollen, in denen (lediglich) Zwischenergebnisse der Verhandlungen festgehalten sind, genügt nicht.
2. (...)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.02.2021, Az.: 23 U 45/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.06.2022, Az.: VII ZR 170/21); IBR 2023, 227

4. Anspruch auf Bauzeitverlängerung

1. (...)
4. Erhält der Auftragnehmer zeitnah zur Verhandlung über den bereits geschlossenen Vertrag das darüber erstellte Protokoll und ist aus diesem eine Abänderung des Vertrags zu erkennen, ist er verpflichtet, den Änderungen zu widersprechen, um zu verhindern, dass sein Schweigen wie eine nachträgliche konkludente Genehmigung behandelt wird und die Vereinbarung mit diesem Inhalt zustande kommt.
5. (...)

OLG Celle, Beschluss vom 26.02.2021, Az.: 4 U 37/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 11.11.2021, Az.: VII ZR 236/21); BauR 2022, 1366 = IBR 2022, 281

5. Bargeldzahlung nicht ordnungsgemäß quittiert: Bauvertrag wegen Schwarzarbeit nichtig!

1. Vereinbaren die Parteien eines Bauvertrags, dass der Werklohn (teilweise) bar gezahlt und hierfür keine ordnungsgemäße Quittung ausgestellt wird, spricht dies für eine Schwarzgeldabrede.
2. Eine Schwarzgeldabrede führt zur vollständigen Nichtigkeit des geschlossenen Bauvertrags.
3. Aus einer ordnungsgemäßen Quittung müssen das Vertragsverhältnis, der Leistungsgegenstand sowie der Ort und die Zeit der Leistung und gegebenenfalls auch die Parteien hervorgehen.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 27.07.2021, Az.: 2 U 85/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 09.02.2022, Az.: VII ZR 832/21); IBR 2022, 393

6. Nicht alle geforderten Unterlagen vorgelegt: Kein Bauvertrag zu Stande gekommen!

1. Das Zustandekommen eines Vertrags setzt das Bestehen von zwei übereinstimmenden Willenserklärungen, Angebot und Annahme, voraus. Gegenstand und

Inhalt des Vertrags müssen im Angebot so bestimmt oder so bestimmbar sein, dass die Annahme durch ein einfaches "Ja" erfolgen kann.

2. Wird in einem (Nachunternehmer-)Vertrag festgehalten, dass der Vertrag erst dann in Kraft tritt, wenn er von beiden Seiten unterzeichnet ist, erfordert das Bestehen eines wirksamen Angebots und einer wirksamen Annahme die Unterschriften unter dem (Nachunternehmer-)Vertrag.
3. Das Übersenden eines nicht unterzeichneten (Nachunternehmer-)Vertrags ist kein rechtsverbindliches Angebot, sondern als Aufforderung zur Abgabe eines Angebots anzusehen.
4. Unterschreibt der Auftraggeber zwar den (Nachunternehmer-)Vertrag, teilt er aber dem Auftragnehmer in einem Anschreiben mit, dass noch eine Negativbescheinigung der SOKA-Bau einzureichen sei, kommt kein Vertrag zu Stande.

OLG Oldenburg, Urteil vom 12.08.2021, Az.: 14 U 262/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 07.09.2022, Az.: VII ZR 829/21); IBR 2023, 4

7. Keine Einigung über die Höhe der Vergütung, kein Anspruch auf Werklohn!

1. Der Auftragnehmer hat keinen Anspruch auf Werklohn, wenn zwischen den Parteien kein wirksamer (Bau-)Vertrag zu Stande gekommen ist.
2. An einem wirksamen Vertragsschluss fehlt es, wenn sich die (Bau-)Vertragsparteien nicht abschließend über die Höhe des vom Auftraggeber zu zahlenden Werklohns geeinigt haben.

OLG Rostock, Urteil vom 12.11.2021, Az.: 7 U 52/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 01.06.2022, Az.: VII ZR 885/21); IBR 2022, 609

8. Anforderungen an Darlegung unangemessenen Zeitaufwand bei Stundenlohnvergütung, Schwarzarbeitsgesetz; Widerruf vom Bauvertrag

1. (...)
2. Ein Werkvertrag (hier: Abdichtungsarbeiten), bei dem der Auftragnehmer dem Meisterzwang unterliegende Arbeiten ohne Vorliegen des Meistertitels vornimmt bzw. ohne Eintragung in die Handwerksrolle, ist als einseitiger Verstoß gegen Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit nicht nichtig.
3. § 312b Abs. 1 Nr. 3 BGB greift nicht ein, wenn der Unternehmer in die Wohnung des Verbrauchers kommt, um für ein Angebot Maße aufzunehmen oder eine Schätzung vorzunehmen, der Verbraucher seinen Vertragsantrag aber erst später nach Prüfung der Unterlagen abgibt.

OLG Köln, Urteil vom 16.12.2021, Az.: 7 U 12/20; BauR 2022, 1358 = NZBau 2022, 222 = IBR 2022, 112

9. Kann ein "schwarz" gezahlter Vorschuss zurückgefordert werden?

Die Rückforderung eines Geldbetrags im Rahmen einer "Schwarzgeldabrede" ist nach § 817 Satz 2 BGB nicht nur dann ausgeschlossen, wenn die Gegenleistung bereits erbracht wurde, sondern auch in dem Fall, dass der Geldbetrag im Vorgriff auf künftig zu erbringende Leistungen - quasi als Vorauszahlung - gezahlt worden ist.

OLG Stuttgart, Urteil vom 22.02.2022, Az.: 12 U 190/21; BauR 2022, 1673 = IBR 2022, 298

10. Zugang eines Schriftstücks als PDF-Anhang

Wird ein Abmahnschreiben lediglich als Dateianhang zu einer E-Mail versandt, ist es in der Regel nur und erst dann zugegangen, wenn der E-Mail-Empfänger den Dateianhang auch tatsächlich geöffnet hat.

OLG Hamm, Beschluss vom 09.03.2022, Az.: 4 W 119/20; NJW 2022, 1822 = IBR 2022, 271

11. Netto-/Bruttopreisvereinbarung

1. Wenn im Vertrag nichts anderes bestimmt wird, ist im Zweifel davon auszugehen, dass die Parteien Bruttopreise vereinbaren, die auch die jeweils anfallende Umsatzsteuer als unselbständigen Bestandteil umfassen. Das gilt auch im Verhältnis zum Vorsteuerabzug berechtigter Unternehmer, wobei sich allerdings im Wege der Vertragsauslegung, für die auch ein Handelsbrauch oder eine Verkehrssitte maßgeblich wäre, auch die Vereinbarung von Nettopreisen ergeben kann (BGH, NJW-RR 2021, 342, 343; NJW 2002, 2312; OLG Hamm, r+s 2017, 529, 530). Bei einer Bruttopreisabrede sind beide Vertragsbeteiligten dem Risiko eines unzutreffenden Umsatzsteueransatzes ausgesetzt mit der Folge, dass die Vergütungsvereinbarungen für beide Vertragsparteien - ungeachtet einer etwaigen Fehleinschätzung über die Umsatzsteuerpflicht - bindend sind. Hat dann der Leistungserbringer eine zu hohe Umsatzsteuer ausgewiesen, trägt das Risiko grundsätzlich derjenige, der die Leistung in Anspruch nimmt, zumal der Leistungserbringer nach Umsatzsteuerrecht auch zu deren Abführung verpflichtet ist. Deshalb ist derjenige, der die Leistung in Anspruch nimmt, ebenso wenig zu einer Herabsetzung des vereinbarten Preises befugt wie der Leistungserbringer zu einer Nachforderung bei zu niedrig kalkulierter Umsatzsteuer.
2. Haben die Parteien dagegen einen Werklohn inklusive Umsatzsteuer vereinbart und im Vertrag die Anpassung des Umsatzsteueranteils bei Änderungen des Umsatzsteuersatzes vorgesehen, ist der Umsatzsteueraufwand als selbständiger Teil des zu zahlenden Entgelts zu qualifizieren und von einer Nettopreisvereinbarung auszugehen, denn aus dem Wortlaut der Vereinbarung ergibt sich diesbezüglich ein übereinstimmender Wille der Parteien, dass genau der Umsatzsteuerbetrag gezahlt werden soll, der tatsächlich anfällt, und die Vergütungshöhe insofern variabel ist (Anschluss an OLG Frankfurt, Urteil vom 2. April 2020 - 22 U 24/19, BeckRS 2020, 47807 [Rz. 29]).
3. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 10.05.2022, Az.: 21 U 2/21; NJW 2022, 3293 = NZBau 2022, 732 = BauR 2023, 634

12. *Kündigungsabrechnung bei unbefugtem Subunternehmereinsatz*

1. Bei Streitigkeiten aus einem eine Baustelle in Deutschland betreffenden Bauvertrag mit einem in Deutschland ansässigen Bauunternehmer ist auch dann deutsches Recht anzuwenden, wenn der Auftraggeber in einem anderen Mitgliedstaat der EU wohnhaft ist.
2. (...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 10.11.2022, Az.: 12 U 69/22; NJW 2023, 927 = NZBau 2023, 74, 231

13. *Fehlender Eintrag in die Handwerksrolle ist keine Schwarzarbeit!*

Ein Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 5 SchwarzArbG (fehlende Eintragung in die Handwerksrolle) führt nicht zur Nichtigkeit des Vertrags gem. § 134 BGB, wenn der Besteller zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von diesem Verstoß keine Kenntnis hatte.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 06.03.2023, Az.: 29 U 115/22; BauR 2023, 2100 = NZBau 203, 786 = NJW-RR 2023, 1373 = IBR 2023, 387

14. *Verantwortungsbereich von Architekt und Sonderfachmann*

1. Auch wenn die Baubetreuerin im Namen der „Bauherrengemeinschaft[en]“ Verträge abschließt und damit die Bauherrengemeinschaften als solche nach außen auftreten, werden die Gesellschafter einzeln verpflichtet und berechtigt (Anschluss BGH, Urteil vom 18. Juni 1979 – VII ZR 187/78, BGHZ 75, 26-32, juris Rn. 1 und Urteil vom 27. Februar 1992 – IX ZR 57/91, juris Rn. 6 ff. / 12). Bei einer Bauherrengemeinschaft stehen daher Gewährleistungsansprüche nur den einzelnen Bauherren zu.
2. (...)

OLG Stuttgart, Urteil vom 28.03.2022, Az.: 10 U 29/22; NJW-RR 2023, 1317 = NJW 2023, 3441 (Ls.)

II. **Vertragsrecht mit Schwerpunkt Verbraucherbeteiligung/Widerrufsrecht u.a.**

1. *Folgen eines Verbraucherwiderrufs nach Vertragserfüllung*

Art. 14 IV Buchst. a Nr. i und Art. 14 V RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der RL 93/13/EWG des Rates und der RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der RL 85/577/EWG des Rates und der RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sind dahin auszulegen, dass sie einen Verbraucher von jeder Verpflichtung zur Vergütung der Leistungen befreien, die in Erfüllung eines außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Vertrags erbracht wurden, wenn ihm der betreffende Unternehmer die Informationen gem. Art. 14 IV Buchst. a

Nr. i nicht übermittelt hat und der Verbraucher sein Widerrufsrecht nach Erfüllung dieses Vertrags ausgeübt hat.

EuGH, Urteil vom 17.05.2023, Az.: C-97/22; NJW 2023, 2171 = NZBau 2023, 450 = IBR 2023, 346

2. Begriff des Verbrauchers

1. Art. 2 Buchst. b RL 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen ist dahin auszulegen, dass unter den Begriff des Verbrauchers im Sinne dieser Bestimmung eine Person fällt, die gemeinsam mit einem anderen Kreditnehmer, der nicht im Rahmen seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit gehandelt hat, einen Kreditvertrag abgeschlossen hat, der teilweise für eine mit ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zusammenhängende Verwendung und teilweise für eine nicht mit dieser Tätigkeit zusammenhängende Verwendung bestimmt ist, wenn der gewerbliche oder berufliche Zweck derart gering ist, dass er im Gesamtzusammenhang dieses Vertrags nicht überwiegt.
2. Art. 2 Buchst. b RL 93/13/EWG ist dahin auszulegen, dass das vorlegende Gericht für die Feststellung, ob eine Person unter den Begriff des Verbrauchers im Sinne dieser Bestimmung fällt und insbesondere, ob der gewerbliche oder berufliche Zweck eines von dieser Person abgeschlossenen Kreditvertrags derart gering ist, dass er im Gesamtzusammenhang dieses Vertrags nicht überwiegt, alle maßgeblichen quantitativen und qualitativen Umstände im Zusammenhang mit diesem Vertrag zu berücksichtigen hat, wie vor allem die Aufteilung der Verwendung des Kreditbetrags zwischen einer gewerblichen oder beruflichen und einer nicht gewerblichen oder nicht beruflichen Tätigkeit und, im Fall einer Mehrzahl von Kreditnehmern, ob nur einer von ihnen einen gewerblichen oder beruflichen Zweck verfolgt oder ob der Kreditgeber die Gewährung eines Kredits für Konsumzwecke von einer teilweisen Verwendung des Kreditbetrags zur Begleichung von Verbindlichkeiten abhängig gemacht hat, die im Zusammenhang mit einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit stehen.

EuGH, Urteil vom 08.06.2023, Az.: C-570/21; NJW-RR 2023, 1088

3. Gerichtliche Überprüfungskompetenz bei missbräuchlichen Vertragsklauseln

1. Art. 3 I, 7 I und 8 RL 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen sind dahin auszulegen, dass sie dem nicht entgegenstehen, dass eine nicht im Einzelnen ausgehandelte Vertragsklausel von den betreffenden nationalen Behörden allein deshalb als missbräuchlich angesehen wird, weil sie inhaltlich der Bestimmung eines Vertragsmusters entspricht, die in das nationale Register der für unzulässig erklärten Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eingetragen ist.
2. Art. 3 I RL 93/13/EWG ist dahin auszulegen, dass eine Vertragsklausel, die wegen der in ihr vorgesehenen Bedingungen für die Erfüllung bestimmter Verpflichtungen des betreffenden Verbrauchers als missbräuchlich anzusehen ist, diese Missbräuchlichkeit aufgrund einer anderen Klausel dieses Vertrags, die vorsieht, dass der Verbraucher seine Verpflichtungen unter anderen Bedingungen erfüllen kann, nicht verlieren kann.

3. Art. 4 II in Verbindung mit Art. 2 Buchst. b RL 93/13/EWG ist dahin auszulegen, dass ein Gewerbetreibender verpflichtet ist, den betreffenden Verbraucher über die wesentlichen Merkmale des mit ihm geschlossenen Vertrags und die mit diesem Vertrag verbundenen Risiken zu belehren, und zwar auch dann, wenn dieser Verbraucher bei ihm beschäftigt ist und über entsprechende Kenntnisse der Materie dieses Vertrags verfügt.

EuGH, Urteil vom 21.09.2023, Az.: C-139/22; NJW 2023, 3345

4. Verbraucherbaupvertrag bei gewerkeweiser Vergabe

1. Um einen Vertrag mit einem Verbraucher, durch den der Unternehmer zum Bau eines neuen Gebäudes verpflichtet wird (Verbraucherbaupvertrag im Sinne von § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB), handelt es sich nicht, wenn sich der Unternehmer nur zur Herstellung eines einzelnen Gewerks verpflichtet, das im Rahmen des Baus eines neuen Gebäudes zu erbringen ist.
2. Die Ausnahmegvorschrift des § 650f Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 Fall 1 BGB findet in einem solchen Fall ebenfalls keine Anwendung

BGH, Urteil vom 16.03.2023, Az.: VII ZR 94/22; BauR 2023, 1243 = NJW 2023, 2640
NZBau 2023, 374 = ZfBR 2023, 448 = IBR 2023, 238

5. Vertragsschluss außerhalb von Geschäftsräumen

Ein Vertragsschluss bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien außerhalb von Geschäftsräumen im Sinne des § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB liegt nicht vor, wenn der Verbraucher ein vom Unternehmer am Vortag unterbreitetes Angebot am Folgetag außerhalb von Geschäftsräumen lediglich annimmt-

BGH, Urteil vom 06.07.2023, Az.: VII ZR 151/22; BauR 2023, 1672 = NJW 2023, 3082
= NZBau 2024, 22 = ZfBR 2023, 761 = IBR 2023, 499

6. Errichtung eines (kleinen) Anbaus ist keine "erhebliche Umbaumaßnahme"!

1. (...)
2. Die Errichtung einer neuen Wohneinheit durch Neubau eines (kleinen) Anbaus an ein Wohnhaus und der Umbau einer Garage sind keine "erheblichen Umbaumaßnahmen" i.S.d. § 650i Abs. 1 BGB.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 31.03.2021, Az.: 2 U 214/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.11.2021, Az.: VII ZR 390/21); IBR 2022, 456

7. Nicht belehrter Verbraucher bekommt das Dach kostenlos neu eingedeckt!

1. Ein Verbraucher-Bauherr kann einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Werkvertrag über Dachdeckerarbeiten innerhalb von 12 Monaten und 14 Tagen widerrufen, wenn die Widerrufsbelehrung fehlt oder unwirksam ist.

2. Wird der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt, schuldet er keinen Wertersatz, wenn er den Vertrag widerruft und eine Rückgewähr der (Dienst-/ bzw. Werk-)Leistung nicht möglich ist.
3. Dachziegel sind wesentliche Bestandteile eines Gebäudes und somit wesentliche Grundstücksbestandteile. Mit der Verlegung geht das Eigentum an den Dachziegeln auf den Grundstückseigentümer über.
4. Ein Vertrag über die Sanierung eines Daches ist kein Verbraucherbaupvertrag.

OLG München, Beschluss vom 19.04.2021, Az.: 28 U 7274/20 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 10.05.2023, Az.: VII ZR 414/21); IBR 2023, 500

8. *Persönliches Gespräch schließt Widerrufsrecht*

1. Ein gesetzliches Widerrufsrecht nach § 312c Abs. 1 BGB wird nur dann begründet, wenn die gesamte zu Vertragsschluss führende Kommunikation zwischen den späteren Vertragspartnern ausschließlich unter Verwendung sog. Fernkommunikationsmittel erfolgt. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn im Rahmen der Vertragsanbahnung auch ein persönliches Gespräch zwischen einem der Bauherrn und dem Vertreter des Bauunternehmers stattgefunden hat.
- 2a. Der Begriff eines außerhalb der Geschäftsräume des (Bau-)Unternehmens geschlossenen Vertrages i.S.v. § 312b Abs. 1 BGB ist legaldefiniert unter Bezugnahme auf vier alternative Fallgruppen, so dass für die Begründung eines gesetzlichen Widerrufsrechts nach dieser Vorschrift die Feststellung des Vorliegens einer konkreten Fallgruppe erforderlich ist.
- 2b. In der Fallgruppe 1 wird zur Voraussetzung der Begründung des Widerrufsrechts eine besondere Vertragsabschlussituation erhoben, nämlich die gleichzeitige körperliche Anwesenheit beider Vertragsparteien an diesem Ort bei der Abgabe der zum Vertragsschluss führenden Erklärung.

OLG Naumburg, Urteil vom 07.10.2021, Az.: 2 U 33/21; BauR 2023, 489 = NJW-RR 2022, 341 = ZfBR 2022, 58 = IBR 2022, 239

9. *Widerruf setzt keine Drucksituation voraus*

1. Fernabsatzverträge sind Verträge, bei denen der Unternehmer und der Verbraucher für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwenden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt.
2. Haben die Parteien einen Vertrag über Gartenbauarbeiten durch schriftliches Angebot des Unternehmers und telefonische Annahme des Kunden geschlossen, ist dem Vertrag zur Vorbereitung des Angebots aber ein gemeinsamer Ortstermin vorangegangen, ist er nicht ausschließlich unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln zu Stande gekommen.
3. Gibt der Unternehmer Angebote regelmäßig erst nach vorhergehendem Ortstermin ab, so ist sein Geschäftsbetrieb auch nicht auf den Fernabsatz ausgerichtet. In diesen Fällen liegt kein Fernabsatzvertrag nach § 312c BGB vor.

OLG Schleswig, Urteil vom 15.10.2021, Az.: 1 U 122/20; BauR 2023, 230 = NJW-RR 2022, 341 = ZfBR 2022, 58 = IBR 2022, 239

10. Kein Wertersatz für bereits erbrachte Leistungen bei Widerruf eines aushäusig geschlossenen Bauvertrages

1. Ein Verbraucherbaupvertrag über erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude (§ 650i Abs. 1 BGB) setzt voraus, dass das Auftragsvolumen dem eines Vertrags über die Errichtung eines Neubaus gleichkommt sowie dass der Verbraucher grundsätzlich mit sämtlichen der von ihm geplanten Baumaßnahmen nur einen einzigen Unternehmer beauftragt hat.
2. Widerruft der Verbraucher einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Werkvertrag gemäß § 312g BGB, so steht dem Unternehmer für bereits erbrachte Leistungen nur unter den Voraussetzungen von § 357 Abs. 8 BGB Wertersatz zu; § 357d BGB ist nicht analog anwendbar.
3. Beruft sich ein Verbraucher auf den Ausschluss des Wertersatzes zugunsten des Unternehmers gemäß § 357 Abs. 8 BGB, so kann dies im Einzelfall treuwidrig sein, § 242 BGB. Die Voraussetzungen eines solchen Einzelfalls sind vom Unternehmer darzulegen

KG, Urteil vom 16.11.2021, Az.: 21 U 41/21; BauR 2022, 656 = NZBau 2022, 401 = ZfBR 2022, 251 = IBR 2022, 128

11. Angemessene Frist zur Sicherheitsleistung auch bei Verbraucher-Bauherren

1. Der Anbau von zwei Balkonen mit Glasdach und Außentreppe an ein bestehendes Gebäude stellt keine erhebliche Umbaumaßnahme iSd. § 650i Abs. 1 BGB und begründet daher keinen Verbraucherbaupvertrag.
2. (...)

OLG Stuttgart, Urteil vom 21.12.2021, Az.: 10 U 149/21; NZBau 2022, 404 = NJW 2022, 2485 [Ls.] = IBR 2022, 291

12. Widerruf setzt keine Drucksituation voraus

1. Für die Annahme eines außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrages gem. § 312b Abs. 1 Nr. 1 BGB kommt es nur auf den Ort des Vertragsschlusses an; ob eine Drucksituation bestand, eine Überrumpelung des Verbrauchers erfolgte oder ob der Verbraucher nicht in der Lage war, eine hinreichend fundierte Entscheidung zu treffen, ist unerheblich.
2. Im Falle des wirksamen Widerrufs sind die jeweils empfangenen Leistungen zurückzugewähren, §§ 355 Abs. 3 S. 1, 357 Abs. 1 BGB. Der Verbraucher, in dessen Haus nach dem Vertrag eine Heizungsanlage eingebaut wurde, erfüllt seine Rückgewährverpflichtung dadurch, dass er dem Unternehmer den Ausbau der Vertragsgegenstände ermöglicht und diese rückübergibt.

3. Hat der Unternehmer das vor dem Einbau der neuen Heizungsanlage ausgebaute Altgerät nicht als Vertragsleistung im Sinne der §§ 355 Abs. 3 S. 1, 357 Abs. 1 BGB von dem Verbraucher empfangen, muss er dem Verbraucher nach wirksamem Vertragswiderruf das Altgerät nicht nach diesen Vorschriften zurückgewähren.

OLG Celle, Urteil vom 12.01.2022, Az.: 14 U 111/21; BauR 2023, 484 = IBR 2022, 238

13. Verbraucherbauvertrag nur bei erheblichen Umbaumaßnahmen

Bei der Auslegung, wann Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude iSv. § 650i Abs. 1 BGB vorliegen, ist zu berücksichtigen, dass diese Maßnahmen „erheblich“ sein müssen. Diese Erheblichkeit ist erst dann erreicht, wenn die Umbaumaßnahmen in ihrem Umfang einem Neubau gleichkommen und mehrere Gewerke umfassen (entgegen OLG Zweibrücken, Urteil vom 29. März 2022 - 5 U 52/21).

OLG Celle, Beschluss vom 28.03.2022, Az.: 6 U 6/22; BauR 2022, 1648 = ZfBR 2022, 251 = IBR 2022, 569

14. Kündigungsabrechnung bei unbefugtem Subunternehmereinsatz

1. (...)
2. Ein Vertrag über isoliert beauftragte Fassadenarbeiten ist kein Verbraucherbauvertrag.
3. Wird ein Werkvertrag über Fassadenarbeiten nach der Durchführung eines Ortstermins allein über die Kommunikation per E-Mail geschlossen, kann er vom Auftraggeber nicht widerrufen werden.
4. (...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 10.11.2022, Az.: 12 U 69/22; NJW 2023, 927 = NZBau 2023, 74, 231

15. Widerrufsbelehrung in verbundenem Darlehensvertrag genügt nicht!

1. Wird ein Verbraucherbauvertrag nicht notariell beurkundet, steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zu, über das ihn der Unternehmer in Textform zu belehren hat.
2. Die Belehrung muss deutlich gestaltet sein und - neben anderen Informationen - einen Hinweis darauf enthalten, dass der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz nach § 357d BGB schuldet, wenn die Rückgabe der bis zum Widerruf erbrachten Leistungen ihrer Natur nach ausgeschlossen ist.
3. Eine gesonderte Belehrung über das Widerrufsrecht ist auch dann erforderlich, wenn das Bauvorhaben auf Vermittlung des Unternehmers von einer Bank finanziert wird und der Darlehensvertrag eine schriftliche "Widerrufsinformation" enthält.
4. Wird der Verbraucher nur mündlich und somit nicht ordnungsgemäß belehrt, erlischt das Widerrufsrecht des Verbrauchers 12 Monate und 14 Tage nach Vertragsabschluss.

OLG Rostock, Beschluss vom 23.11.2022, Az.: 4 U 14/22; BauR 2023, 979 = NZBau 2023, 522 = IBR 2023, 979

16. Verbraucherbaupertrag widerrufen: Unternehmer muss Wertersatz darlegen!

1. Der Widerruf führt dazu, dass die Parteien an ihre auf den Abschluss des Vertrags gerichteten Willenserklärungen nicht mehr gebunden und die empfangenen Leistungen unverzüglich zurückzugewähren sind. Ist die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistungen ihrer Natur nach ausgeschlossen, schuldet der Verbraucher Wertersatz, wobei die vereinbarte Vergütung zu Grunde zu legen ist.
2. Voraussetzung für die Fälligkeit des Wertersatzanspruchs ist jedenfalls dann eine Abrechnung des Unternehmers, wenn lediglich Teilleistungen aus einem Pauschalpreisbaupertrag erbracht worden sind.
3. Die Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen ist nach dem Verhältnis des Werts der erbrachten Teilleistung zum Wert der nach dem Pauschalvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu errechnen; der Unternehmer muss das Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darlegen.

OLG Rostock, Beschluss vom 23.11.2022, Az.: 4 U 14/22; BauR 2023, 979 = NZBau 2023, 522 = IBR 2023, 191

17. Klauseln in Verbraucherbauperträgen

1. In einem Verbraucherbaupertrag ist eine Klausel unwirksam, die so missverständlich formuliert ist, dass nicht klar wird, wer welche Leistungen zu erbringen hat.
2. Die Frist für die Erbringung einer Leistung ist i.S.d. § 308 Nr. 1 BGB hinreichend bestimmt, wenn sie der Kunde berechnen kann. Dies ist der Fall, wenn der Beginn der Frist ausschließlich von einem Ereignis im Bereich des Kunden abhängig ist, nicht jedoch, wenn sich der Beginn der Frist (auch) aus Umständen ergibt, die in die Sphäre des Verwenders fallen.
3. Eine Regelung im Baupertrag, die dem Bauherren die Stellung einer Finanzierungsbestätigung und einer Bürgschaftserklärung auferlegt, verstößt gegen § 650m Abs. 4 BGB und ist deshalb unwirksam.
4. Eine Klausel ist unwirksam, wenn sie nicht den Anforderungen des § 650k Abs. 3 Satz 1 BGB genügt, wonach der Baupertrag verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser Zeitpunkt bei Abschluss des Baupertrags nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung enthalten muss. Diese Vorschrift kann durch Vereinbarung mit einem Verbraucher nicht abbedungen werden (§ 650o Satz 1 BGB).
5. Nach § 308 Nr. 9 Buchst. a BGB ist ein Abtretungsausschluss für einen auf Geld gerichteten Anspruch des Kunden des Klauselverwenders stets unwirksam, ohne dass eine Wertungsmöglichkeit eröffnet wäre. Es handelt sich also um ein absolutes Klauselverbot. Es reicht nicht aus, dass die Klausel die Wirksamkeit der Abtretung (nur) unter den Vorbehalt der Zustimmung durch den Verwender stellt und dieser sogar verpflichtet ist zuzustimmen, soweit der Auftraggeber ein berechtigtes Interesse an der Abtretung hat.

6. Eine Klausel, in der der Eindruck erweckt wird, eine Änderung des Lieferumfangs setze immer eine Einigung voraus und sei durch einseitige Anordnung des Bestellers, zumal bei zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendigen Änderungen (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB), nicht möglich, ist unwirksam.
7. Eine Preisanpassungsklausel ist unwirksam, wenn sie Kostensteigerungen wegen nachträglicher Leistungsänderungen aufgrund behördlicher Auflagen ohne jede Einschränkung oder Differenzierung und unter Außerachtlassung der Planungsverantwortung und des Kalkulationsrisikos des Bauunternehmers stets automatisch auf den Bauherrn abwälzt.

OLG Koblenz, Urteil vom 09.03.2023, Az.: 2 U 63/22; BauR 2024, 514 = NJW-RR 2024, 77 = ZfBR 2023, 363

18. Kein Formularzwang für Verbraucherwiderruf!

Ein Verbraucher ist nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht nach § 650I BGB belehrt, wenn dem Verbraucherbauvertrag zwar eine Musterbelehrung nach Art. 249 § 3 Abs. 2 EGBGB i.V.m. Anlage 10 beigelegt ist, aber an hervorgehobener Stelle in den Vertragsunterlagen der unzutreffende Eindruck erweckt wird, das Widerrufsrecht müsse durch Verwendung eines bestimmten Formulars ausgeübt werden.

OLG Stuttgart, Urteil vom 23.05.2023, Az.: 10 U 33/23; NZBau 2023, 25 = IBR 2023, 578

III. Vollmacht bei Abschluss des Bauvertrages und Nachträgen, Vertretung

1. Wer zum Termin kommt, hat auch Vollmacht!

1. Sind sich die Parteien eines Werkvertrags darüber einig, dass ein Inbetriebnahmeversuch stattfindet, und entsenden sie ihre Techniker zu dessen Durchführung (und gegebenenfalls Protokollierung), ist die eventuelle Vorstellung der Techniker, dass keine Inbetriebnahme erfolgt, irrelevant.
2. Entsendet eine Vertragspartei einen Mitarbeiter zu einem Termin, in dem die Inbetriebnahme stattfinden soll, kann die andere Vertragspartei davon ausgehen, dass der Mitarbeiter zu allen mit der Inbetriebnahme zusammenhängenden Rechtshandlungen bevollmächtigt ist. Das gilt auch dann, wenn der Mitarbeiter bis dato nur für die technische Seite des Projekts zuständig war.

OLG München, Urteil vom 22.05.2019, Az.: 7 U 2782/18; IBR 2022, 462

2. Wann hat ein Bauleiter Anscheinsvollmacht?

1. Ein vom Auftraggeber mit der Bauleitung beauftragter Architekt oder Ingenieur ist nicht "originär", d. h. aufgrund des geschlossenen Architekten- oder Ingenieurvertrags, dazu berechtigt, im Namen des Auftraggebers Verträge zu schließen oder Nachträge zu beauftragen. Hierzu bedarf es vielmehr einer Vollmacht.
2. Eine Vollmacht des Bauleiters kann sich aus den allgemeinen Grundsätzen der Anscheins- und Duldungsvollmacht ergeben. Eine Anscheinsvollmacht kommt in

Betracht, wenn der Auftragnehmer nach Lage der Dinge annehmen darf, der Auftraggeber kenne und dulde das Verhalten des für ihn auftretenden Bauleiters.

OLG Frankfurt, Urteil vom 18.09.2020, Az.: 29 U 99/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 04.08.2021, Az.: VII ZR 158/20); IBR 2022, 500

IV. Bauleistung

1. *Sachenrechtliche Einordnung einer Freiland-Photovoltaikanlage (Module und Unterkonstruktion)*

1a. Ob ein Bestandteil (hier: Modul einer Freiland-Photovoltaikanlage) im Sinne des § 93 BGB wesentlich ist, bestimmt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Verbindung, wenn es darauf ankommt, ob an dem Bestandteil bestehende Rechte Dritter infolge der Verbindung untergegangen sind. Ist dagegen zu beurteilen, ob Rechte Dritter an einem Bestandteil begründet werden können, der bereits in eine zusammengesetzte Sache eingefügt ist, kommt es auf die Verhältnisse bei Entstehung des Rechts an (Fortführung von Senat, Urteil vom 11. November 2011 – V ZR 231/10, NJW 2012, 778).

1b. Nachfolgende Wertveränderungen sind bei der Prüfung der Wesentlichkeit eines Bestandteils grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Dies gilt auch dann, wenn die Wertminderung nicht auf Alterung oder übliche Abnutzung, sondern auf - ggf. auch unvorhersehbare - Marktentwicklungen oder sonstige gewandelte wirtschaftliche oder rechtliche Rahmenbedingungen zurückzuführen ist.

2a. Gebäude i.S.v. § 94 BGB sind zwar auch andere größere Bauwerke, deren Beseitigung eine dem (Teil-)Abriss eines Gebäudes im engeren Sinne vergleichbare Zerschlagung wirtschaftlicher Werte bedeutete. Ein Bauwerk setzt in diesem Zusammenhang aber regelmäßig etwas mit klassischen Baustoffen „Gebauetes“ von solcher Größe und Komplexität voraus, dass die Beseitigung die Zerstörung oder wesentliche Beschädigung und den Verlust der Funktionalität der Sache zur Folge hätte.

2b. Eine Freiland-Photovoltaikanlage stellt jedenfalls dann, wenn sie aus einer gerüstähnlichen Aufständigung aus Stangen oder Schienen sowie darin eingesetzten Photovoltaikmodulen besteht, kein Gebäude i.S.v. § 94 BGB dar.

3. § 95 Abs. 1 BGB ist auf Bestandteile einer beweglichen Sache i.S.v. § 93 BGB nicht entsprechend anwendbar.

BGH, Urteil vom 22.10.2021, Az.: V ZR 69/20; BGHZ 231, 310 = BauR 2022, 245 = NJW 2022, 614 = NZBau 2022, 22

2. *Einordnung eines Vertrages zu Malerarbeiten als Bauvertrag*

1. Ob bei einem Vertrag über die Instandhaltung von Bauwerken das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch nach § 650a Abs. 2 BGB von wesentlicher Bedeutung ist, ist im Rahmen einer wertenden Betrachtung unter Rückgriff auf die Rechtsprechung zu § 638 BGB a.F. zu beurteilen. Ergibt diese wertende Betrachtung, dass die Instandhaltungsarbeiten der Erhaltung und/oder der Funktionsfähigkeit des Bauwerks dienen, ist regelmäßig davon

auszugehen, dass diese von wesentlicher Bedeutung sind mit der Folge, dass die Vorschriften des Bauvertragsrechts Anwendung finden.

2. Sofern im Einzelfall Malerarbeiten sich nicht auf den bloßen Anstrich der Fassade eines Hauses beschränken, sondern darüber hinaus die Reparatur von Schäden des Untergrundes wie etwa Setz- und Spannungsrissen umfassen, dienen sie bei einer solchen wertender Betrachtung der Wiederherstellung der Funktion der Fassade. Sie sind daher von wesentlicher Bedeutung i.S.v. § 650a Abs. 2 BGB. Die konkrete Dauer der Leistungserbringung ist demgegenüber für die Einordnung als Bauvertrag nicht entscheidend.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.12.2021, Az.: 25 U 342/21; BauR 2022, 1496 = NZBau 2022, 341 = IBR 2022, 338

3. *Lieferung und Inbetriebnahme eines BHKW kann auch Kaufvertrag sein!*

1. Ein Vertrag über die Lieferung und Inbetriebnahme eines Blockheizkraftwerkes kann als Kaufvertrag einzuordnen sein.
2. Da das verkaufte Kraftwerk keine Sache ist, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk eingesetzt worden ist, ist die Verjährungsfrist auf zwei Jahre begrenzt.

OLG Jena, Beschluss vom 18.01.2022, Az.: 1 U 763/21; IBR 2023, 21

4. *Vertrag über Elektroarbeiten ist Bauvertrag!*

1. (...)
3. § 650a BGB erfasst nicht nur Verträge, bei denen die vom Unternehmer geschuldete Leistung das Gesamtvorhaben (Herstellung, Wiederherstellung, Beseitigung oder Umbau sowie Instandhaltung eines Bauwerks) betrifft, sondern auch solche Einzelverträge über Teilarbeiten, die eine substantielle Mitwirkung am Gesamtvorhaben darstellen (hier bejaht für Einbau einer Blitzschutz- und Brandmeldeanlage, Notlichtanlage und Lautsprecheranlage im Rahmen der Komplettsanierung einer gemeindlichen Turnhalle).
4. (...)

BayObLG, Beschluss vom 21.03.2022, Az.: 102 AR 196/21; NJW 2022, 2849 = NZBau 2022, 660 = IBR 2023, 3

5. *Lieferung und Inbetriebnahme eines BHKW ist Werkvertrag!*

1. Verpflichtet sich ein Unternehmer, einen Gegenstand zu liefern und zu montieren, kommt es für die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung oder als Werkvertrag darauf an, auf welcher der beiden Leistungen der Schwerpunkt liegt.
2. Ein als Kaufvertrag bezeichneter Vertrag über die Lieferung und Montage serienmäßiger Blockheizkraftwerksmodule ist als Werkvertrag zu qualifizieren, wenn der

Unternehmer nicht nur einzelne Teile liefert, sondern er sich zum Aufbau und der Inbetriebnahme eines funktionsfähigen Blockheizkraftwerks verpflichtet hat.

OLG Hamm, Urteil vom 16.06.2022, Az.: 24 U 178/15; IBR 2023, 20

6. *Anwendbares Recht bei Erwerb renovierter Bestandswohnung*

1. Nur wenn sich der Veräußerer einer Immobilie zu Bauleistungen verpflichtet, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar sind, haftet er nicht nur für die ausgeführten Umbauarbeiten, sondern auch für die in diesem Bereich vorhandene Altbausubstanz nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts.
2. Bei einer Renovierungsverpflichtung oder bei einer sonstigen Umbauverpflichtung, die nicht den Umfang eines Bauvertrags erfüllt, ist § 650u BGB demzufolge nicht anwendbar; auf derartige Verträge ist vielmehr neben dem Kaufrecht das Werkvertragsrecht anzuwenden: Das gilt etwa, wenn sich die baulichen Verpflichtungen nach Art und Umfang in Maßnahmen erschöpfen, die einer (aufwändigen) Renovierung - im Gegensatz zu einer "Kernsanierung" - entsprechen.
3. (...)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.11.2022, Az.: 24 U 49/21; BauR2032, 1141 = NZBau 2023, 467

V. **Formvorgaben**

1. *Bauvertrag kann nicht per einfacher E-Mail gekündigt werden!*

1. (...)
4. Mit einer Kündigungserklärung per E-Mail mit angehängter PDF-Datei wird das Schriftformerfordernis nicht gewahrt.

OLG München, Beschluss vom 03.02.2022, Az.: 28 U 3344/21 Bau; IBR 2022, 507

VI. **Abgrenzung Werkvertrag/Werklieferungsvertrag u.a.**

1. *Vertrag über die Lieferung und Montage eines Kurventreppenlifts mit individuell erstellter und angepasster Laufschiene ist Werkvertrag*

1. Ein Vertrag über die Lieferung und Montage eines Kurventreppenlifts mit einer individuell erstellten, an die Wohnverhältnisse des Kunden angepassten Laufschiene ist ein Werkvertrag. Wird ein solcher Vertrag außerhalb von Geschäftsräumen mit einem Verbraucher geschlossen, steht diesem ein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB zu, weil der in § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB vorgesehene Ausschluss dieses Rechts Werkverträge nicht erfasst.
2. Die werbliche Angabe eines Anbieters von Treppenliften, im Falle eines Kurventreppenlifts mit individuell geformten und an die Gegebenheiten vor Ort angepassten Laufschiene bestehe kein Widerrufsrecht des Verbrauchers, begründet

Erstbegehungsfahr für einen Verstoß gegen die Pflicht zur Information über das Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB gem. § 312d Abs. 1 und Art. 246a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB.

BGH, Urteil vom 20.10.2021, Az.: I ZR 96/20; BauR 2022, 241 = NJW-RR 2022, 121 = ZfBR 2022, 147 = IBR 2022, 18

2. Gerüstnutzung in verlängerter Standzeit: Mietrecht

1. Die Nutzung eines Gerüsts in der verlängerten Standzeit ist nach Mietrecht zu beurteilen.
2. Es ist unerheblich, ob tatsächlich eine Nutzung des Gerüsts stattgefunden hat, denn maßgebend ist die Gebrauchsüberlassung und die daraus resultierende Nutzungsmöglichkeit. Soweit nichts anderes vereinbart ist, schuldet der Gerüstbauer die Vorhaltung des Gerüsts so lange, wie es für die Bauarbeiten benötigt wird.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.01.2022, Az.: 24 U 347/20; NZBau 2022, 469 = NJW-RR 2022, 887 = IBR 2022, 229

3. Vorliegen von Dienstvertrag bei Verpflichtung zum Einsatz von Arbeitnehmern auf der Baustelle

1. Verpflichtet sich ein Leistungserbringer, Arbeitnehmer auf einer Baustelle des Auftraggebers nach dessen Weisung einzusetzen, ohne dass eine konkrete Werkleistung beschrieben wäre, handelt es sich grundsätzlich nicht um einen Werk- oder Bauvertrag, sondern einen Dienstvertrag, der auf Arbeitnehmerüberlassung gerichtet ist.
2. § 1b Satz 1 AÜG ist eine Eingriffsnorm im Sinne von Art. 9 Abs. 1 und 2 Rom I Verordnung und erfasst deshalb auch Arbeitnehmerüberlassungsverträge mit ausländischem Vertragsstatut.
3. Ob § 1b S. 1 AÜG gegen europäisches Recht, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV), verstößt und deshalb auf einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nicht angewendet werden darf, muss nicht durch Vorlage an den Europäischen Gerichtshof geklärt werden, wenn der dann bestehende Anspruch des Leistungserbringers aus ungerechtfertigter Bereicherung dieselbe Höhe erreicht wie sein Vergütungsanspruch aus dem Vertrag

KG, Urteil vom 15.02.2022, Az.: 21 U 1116/20; BauR 2022, 1195 = IBR 2022, 188

4. Leistungsverweigerungsrecht bei geringfügigem Mangel

1. Bei einem Vertrag über die Planung, Lieferung und funktionstaugliche Montage von den konkreten örtlichen Verhältnissen angepasste Schiebe- und Klapppläden an der Außenfassade eines Wohnhauses handelt es sich um einen Werkvertrag.
2. (...)

OLG Stuttgart, Urteil vom 02.06.2022, Az.: 13 U 9/21; BauR 2024, 125 = NZBau 2022, 658 = NJW-RR 2022, 1328 = IBR 2022, 628

5. *Ladenbauvertrag ist Werkvertrag!*

1. Die Abgrenzung zwischen einem Kaufvertrag mit Montageverpflichtung und einem Werkvertrag ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung anhand des Schwerpunkts der Leistung vorzunehmen, wobei vor allem auf die Art des zu liefernden Gegenstands, das Wertverhältnis von Lieferung und Montage sowie auf die Besonderheiten des geschuldeten Ergebnisses abzustellen ist.
2. Liegt der wirtschaftliche Schwerpunkt der zu erbringenden Leistung nicht auf der Montage, sondern in der Eigentumsverschaffung der einzelnen Bauteile, was anhand der Vergütung für die Bauteile im Verhältnis zum Gesamtpreis bei mehr als 75% der zu erbringenden Zahlung der Fall ist, liegt ein Kaufvertrag mit Montageverpflichtung vor.
3. Auch wenn das Verhältnis der Montagekosten zum Gesamtpreis für einen Kaufvertrag spricht, kann ein Werkvertrag vorliegen, wenn der Besteller keine konkret benannten Möbel und Einrichtungsgegenstände von einem bestimmten Hersteller bestellt, sondern die Herstellung einer Ladeneinrichtung anhand von Mustermappen erfolgt.

OLG Dresden, Urteil vom 24.02.2023, Az.: 22 U 1499/22; IBR 2023, 576

6. *Lieferung und Montage einer Einbauküche: Kauf- oder Werkvertrag?*

1. Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag (gerade auch bei einer Einbauküche) erfolgt danach, ob bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt auf der Verpflichtung zur Verschaffung von Eigentum und Besitz (dann Kaufrecht) oder auf der Montageleistung (dann Werkvertragsrecht) liegt.
2. Beträgt der Anteil der Vergütung für die Montageleistung 7,2% des vereinbarten Gesamtpreises, stellt die Montage im Vergleich zum Erwerb der Möbel und Elektrogeräte nur eine untergeordnete Leistung dar, so dass auf den Vertrag die Vorschriften über den Kaufvertrag Anwendung finden.
3. (...)

OLG München, Urteil vom 26.07.2023, Az.: 7 U 4188/21; IBR 2023, 517

VII. **Vertragsart: Pauschal/EP-Vertrag**

1. *Angebotspreis wird abgerundet: Pauschalpreis vereinbart oder Nachlass gewährt?*

1. Die Verwendung des Begriffs "Pauschalvergütung" in einem Bauvertrag spricht für den Abschluss einer Pauschalpreisvereinbarung, auch wenn der Auftragnehmer die Leistung zu Einheitspreisen angeboten hat.
2. Schließen die Parteien eines Bauvertrags eine Pauschalpreisvereinbarung, trägt der Auftragnehmer das sog. Mehrmengenrisiko und hat bei Mehrmengen, die nicht auf

einen "Eingriff" des Auftraggebers zurückzuführen sind, keinen Anspruch auf Mehrvergütung.

OLG Bamberg, Beschluss vom 09.10.2019, Az.: 4 U 185/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 09.03.2022, Az.: VII ZR 246/19); IBR 2022, 388

VIII. Leistungsänderungen/Nachträge

1. Vergütung

1. Klauseln in Verbraucherbauverträgen

1. (...)
5. Eine Preisanpassungsklausel ist unwirksam, wenn sie Kostensteigerungen wegen nachträglicher Leistungsänderungen aufgrund behördlicher Auflagen ohne jede Einschränkung oder Differenzierung und unter Außerachtlassung der Planungsverantwortung und des Kalkulationsrisikos des Bauunternehmers stets automatisch auf den Bauherrn abwälzt.
6. Eine Klausel, in der der Eindruck erweckt wird, eine Änderung des Lieferumfangs setze immer eine Einigung voraus und sei durch einseitige Anordnung des Bestellers, zumal bei zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendigen Änderungen (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB), nicht möglich, ist unwirksam.
7. (...)

OLG Koblenz, Urteil vom 09.03.2023, Az.: 2 U 63/22; BauR 2024, 514 = NJW-RR 2024, 77 = ZfBR 2023, 363

2. Einstweilige Verfügung

1. Negative einstweilige Feststellungsverfügung zu nachtragsbezogenen Abschlagsrechnungen, VOB-Vertrag

1. Der Besteller eines Bauvertrages kann im Wege der einstweiligen Verfügung die Feststellung begehren, dass der Bauunternehmer vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen i.H.v. 80 % des zugehörigen Nachtragsangebotes zu verlangen.
2. (...)
3. Ein derartiges negatives Feststellungsbegehren kann etwa mit dem Fehlen einer nach § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B erforderlichen Ankündigung, mit einer Erfassung der vermeintlichen Nachtragsleistungen durch den ursprünglich geschlossenen Vertrag, dem Fehlen einer Änderungsanordnung oder einer prüfbaren Abschlagsrechnung, der bislang unterbliebenen Ausführung der Bauleistung oder der – konkret darzulegenden – starken Überhöhung des Nachtragsangebotes begründet werden.
4. Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des Mehrvergütungsanspruchs liegt ungeachtet der prozessualen Parteirollen beim Bauunternehmer.

Kammergericht, Urteil vom 02.11.2021, Az.: 27 U 120/21; BauR 2022, 1074 = NJW 2022, 548 = NJW-RR 2022, 548 = NZBau 2022, 92 = IBR 2022, 169

2. Keine einstweilige Verfügung bei fehlender Schlussrechnungsreife

1. Der Unternehmer kann mit einer auf § 650d BGB gestützten Leistungsverfügung nur den Anspruch auf Zahlung der infolge einer Änderungsanordnung erhöhten Abschlagsforderung, nicht aber eine entsprechende Nachtragsposition und/oder Teilrestwerklohnforderung aus der Schlussrechnung durchsetzen.
2. Nach Fertigstellung der Bauarbeiten durch den Unternehmer und Schlussrechnungsreife ist der Anwendungsbereich des § 650d BGB nicht mehr eröffnet (a.A. KG, Urteil vom 2. März 2021 - 21 U 1098/20, juris-Rn. 39 ff.).
3. Der (gesetzlich vermutete) Verfügungsgrund fehlt wegen Selbstwiderlegung, wenn der Antragsteller nach Eintritt der Gefährdung mit dem Antrag zu lange zuwartet. Hat der Unternehmer die aufgrund der Änderungsanordnung erbrachten Bauleistungen in Kenntnis des Umstandes erbracht, dass eine Einigung über den damit geänderten Preis nicht (mehr) zustande kommen wird, so muss er den ihm seiner Auffassung nach gegen den Besteller zustehenden Mehrvergütungsanspruch in seinem Liquiditätsinteresse in angemessener Zeit im Wege des hierfür unter den erleichterten Voraussetzungen nach § 650d BGB möglichen Eilverfahrens geltend machen. Wartet er längere Zeit zu und gibt er damit zu erkennen, dass es ihm nicht eilig ist, so ist die gesetzliche Vermutung widerlegt. Wenn ein Unternehmer - wie hier - 14 Monate bis zur Stellung des Eilantrages zuwartet, gibt er selbst zu erkennen, dass ihm diese Angelegenheit nicht eilbedürftig erscheint; die gesetzliche Vermutung ist damit widerlegt. Besondere Umstände, die es rechtfertigen würden, das Verhalten anders zu werten, sind vorliegend nicht ersichtlich.
4. Es bleibt offen, ob § 650d BGB bei einem VOB-Bauvertrag anwendbar ist.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.09.2022, Az.: 8 W 29/22; BauR 2023, 88 = NJW 2022, 372 = NZBau 2023, 226 = IBR 2022, 558

IX. Kündigung

1. Kündigung aus wichtigem Grund muss keine Kündigungsgründe benennen!

1. Verpflichtet sich ein Fliesenleger vertraglich dazu, für die in den einzelnen Räumen durchzuführenden Fliesenarbeiten eine Ansetz- und Verlegeplanung zu erstellen, ist diese denklogisch vor Beginn der Verlegearbeiten zu erstellen und dem Auftraggeber vorzulegen.
2. (...)
3. Weigert sich der Fliesenleger ernsthaft und endgültig, die geschuldete Leistung Ansetz- und Verlegeplanung zu erbringen, kann der Auftraggeber den Bauvertrag aus wichtigem Grund kündigen.
4. Eine Kündigung muss grundsätzlich nicht begründet werden. Der Kündigende bleibt auch an etwa geäußerte Kündigungsgründe nicht gebunden. Die Kündigung aus wichtigem Grund muss diesen nicht benennen.
5. Besteht ein benannter Grund nicht oder ist keiner benannt, kann der Auftraggeber auch später zur Rechtfertigung der Kündigung noch (andere) tatsächlich

bestehende Gründe nachschieben. Es kommt allein darauf an, ob objektiv ein Grund zur außerordentlichen Kündigung bestand.

6. Kündigungsgründe können nicht beliebig nachgeschoben werden. Jeder nachgeschobene Grund muss rückblickend die außerordentliche Kündigung rechtfertigen.

OLG München, Beschluss vom 19.09.2019, Az.: 28 U 1508/19 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.09.2021, Az.: VII ZR 230/19); IBR 2022, 65

2. *Kein Arbeiter auf der Baustelle: Auftraggeber kann fristlos kündigen!*

Eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung ist dann nicht erforderlich, wenn sich das Verhalten des Auftragnehmers als schwere Vertragsverletzung darstellt.

OLG Celle, Urteil vom 29.09.2021, Az.: 14 U 149/20; IBR 2022, 64

3. *Umbauschlag, Anforderungen an Bauzeitennachtrag eines Ingenieurs*

1. (...)
3. Ein wichtiger zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Grund liegt vor, wenn das Erbringen von vertraglich geschuldeten Leistungen von einer weiteren Vertragsergänzung abhängig gemacht wird.

OLG Celle, Urteil vom 06.10.2021, Az.: 14 U 39/21; BauR 2022, 283 = NJW-RR 2022, 168 = NZBau 2022, 277 = ZfBR 2022, 49 = IBR 2021, 635

4. *Sechs Monate zwischen Kenntniserlangung und Kündigungserklärung sind zu lang!*

1. Verwendet der Unternehmer Vorschusszahlungen zur Begleichung eigener Verbindlichkeiten und nicht für die Auftragserfüllung, liegt darin eine Pflichtverletzung, die den Besteller zur Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund berechtigt.
2. Unwahre Angaben über den Vertragsfortschritt können das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien so schwer erschüttern, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund gerechtfertigt ist.
3. Eine Kündigung aus wichtigem Grund ist innerhalb einer angemessenen Frist zu erklären, nachdem der Kündigungsberechtigte vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat. Ein Zeitraum von sechs Monaten zwischen Kenntniserlangung und Kündigungserklärung ist als zu lang anzusehen.
4. Hat der Besteller eines gekündigten Werkvertrags Abschlags- bzw. Vorauszahlungen geleistet, ist hierüber nach Beendigung des Vertrags abzurechnen.
5. Der Unternehmer muss durch Schlussrechnung nachweisen, dass er berechtigt ist, erhaltene Abschlags- bzw. Vorauszahlungen zu behalten. Geschieht das nicht, kann der Besteller die Rückzahlung der Abschlagszahlungen verlangen, sofern sich aus einer von ihm erstellten, seinem möglichen Kenntnisstand entsprechenden Abrechnung ein Rückzahlungsanspruch ergibt.

OLG Schleswig, Urteil vom 09.03.2022, Az.: 12 U 64/21; IBR 2022, 519

5. Anrechnung von ersparter Vergütung nach Auftragsentziehung

1. Der Auftraggeber kann dem Auftragnehmer den Auftrag entziehen, wenn dieser den Beginn der Ausführung verzögert oder mit der Vollendung in Verzug gerät und eine gesetzte angemessene Nachfrist zur Vertragserfüllung fruchtlos abgelaufen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Auftragnehmer nicht in Verzug gerät, wenn er einer Weisung des Auftraggebers nicht folgt, die seine geltend gemachten Bedenken treuwidrig nicht berücksichtigt.
2. Gegen Treu und Glauben verstößt eine Anweisung des Auftraggebers vor allem, wenn die Werkleistung auf eine gegen den Bauvertrag und gegen die Regeln der Technik verstoßende Weise erbracht werden soll, ohne dass eine Freistellung von der Gewährleistung erfolgt.
3. Dem Auftragnehmer steht nach Treu und Glauben ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn er dem Auftraggeber ordnungsgemäß seine Bedenken mitgeteilt hat und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die angewiesene Ausführung zu einem Mangel oder weiteren Schäden führen wird.
4. Die Beweislast für eine diesbezügliche Anweisung durch den Auftraggeber trägt der Auftragnehmer.
5. Ist der Auftragnehmer zur Fortsetzung der Leistungserbringung nicht verpflichtet, ist eine ausgesprochene außerordentliche Kündigung wegen Verzuges unzulässig und in eine freie Kündigung umzudeuten (im Anschluss an BGH, Urteil vom 24. Juli 2003 - VII ZR 218/02 = BauR 2003, 1889).
6. (...)

OLG Dresden, Urteil vom 29.06.2022, Az.: 22 U 1689/20; BauR 2023, 98 = ZfBR 2022, 792 = IBR 2022, 504 = IBR 2022, 562

6. Außerordentliche Kündigung eines Architektenvertrages

1. Wird durch Zwischenfeststellungsurteil festgestellt, dass ein Vertrag zu Stande gekommen ist, steht die Rechtskraft dieses Urteils der Anfechtung der zum Vertrag führenden Willenserklärung auch dann entgegen, wenn die Anfechtung nach Rechtskraft des Zwischenfeststellungsurteils erklärt wird.
2. Beruft sich der Auftraggeber darauf, dass ein wirksamer Architektenvertrag nicht zu Stande gekommen sei und verweigert er auf dieser Grundlage die Erfüllung des Vertrags, kann die Erfüllungsverweigerung im Falle der Wirksamkeit des Vertrags nicht ohne Weiteres als konkludente Kündigung angesehen werden (Anschluss an BGH, Urteil vom 16. Mai 1968 - VII ZR 40/66, BGHZ 50, 175-179, juris Rn. 18).
3. Zur außerordentlichen Kündigung eines Architektenvertrages, wenn der Architekt nach Vertragsschluss wegen berufsrechtlicher Verstöße aus der Architektenliste gelöscht wird.
4. Grundsätzlich muss die Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist nach Kenntniserlangung vom Kündigungsgrund erfolgen. Bei einem Architektenvertrag

mit einer Architektengemeinschaft kann das Zuwarten von rund 3 Monaten von der Kenntniserlangung der berufsrechtlichen Verstöße des Architekten bis zur Erklärung der Auftragsentziehung noch angemessen sein, wenn in dieser Zeit noch keine gesicherte Kenntnis von der Person des in der Gemeinschaft tätigen Architekten vorlag, der wegen Unzuverlässigkeit aus der Architektenliste gelöscht wurde.

OLG Stuttgart, Urteil vom 18.10.2022, Az.: 10 U 99/22; BauR 2023, 678 = ZfBR 2023, 678

X. Mängel vor der Abnahme

1. *Vor Abnahme ist Mängelbeseitigung fast immer zumutbar*

1. Haben die Bauvertragsparteien einen Fertigstellungstermin vereinbart, wird der Anspruch des Bestellers auf mangelfreie Herstellung erst zu diesem Zeitpunkt fällig.
2. Der Anspruch auf Mängelbeseitigung kann in Fällen, in denen die sofortige Mängelbeseitigung geboten ist, weil ansonsten die Vertragserfüllung ernsthaft gefährdet wäre, bereits vor dem Fertigstellungstermin fällig sein.
3. Der Besteller hat vor dem Fertigstellungstermin einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, wenn der Unternehmer durch seine Weigerung, die Arbeiten vorzunehmen, die Erfüllung des gesamten Vertrags massiv gefährdet.
4. Vor der Abnahme kann sich der Unternehmer grundsätzlich nicht darauf berufen, dass die Mängelbeseitigung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich sei.
5. Auch wenn die VOB/B nicht vereinbart ist, ist der Unternehmer zur Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik verpflichtet.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 02.06.2020, Az.: 23 U 149/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 11.02.2021, Az.: VII ZR 106/20); IBR 2022, 233

2. *Keine Mängelrechte gemäß § 634 BGB vor der Abnahme*

Den Unternehmer trifft grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sein Werk frei von Mängeln ist, wenn sogenannte Mängelrechte vor der Abnahme geltend gemacht werden. Das trifft aber in erster Linie nur zu, wenn der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangt und der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Annahme anbietet und der Besteller nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend macht. Ansonsten gilt, dass der Besteller Mängelrechte gem. § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen kann

OLG Celle, Urteil vom 01.09.2021, Az.: 14 U 114/20; BauR 2022, 920 = NZBau 2022, 226 = NJW-RR 2022, 241 = IBR 2022, 21

3. *Es gibt Mängelrechte vor Abnahme im BGB-Vertrag!*

Gerät der Auftragnehmer mit der Herstellung in Verzug, steht dem Auftraggeber auch vor Abnahme ein Anspruch auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten für die

Fertigstellung der Leistung zu. Auch Kostenvorschuss kann verlangt werden, sofern ein Abrechnungsverhältnis vorliegt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.06.2022, Az.: 22 U 192/21; BauR 2023, 673 = IBR 2022, 453

4. *Mängelbeseitigungsfrist vor Abnahme gesetzt: Stehen dem Besteller Mängelansprüche zu?*

Eine nochmalige Fristsetzung - dieses Mal zur Nacherfüllung gem. § 637 Abs. 1 BGB - kann entbehrlich sein, wenn der Auftraggeber vor Abnahme bzw. Eintritt eines Abnahmesurrogats wegen derselben Leistungsdefizite eine Erfüllungsfrist gesetzt hat, sofern nur der Erfüllungsanspruch fällig ist, der Unternehmer das Werk als fertig gestellt zur Abnahme angeboten hat und der Nacherfüllungsanspruch später aufgrund Abnahme fällig wird oder der Besteller nach Fristablauf die (Nach-)Erfüllung endgültig ablehnt und deshalb ein Abrechnungsverhältnis entsteht (Anschluss an und Fortführung von BGH, IBR 2017, 186).

OLG Hamm, Urteil vom 27.09.2022, Az.: 24 U 57/21; BauR 2023, 959 = NJW 2023, 2045 = IBR 2023, 66

5. *Fristsetzung vor Abnahme und Mängelrechte*

1. Eine vor Begründung des Abrechnungsverhältnisses vorgenommene Fristsetzung muss nach dem Übergang in das Gewährleistungsstadium nicht wiederholt werden.
2. Der Besteller kann nach Fristablauf ohne Rechtsverlust zur Ersatzvornahme schreiten. Es ist für seine Mängelrechte unschädlich, wenn er erst anschließend ein Abrechnungsverhältnis begründet.
3. (...)

OLG Koblenz, Urteil vom 15.12.2022, Az.: 1 U 516/22; NZBau 2023, 381 = NJW-RR 2023, 663 (ähnlich OLG Koblenz, Urteil vom 15.12.2022, Az.: 1 U 688/22, BauR 2023, 1966)

XI. Vergütung/Zahlung

1. Allgemein/Fälligkeit

1. *Dürfen nicht abgerechnete Nachträge „nachgeschoben“ werden?*

1. Stellt der Auftragnehmer seine Schlussrechnung und wird diese vom Auftraggeber vorbehaltlos beglichen, darf der Auftraggeber die geltend gemachte Schlussrechnungsforderung des Auftragnehmers als abschließend ansehen.
2. (...)

OLG Rostock, Urteil vom 12.11.2021, Az.: 7 U 52/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 01.06.2022, Az.: VII ZR 885/21); IBR 2022, 556

2. Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung ist keine Fälligkeitsvoraussetzung!

1. Eine Klausel in einem vom Auftraggeber vorformulierten Bauvertrag, wonach die Vorlage von (Unbedenklichkeits-)Bescheinigungen Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung ist, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam. Das gilt jedenfalls dann, wenn schon das Fehlen einer einzigen Bescheinigung dazu führt, dass die Forderung insgesamt nicht fällig wird.
2. Der Arbeitnehmer eines Nachunternehmers ist nicht verpflichtet und kann durch eine vorformulierte Klausel auch nicht dazu verpflichtet werden, den Generalunternehmer von der Nichtzahlung des Mindestlohns in Kenntnis zu setzen.

OLG Hamm, Beschluss vom 19.05.2022, Az.: 21 U 18/21; BauR 2022, 1781 = NZBau 2022, 665 = NJW-RR 2022, 1467 = IBR 2022, 446

3. Fälligkeit des Wertersatzes des Unternehmers nach Widerruf eines Verbraucherbauvertrages

Der Wertersatz des Unternehmers gem. § 357d BGB (i.d.F. vom 28.04.2017) jetzt § 357e BGB nach Widerruf eines Verbraucherbauvertrages wird erst mit Vorlage einer prüffähigen Schlussrechnung fällig. Die pauschale Behauptung, dass vereinbarte und geleistete Abschlagszahlungen dem tatsächlichen Leistungsstand entsprechen, genügt dieser nicht.

OLG Rostock, Beschluss vom 23.11.2022, Az.: 4 U 14/22; BauR 2023, 979 = NZBau 2023, 522

4. Unbedenklichkeitsbescheinigung ist keine Fälligkeitsvoraussetzung!

1. Nach Eintritt der Schlussrechnungsreife kann der Auftragnehmer keine Abschlagsforderungen mehr geltend machen.
2. Eine Klausel in einem vom Auftraggeber vorformulierten Bauvertrag, wonach die Vorlage von (Unbedenklichkeits-)Bescheinigungen Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung ist, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam. Dies gilt jedenfalls dann, wenn schon das Fehlen einer einzigen Bescheinigung dazu führt, dass die Forderung insgesamt nicht fällig wird (Bestätigung von Senat, IBR 2022, 446).
3. (...)

OLG Hamm, Beschluss vom 15.12.2022, Az.: 21 U 30/22; BauR 2023, 1124 = IBR 2023, 177

5. Kein Leistungsverweigerungsrecht nach Kündigung!

1. Der Besteller hat gegen den Werkunternehmer aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt noch ein (vorübergehendes) Leistungsverweigerungsrecht im Hinblick auf die Werklohnforderung aus dessen Schlussrechnung über erbrachte Teilleistungen,

wenn er selbst das Vertragsverhältnis vorzeitig, d. h. vor endgültiger Fertigstellung und Abnahme des Werks, gekündigt hat.

2. (...)

OLG Naumburg, Urteil vom 29.12.2022, Az.: 2 U 21/22; BauR 2023, 1950 = IBR 2023, 338

6. Rückforderung der Bauabzugssteuer

Zahlt der Auftraggeber den Werklohn, ohne die Bauabzugssteuer abzuführen, vollständig an den Auftragnehmer, obwohl der Auftragnehmer keine Freistellungsbescheinigung vorgelegt hat, und führt der Auftraggeber später die Bauabzugssteuer an das Finanzamt ab, ist der Auftragnehmer aufgrund einer aus dem Vertragsverhältnis resultierenden Nebenpflicht verpflichtet, dem Auftraggeber den an das Finanzamt abgeführten Betrag zu erstatten.

OLG Celle, Urteil vom 18.01.2023, Az.: 14 U 51/22; BauR 2023, 1523 = NZBau 2023, 660 = NJW-RR 2023, 999

7. Auch eine Teilschlussrechnung muss prüfbar sein!

1. Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers wird auch ohne Abnahme fällig, wenn der Auftraggeber nicht mehr Erfüllung, sondern wegen Mängeln der Leistung nur noch Schadensersatz oder Minderung verlangt, so dass das Vertragsverhältnis in ein sog. Abrechnungsverhältnis übergegangen ist.
2. Auch eine Teilschlussrechnung muss prüfbar sein. Sie ist prüfbar, wenn die in der Teilschlussrechnung enthaltenen Angaben den Auftraggeber in die Lage versetzen, die Berechtigung der geltend gemachten Forderung zu überprüfen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 21.06.2023, Az.: 4 U 102/22; BauR 2023, 2084 = NJW-RR 2023, 1509 = NZBau 2023, 733 = IBR 2023, 449

8. Reichweite der Bindungswirkung eines Aufmaßes

1. Die Bindungswirkung des gemeinsamen Aufmaßes geht, sofern ein weitergehender Willen der Parteien im konkreten Fall nicht ausnahmsweise feststellbar ist, nicht über die Feststellung des Umfangs der erbrachten Leistung hinaus.

2. (...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 20.07.2023, Az.: 10 U 14/23; BauR 2023, 2105 = NZBau 2024, 90 = NJW-RR 2024, 150 = ZfBR 2023, 676 = IBR 2023, 448

2. Stundenlohn

1. Anforderungen an Stundenlohnabrechnungen

1. Der Unternehmer muss zur schlüssigen Begründung eines nach Zeitaufwand zu bemessenden Vergütungsanspruchs im Ausgangspunkt nur darlegen und gegebenenfalls beweisen, wie viele Stunden für die Erbringung der Vertragsleistungen mit welchen Stundensätzen angefallen sind.
2. Die schlüssige Abrechnung eines Stundenlohnvertrags setzt grundsätzlich keine Differenzierung in der Art voraus, dass die abgerechneten Arbeitsstunden einzelnen Tätigkeiten zugeordnet und/oder nach zeitlichen Abschnitten aufgeschlüsselt werden. Sie muss vom Unternehmer nur in den Fällen vorgenommen werden, in denen die Vertragsparteien eine dementsprechend detaillierte Abrechnung vertraglich vereinbart haben.
3. Es ist Sache des Bestellers, eine Begrenzung der Stundenlohnvergütung dadurch zu bewirken, dass er Tatsachen vorträgt, aus denen sich die Unwirtschaftlichkeit der Betriebsführung des Unternehmers ergibt. Auch soweit in Frage steht, ob es sich bei den abgerechneten Stunden um Nachbesserungsarbeiten handelt, obliegt es dem Besteller, diese Umstände darzulegen.

BGH, Beschluss vom 01.02.2023, Az.: VII ZR 882/21; NZBau 2023, 224 = NJW-RR 2023, 450 = IBR 2023, 175

2. Abzeichnung von Stundenlohnzetteln ist keine Vereinbarung von Stundenlohnzahlung

Die Abzeichnung von Stundenlohnzetteln genügt in der Regel nicht für die Annahme des nachträglichen - stillschweigenden - Abschlusses einer Stundenlohnvereinbarung.

OLG Köln, Beschluss vom 04.01.2021, Az.: 17 U 165/19; BauR 2022, 501 = IBR 2021, 565

3. Besteller muss Unwirtschaftlichkeit der Stundenlohnarbeiten beweisen!

1. Zur schlüssigen Begründung eines nach Zeitaufwand zu bemessenden Vergütungsanspruchs muss der Unternehmer nur darlegen, wie viele Stunden für die Erbringung der Vertragsleistungen angefallen sind.
2. Die Vereinbarung einer Stundenlohnvergütung für Werkleistungen begründet eine vertragliche Nebenpflicht zur wirtschaftlichen Betriebsführung, deren Verletzung sich aber nicht unmittelbar vergütungsmindernd auswirkt, sondern einen vom Besteller geltend zu machenden Schadensersatzanspruch entstehen lässt. Dessen tatsächliche Voraussetzungen muss der Besteller darlegen und beweisen.
3. Den Unternehmer trifft eine sekundäre Darlegungslast, wenn der Besteller nicht nachvollziehen kann, welche konkreten Leistungen der Unternehmer erbracht hat, und ihm deshalb die Möglichkeit genommen ist, die Wirtschaftlichkeit des abgerechneten Zeitaufwands zu beurteilen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.02.2021, Az.: 23 U 126/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 13.10.2021, Az.: VII ZR 264/21); IBR 2022, 463

4. Anforderungen an Darlegung unangemessenen Zeitaufwand bei Stundenlohnvergütung, Schwarzarbeitsgesetz

1. Es ist grundsätzlich Sache des Bestellers, eine Begrenzung der Stundenlohnvergütung dadurch zu bewirken, dass er Tatsachen vorträgt, aus denen sich die Unwirtschaftlichkeit der Betriebsführung des Unternehmers ergibt. An die dem Besteller obliegende Darlegung solcher Tatsachen sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt, wenn der Besteller Tatsachen vorträgt, die den Anspruch auf Freistellung von überhöhten Stundenlohnforderungen rechtfertigen. Dafür reicht es aus, dass der Besteller im ihm möglichen Umfang Anhaltspunkte darlegt, nach denen der vom Unternehmer für die feststellbar erbrachten Leistungen abgerechnete Zeitaufwand nicht den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Leistungsausführung entspricht.
2. (...)

OLG Köln, Urteil vom 16.12.2021, Az.: 7 U 12/20; BauR 2022, 1358 = NZBau 2022, 222 = IBR 2022, 115

3. Abschlagszahlung

1. Mangelverdacht begründet keine Mängelrechte

1. Die Mangelfreiheit ist keine Voraussetzung für die Fälligkeit vertraglich vereinbarter Abschlagsforderungen. Der Besteller hat vielmehr wegen solcher Mängel ein Leistungsverweigerungsrecht in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten nebst Druckzuschlag.
2. (...)

OLG Schleswig, Urteil vom 27.04.2018, Az.: 1 U 90/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 27.01.2021, Az.: VII ZR 125/18); BauR 2022, 273 = IBR 2021, 354

2. Nachtragsforderung wird durch Abschlagszahlung nicht anerkannt!

1. Abschlagszahlungen haben vorläufigen Charakter und über sie erfolgt später noch eine endgültige Abrechnung. Deshalb rechtfertigt eine Zahlung auf eine Abschlagsrechnung nicht die Annahme eines Anerkenntnisses.
2. (...)

OLG Hamburg, Urteil vom 27.11.2020, Az.: 8 U 7/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 27.10.2021, Az.: VII ZR 11/21); BauR 2022, 1352 = IBR 2022, 282

3. Abrechnungspflicht des Architekten zu Abschlägen

1. Solange der Auftragnehmer im Prozess über die Rückzahlung von Abschlags- bzw. Vorauszahlungen von Architektenhonorar keine endgültige Abrechnung vorlegt,

kann es auf die Frage, ob eine Kündigung aus wichtigem Grund oder lediglich eine sog. freie Kündigung vorliegt, nicht entscheidungserheblich ankommen. Denn der Auftragnehmer hat nicht nur im Falle einer Kündigung aus wichtigem Grund durch Legung einer Endabrechnung darzulegen (und ggf. zu beweisen), dass er die vereinbarten Vorauszahlungen endgültig behalten darf. Vielmehr gilt dies grundsätzlich ebenso im Falle einer freien Kündigung.

2. Auch im letzteren Falle hat der Auftragnehmer seine gesamten Leistungen, also die erbrachten wie die nicht erbrachten insgesamt abzurechnen und in diese Abrechnung die geleisteten Abschlagszahlungen einzustellen. Zudem hat er zu beziffern, was er sich an ersparten Aufwendungen bzw. als Erwerb durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft anzurechnen lassen hat.
3. Auch im Falle des Streits zwischen den Vertragsparteien über das Vorliegen einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund oder einer freien Kündigung muss der Auftragnehmer von seinem Standpunkt aus eine entsprechende Abrechnung zunächst vornehmen.
4. Solange er dies nicht tut, kann der Auftraggeber bei schlüssiger eigener Berechnung einen etwaigen Überschuss zurückverlangen, ohne dass es auf einer Klärung der Kündigungsfrage ankommt.

OLG Celle, Urteil vom 06.10.2021, Az.: 14 U 153/20; NZBau 2022, 107 = NJW-RR 2022, 307 = IBR 2022, 77

4. Verjährung eines Anspruchs auf Zahlung von Restwerklohn

1. Abschlagsforderungen unterliegen einer selbstständigen Verjährung und können dann nicht mehr verlangt werden können, wenn Schlussrechnungsreife besteht.
2. Ist die Klage im ersten Rechtszug als derzeit unbegründet abgewiesen worden, so steht einer endgültigen Abweisung der Klage im Berufungsverfahren - hier wegen Verjährung des (Rest-)Werklohnanspruchs - nicht das Verschlechterungsverbot entgegen. Das Verbot der reformatio in peius ist nicht anwendbar, da der Kläger durch das angefochtene Urteil noch keine schutzwürdige Position erlangt hat
3. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 10.03.2022, Az.: 24 U 194/20; BauR 2022, 1222 = NJW 2022, 2120 = NZBau 2022, 462 = IBR 2022, 232

4. Verzug

1. Zahlungsverzug öffentlicher Stellen ist wirksam zu sanktionieren!

1. Es ist mit der Richtlinie 2011/7/EU nicht vereinbar, für öffentliche Auftraggeber pauschal eine Zahlungsfrist von 60 Kalendertagen zu bestimmen, und zwar auch dann, wenn die Frist sich aus einer Frist für das Abnahmeverfahren, gefolgt von einer Zahlungsfrist, zusammensetzt.
2. Der Dienstleister kann bei Zahlungsverzug für jeden Geschäftsvorgang pauschal einen Mindestbetrag von 40 Euro zur Abgeltung seiner Beitreibungskosten verlangen.

3. Der in einer Rechnung ausgewiesene Mehrwertsteuerbetrag ist in den für die Verzugsfolgen relevanten fälligen Betrag einzubeziehen.

EuGH, Beschluss vom 20.10.2022, Az.: Rs. C-585/20; IBR 2023, 298

5. Kündigung

1. "Kündigungsvergütung" ist nur zum Teil umsatzsteuerpflichtig!

Die nach Kündigung eines Architektenvertrags zu zahlende Vergütung ist nur insoweit Entgelt i.S.v. § 10 Abs. 1 UStG, als sie auf schon erbrachte Leistungsteile entfällt.

BFH, Urteil vom 26.08.2021, Az.: V R 13/19; IBR 2022, 98

2. "Freie" Kündigung: Was muss der Auftragnehmer zum anderweitigen Erwerb darlegen?

1. Kündigt der Auftraggeber einen Bauvertrag "frei", sind vom Auftragnehmer bezüglich des auf die nicht erbrachten Leistungen entfallenden Vergütungsanteils nur solche (sekundären) Darlegungen zu einem eventuell anderweitigen Erwerb erforderlich, die dem Auftraggeber eine sachgerechte Rechtswahrung ermöglichen.
2. Dazu reicht es zunächst aus, wenn sich der Auftragnehmer zu Füllaufträgen wahrheitsgemäß, nachvollziehbar und widerspruchsfrei erklärt. Die Angaben müssen dabei allerdings umso genauer sein, je wahrscheinlicher ein anderweitiger Erwerb ist.

BGH, Beschluss vom 15.03.2023, Az.: VII ZR 150/22; BauR 2023, 1379 = NZBau 2023, 514 = NJW-RR 2023, 937 = IBR 2023, 335

3. Vergabegewinn als Schadensposition i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B

1. (...)
2. Verzichtet der Auftraggeber auf einzelne Positionen, handelt es sich um eine isolierte (selbstverständlich zulässige) Entscheidung des Auftraggebers nach Vertragschluss. Mithin liegt keine Störung der Geschäftsgrundlage gemäß den Wertungen des § 2 VOB/B vor, sondern auf diesen Fall ist vielmehr § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B anzuwenden.
3. Der Vergabegewinn kann als Schadensposition des § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B geltend gemacht werden.

OLG Celle, Beschluss vom 08.10.2020, Az.: 16 U 34/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 12.01.2022, Az.: VII ZR 240/20); BauR 2022, 1511 = IBR 2022, 390

4. *Unberechtigter Rücktritt vom Fertighausvertrag: Erwerber muss 8% Schadensersatz zahlen!*

Die Klausel in einem Bauvertrag über die Errichtung eines Fertighauses, wonach dem Auftragnehmer im Fall des unberechtigten Rücktritts des Auftraggebers ein pauschalierter Schadensersatzanspruch i.H.v. 8% der vereinbarten Vergütung zusteht, benachteiligt den Auftraggeber nicht unangemessen und ist wirksam (vgl. BGH, IBR 2006, 382).

OLG Frankfurt, Urteil vom 31.03.2021, Az.: 29 U 178/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 09.02.2022, Az.: VII ZR 410/21); IBR 2022, 565

5. *Abrechnung des Bauvertrages nach Kündigung – Bedeutung der Kalkulation*

1. Bei einer Kündigung des Bauvertrages hat sich der Unternehmer bei der Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen das anrechnen zu lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart.
2. Erspart worden sind die Einzelkosten der Teilleistung und die damit verbundenen Baustellengemeinkosten. Dabei ist auf die tatsächlichen Kosten, nicht die kalkulierten Kosten abzustellen. Der Unternehmer kann allerdings zur Darlegung der ersparten Aufwendungen auf seine Urkalkulation oder eine nachträglich erstellte Kalkulation Bezug nehmen.
3. Dem Besteller bleibt dann die Möglichkeit darzulegen und zu beweisen, dass die ersparten Aufwendungen höher sind, die Kalkulation also nicht zutreffend war. Dabei muss er konkret darlegen, welche Einzelkosten der Teilleistung aus seiner Sicht zu niedrig bemessen sind oder dass erforderliche Leistungen nicht kalkuliert worden sind. Einen solchen konkreten Vortrag kann der Besteller nicht dadurch ersetzen, dass er pauschal einen Gemeinkostenzuschlag in bestimmter Höhe vorträgt.
4. Es spielt keine Rolle, ob der Gemeinkostenzuschlag überhöht kalkuliert wurde oder nicht, weil der Gewinn auch zur Deckung der Allgemeinen Geschäftskosten dient. Deshalb kann die Deckung von Allgemeinen Geschäftskosten und Gewinn nicht getrennt werden.
5. Zum anderweitigen Erwerb genügt eine konkludente Erklärung des Unternehmers dazu, ob er Füllaufträge hatte.
6. Ein vereinbarter Nachlass ist auch bei der Ermittlung der großen Kündigungsvergütung zu berücksichtigen.
7. Eine prüfbare Schlussrechnung führt zur Fälligkeit des Werklohns auch für Anteile desselben, die nicht in der Schlussrechnung aufgeführt sind.
8. Werklohn für nicht erbrachte Leistungen ermöglicht keinen Vorsteuerabzug. Der Auftraggeber kann deshalb ein Zurückbehaltungsrecht nicht darauf stützen, dass die Schlussrechnung den Werklohn für nicht erbrachte Teilleistungen nicht ausweise.
9. Werklohn für nicht erbrachte Leistungen ist im Verzugsfalle nur mit dem niedrigeren Regelsatz zu verzinsen, weil es sich nicht um eine Entgeltforderung i.S.d. § 288 Abs. 2 BGB handelt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.08.2021, Az.: 22 U 267/20; BauR 2022, 113 = NZBau 2022, 30 = IBR 2022, 9

6. *Außerordentliche Kündigung vor Ausführung: Keine Vergütung für Vorarbeiten und Planung!*

1. Weil sich die Wirkung einer Kündigung aus wichtigem Grund auf die Zukunft beschränkt, bleibt dem Unternehmer der Anspruch auf Vergütung für die erbrachten Leistungen erhalten. Dazu gehören aber nur diejenigen Arbeiten, die sich zum Zeitpunkt der Kündigung bereits im Bauwerk verkörpert haben.
2. Für Vorarbeiten und Planungen, die keine eigenständige Leistung darstellen und deren Vergütung in die Baupreise eingerechnet ist, kann der Unternehmer keine Vergütung verlangen, wenn die Bauleistung selbst nicht erbracht ist.
3. Ausnahmsweise kann ein Vergütungsanspruch nach den Geboten von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bestehen, wenn die Leistung für die Weiterführung des Bauvorhabens uneingeschränkt tauglich ist und dem Besteller die Verwendung unter Berücksichtigung aller Umstände zugemutet werden kann.

OLG Köln, Urteil vom 13.04.2022, Az.: 11 U 7/21; IBR 2022, 563

7. *Anrechnung von ersparter Vergütung nach Auftragsentziehung*

1. (...)
6. Im Falle einer freien Kündigung ist für die Abrechnung zwischen erbrachten und nicht erbrachten Leistungen zu unterscheiden. Dabei muss der Auftragnehmer das Verhältnis der bewirkten Leistung zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darlegen. Soweit zur Bewertung der erbrachten Leistungen Anhaltspunkte aus der Zeit vor Vertragsschluss nicht vorhanden oder nicht ergiebig sind, muss der Auftragnehmer im Nachhinein im Einzelnen darlegen, wie die erbrachten Leistungen unter Beibehaltung des Preisniveaus zu bewerten sind.
7. Die Abgrenzung zwischen erbrachten und nicht erbrachten Leistungen und deren Bewertung muss den Auftraggeber in die Lage versetzen, sich sachgerecht zu verteidigen.
8. Im Falle einer freien Kündigung muss sich der Auftragnehmer bei Geltendmachung seiner Vergütung dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Dabei wird gesetzlich vermutet, dass dem Auftragnehmer 5% der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden Vergütung zustehen.
9. Als anderweitige Verwendung der Arbeitskraft können insbesondere sog. „Füllaufträge“ angesehen werden. Dabei handelt es sich um Aufträge, die der Unternehmer aufgrund der durch die Kündigung freigewordenen Kapazitäten ersatzweise angenommen hat oder die bereits vorlagen, nunmehr aber vorgezogen werden konnten, ohne dass der Auftragnehmer hierdurch einen Verlust erleidet. Das Vorziehen bereits vorliegender Aufträge führt allerdings dann nicht zur Anrechnung, wenn die dadurch entstehenden späteren Auftragslücken nicht ihrerseits wieder durch

Folgeaufträge erfüllt werden können. Das vorliegende Geschäftsmodell beruht auf der vorsorglichen Entgegennahme von Füllaufträgen, indem grundsätzlich mehr Aufträge angenommen werden als erledigt werden können und so ein Puffer für Ausfälle vorhanden ist. Damit hat vorliegend der Unternehmer einen Sachverhalt vorgetragen, nach dem die Kündigung des Vertrages ihn in der Gesamtbetrachtung keine Schäden verursacht hat, denn frei gewordene Kapazitäten hat er gewinnbringend nutzen können; zumindest muss er sich so behandeln lassen.

10. Grundsätzlich trifft den Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Auftragnehmer Aufwendungen erspart oder Vorteile durch anderweitigen Erwerb erlangt hat. Da jedoch der Besteller kaum in der Lage ist, die notwendigen Tatsachen aus eigener Kenntnis vorzubringen, obliegt dem Auftragnehmer eine - sekundäre - Darlegungslast dergestalt, dass er zunächst vorzutragen und zu beziffern hat, was er sich insoweit anrechnen lassen will. Hierzu muss der Auftragnehmer seine interne Kalkulation offenlegen. Erst danach ist es Sache des Auftraggebers dazulegen und zu beweisen, dass dem Auftragnehmer weitere Vorteile entstanden oder die angegebenen Ersparnisse höher ausgefallen sind.

11.(...)

OLG Dresden, Urteil vom 29.06.2022, Az.: 22 U 1689/20; BauR 2023, 98 = ZfBR 2022, 792 = IBR 2022, 504

8. *Anrechnung eines frei gekündigten Einheitspreisvertrages*

1. Ein frei gekündigter Einheitspreisvertrag ist in Anknüpfung an die Vertragspreise abzurechnen mit der Folge, dass günstige und ungünstige Posten nicht untereinander verrechenbar sind.
2. Allgemeine Geschäftskosten sowie alle Kosten im Betrieb des Auftragnehmers, die unabhängig vom gekündigten Bauvertrag ohnehin entstanden wären, fallen jedoch nicht unter die ersparten Kosten. Sie können somit allenfalls durch anderweitigen Erwerb gedeckt werden.
3. Der Einwand des Auftraggebers, der Auftragnehmer ziehe unangemessen niedrigen, weil nicht marktkonformen Materialaufwand ab, ist unbehelflich, wenn sich der Auftragnehmer auf das konkrete Angebot eines Lieferanten stützt. Dem Auftraggeber bleibt dann nur der Nachweis, es handele sich um ein Scheinangebot.
4. Anderweitiger Erwerb ist nicht abzuziehen, wenn der Auftraggeber einen solchen nicht behauptet.

OLG Brandenburg, Urteil vom 20.10.2022, Az.: 12 U 37/21; BauR 2023, 639 = NZBau 2023, 166 = NJW-RR 2023, 527 = IBR 2023, 62

9. *Klage auf § 650f BGB-Sicherheit: Gericht kann Abschlag vornehmen!*

1. (...)
3. Die schlüssige Darlegung der großen Kündigungsvergütung gem. § 648 BGB bzw. § 650f Abs. 5 Satz 2 BGB setzt nicht voraus, dass der Werkunternehmer Angaben zu seinem anderweitigen Erwerb macht.

4. (...)

KG, Urteil vom 08.11.2022, Az.: 21 U 142/21; IBR 2023, 73

10. *Kündigungsabrechnung bei unbefugtem Subunternehmereinsatz*

1. (...)

3. Der Einsatz von Nachunternehmern bedarf grundsätzlich einer Zustimmung des Bestellers.

4. Bei der Abrechnung einer Kündigungsvergütung kann der Unternehmer nicht auf ersparte Nachunternehmerkosten abstellen, wenn er zum Einsatz von Nachunternehmern nicht befugt war.

OLG Brandenburg, Urteil vom 10.11.2022, Az.: 12 U 69/22; NJW 2023, 927 = NZBau 2023, 231

11. *Folgeauftrag als Füllauftrag*

1. (...)

3. Wird ein Planungsauftrag für die Modernisierung eines Bestandsgebäudes vorzeitig gekündigt und zugleich ein neuer Planungsauftrag für den Umbau und die Modernisierung eines Gebäudekomplexes unter Einschluss des vorgenannten Bestandsgebäudes erteilt, so muss sich der Planer bei der Vergütung der nicht erbrachten Leistungen des zuerst genannten, vorzeitig beendeten Auftrags die Vergütung der erbrachten Leistungen des zuletzt geschlossenen Vertrags als anderweitigen Erwerb anrechnen lassen

OLG Naumburg, Urteil vom 24.11.2022, Az.: 2 U 180/21; BauR 2023, 1685 = IBR 2023, 407

12. *Anspruch auf große Kündigungsvergütung: Ersparnisberechnung auf Kalkulationsbasis?*

Solange sich keine Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung ergeben, reicht es bei der Geltendmachung der großen Kündigungsvergütung aus, wenn der Werkunternehmer die Ersparnis auf der Grundlage seiner ursprünglichen Kalkulation berechnet. Der Werkunternehmer kann auch auf Basis eines geplanten, aber bislang nicht genehmigten Subunternehmereinsatzes jedenfalls dann abrechnen, wenn keine Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung gegeben sind. Dabei müssen derartige Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung sich bereits in einem Verhalten der Vertragsparteien vor Vertragsbeendigung manifestiert haben.

KG, Urteil vom 05.05.2023, Az.: 7 U 74/21; BauR 2023,2103 = ZfBR 2023, 573 = IBR 2023, 337

13. Nicht anderweitig verwertbare Materialien sind keine ersparten Aufwendungen!

1. Kündigt ein Besteller einen Werkvertrag "frei", stellen Materialien, die der Unternehmer speziell für das vertraglich geschuldete Bauwerk beschafft hat und nicht anderweitig verwenden kann, keine ersparten Aufwendungen dar. Allerdings ist der Unternehmer nach Treu und Glauben verpflichtet, dem Besteller auf dessen Verlangen das Material herauszugeben und zu übereignen oder unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderung die Bauteile anderweitig zu verwerten.
2. Der auf eine nicht erbrachte Leistung gerichtete Anspruch eines Unternehmers nach "freier" Kündigung des Werkvertrags durch den Besteller unterliegt nicht der Umsatzsteuerpflicht.

OLG Dresden, Urteil vom 23.06.2023, Az.: 22 U 2617/22; IBR 2023, 505

XII. Abnahme

1. Wer zum Termin kommt, hat auch Vollmacht!

1. Sind sich die Parteien eines Werkvertrags darüber einig, dass ein Inbetriebnahmeversuch stattfindet, und entsenden sie ihre Techniker zu dessen Durchführung (und gegebenenfalls Protokollierung), ist die eventuelle Vorstellung der Techniker, dass keine Inbetriebnahme erfolgt, irrelevant.
2. Entsendet eine Vertragspartei einen Mitarbeiter zu einem Termin, in dem die Inbetriebnahme stattfinden soll, kann die andere Vertragspartei davon ausgehen, dass der Mitarbeiter zu allen mit der Inbetriebnahme zusammenhängenden Rechtshandlungen bevollmächtigt ist. Das gilt auch dann, wenn der Mitarbeiter bis dato nur für die technische Seite des Projekts zuständig war.

OLG München, Urteil vom 22.05.2019, Az.: 7 U 2782/18; IBR 2022, 462

2. Heizungsanlage wird drei Monate nach Fertigstellung konkludent abgenommen!

1. Eine konkludente Abnahme liegt vor, wenn keine wesentlichen Vertragsleistungen mehr ausstehen und dem Verhalten des Auftraggebers zu entnehmen ist, dass er die Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt.
2. Auf einen Abnahmewillen kann regelmäßig nur geschlossen werden, wenn der Auftraggeber Gelegenheit hatte, die Beschaffenheit des Werks ausreichend zu prüfen, wobei die Dauer der Prüfungs- und Bewertungsfrist vom Einzelfall abhängt.
3. Wird der Auftragnehmer mit der Installation einer Heizungsanlage beauftragt, ist jedenfalls in den Wintermonaten eine Prüffrist von drei Monaten ausreichend und angemessen.

OLG München, Beschluss vom 17.05.2021, Az.: 28 U 744/21Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 10.11.2021, Az.: VII ZR 565/21); IBR 2022, 344

3. Keinen Vorbehalt erklärt: Schadensersatz für Mangel(folge)schäden

Die Abnahme des Werkes ohne Mängelvorbehalt schließt nur die in § 640 Abs. 3 BGB genannten Rechte, dagegen nicht die Ansprüche des Werkbestellers auf Schadensersatz wegen ihm entstandener Mangel- oder Mangelfolgeschäden aus.

OLG Köln, Beschluss vom 01.12.2021, Az.: 16 U 115/21; IBR 2022, 176

4. Fiktive Abnahme trotz vorheriger Mängelrüge

1. Eine fiktive Abnahme nach § 640 Abs. 2 BGB tritt auch dann ein, wenn der Besteller bereits vor der Fristsetzung Mängel des Werks gerügt hat. Das gilt jedenfalls dann, wenn dem Werkunternehmer keine erheblichen Mängel des Werks bekannt sind.
2. (...)

OLG Schleswig, Urteil vom 10.12.2021, Az.: 1 U 64/20; BauR 2022, 1208 = ZfBR 2022, 253 = IBR 2022, 120

5. Unwirksame Abnahmeklausel

1. Eine vom Auftragnehmer eines Bauvertrags vorformulierte Vertragsklausel, wonach die Leistung förmlich abgenommen wird und die Bauleistung mit Einzug als abgenommen gilt, wenn keine förmliche Abnahme stattfindet, benachteiligt den Auftraggeber unangemessen und ist unwirksam.
2. Aus der Unwirksamkeit einer von ihm gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingung darf der Auftragnehmer keine Vorteile ziehen. Die Nachteile, die sich daraus ergeben, dass trotz fehlender ausdrücklicher oder konkludenter Abnahme die Leistung mit dem Einzug des Auftraggebers als abgenommen gilt, hat deshalb der Auftragnehmer zu tragen.

OLG Hamm, Urteil vom 10.03.2022, Az.: 24 U 194/20; BauR 2022, 1222 = NJW 2022, 2120 = NZBau 2022, 462 = IBR 2022, 232

6. Gewährleistungsansprüche am Gemeinschaftseigentum

1. Für Gewährleistungsansprüche am Gemeinschaftseigentum ist eine Rechtsausübung durch die Gemeinschaft nach § 9a WEG erforderlich.
2. Eine Wohnungseigentümergeinschaft kann zwar Herstellungsansprüche der Erwerber an sich ziehen, ist aber grundsätzlich nicht befugt, die Abnahme der Werkleistung zu erklären.

OLG München, Urteil vom 22.03.2022, Az.: 28 U 3194/21; BauR 2022, 1369 = IBR 2022, 297

7. Kein Vorbehalt trotz offenkundiger Mängel: Verlust der verschuldensunabhängigen Mängelansprüche!

1. Rügt der Auftraggeber nach der vorbehaltlosen Abnahme der Leistungen einen offensichtlichen Mangel (hier: Putzbeschädigungen durch Abfräsen), kann seine Kenntnis von diesem Mangel bei der Erklärung der vorbehaltlosen Abnahme vorausgesetzt werden.
2. Hat der Auftraggeber eine mangelhafte Leistung in Kenntnis des Mangels abgenommen, kann er weder Mängelbeseitigung noch Erstattung der Ersatzvornahmekosten verlangen und auch die Vergütung nicht mindern. Er kann nur noch Schadensersatz oder den Ersatz vergeblicher Aufwendungen geltend machen.

OLG Hamburg, Urteil vom 03.05.2022, Az.: 4 U 13/21; IBR 2023, 182

8. Mangelfolgeschäden stehen der Abnahme nicht entgegen!

1. Unwesentliche Mängel sind kein Abnahmehindernis. Unwesentlich ist ein Mangel, wenn es dem Auftraggeber unter Abwägung aller Umstände zuzumuten ist, die Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäße Erfüllung anzunehmen und sich mit Mängelrechten zu begnügen.
2. Etwaige Mangelfolgeschäden stehen der Abnahme der Leistung nicht entgegen.
3. Der Auftraggeber hat in der Regel keinen Anspruch auf Beseitigung von Mangelfolgeschäden, sondern (nur) einen Anspruch auf Zahlung der zur Beseitigung der Mangelfolgeschäden erforderlichen Geldsumme.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 31.05.2022, Az.: 2 U 16/22; IBR 2023, 125

9. Leistungsverweigerungsrecht bei geringfügigem Mangel

1. (...)
2. Lehnt der Auftraggeber einer Werkleistung die Abnahme ab, kann gleichwohl unmittelbar der Werklohn beansprucht werden, wenn der Nachweis der Mangelfreiheit (im Wesentlichen) und damit der Abnahmereife geführt ist; der Besteller eines Bauwerks kann sich insbesondere nicht auf eine fehlende Abnahme berufen, wenn ein Mangel nach seiner Art, seinem Umfang und vor allem nach seinen Auswirkungen derart unbedeutend ist, dass das Interesse des Bestellers an einer Beseitigung vor Abnahme nicht schützenswert ist und sich seine Verweigerung deshalb als Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt. In diesem Fall ist der Werklohn des Unternehmers gemäß § 641 BGB fällig.
3. (...)

OLG Stuttgart, Urteil vom 02.06.2022, Az.: 13 U 9/21; BauR 2024, 125 = NZBau 2022, 658 = NJW-RR 2022, 1328 = IBR 2022, 628

10. Zerstörung der Abnahmefiktion bei einem benannten Mangelsymptom

1. Setzt der Auftragnehmer dem Auftraggeber nach der Fertigstellung der Leistung eine Frist zur Abnahme, treten die Abnahmewirkungen nicht ein, wenn der Auftraggeber innerhalb der Frist die Abnahme unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert.
2. Es reicht aus, wenn bei der Verweigerung der Abnahme ein einziger Mangel benannt wird. Auch genügt es, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer mitteilt, wo das Werk aus seiner Sicht nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat.
3. Der Auftraggeber braucht den Mangel nicht im Detail darzulegen, sondern lediglich so zu bezeichnen, dass der Mangel von Seiten des Auftragnehmers nachvollzogen und verortet werden kann. Die Angabe von Mängelsymptomen reicht. Nicht erforderlich ist die Angabe der Mangelursache.
4. Die Frage, ob die Wirkungen der Abnahme aufgrund einer Abnahmeerklärung oder einer fiktiven Abnahme eingetreten sind, ist ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis.

LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 03.05.2021, Az.: 12 O 6673/20; BauR 2022, 1086 = IBR 2022, 177

XIII. Bauverzögerung/Vertragsstrafe

1. Begriff der „Abrechnungssumme“ in Vertragsstrafenklausel

Der Begriff "Abrechnungssumme" in einer vom Besteller gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingung, mit der eine Vertragsstrafe vereinbart wird, ist in Bezug auf die Frage, ob dieser die Umsatzsteuer einschließt, zumindest mehrdeutig im Sinne des § 305c Abs. 2 BGB, mit der Folge, dass Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Bestellers als Verwenders gehen. Der Begriff "Abrechnungssumme" ist daher zugunsten des Auftragnehmers als Netto-Abrechnungssumme auszulegen.

BGH, Urteil vom 05.05.2022, Az.: VII ZR 176/20; BauR 2022, 1337 = NJW 2022, 2467 = NZBau 2022, 648 = ZfBR 2022, 562 = IBR 2022, 396

2. Verjährung von Schadensersatzansprüchen aus Bauverzug

1. Der Anspruch auf Ersatz des infolge Verzugs eingetretenen Schadens gemäß § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1 BGB unterliegt der regelmäßigen Verjährung (Bestätigung von BGH, Urteil vom 7. November 2014 - V ZR 309/12, BauR 2015, 825).
2. Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs gemäß § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1 BGB erfasst auch nachträglich eintretende Schadensfolgen, die im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs als möglich voraussehbar waren.

BGH, Urteil vom 19.05.2022, Az.: VII ZR 149/21; BauR 2022, 1342 = NJW 2022, 3347 = NZBau 2022, 585 = ZfBR 2022, 655 = IBR 2022, 447

3. Entschädigung aus § 642 BGB erfordert bauablaufbezogene Darstellung!

1. Können aufgrund fehlender Vorarbeiten drei Mitarbeiter des Auftragnehmers an drei Tagen nicht auf der Baustelle arbeiten und verlangt der Auftragnehmer deshalb vom Auftraggeber eine Entschädigung nach § 642 BGB, bedarf es einer konkreten bauablaufbezogenen Darstellung unter Berücksichtigung von Ausgleichsmaßnahmen.
2. Der Vortrag des Auftragnehmers, dass es "auf der Hand liegt, dass nicht irgendwo eine Baustelle bereitliegt" und "es für die am Bauvorhaben eingesetzte Kolonne keine parallel zu bearbeitende Baustelle gab", genügt diesen Anforderungen nicht.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.08.2019, Az.: 22 U 140/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.07.2020, Az.: VII ZR 196/19); IBR 2022, 61

4. Verteidigung gegen verzugsbedingte Kündigung: Bauablaufbezogene Darstellung erforderlich!

1. Kündigt der Auftraggeber den Bauvertrag wegen einer Überschreitung des vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermins, muss er den Verzögerungstatbestand darlegen und beweisen.
2. Macht der Auftragnehmer geltend, die Verzögerung sei auf Behinderungen zurückzuführen, so dass er an der rechtzeitigen Erbringung seiner Leistung schuldlos verhindert war, muss er dies substantiiert darlegen und beweisen. Dazu ist in der Regel eine bauablaufbezogene Darstellung unumgänglich.
3. Kündigt der Auftraggeber den Bauvertrag wegen Verzugs, ist der Auftragnehmer verpflichtet, dem Auftraggeber die Differenz zwischen den fiktiven Kosten der Fertigstellung nach Maßgabe der Vergütungsvereinbarung des gekündigten Vertrags einerseits und denjenigen Kosten andererseits zu erstatten, die der Auftraggeber für die Fertigstellung durch Dritte aufwenden muss.

OLG München, Beschluss vom 07.04.2020, Az.: 28 U 1694/19 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.09.2021, Az.: VII ZR 67/20); IBR 2022, 62

5. Unterlassen eines Leistungsabrufs sind keine rechtsgeschäftliche Anordnung

1. (...)
2. Das Unterlassen eines Leistungsabrufs stellt keine rechtsgeschäftliche Anordnung dar, sondern allenfalls eine vertragswidrige Behinderung der Ausführung.
3. Vertragswidrige Eingriffe lösen keine Vergütungsansprüche aus, sondern Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche.
4. Auch die Mitteilung des Auftragnehmers an den Auftraggeber, es lägen veränderte Umstände vor, rechtfertigt nicht die Annahme einer vertragsändernden Leistungsbestimmung. Notwendig ist vielmehr ein Verhalten des Auftraggebers, aus dem eine rechtsgeschäftliche Anordnung abzuleiten ist. Je weniger Einfluss der Auftraggeber auf die veränderten Baumstände hat, umso weniger wird ein Wille zu einer Anordnung anzunehmen sein.

OLG Hamburg, Urteil vom 27.11.2020, Az.: 8 U 7/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 27.10.2021, Az.: VII ZR 11/21); BauR 2022, 1352 = IBR 2022, 282 = IBR 2022, 283

6. Vertragsstrafe von 0,5% der Bruttoabrechnungssumme je angefangener Woche ist zulässig!

1. Stellt eine vom Auftraggeber vorformulierte Vertragsstrafenklausel nicht klar, ob als Bezugsgröße für die Berechnung der Vertragsstrafenhöhe die Brutto- oder die Nettoabrechnungssumme gemeint ist, ist der AGB-Kontrolle die Bruttoabrechnungssumme zu Grunde zu legen.
2. Erweist sich die Vertragsstrafenklausel als wirksam, ist aber bei der Anwendung der Klausel auf die Nettoabrechnungssumme abzustellen.
3. Eine Vertragsstrafenklausel, wonach der Auftragnehmer bei einer Obergrenze von 5% für jede angefangene Woche des Verzugs eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,5% der Rechnungssumme zu zahlen hat, stellt keine unangemessene Benachteiligung dar.

OLG Hamburg, Urteil vom 03.02.2021, Az.: 8 U 33/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.12.2021, Az.: VII ZR 140/21); IBR 2022, 285

7. Kurzfristiger Zahlungsverzug macht Vertragsstrafe nicht hinfällig!

Die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Einhaltung des Fertigstellungstermins und zur Zahlung einer vereinbarten Vertragsstrafe bei schuldhafter Terminüberschreitung wird durch einen kurzfristigen Zahlungsverzug des Auftraggebers nicht hinfällig.

OLG Frankfurt, Urteil vom 18.02.2021, Az.: 22 U 103/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.01.2022, Az.: VII ZR 258/21); IBR 2022, 560

8. Anspruch auf Bauzeitverlängerung

1. Die Zurückweisung eines einseitigen Rechtsgeschäfts ist treuwidrig, wenn der Geschäftsgegner wiederholt mit dem Vertreter im Rahmen einer Geschäftsbeziehung Kontakt hatte und sein Vertreterhandeln ohne Vorlage einer Vollmachtsurkunde anerkannt hat.
2. Eine Kündigung aus wichtigem Grund kann auch dann erfolgen, wenn feststeht, dass der Auftragnehmer eine Vertragsfrist aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht einhalten wird und diese Vertragsverletzung von so erheblichem Gewicht ist, dass dem Auftraggeber eine Fortsetzung des Vertrags nicht zumutbar ist.
3. Der Auftragnehmer hat eine drohende Fristüberschreitung dann nicht zu vertreten, wenn er einen Anspruch auf Bauzeitverlängerung hat. Die Dauer der Behinderung ist auf der Basis baubetrieblicher und bautechnischer Abhängigkeiten zu belegen, wobei eine abstrakte Berechnung nicht ausreicht.
4. (...)

5. Eine vom Auftraggeber vorformulierte Vertragsklausel, wonach ein "abschnittsweises, zeitversetztes, kleinteiliges und diskontinuierliches Arbeiten" vereinbart wird, ist weder überraschend noch benachteiligt sie den Auftragnehmer unangemessen.

OLG Celle, Beschluss vom 26.02.2021, Az.: 4 U 37/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 11.11.2021, Az.: VII ZR 236/21); BauR 2022, 1366 = IBR 2022, 281 = IBR 2022, 286

9. *Der Unternehmer heißt Unternehmer, weil (nur) er etwas unternehmen muss!*

1. Gerät der Auftragnehmer mit der Fertigstellung des Bauvorhabens in Verzug, hat er dem Auftraggeber den dadurch kausal entstandenen Verzögerungsschaden zu ersetzen. Dazu gehören auch entgangene Mieteinnahmen, wenn der Auftraggeber das zu errichtende Bauvorhaben vermieten wollte.
2. Der Auftragnehmer, der rechtswidrig keine Tätigkeiten entfaltet, kann sich nicht darauf berufen, dass der Auftraggeber, der nach der vertraglichen Abrede allein die Leistungen in Empfang nehmen sollte, hätte aktiv werden müssen.
3. Der Auftraggeber eines Werk- bzw. Bauvertrags muss keine Nachforschungen in Richtung des tatsächlichen Baufortschritts betreiben.

OLG München, Beschluss vom 22.04.2021, Az.: 28 U 7084/20 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 27.07.2022, Az.: VII ZR 339/21); IBR 2022, 614

10. *Vertragsstrafenkumulation von über 5%: Vertragsstrafenklausel ist unwirksam!*

Unwirksam ist eine Vertragsstrafenklausel auch, wenn der Auftragnehmer die Vertragsstrafe mehrfach verwirken und es zu einer Vertragsstrafenkumulation von über 5% der Auftragssumme kommen kann.

OLG Koblenz, Urteil vom 24.06.2021, Az.: 2 U 391/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 10.08.2022, Az.: VII ZR 632/21); IBR 2022, 617

11. *Kein merkantiler Minderwert bei vollständiger Neuerrichtung eines zuvor mangelhaften Dachs*

1. (...)
4. Eine ursprünglich im Generalunternehmervertrag vereinbarte Vertragsstrafe für die Überschreitung einer nach dem Kalender bestimmten Fertigstellungsfrist wird nicht verwirkt, wenn die Vertragsparteien im Verlaufe der Bauarbeiten und im Hinblick auf einen vom Bauherrn angeordneten vorübergehenden Baustopp vereinbaren, dass der Bauzeitenplan nicht mehr verbindlich ist und sich die Fertigstellungsfrist auf unbestimmte Zeit verschiebt.

OLG Naumburg, Urteil vom 30.07.2021, Az.: 2 U 41/19; BauR 2022, 926 = IBR 2022, 118

12. Keine Baugenehmigung, kein Verzug!

1. Der Auftragnehmer kommt nicht in Verzug, wenn die Leistung ohne sein Verschulden aus auf den Auftraggeber zurückzuführenden Gründen nicht zur vorgesehenen Leistungszeit erbracht werden kann. Dabei kann es sich um tatsächliche und rechtliche Hindernisse handeln.
2. Liegt es im Verantwortungsbereich des Auftraggebers, die erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen zu beschaffen und bereitzustellen, gerät der Auftragnehmer nicht in Verzug, wenn der Auftraggeber die Genehmigungen nicht rechtzeitig einholt.

OLG Brandenburg, Urteil vom 11.11.2021, Az.: 12 U 79/21; BauR 2022, 1204 = NJW-RR 2022, 598 (insoweit dort aber nicht veröffentl.) = NZBau 2022, 271 = IBR 2022, 63

13. Kompensationszahlungen an die Erwerber sind ersatzfähige Verzugsschäden!

1. Befindet sich der von einem Bauträger mit der Errichtung einer Fahrstuhlanlage beauftragte Bauunternehmer in Verzug, sind sämtliche Zahlungen, die der Bauträger an die Erwerber der Wohnungen wegen der verspäteten Fertigstellung der Fahrstuhlanlage geleistet hat, als ersatzfähige Verzugsschäden anzusehen.
2. Mit Vereinbarungen zwischen dem Bauträger und den Erwerbern, wonach die Übergabe der Wohnungen unter Freigabe der letzten Rate aus den Bauträgerverträgen zu vollziehen und den Erwerbern zur Kompensation für den fehlenden Fahrstuhl bis zu dessen Einbau ein Betrag von 1.000 Euro monatlich zu zahlen ist, kann das Risiko der Entstehung deutlich höherer Schäden begrenzt werden.

OLG Hamburg, Urteil vom 26.01.2022, Az.: 4 U 52/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 14.12.2022, Az.: VII ZR 40/22); IBR 2023, 282

14. Bauträger in Verzug: Erwerber steht Nutzungsausfallentschädigung zu!

1. Wird eine Wohnung vom Bauträger nicht termingerecht übergeben, haftet er dem Erwerber wegen Verzugs auf Schadensersatz, wenn der Bauträger nicht nachweisen kann, dass er die Terminüberschreitung nicht zu vertreten hat.
2. Dem Erwerber steht während des Verzugs des Bauträgers mit der Fertigstellung der Wohnung eine Nutzungsausfallentschädigung zu, wenn ihm kein dem herzustellenden Wohnraum in etwa gleichwertiger Wohnraum zur Verfügung steht (Anschluss an BGH, IBR 2014, 404).
3. Der Nutzungsausfallschaden kann in der Weise berechnet werden, dass eine Nutzungsausfallentschädigung für den gesamten Zeitraum errechnet wird und davon die Mietkosten für die bisherige Wohnung abgezogen werden.

OLG München, Beschluss vom 04.02.2022, Az.: 20 U 2428/21 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 19.10.2022, Az.: VII ZR 36/22); IBR 2023, 194

15. Auswirkungen der Pandemie auf den Herstellungsprozess

1. Ein Werkunternehmer oder Bauträger hat seinen Verzug nicht zu vertreten, soweit er durch schwerwiegende, unvorhersehbare und unabwendbare Umstände an der rechtzeitigen Erfüllung gehindert war. Denkbar ist dies, soweit die Arbeitnehmer des Auftragnehmers nicht nach Deutschland einreisen konnten.
2. Ist es umstritten, ob die Auswirkungen der Corona-Pandemie einen Werkunternehmer in diesem Sinne vom Verzug entlasten, so hat er darzulegen, wie sich ein von ihm nicht zu verantwortender Umstand im Einzelnen auf den Herstellungsprozess ausgewirkt und ihn verzögert hat („bauablaufbezogene Darstellung“).
3. Ist ein Bauträger in Verzug mit der Übergabe einer Wohneinheit, die der Erwerber nicht selbst beziehen, sondern vermieten will, so besteht der Schaden des Erwerbers in den Vermietungserlösen, die ihm verzugsbedingt entgangen sind.

KG, Urteil vom 24.05.2022, Az.: 21 U 156/21; BauR 2022, 1349 = NJW 2022, 2765 = NZBau 2022, 590 = IBR 2022, 394

16. Störung der Geschäftsgrundlage durch coronabedingte Veranstaltungsverbot

1. Ob ein Werkvertrag wegen der Störung seiner Geschäftsgrundlage gekündigt werden kann, richtet sich nicht nach § 648a BGB, sondern nach § 313 BGB.
2. Bei einem veranstaltungsbezogenen Miet- oder Werkvertrag, der vor dem 8. März 2020 geschlossen wurde, ist die Geschäftsgrundlage von dem Zeitpunkt an gestört, in dem hinreichend wahrscheinlich ist, dass die Veranstaltung wegen eines coronabedingten Verbots nicht durchgeführt werden kann.
3. Bei einer solchen Störung der Geschäftsgrundlage kann dem Leistungsempfänger die Verschiebung der Veranstaltung auch dann vorrangig gegenüber der Vertragskündigung zumutbar sein, wenn der Leistungserbringer nur gegen Aufpreis zur Zustimmung bereit ist. Es kommt entscheidend auf die Gesamtbewertung der Konditionen an.

KG, Urteil vom 21.06.2022, Az.: 21 U 122/21; BauR 2023, 277

17. Gutachterkosten für Bauzeitennachtrag: Keine Erstattung nach BGB und VOB/B!

1. Die Kosten eines Privatgutachtens, das der Auftragnehmer nach einer Bauverzögerung zur Ermittlung der Mehrvergütung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B erstellen lässt, können weder als Teil der Mehrkosten noch als Anspruch auf Entschädigung gem. § 642 BGB geltend gemacht werden.
2. Die nicht rechtzeitige Bereitstellung des Baugrundstücks durch den Auftraggeber stellt ohne anderweitige Vereinbarung der Parteien lediglich eine Obliegenheitsverletzung dar. Daher kann darauf kein die Privatgutachterkosten umfassender Schadensersatzanspruch gestützt werden.

OLG Dresden, Urteil vom 25.03.2022, Az.: 22 U 547/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 18.01.2023, Az.: VII ZR 96/22); BauR 2023, 1543 = IBR 2023, 281

18. Terminplan wird beiderseits "umgeworfen": Auftragnehmer muss keine Vertragsstrafe zahlen!

Zur Darlegung einer Hinfälligkeit des Vertragsstrafenversprechens des Auftragnehmers aufgrund "umgeworfenen" Terminplans kann bei beiderseits selbstständig verursachten Verzögerungen (Doppelkausalität) der Nachweis ausreichen, dass die vom Auftraggeber zu vertretende Bauablaufstörung schon allein für sich genommen eine wesentliche Überschreitung des vereinbarten Fertigstellungstermins zur Folge gehabt hat.

OLG Frankfurt, Urteil vom 03.02.2023, Az.: 21 U 47/20; IBR 2023, 283

19. Bauvertrag: Rückzahlung einer Anzahlung wegen fristloser Auftraggeberkündigung aufgrund der Verzögerung des Arbeitsbeginns

1. Angesichts der Formulierung „voraussichtlich 01.04.2020“ fehlt es an der für die Annahme einer verbindlichen Vertragsfrist i.S.v. § 5 Abs.1 VOB/B erforderlichen Eindeutigkeit.
2. Die Frist für den Beginn mit der Ausführung nach § 5 Abs. 2 VOB/B kann im Allgemeinen sehr knapp bemessen sein, sofern nur der Beginn der Arbeiten auf der Baustelle in Rede steht.
3. § 5 VOB/B enthält keine Begriffsbestimmung dafür, was unter dem Beginn der Ausführung zu verstehen ist. Dies muss daher im Einzelfall den vertraglichen Vereinbarungen unter Berücksichtigung der Umstände bei Vertragsschluss entnommen werden. Zu berücksichtigen ist also, was der Bauvertrag an konkreten Festlegungen dazu enthält, welche konkreten Tätigkeiten der Auftragnehmer zu entfalten hat. Ist der Auftragnehmer zur Erbringung von Bauleistungen verpflichtet, kommt es für den Beginn der Ausführung grundsätzlich auf die tatsächliche Arbeitsaufnahme auf der Baustelle an. Haben die Parteien vertraglich ausdrücklich eine durchgängige Besetzung der Baustelle mit mindestens vier Arbeitskräften vereinbart, genügt es für einen Arbeitsbeginn nicht, wenn der Auftragnehmer lediglich eine einzige Arbeitskraft auf die Baustelle schickt, da insoweit allenfalls pro forma mit den Arbeiten begonnen wurde und nicht entsprechend den konkreten Vereinbarungen der Parteien.

OLG Hamburg, Urteil vom 23.02.2023, Az.: 4 U 54/22; BauR 2023, 1947 = NZBau 2023, 658 = NJW-RR 2023, 1255

20. Klauseln in Verbraucherbauverträgen

1. Die Frist für die Erbringung einer Leistung ist i.S.d. § 308 Nr. 1 BGB hinreichend bestimmt, wenn sie der Kunde berechnen kann. Dies ist der Fall, wenn der Beginn der Frist ausschließlich von einem Ereignis im Bereich des Kunden abhängig ist, nicht jedoch, wenn sich der Beginn der Frist (auch) aus Umständen ergibt, die in die Sphäre des Verwenders fallen.
2. (...)
3. Eine Klausel ist unwirksam, wenn sie nicht den Anforderungen des § 650k Abs. 3 Satz 1 BGB genügt, wonach der Bauvertrag verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser Zeitpunkt bei Abschlusses des

Bauvertrags nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung enthalten muss. Diese Vorschrift kann durch Vereinbarung mit einem Verbraucher nicht abbedungen werden (§ 650o Satz 1 BGB).

4. (...)

OLG Koblenz, Urteil vom 09.03.2023, Az.: 2 U 63/22; BauR 2024, 514 = NJW-RR 2024, 77 = ZfBR 2023, 363

XIV. Gewährleistung

1. Mangel einer Bauleistung

1. *Mangelverdacht begründet keine Mängelrechte*

1. (...)

2. Beschreibt der Erwerber eines Gebäudes keine Mangelsymptome, sondern äußert er lediglich einen „Mangelverdacht“, begründet dies keine Mängelrechte und gibt auch kein Zurückbehaltungsrecht.

OLG Schleswig, Urteil vom 27.04.2018, Az.: 1 U 90/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 27.01.2021, Az.: VII ZR 125/18); BauR 2022, 273 = IBR 2021, 354

2. *Auf einem Tiefgaragenboden ist ein Oberflächenschutzsystem aufzubringen!*

1. Auch ohne ausdrückliche Vereinbarung ist der Unternehmer in einem BGB-Bauvertrag verpflichtet, die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten.

2. Nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik ist bei der Ausführung eines Tiefgaragenbodens ein Oberflächenschutzsystem aufzubringen, auch wenn die Stahlbetonbodenplatte mit Pflaster belegt wird. Andernfalls ist die Leistung mangelhaft, auch wenn keine DIN-Norm direkt einschlägig ist.

OLG Frankfurt, Urteil vom 20.11.2019, Az.: 29 U 134/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 09.03.2022, Az.: VII ZR 263/19); IBR 2022, 510

3. *Bedenkenhinweis im BGB-Bauvertrag*

1. Wird eine mangelfreie Werkleistung vor Abnahme durch ein Fremdgewerk beschädigt und ordnet der Architekt entsprechende Nacharbeiten an, so ergibt sich daraus kein Zusatzauftrag. Die Beschädigung der Werkleistung durch einen Drittunternehmer ist grundsätzlich kein Fall von §§ 644 Abs. 1 Satz 3, 645 BGB. Die Beauftragung weiterer Werkunternehmer, die am selben Gesamtwerk arbeiten, ist grundsätzlich keine gefährdende Handlung des Bestellers, die einen Anspruch nach § 645 BGB begründet.

2. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.04.2020, Az.: 5 U 131/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.02.2021, Az.: VII ZR 72/20); IBR 2022, 173

4. *Hinweispflicht bei Nichtanwendung der anerkannten Regeln der Technik*

1. Üblicherweise verspricht der Unternehmer stillschweigend bei Vertragsschluss die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik, so dass ein Werkmangel vorliegt, wenn die Werkleistung diesen Anforderungen nicht genügt.
2. Will der Auftragnehmer die anerkannten Regeln der Technik mit der geplanten Art der Ausführung unterschreiten, muss er den Auftraggeber - soweit dieser die Unterschreitung nicht aus eigener Fachkunde erkennen kann - hierauf ausdrücklich hinweisen; andernfalls kommt eine wirksame Vereinbarung dahingehend, dass auf die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik in diesem Punkt verzichtet wird, nicht zustande.

OLG Brandenburg, Urteil vom 09.07.2020, Az.: 12 U 76/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.03.2021, Az.: VII ZR 125/20); BauR 2022, 783 = IBR 2021, 346

5. *Dach wird bei Montagearbeiten beschädigt: Besteller stehen nur Mängelansprüche zu!*

Besteht die Werkleistung des Unternehmers in der Montage einer Dach-Photovoltaikanlage an den Stehfalzen des Daches, kann der Besteller wegen Schäden am Dach nur Mängelansprüche, nicht aber deliktische Ansprüche geltend machen.

OLG Bamberg, Beschluss vom 11.01.2021, Az.: 3 U 253/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.09.2022, Az.: VII ZR 158/21); IBR 2023, 67

6. *Angabe in Informationsblatt ist vereinbarte Beschaffenheit!*

1. Die Werkleistung ist mangelhaft, wenn die erbrachte Werkleistung (Ist-Beschaffenheit) nicht der vereinbarten Beschaffenheit (Soll-Beschaffenheit) entspricht.
2. Die Beschaffenheitsvereinbarung ergibt sich aus dem Vertrag oder den vorvertraglichen Unterlagen, wie etwa einem Verkaufsprospekt oder einer Leistungsbeschreibung mit der zum Ausdruck kommenden Qualität und Standard.
3. Stellt der Auftragnehmer dem Auftraggeber vor Vertragsschluss ein Informationsblatt zur Verfügung, in dem genaue und spezifische Angaben (hier: zum Wärmeverlust einer Fernwärmeversorgungsanlage) gemacht werden, sind diese Angaben Teil der vereinbarten Beschaffenheit.

OLG München, Beschluss vom 27.07.2021, Az.: 28 U 1923/21 Bau; IBR 2022, 509

7. Kein merkantiler Minderwert bei vollständiger Neuerrichtung eines zuvor mangelhaften Dachs

1. Sind in einem Generalunternehmervertrag zur Errichtung eines Parkhauses bezüglich der Trapezbleche des Daches weder ein konkretes Schutzsystem der Stahlbleche noch eine konkrete Befestigungsart geregelt und enthalten nachfolgende Ausführungspläne hierzu zwar die Angabe „Oberflächenschutz durch Bandverzinkung ...“ bzw. die Angabe von Edelstahlschrauben, letztere jedoch mit dem Zusatz „oder gleichwertig“, ist es von der Ausführungsfreiheit des Auftragnehmers gedeckt, dass er technisch und funktional gleichwertige Stahltrapezbleche bzw. Befestigungsmaterialien verwendet.
2. Maßgebliche Anhaltspunkte für die Bestimmung der anerkannten Regeln der Technik i.S.v. § 13 Abs. 1 Satz 2 VOB/B 2012 bieten der Inhalt der EU-weiten Technischen Zulassung der Baumaterialien und auch die Verwendungshinweise des Herstellers (*hier: für Setzbolzen zur Befestigung von Stahlblechen*).
3. (...)

OLG Naumburg, Urteil vom 30.07.2021, Az.: 2 U 41/19; BauR 2022, 926 = IBR 2022, 124

8. Auch der Schutz einer Fassade im erdberührten Bereich gehört zu den Pflichten des Architekten

1. Werden bei der Herstellung eines Wärmedämmverbundsystems mit einem dreiteiligen Aufbau (Dämmstoffplatten aus Mineralwolle, mit Textilglas- Gittergewebe bewehrter Unterputz und Oberputz) für den Unterputz und für den Oberputz jeweils die nach der bauaufsichtsrechtlichen Zulassung vorgegebenen Mindeststärken nicht eingehalten, so liegt ein Mangel in der Ausführung der Bauarbeiten vor, für welchen der Bauunternehmer einzustehen hat.
2. (...)

OLG Naumburg, Urteil vom 13.10.2021, Az.: 2 U 29/20; BauR 2022, 1527 = NZBau 2022, 345 = IBR 2022, 511

9. Funktionale Mängelhaftung für Undichtigkeiten einer Biogasanlage

1. Wenn der mit dem Vertrag verfolgte Herstellungszweck eines Werkes nicht erreicht wird und das Werk seine vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt, liegt ein Sachmangel i.S.v. § 13 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B (2009) vor. Welcher Zweck nach dem Vertrag verfolgt wird und welche Funktion nach dem Vertrag vorausgesetzt wird, ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei auch die berechnete Erwartung des Bestellers an die Werkleistung zu berücksichtigen ist.
2. Bei Biogasanlagenbehältern darf der Auftraggeber auch ohne die Geltung expliziter technischer Regeln erwarten, dass die Behälter bei ordnungsgemäßem Betrieb der Anlage mindestens während der vereinbarten 5-jährigen Gewährleistungsfrist die notwendige Dichtigkeit aufweisen und dass keine Leckagen auftreten.
3. Das Risiko, dass ein Werk für die gewöhnliche Verwendung nicht taugt, bleibt grundsätzlich beim Auftragnehmer. Wenn er bei einer funktionalen Bauausschreibung für

das verwendete Material (hier Behälterinnenbeschichtung auf mineralischer Grundlage) keine Haftung übernehmen will, muss er als Fachunternehmer entweder nach § 4 III VOB/B einen entsprechenden Bedenkenhinweis geben oder seine Gewährleistung entsprechend beschränken.

4. (...)

OLG Schleswig, Urteil vom 16.11.2021, Az.: 7 U 185/19; BauR 2022, 1786 = NZBau 2022, 277 (Ls.) = IBR 2022, 179

10. Gesamtschuldnerausgleich bei einem ausschreibungsabweichenden Sondervorschlag des Bauausführenden

1. Unterbreitet der Bauausführende, in Abweichung von der mangelfreien Ausschreibung des Architekten, einen Sondervorschlag (hier: zur Schutzplankensonderkonstruktion), übernimmt er damit auch Aufgaben der Ausführungsplanung und wird für die Gestaltung und Ausführung seines Änderungsvorschlages allein verantwortlich, wenn dieser nicht vom Planer betrieben (dazu BGH, Urt. v. 16.10.2014 – VII ZR 152/12, BauR 2015, 523 ff.), sondern von ihm von sich aus unterbreitet wurde.

2. (...)

OLG Köln, Urteil vom 13.01.2022, Az.: 7 U 29/21; BauR 2022, 1666

11. Was ist Luxus?

1. Die Beantwortung der Frage, welche Leistungen der Auftragnehmer nach dem Vertrag in welcher Qualität auszuführen hat, ist Aufgabe des Gerichts, nicht die eines Sachverständigen. Die Rolle des Sachverständigen beschränkt sich bei der Vertragsauslegung auf die Vermittlung des für die Beurteilung bedeutsamen Fachwissens (Anschluss an BGH, IBR 1996, 333; IBR 1995, 325).

2. Der schillernde Begriff des "Luxus" (oder die Verwendung des Wortes "exklusiv") erlaubt keinen Rückschluss darauf, ob ein Duschboden beheizt sein muss. Die Begriffe "Luxus" und "exklusiv" werden in der Werbung inflationär verwendet. Was "Luxus" oder "exklusiv" ist, wird zudem individuell durchaus unterschiedlich bewertet.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.01.2022, Az.: 22 U 184/21; IBR 2022, 574

12. Haftung des Unternehmers für mangelhafte Gebäudeabdichtung

1. Eine Abdichtung der Außenwände eines Hauses gegen Bodenfeuchte und nicht-stauendes Sickerwasser ist mangelhaft, wenn aufgrund der gegebenen Bodenverhältnisse mit drückendem Wasser gerechnet werden muss. Das gilt auch dann, wenn nach der von einem Fertig- bzw. Massivhausanbieter aufgestellten Leistungsbeschreibung eine weitergehende Abdichtung nicht vorgesehen und der Einbau einer eventuell erforderlichen Drainage Bauherrenleistung ist.

2. Der Fertig- bzw. Massivhausanbieter wird in diesem Fall nur dann von seiner Gewährleistung frei, wenn er den Besteller nach Klärung der örtlichen Bodenverhältnisse unmissverständlich auf das Erfordernis einer Drainage für das konkrete

Bauvorhaben und die Risiken einer nicht den Anforderungen entsprechenden Abdichtung hinweist. Der allgemeine Hinweis in einem mehrseitigen Nachtrag zur Bau- und Leistungsbeschreibung, dass die standardmäßige Abdichtung dem Lastfall "nicht stauendes Sickerwasser" entspricht, ohne Einbau der Drainage überwiegend der Lastfall "aufstauendes Sickerwasser" auftritt und der Einbau einer Drainage nach DIN 4109 in Bauherrneigenleistung dringend erforderlich ist, genügt nicht.

3. Hat nach dem Vertrag über die Erstellung eines Fertig- bzw. Massivhauses der Besteller ein Bodengutachten beizubringen, muss er sich gem. §§ 254, 278 BGB eventuelle Fehler des Bodengutachtens (falsche bzw. widersprüchliche Bewertung des Lastfalles) als Mitverschulden anrechnen lassen.

OLG Köln, Urteil vom 02.02.2022, Az.: 11 U 44/21; BauR 2023, 666 = NZBau 2022, 398 = NJW-RR 2022, 814 = ZfBR 2022, 454 = IBR 2022, 288

13. Mangel trotz Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik

1. (...)
3. Die Mangelfreiheit eines Werkes folgt nicht allein daraus, dass einschlägige DIN eingehalten werden. Ein Mangel liegt nicht nur dann vor, wenn das Werk nicht den Regeln der Technik entspricht, sondern auch, wenn es sich nicht zum vertragsgemäßen Zweck eignet, unabhängig davon, ob die anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind (Anschluss BGH, Urteil vom 20. April 1989 - VII ZR 80/88, Rn. 18, juris).

OLG Celle, Urteil vom 18.05.2022, Az.: 14 U 180/21; NZBau 2022, 596 = NJW-RR 2022, 1247 = IBR 2022, 397

14. CE-Kennzeichnung ersetzt keine bauaufsichtliche Zulassung!

1. Die Leistung des Auftragnehmers ist mangelhaft, wenn die von ihm eingebaute Heizungsanlage bauaufsichtlich nicht zugelassen ist bzw. die erforderliche bauaufsichtliche Zulassungsbescheinigung nicht vorgelegt wird.
2. Weder eine CE-Kennzeichnung noch eine EG-Konformitätserklärung können eine konkrete bauaufsichtsrechtliche Zulassung ersetzen.
3. (...)

OLG Hamburg, Urteil vom 01.06.2022, Az.: 4 U 113/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 10.05.2023, Az.: VII ZR 127/22); IBR 2023, 457

15. EG-Konformitätserklärung

1. (...)
3. Zur Mangelhaftigkeit eines Blockheizkraftwerks unter dem Aspekt unzureichender EG-Konformitätserklärungen.
4. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 16.06.2022, Az.: 24 U 178/16; BauR 2023, 1253 = NZBau 2023, 108 = NJW-RR 2023, 91

16. DIN-Normen als anerkannte Regeln der Technik?

1. Der Werkunternehmer schuldet zum Zeitpunkt der Abnahme ein funktionstüchtiges Werk, das den anerkannten Regeln der Technik entspricht.
2. DIN-Normen kommt keine Rechtsnormqualität zu. Vielmehr handelt es sich um „private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter“, die nicht aus sich heraus die allgemein als gültig anerkannten Regeln der Technik wiedergeben. DIN-Normen können die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben aber auch hinter ihnen zurückbleiben. Maßgebend ist daher nicht, welche DIN-Norm gilt, sondern ob die Bauausführung zum Zeitpunkt der Abnahme den anerkannten Regeln der Technik entspricht.
3. DIN-Normen haben allerdings die Vermutung in sich, die anerkannten Regeln der Technik wiederzugeben. Diese Vermutung führt zu einer Beweislaständerung mit der Folge, dass derjenige, der eine DIN-Norm zu Fall bringen will, beweispflichtig ist.

OLG Dresden, Urteil vom 16.08.2022, Az.: 14 U 1140/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.02.2023, Az.: VII ZR 167/22); BauR 2023, 1406 = IBR 2023, 284

17. Wirksamkeit einer Baustromklausel

1. (...)
2. Die Leistung eines Unternehmers ist dann mangelhaft, wenn sie die vereinbarte Funktion aus dem Grunde nicht erfüllt, dass die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Leistungen anderer Unternehmer, von denen die Funktionsfähigkeit des Werks abhängt, unzureichend sind; der Verantwortlichkeit für den Mangel kann der Unternehmer in einem solchen Fall regelmäßig nur durch eine ausreichende Prüfung des Vorgewerks und einen sich daran anschließenden Bedenkenhinweis gegenüber dem Auftraggeber entgehen.
3. Übernimmt ein Unternehmer die Ausführung eines Werks in Kenntnis, dass eine Planung nicht zur Verfügung steht, kann er sich - jedenfalls ohne entsprechenden Bedenkenhinweis - nicht auf ein Mitverschulden berufen (Anschluss an Senat, Urteil vom 30.04.2019 - 24 U 14/18, NJW 2019, 3240 Rn. 116).
4. Das Verschulden des Vorunternehmers ist dem Auftraggeber regelmäßig nicht gemäß § 254 BGB zuzurechnen, da der Vorunternehmer - anders als der Architekt bei der Planung - regelmäßig nicht Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers im Sinne des § 278 BGB ist.
5. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 22.09.2022, Az.: 24 U 65/21; BauR 2023, 1109 = IBR 2023, 285

18. Bestimmtheit einer Vorschussklage bei mehreren Mängeln

1. (...)
2. Ein zur Gewährleistung verpflichteter Unternehmer darf Mängel nicht mit Nichtwissen bestreiten.
3. (...)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.10.2022, Az.: 22 U 53/22; NZBau 2023, 314 = NJW-RR 2023, 168

19. Kurze Haltbarkeit ist ein Mangel!

1. Ein Werk ist mangelhaft, wenn es nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Unter der Beschaffenheit des Werks sind insbesondere alle dem Werk unmittelbar und jedenfalls für eine gewisse Zeit anhaftenden physischen Merkmale zu verstehen. Auch die Haltbarkeit eines Werks kann zur vereinbarten Beschaffenheit gehören.
2. Der Besteller eines Werks kann erwarten, dass das Werk dauerhaft funktionstauglich ist. Danach liegt ein Mangel vor, wenn eine Wärmepumpe binnen kurzer Frist nicht mehr funktioniert. Eine (zu) kurze Haltbarkeit muss der Besteller nicht hinnehmen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.10.2022, Az.: 22 U 231/21; BauR 2023, 1410 = NJW-RR 2023, 234 = NZBau 2023, 168 = IBR 2023, 127

20. Bauprodukte nicht bauaufsichtlich zugelassen: Leistung des Auftragnehmers mangelhaft!

1. Wird der Auftragnehmer mit der Betonsanierung und Beschichtung (hier: eines Belebungsbeckens in einer Kläranlage) beauftragt, müssen die verwendeten Bauprodukte sowohl den Normen für die Betonsanierung als auch den Normen für die Beschichtung entsprechen.
2. Ein Bauprodukt, das weder über eine CE-Zulassung noch über eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung verfügt, darf nicht verwendet werden.
3. Baustoffe, über deren Dauerhaftigkeit keine Erkenntnisse vorliegen, darf ein Unternehmer nicht verwenden, ohne den Besteller klar und eindeutig über das Verwendungsrisiko dieser Baustoffe aufzuklären.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2023, Az.: 22 U 300/21; NZBau 2023, 595 = NJW-RR 2023, 1062 = IBR 2023, 183

21. DIN 18015-2 keine allgemein anerkannte Regel der Technik

1. Die DIN 18015-2 beschreibt ein gehobenes Ausstattungsniveau für Elektroinstallationen und enthält keine allgemein anerkannte Regeln der Technik.

2. Die Planung eines Elektroingenieurs zu einer derartigen Anlage ist deshalb nicht allein deshalb mangelhaft, weil die Anlage den Anforderungen der DIN 18015-2 nicht entspricht. Ein Mangel scheidet insbesondere dann aus, wenn das Bauvorhaben auf Schaffung besonders preiswerten Wohnraums zielt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.02.2023, Az.: 5 U 227/21; BauR 2023, 1269 = NZBau 2023, 454 = NJW-RR 2023, 723 = IBR 2023, 294

22. Keine Mangelhaftigkeit von Fensterelementen wg. fehlender CE-Kennzeichnung

Eine fehlende CE-Kennzeichnung vermag einen Sachmangel nicht zu rechtfertigen.

LG Flensburg, Urteil vom 11.03.2022, Az.: 2 O 244/19; NZBau 2022, 601 = NJW-RR 2022, 1182

2. Leistungsverweigerungsrecht/Aufrechnung

1. Kaufrecht: Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei geringfügigen Mängeln

Weist die Kaufsache einen behebbaren Mangel auf, ist der Käufer grundsätzlich selbst dann berechtigt, gemäß § 320 Abs. 1 BGB die Zahlung des Kaufpreises insgesamt zu verweigern, wenn es sich um einen geringfügigen Mangel handelt (Bestätigung von Senat, Urteil vom 14. Februar 2020 - V ZR 11/18, BGHZ 225, 1 Rn. 53).

BGH, Urteil vom 19.11.2021, Az.: V ZR 104/20, NJW-RR 2022, 808 = IBR 2022, 266

2. Mängeleinbehalt trotz Mangelsicherheit

Weist die Leistung des Auftragnehmers Mängel auf, kann der Auftraggeber die Zahlung eines angemessenen Teils des noch offenen Werklohns verweigern. Der Auftraggeber muss sich grundsätzlich nicht auf die Mangelsicherheit verweisen lassen. Durch Kumulation von Mangelsicherheit und Leistungsverweigerungsrecht darf es aber nicht zu einer erkennbaren und unangemessenen Übersicherung des Auftraggebers kommen.

OLG Jena, Urteil vom 29.08.2019, Az.: 1 U 324/17; (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.09.2021, Az.: VII ZR 210/19; IBR 2022, 171

3. Unwirksamkeit eines formularmäßigen Aufrechnungsverbots

1. Ein Aufrechnungsverbot in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bauunternehmers, das synallagmatisch verknüpfte Gegenforderungen des Bestellers erfasst, ist wegen dessen unangemessener Benachteiligung auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr unwirksam.

2. (...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 11.11.2021, Az.: 12 U 79/21; BauR 2022, 1204 = NJW-RR 2022, 598 = NZBau 2022, 271 = IBR 2022, 612

4. *Fiktive Abnahme trotz vorheriger Mängelrüge*

1. (...)
2. Nach Eintritt des Annahmeverzuges mit der Nachbesserung kann der Besteller nach wie vor ein Zurückbehaltungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB geltend machen, allerdings beschränkt auf die Höhe der Mangelbeseitigungskosten.

OLG Schleswig, Urteil vom 10.12.2021, Az.: 1 U 64/20; BauR 2022, 1208 = ZfBR 2022, 253 = IBR 2022, 125

5. *Leistungsverweigerungsrecht bei geringfügigem Mangel*

1. (...)
3. Macht der Auftraggeber zu Recht wegen Mängeln gegenüber der Werklohnklage ein Leistungsverweigerungsrecht geltend, führt dies dazu, dass der Besteller nicht die volle Vergütung schuldet, sondern dass er einen Betrag in Höhe der doppelten Mängelbeseitigungskosten (§ 641 Abs. 3 BGB) einbehalten darf.
4. Dabei ist zu beachten, dass die Gegenleistung in Form der als Geldleistung zu erbringenden Werklohnzahlung teilbar ist und daher bei nur geringfügigen Mangelbeseitigungskosten auch nur ein Zurückbehaltungsrecht in geringer Höhe (hier: 120,00 € inkl. Druckzuschlag) besteht. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist dann nicht gegeben.

OLG Stuttgart, Urteil vom 02.06.2022, Az.: 13 U 9/21; BauR 2024, 125 = NZBau 2022, 658 = NJW-RR 2022, 1328

3. **Nacherfüllung**

1. *Bei der Auswahl der Baumaterialien kann sich der Architekt auf das Datenblatt des Baustoffherstellers verlassen*

1. Bei der Frage der Verhältnismäßigkeit des Mängelbeseitigungsaufwandes ist bei rein optischen Mängeln darauf abzustellen, ob der Auftraggeber ein nachvollziehbares Interesse an der auch optisch einwandfreien Herstellung des Werkes hat. Bei nur geringfügigen Schönheitsfehlern, die nur leicht das ästhetische Empfinden des Auftraggebers berühren, ohne dass in objektivierbarer Form die Wertschätzung gegenüber dem Werk beeinträchtigt wird, kann bei erheblichen Mängelbeseitigungsaufwendungen von Unverhältnismäßigkeit ausgegangen werden.

2. (...)

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.09.2021, Az.: 4 U 199/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.06.2022, Az.: VII ZR 63/22); BauR 2022, 1797 = IBR 2022, 516

2. Planungsobliegenheit des Auftraggebers auch zur Mangelbeseitigung

1. Wenn die Ausführungsplanung durch Generalunternehmervertrag in den Verantwortungsbereich des Auftraggebers gestellt wird, ist diese unverzichtbare, den Auftraggeber verpflichtende Mitwirkungshandlung für die Nachbesserung.
2. Solange – bei auftraggeberseitiger Ausführungsplanung – eine vollständige, mangelfreie Ausführungsplanung nicht vorliegt, ist der Anspruch auf Nachbesserung nicht fällig und eine Klage auf Mängelbeseitigung als derzeit unbegründet abzuweisen.

OLG Nürnberg, Urteil vom 23.11.2021, Az.: 6 U 4362/19; BauR 2023, 240 = NZBau 2022, 466 = NJW 2022, 2199 = IBR 2022, 290

3. Mangelbeseitigung unter Verwendung planerischer Vorgaben

1. (...)
2. Bedarf eine Mangelbeseitigung einer planerischen Vorgabe des Auftraggebers, ist eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung ohne diese planerische Vorgabe wirkungslos.

OLG Stuttgart, Urteil vom 30.11.2021, Az.: 10 U 58/21; BauR 2022, 666 = ZfBR 2022, 361 = IBR 2022, 181

4. Abnahme als maßgebender Zeitpunkt der Mangelbeurteilung

1. Der Bauunternehmer kann die Beseitigung eines Mangels, der sich aus der Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Stärke einer Frostschutzschicht unter einer Straße ergibt, ausnahmsweise als unverhältnismäßig aufwändig verweigern, wenn die tatsächlich ausgeführte Stärke den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht und über einen längeren Zeitraum nicht zu technischen Problemen geführt hat, wenn sie zur Grundlage der Abrechnung des Werklohns nur in ausgeführter Höhe gemacht worden ist und wenn die nachträgliche Verstärkung zu sechsstelligen Kosten dem Auftraggeber keine nennenswerten Vorteile brächte.
2. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 18.08.2022, Az.: 24 U 51/20; BauR 2023, 1528 = NJW 2023, 993 = NZBau 2023, 103 = IBR 2023, 65

4. Fristsetzung

1. 11 Monate Terminüberschreitung: Sechstägige Nachfrist reicht!

1. Eine Fristsetzung zur Fertigstellung ist angemessen, wenn während ihrer Dauer die Mängel unter größten Anstrengungen des Auftragnehmers beseitigt werden können. Die Frist hat nicht den Zweck, den Auftragnehmer in die Lage zu versetzen, nun erst die Bewirkung seiner Leistung in die Wege zu leiten, sondern sie soll ihm nur eine letzte Gelegenheit geben, zu erfüllen.

2. Der Auftragnehmer, der sich in Verzug befindet, muss die Arbeiten innerhalb einer Frist erbringen, in der die Fertigstellung unter größten Anstrengungen möglich ist, was eine erhebliche Erhöhung der Zahl der Arbeitskräfte, der täglichen Arbeitsstunden bis hin zu Doppelschichten und Samstagsarbeit bedeutet.
3. Die Entziehung des Auftrags (Kündigung) setzt grundsätzlich voraus, dass die gesetzte Frist tatsächlich fruchtlos abgelaufen ist. Wenn aber aufgrund der Umstände feststeht, dass die gesetzte Frist nicht eingehalten wird, ist der Auftraggeber auch vor Ablauf berechtigt, die außerordentliche Kündigung auszusprechen.

OLG Frankfurt, Urteil vom 18.02.2021, Az.: 22 U 103/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.01.2022, Az.: VII ZR 258/21); IBR 2022, 560

2. *Nach drei erfolglosen Mängelbeseitigungsversuchen ist Schluss!*

1. Ein Vertrag über den Erwerb und den Einbau eines Glasfaserkunststoff-Fertigpools ist ein Werkvertrag.
2. Nach drei erfolglosen Nachbesserungsversuchen ist eine weitere Fristsetzung entbehrlich.
3. Wird nach einem Rücktritt das Werk zur Verfügung gestellt, kann der Schaden anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten ermittelt werden.

OLG Stuttgart, Urteil vom 23.02.2021, Az.: 12 U 540/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 20.04.2022, Az.: VII ZR 241/21); BauR 2023, 494 = IBR 2022, 566

3. *Aufforderung zur unverzüglichen Mängelbeseitigung ist wirksame Fristsetzung!*

Die Aufforderung, einen Mangel unverzüglich zu beseitigen, kann für eine wirksame Fristsetzung zur Nacherfüllung gem. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B genügen (vgl. zum Kaufrecht: BGH, IBR 2015, 330; IBR 2009, 644).

OLG Stuttgart, Urteil vom 20.12.2022, Az.: 10 U 96/22; IBR 2023, 563

4. *Wirksame Nachfristsetzung bei mangelbehaftetem Vorgewerk*

1. Muss im Rahmen der Beseitigung eines Mangels auch das mit einem eigenständigen Mangel behaftete Vorgewerk instandgesetzt werden, ist die Instandsetzung des Vorgewerks Sache des Auftraggebers.
2. Ist eine erforderliche Mitwirkungshandlung des Auftraggebers zur Mängelbeseitigung diesem nicht bekannt, ist eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung ohne Angebot der Mitwirkungshandlung nur unwirksam, wenn der Auftragnehmer den Auftraggeber auf die erforderliche Mitwirkung konkret hinweist.

OLG Köln, Urteil vom 08.02.2023, Az.: 11 U 252/21; BauR 2023, 1137 = NJW 2023, 2129 = NZBau 2023, 598 = ZfBR 2023, 354 = IBR 2023, 234

5. Minderung

1. Durchführung von Mängelbeseitigungsarbeiten als Schwarzarbeit

1. Lässt der Auftraggeber Mängelbeseitigungsarbeiten „schwarz“ ausführen, kann er die dafür gezahlte Vergütung nicht dem restlichen Werklohnanspruch des Auftragnehmers entgegensetzen.
2. Lässt der Auftraggeber die Mängelbeseitigungsarbeiten nicht durchführen, hat er gleichwohl Anspruch auf Minderung. Der mangelbedingte Minderwert des Werkes ist ausgehend von der vertraglich vereinbarten Vergütung als Maximalwert unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu schätzen.

OLG Schleswig, Urteil vom 30.04.2019, Az.: 7 U 152/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 12.01.2022, Az.: VII ZR 122/19); BauR 2022, 1373 = IBR 2022, 401

6. Rücktritt

1. Rücktritt vom Grundstückskaufvertrag: Unmöglichkeit der Rückauflassung eines Rohbaus nach Fertigstellung einer Eigentumswohnung

1. Folge eines wirksamen Rücktritts ist grundsätzlich, dass die Parteien verpflichtet sind, gegenseitig den jeweils empfangenen Gegenstand zurück zu gewähren. Der Anspruch auf Rückgewähr entfällt gemäß § 346 Abs. 2 BGB jedoch dann, wenn der Rückgewährschuldner nicht in der Lage ist, den empfangenen Gegenstand zurückzugeben oder nur in veränderter Form (Anschluss BGH, Urteil vom 10. Oktober 2008 - V ZR 131/07, NJW 2009, 63). In diesen Fällen ist der Rückgewährschuldner zur Leistung von Wertersatz verpflichtet, um den geminderten oder verloren gegangenen Substanzwert auszugleichen, nicht jedoch zur Wiederherstellung des früheren Zustands im Sinne einer Schadensersatzleistung in Form der Naturalrestitution nach § 249 BGB.
2. Ein Rohbau kann vom Erwerber nicht zurückgegeben werden, wenn er in der Zwischenzeit in einer fertiggestellten Eigentumswohnung aufgegangen ist

OLG Brandenburg, Urteil vom 13.04.2022, Az.: 4 U 61/21; BauR 2023, 1267

7. Ersatzvornahme/Kostenerstattung/Vorschuss

1. Mängelhaftung von Bauunternehmer und Planer – unabhängige Verursachungsbeiträge

1. (...)
3. Ist in einem Vorschussprozess vor der Durchführung der Mängelbeseitigung noch unklar, welche Sanierungsmaßnahmen im Einzelnen erforderlich sein werden, und lässt sich die Höhe der voraussichtlich anfallenden Kosten deshalb nur innerhalb eines Rahmens eingrenzen, hat das Gericht den zu zahlenden Vorschuss gem. § 287 Abs. 1 ZPO nach freier Überzeugung innerhalb dieser Spanne festzusetzen.

4. Begehrt der Auftraggeber einen Kostenvorschuss für eine Maßnahme, die günstiger ist als die vom Auftragnehmer vertretene Mangelbeseitigungsmaßnahme, aber möglicherweise den allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht entspricht, besteht dieser Anspruch, wenn der Auftraggeber das Risiko des Fehlschlagens der Mangelbeseitigungsmaßnahme wegen einer Abweichung gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik übernimmt. Dies erfordert, dass der Auftragnehmer den Auftraggeber auf die Bedeutung der allgemein anerkannten Regeln der Technik und die mit der Nichteinhaltung verbundenen Konsequenzen und Risiken hinweist oder sich diese ohne Weiteres aus den Umständen ergeben oder der Auftraggeber hierüber bereits z.B. durch Privat- oder Gerichtsgutachten informiert ist (BGH, Urteil vom 14. November 2017 - VII ZR 65/14, BGHZ 217, 13-24).

OLG Stuttgart, Urteil vom 26.10.2021, Az.: 10 U 336/20; BauR 2022, 789 = NZBau 2022, 212 = NJW-RR 2022, 392 = IBR 2022, 237

2. Überwachung handwerklicher Selbstverständlichkeiten

1. (...)
5. Wählt der Auftraggeber für die Mängelbeseitigung einen Drittunternehmer auf dem freien Markt aus, spricht aus der Erfahrung der täglichen Baupraxis der erste Anschein dafür, dass die von dem Drittunternehmen abgerechneten Kosten erforderlich waren; der Auftragnehmer ist dann für das Gegenteil, nämlich eine Beauftragung zu „übersetzten“ Preisen, mithin eine eindeutige und unzweifelhafte Überschreitung der Grenze der Erforderlichkeit, darlegungs- und beweispflichtig.

OLG Jena, Urteil vom 17.02.2022, Az.: 8 U 1133/20; BauR 2023, 1412

3. Weiterer Vorschuss bei nicht ausreichend ausgeurteiltem Vorschuss

Stellt sich im Zuge der Vorbereitung der Sanierung heraus, dass der aufgrund eines Urteils gezahlte Vorschuss nicht auskömmlich ist, kann grundsätzlich schon vor der Sanierung ein weiterer Vorschuss geltend gemacht werden. Etwas anders gilt nur dann, wenn die Vorschussklage teilweise abgewiesen wurde und dies den Grund der Nachforderung erfasst.

OLG Köln, Urteil vom 29.06.2022, Az.: 11 U 33/20; BauR 2022, 1659 = NZBau 2022, 593 = NJW-RR 2022, 1383

4. Unwirksamkeit einer Bauvertragsklausel zu Baustrom

1. Eine inflationsbedingte Steigerung von Mängelbeseitigungskosten kann das Gericht jedenfalls mit sachverständiger Unterstützung frei schätzen.
2. (...)

OLG Schleswig, Urteil vom 31.08.2022, Az.: 12 U 119/21; NZBau 2023, 19 = NJW-RR 2022, 1675

5. *Kein Vorschuss nach Erhalt von Schadensersatz für nämlichen Mangel*

1. Die Zulässigkeit einer Vorschussklage wegen verschiedener Mängel erfordert eine Spezifizierung der Beseitigungskosten für jeden Mangel, wenn nicht eine vollständige Neuherstellung erforderlich ist.
2. Mit einem Verlangen des Bestellers nach Schadensersatz wegen mangelhafter Bauleistungen begründet er ein Abrechnungsverhältnis. Dieses entfällt nicht wieder dadurch, dass er nachträglich auf Vorschuss umstellt.
3. Der Besteller kann keinen Vorschuss mehr beanspruchen, wenn er für den nämlichen Mangel bereits Schadensersatz erhalten hat, dies etwa im Wege der Aufrechnung mit der restlichen Werklohnforderung des Bauunternehmers.
4. Ein auf Vorschuss gerichteter Schadensersatzanspruch kommt nur bei einem Architekten- oder Ingenieurvertrag, nicht bei einem Bauvertrag in Betracht.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 04.10.2022, Az.: 22 U 37/22; NZBau 2023, 312 = NJW-RR 2023, 235 = IBR 2023, 129

6. *Bestimmtheit einer Vorschussklage bei mehreren Mängeln*

1. Eine Klage auf Vorschuss zur Beseitigung mehrerer Mängel muss spezifizieren, welche Kosten auf welchen Mangel entfallen. Diesbezügliche Mängel der Klageschrift können im Verlaufe des Rechtsstreits nachträglich beseitigt werden, sodass die Klage zulässig wird.
2. Ein zur Gewährleistung verpflichteter Unternehmer darf Mängel nicht mit Nichtwissen bestreiten.
3. (...)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.10.2022, Az.: 22 U 53/22; NZBau 2023, 314 = NJW-RR 2023, 168

7. *Streit über Mängelbeseitigungsmethode: Höhe des Vorschussanspruchs?*

1. Der Vorschussanspruch ist nach den voraussichtlich anfallenden erforderlichen Aufwendungen zu bemessen. Maßgeblich sind die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entstehenden Kosten.
2. Besteht Streit über die Frage, ob der Vorschuss nach einer günstigeren oder teureren Mängelbeseitigungsmethode zu bemessen ist, muss grundsätzlich Beweis darüber erhoben werden, ob der Mangel nur mit der teureren Methode behoben werden kann. Dieser Streit darf nicht dem Verfahren über die Abrechnung des Vorschusses vorbehalten bleiben.
3. Der Vorschussanspruch ist der vorweggenommene Anspruch auf Erstattung der Kosten einer Ersatzvornahme. Für die Bemessung des Vorschussanspruchs gelten daher keine strengeren Anforderungen als für die Kostenerstattung einer Ersatzvornahme.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2023, Az.: 22 U 300/21; IBR 2023, 184

8. Schadensersatz

1. *Ungeeigneten Nachbesserungsvorschlag unterbreitet: "Rücktrittsschaden" wird zur Haftungsfalle!*

Auch ohne fristbewährte Mängelbeseitigungsaufforderung durch den Hauptunternehmer kann der Nachunternehmer im Einzelfall durch einen nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechenden Nachbesserungsvorschlag für den Schaden haften, den der Hauptunternehmer durch den späteren Rücktritt des Auftraggebers erleidet.

OLG Hamm, Beschluss vom 28.07.2020, Az.: 24 U 100/19; IBR 2022, 126

2. *Kein merkantiler Minderwert bei vollständiger Neuerrichtung eines zuvor mangelhaften Dachs*

1. (...)

3. Ein merkantiler Minderwert einer baulichen Anlage i.S. einer Schadensposition liegt vor, wenn trotz vollständiger und ordnungsgemäßer Instandsetzung eine geringere Verwertbarkeit verbleibt, weil die maßgeblichen Verkehrskreise ein im Vergleich zur vertragsgemäßen Ausführung geringeres Vertrauen in die Qualität des Bauwerks haben. Daran fehlt es, wenn ein als mangelhaft gerühtes Dach vollständig demontriert und neu errichtet wird.

4. (...)

OLG Naumburg, Urteil vom 30.07.2021, Az.: 2 U 41/19; BauR 2022, 926 = IBR 2022, 127

3. *Begleitschäden können fiktiv abgerechnet werden!*

1. Ein mit Abbrucharbeiten beauftragter Unternehmer hat durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass es aufgrund seiner Bautätigkeiten zu keinen Staubschäden an den Rechtsgütern des Bestellers kommt. Verletzt er diese Pflicht, ist er zur Erstattung der Kosten verpflichtet, die zur Beseitigung der Staubschäden erforderlich sind.

2. Verlangt der Besteller Ersatz der Kosten für die Beseitigung eines Mangelfolgeschadens, darf er sie fiktiv abrechnen und der Berechnung seines Schadensersatzanspruchs die sachverständig ermittelten durchschnittlichen Stundenlöhne bzw. den durchschnittlich anfallenden Arbeitsaufwand zu Grunde legen.

3. Wird die Beseitigung der Schäden teurer als vom Sachverständigen geschätzt, geht das zu Lasten des Unternehmers, d. h. er hat den tatsächlich angefallenen Aufwand zu erstatten.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.11.2021, Az.: 23 U 223/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 23.06.2022, Az.: VII ZR 844/21); IBR 2023, 288

4. *Kein Ausschluss fiktiver Mängelbeseitigungskosten bei Schäden außerhalb vom Gebäude*

1. (...)
3. Die Rechtsprechung zum Ausschluss fiktiver Mängelbeseitigungskosten gilt nicht für Mangelfolgeschäden an Bauteilen außerhalb des Gewerks des Unternehmers. Diese Schäden betreffen nicht das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, sondern das Integritätsinteresse, und die Kosten ihrer Beseitigung sind nicht vom Nacherfüllungsanspruch und vom Vorschussanspruch erfasst.

OLG Köln, Beschluss vom 19.10.2022, Az.: 11 U 247/21; NZBau 2023, 600 = NJW-RR 2023, 726 = ZfBR 2023, 50 = IBR 2023, 15

9. **Prüf- und Hinweispflichten**

1. *Keine Vergütung für die Überprüfung von Planunterlagen*

1. (...)
2. Erkennt der Auftragnehmer bei einer Überprüfung Unstimmigkeiten, hat er die Pläne an seinen Auftraggeber zur Korrektur zurückzugeben. Nimmt er unaufgefordert aus Zeitgründen selbst Korrekturen an den Plänen vor, erhält er hierfür keine besondere Vergütung.

OLG Frankfurt, Urteil vom 27.12.2019, Az.: 24 U 200/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 23.06.2021, Az.: VII ZR 12/20); BauR 2022, 262 = IBR 2022, 5

2. *Bedenkenhinweis im BGB-Bauvertrag*

1. (...)
2. Die Regelungen der VOB/B, die eine Enthftung des Unternehmers vorsehen, wenn dieser auf seine Bedenken hingewiesen hat, gelten als bloße Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben auch im BGB-Bauvertrag (BGH, 8. November 2007, VII ZR 183/05).
3. Die Erklärung gegenüber einem rechtsgeschäftlichen Vertreter oder einem Empfangsbevollmächtigten reicht grundsätzlich aus. In Einzelfällen kann aber der Bauherr ausnahmsweise selbst hinzuweisen sein, wenn sich "der befugte Vertreter" den Bedenken verschließt (BGH, 10. April 1975, VII ZR 183/74).
4. Das Schweigen des durch einen sachkundigen Architekten vertretenen Bauherren auf einen Bedenkenhinweis, dass aufgrund des Untergrundes die Maßtoleranzen durch eine einfache Spachtelung nicht einzuhalten sind, führt im Einzelfall zur Haftungsbefreiung, wenn die Durchführung der Arbeiten nicht zu einem nicht verwertbaren Werk, sondern lediglich zur Nichteinhaltung der Maßtoleranzen führt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.04.2020, Az.: 5 U 131/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.02.2021, Az.: VII ZR 72/20); IBR 2022, 173

3. *GU senkt Qualitätsanforderungen ab: Prüf- und Hinweispflichten des NU reduziert!*

1. Auf die Richtigkeit eines von einem - in allen Bereichen des Bauwesens erfahrenen - Generalunternehmer erstellten Leistungsverzeichnisses kann sich ein Nachunternehmer grundsätzlich verlassen.
2. Der Nachunternehmer hat die im Leistungsverzeichnis enthaltenen Vorgaben nur auf offenkundige, im Rahmen seiner eigenen Sachkunde ohne Weiteres "ins Auge springende" Mängel zu überprüfen.
3. Hat sich der Generalunternehmer gegenüber dem Bauherrn zum Einbau von Verbundsicherheitsglas verpflichtet und nimmt er diese Qualität in dem für sein Verhältnis zum Nachunternehmer maßgeblichen Leistungsverzeichnis heraus, sind die Anforderungen an die Prüfungs- und Hinweispflichten des Nachunternehmers auf offenkundige Mängel beschränkt.

OLG Köln, Beschluss vom 04.12.2020, Az.: 16 U 62/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.09.2021, Az.: VII ZR 102/21); IBR 2022, 452

4. *Bedenkenhinweis gegenüber angestelltem Bauleiter*

Der Grundsatz, dass dann, wenn der Bauleiter sich den vorgetragenen Bedenken des Werkunternehmers verschließt, der Bauherr selbst informiert werden muss, betrifft die Fälle, in denen der Bauleiter außerhalb der Sphäre des Bauherrn steht, insbesondere weil er mit dem Bauherrn durch einen Werkvertrag verbunden ist. Steht der Bauleiter in einem Arbeitsverhältnis zu dem Bauherrn, so gelangt der Bedenkenhinweis unmittelbar in die Sphäre des Bauherrn. Die den Hinweis missachtende Anweisung ist dann ebenfalls der Sphäre des Bauherrn zuzurechnen.

OLG Köln, Beschluss vom 05.10.2021, Az.: 16 U 55/21; BauR 2022, 949 = IBR 2022, 117

5. *Haftung des Unternehmers für mangelhafte Gebäudeabdichtung*

1. (...)
2. Der Fertig- bzw. Massivhausanbieter wird in diesem Fall nur dann von seiner Gewährleistung frei, wenn er den Besteller nach Klärung der örtlichen Bodenverhältnisse unmissverständlich auf das Erfordernis einer Drainage für das konkrete Bauvorhaben und die Risiken einer nicht den Anforderungen entsprechenden Abdichtung hinweist. Der allgemeine Hinweis in einem mehrseitigen Nachtrag zur Bau- und Leistungsbeschreibung, dass die standardmäßige Abdichtung dem Lastfall "nicht stauendes Sickerwasser" entspricht, ohne Einbau der Drainage überwiegend der Lastfall "aufstauendes Sickerwasser" auftritt und der Einbau einer Drainage nach DIN 4109 in Bauherreneigenleistung dringend erforderlich ist, genügt nicht.
3. (...)

OLG Köln, Urteil vom 02.02.2022, Az.: 11 U 44/21; BauR 2023, 666 = NZBau 2022, 398 = NJW-RR 2022, 814 = ZfBR 2022, 454 = IBR 2022, 288

6. *Prüf- und Hinweispflichten auch bezüglich des nachfolgenden Gewerks?*

1. Der Auftragnehmer muss eine Planung und Ausführung daraufhin überprüfen, ob seine Leistung zum geschuldeten Werkerfolg führt; erkennt er bzw. ist es für ihn erkennbar, dass die Planung des Auftraggebers unzureichend ist, muss er diesen darauf hinweisen.
2. Die Prüfungs- und Hinweispflichten gebieten es in der Regel nicht, dass der Auftragnehmer die seiner Werkleistung nachfolgenden Arbeiten beobachtet und den Auftraggeber auf zu erwartende bzw. bereits aufgetretene Mängel aufmerksam macht.
3. Der Auftragnehmer darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Nachunternehmer oder der in Eigenleistung tätig werdende Auftraggeber selbst die erforderlichen Kenntnisse besitzen und die anerkannten Regeln der Bautechnik einhalten.

OLG Oldenburg, Urteil vom 24.03.2022, Az.: 14 U 50/17; IBR 2023, 8

7. *Empfänger eines Bedenkenhinweises*

1. Ein Bedenkenhinweis muss inhaltlich bestimmt sein. Dem Besteller muss die Tragweite der Nichtbefolgung klar werden. Die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Bauausführung müssen konkret dargelegt werden.
2. Zwar kann im Einzelfall ein Mitarbeiter des Bestellers oder ein Bauleiter empfangsbefullmächtigt sein. Verschließt sich aber der Mitarbeiter des Bestellers den Bedenken, müssen diese an den Besteller selbst erfolgen. Dies gilt erst recht, wenn es sich bei dem Empfänger der Bedenken nicht um einen Mitarbeiter des Bestellers, sondern um einen Dritten handelt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.05.2022, Az.: 22 U 140/21; BauR 2022, 1783 = IBR 2023, 79

8. *Auf Lücke im LV nicht hingewiesen: Auftragnehmer erhält keine Entschädigung!*

1. Der Auftraggeber kann dem Auftragnehmer den Auftrag entziehen, wenn dieser den Beginn der Ausführung verzögert oder mit der Vollendung in Verzug gerät und eine gesetzte angemessene Nachfrist zur Vertragserfüllung fruchtlos abgelaufen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Auftragnehmer nicht in Verzug gerät, wenn er einer Weisung des Auftraggebers nicht folgt, die seine geltend gemachten Bedenken treuwidrig nicht berücksichtigt.
2. Gegen Treu und Glauben verstößt eine Anweisung des Auftraggebers vor allem, wenn die Werkleistung auf eine gegen den Bauvertrag und gegen die Regeln der Technik verstoßende Weise erbracht werden soll, ohne dass eine Freistellung von der Gewährleistung erfolgt.
3. Dem Auftragnehmer steht nach Treu und Glauben ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn er dem Auftraggeber ordnungsgemäß seine Bedenken mitgeteilt hat und

mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die angewiesene Ausführung zu einem Mangel oder weiteren Schäden führen wird.

4. Die Beweislast für eine diesbezügliche Anweisung durch den Auftraggeber trägt der Auftragnehmer.
5. (...)
7. Der Auftragnehmer hat den Auftraggeber nach Vertragsschluss auf Lücken und Unklarheiten im Leistungsverzeichnis hinzuweisen.
8. Verletzt der Auftragnehmer seine Aufklärungspflicht schuldhaft, steht dem Auftraggeber ein Anspruch auf Ersatz des hieraus entstandenen Schadens zu. Zudem scheidet ein Annahmeverzug des Auftraggebers aus.
9. (...)

OLG Dresden, Urteil vom 29.06.2022, Az.: 22 U 1689/20; BauR 2023, 98 = ZfBR 2022, 792 = IBR 2022, 504, 562

9. Kein Recht auf Arbeitseinstellung bei Anweisung des AG, trotz geltend gemachter Bedenken weiterzuarbeiten

1. (...)
2. Der Auftragnehmer kann nach einer ausdrücklichen Anweisung des Auftraggebers die Aufnahme bzw. Weiterführung der Arbeiten wegen drohender Mängel nicht verweigern, selbst wenn der Auftragnehmer zuvor ordnungsgemäß Bedenken angemeldet hat. Etwas anderes gilt, wenn die Durchführung der Bauarbeiten eine Gefahr für Leib und Leben begründet.
3. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 05.08.2022, Az.: 21 U 84/21; BauR 2023, 93 = IBR 2022, 561

10. Vager Hinweis ist keine ordnungsgemäße Bedenkenanmeldung!

1. (...)
2. Ein Werk ist auch dann mangelhaft, wenn die Ursachen des Mangels in der Sphäre des Auftraggebers - etwa einer fehlerhaften Planung - begründet sind. Der Unternehmer ist aber von der Haftung für Mängel befreit, wenn er seine Bedenkenhinweispflicht erfüllt hat.
3. Ein Bedenkenhinweis ist nicht deshalb entbehrlich, weil der Besteller ein professionelles Bauunternehmen ist oder es bei anderen Bauvorhaben in der Vergangenheit zu ähnlichen Mangelsymptomen gekommen ist. Auch gegenüber professionellen Bestellern besteht eine Bedenkenhinweispflicht.
4. Ein zur Haftungsbefreiung führender Bedenkenhinweis - der bei BGB-Verträgen nicht zwingend in Schriftform zu erteilen ist - setzt voraus, dass der Besteller ausreichend gewarnt wird. Die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden

Gefahren der unzureichenden Vorgaben müssen konkret dargelegt werden, damit dem Besteller die Tragweite der Nichtbefolgung klar wird. Allgemeine und vage Hinweise genügen nicht.

5. Auch wenn ein Vertreter des Bestellers für die Entgegennahme von Bedenkenanzeigen bevollmächtigt ist, geht die Bedenkenanzeige nicht dem Besteller zu, wenn der Vertreter für den Mangel verantwortlich ist oder sich den Bedenken verschließt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 02.12.2022, Az.: 22 U 113/22; BauR 2023, 1125 = NJW 2023, 2350 = NZBau 2023, 457 = IBR 2023, 121

11. WEG-Verwalter ist richtiger Adressat einer Bedenkenanzeige!

1. Hat der Besteller eine zur Beeinträchtigung des Werks führende Anweisung erteilt und sie trotz der vom Unternehmer hinreichend deutlich geäußerten Bedenken aufrechterhalten, hat der Unternehmer seine Hinweispflicht erfüllt und ihn trifft an dem Mangel keine (Mit-)Verantwortung.
2. Wird nicht der Besteller, sondern sein befugter Vertreter belehrt und verschließt sich dieser den vorgebrachten Bedenken, muss sich der Unternehmer unmittelbar an den Besteller selbst wenden. Das gilt nicht, wenn es sich bei dem Vertreter um den Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft handelt.

LG Mainz, Urteil vom 07.04.2022, Az.: 9 O 191/18; IBR 2023, 9

10. Vorteilsausgleich/Sowieso-Kosten

1. Sachmängelhaftung: Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung einer mangelhaften Kaufsache nach den Grundsätzen eines Abzugs "neu für alt"; Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Höhe der voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten

- 1 Eine Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung einer (gebrauchten) mangelhaften Kaufsache nach den Grundsätzen eines Abzugs „neu für alt“ scheidet aus, wenn sich der Vorteil des Käufers darin erschöpft, dass die Kaufsache durch den zur Mangelbeseitigung erforderlichen Ersatz eines mangelhaften Teils durch ein neues Teil einen Wertzuwachs erfährt oder dass der Käufer durch die längere Lebensdauer des ersetzten Teils Aufwendungen erspart.
2. Für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Höhe der voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten nach § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 BGB gilt das Gleiche, und zwar auch dann, wenn die Nachbesserung wegen des arglistigen Verschweigens des Mangels nicht angeboten werden muss (hier: Kosten für die Erneuerung einer mangelhaften Kellerabdichtung).

BGH, Urteil vom 13.05.2022, Az.: V ZR 231/20; BauR 2022, 1773 = NJW 2022, 2328 = ZfBR 2022, 565 = IBR 2022, 430

2. Zuschusspflicht zu Mängelbeseitigungskosten bei Sowieso-Kosten

1. Eine Zuschusspflicht des Bestellers für die Kosten der Mängelbeseitigung kommt in Betracht, wenn zur Beseitigung des Mangels zusätzliche Leistungen erforderlich werden, die auch bei einer von vornherein mangelfreien Leistung angefallen und in diesem Fall besonders zu vergüten gewesen wären.
2. Darlegungs- und beweisbelastet für die Sowieso-Kosten ist das ausführende Bauunternehmen, das den Zuschussanspruch gegenüber dem Besteller geltend machen muss.
3. Der Besteller muss den Zuschussbetrag nicht vor der Durchführung der Mängelbeseitigung zahlen, weil der Unternehmer weiterhin mit der Erbringung der mangelfreien Leistung vorleistungspflichtig ist.

OLG Köln, Urteil vom 03.12.2020, Az.: 7 U 210/13 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew., BGH, Beschluss vom 21.07.2021, Az.: VII ZR 10/21); BauR 2022, 1375 = IBR 2022, 289

3. Auch der Schutz einer Fassade im erdberührten Bereich gehört zu den Pflichten des Architekten

1. (...)
2. Ist wegen der flächendeckenden Verteilung der mangelhaften Putzstärken einerseits und wegen des – auch aufgrund der Prozessdauer – entstandenen erheblichen zeitlichen Abstands der Mängelbeseitigungsarbeiten zur Fertigstellung der ursprünglichen Leistungen eine komplette Neuherstellung des Wärmedämmverbundsystems erforderlich, so ist bereits im Rahmen der Berechnung des Mängelbeseitigungskostenvorschusses und später bei dessen Abrechnung jeweils ein Abzug „neu für alt“ zu berücksichtigen.
3. (...)

OLG Naumburg, Urteil vom 13.10.2021, Az.: 2 U 29/20; BauR 2022, 1527 = NZBau 2022, 345 = IBR 2022, 511

11. Mitverschulden des AG

1. Risse wegen Fehlern im Baugrundgutachten: Auftraggeber trifft am Mangel ein Mitverschulden!

1. Ein öffentlicher Auftraggeber hat die Tragfähigkeit des Untergrunds zu überprüfen und sicherzustellen. Der Auftragnehmer muss den Untergrund vor Beginn seiner Leistung nicht selbst untersuchen.
2. Wird bauseits keine zutreffende Überprüfung der Tragfähigkeit des Untergrunds vorgenommen und kommt es nach Ausführung der Leistung zu Mängeln (hier: in Gestalt von Fahrbahnrisen), haftet der Auftragnehmer, es sei denn, er hat ordnungsgemäß Bedenken angemeldet.

3. Ein Straßenbauunternehmer kann sich auf die Erkenntnisse eines Baugrundgutachters in der Regel verlassen. Er hat das Bodengutachten jedoch auf Plausibilität und etwaige Unvollständigkeiten oder Unrichtigkeiten zu untersuchen.

OLG Celle, Urteil vom 10.06.2021, Az.: 8 U 11/20; IBR 2022, 346

2. *Mängelhaftung von Bauunternehmer und Planer – unabhängige Verursachungsbeiträge*

1. Wird ein Mangel an einem Werk durch einen Planungsfehler des vom Auftraggeber beauftragten Planers (hier: Statiker) und unabhängig davon durch einen Ausführungsfehler des Bauunternehmers verursacht, wobei beide Fehler für sich allein jeweils den ganzen Schaden verursacht hätten, liegt ein Fall der Doppelkausalität vor. Planer und Bauunternehmer haften dann dem Auftraggeber gesamtschuldnerisch auf den gesamten Schaden.
2. In einem solchen Fall der Doppelkausalität kann der Bauunternehmer dem Auftraggeber das planerische Verschulden nicht anspruchsmindernd entgegenhalten, weil das Planungsverschulden für das Ausführungsverschulden nicht (mit-)ursächlich geworden ist.
3. (...)

OLG Stuttgart, Urteil vom 26.10.2021, Az.: 10 U 336/20; BauR 2022, 789 = NZBau 2022, 212 = NJW-RR 2022, 392 = IBR 2022, 180

3. *Haftung des Unternehmers für mangelhafte Gebäudeabdichtung*

1. (...)
3. Hat nach dem Vertrag über die Erstellung eines Fertig- bzw. Massivhauses der Besteller ein Bodengutachten beizubringen, muss er sich gem. §§ 254, 278 BGB eventuelle Fehler des Bodengutachtens (falsche bzw. widersprüchliche Bewertung des Lastfalles) als Mitverschulden anrechnen lassen.

OLG Köln, Urteil vom 02.02.2022, Az.: 11 U 44/21; BauR 2023, 666 = NZBau 2022, 398 = NJW-RR 2022, 814 = ZfBR 2022, 454 = IBR 2022, 288

4. *Prüf- und Hinweispflicht des Architekten bei Einbau vermeintlich gleichwertigen Materials*

1. Hat der mit der Vollarchitektur für eine Wohnsiedlung beauftragte Architekt in der Ausschreibung das vom Bauherrn gewünschte Fabrikat eines Parkettbodens oder ein diesem gleichwertiges Parkett genannt und bietet ein Auftragnehmer ein anderes Fabrikat an, muss der Architekt die Gleichwertigkeit dieses Parketts mit dem in der Ausschreibung ausdrücklich genannten Parkett-Fabrikat überprüfen und den Bauherrn auf eine daraus folgende Notwendigkeit einer Temperaturbegrenzung der Fußbodenheizung hinweisen.
2. Verletzt er diese Pflicht, ist der Schadensersatzanspruch des Bauherrn der Höhe nach durch ein überwiegendes Mitverschulden gemäß § 254 Abs. 1

BGB gemindert, wenn es sich bei dem Bauherrn um ein Wohnungsbauunternehmen handelt, das bereits in der Vergangenheit Erfahrungen mit der Verlegung von Parkett auf Fußbodenheizungen gewonnen hatte und dem deshalb zumindest grundsätzlich die Notwendigkeit bewusst sein musste, dass bei der Verlegung von Parkett auf einer Fußbodenheizung eine bestimmte Oberflächentemperatur einzuhalten ist.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.02.2022, Az.: 23 U 153/20; NZBau 2022, 666 = NJW-RR 2022, 738 = IBR 2022, 251

5. *Kein Mitverschulden wegen völlig fehlender Planung*

Die Haftung des Bauunternehmers für einen Baumangel ist nicht wegen fehlender Planung zum betreffenden Bauteil als Mitverschulden gemindert, wenn der Unternehmer die Bauleistung von vornherein ohne ihm zur Verfügung zu stellende Planung übernommen hat, d.h. selbst die Planungsverantwortung trägt.

OLG Frankfurt, Urteil vom 11.04.2022, Az.: 29 U 155/21; BauR 2022, 1514 = NZBau 2022, 524 = NJW-RR 2022, 1103 = IBR 2022, 399

6. *Keine Haftung des Bauherrn wegen Fehlern des Vorunternehmers*

Führen Mängel eines Vorgewerks dazu, dass die Leistung eines nachfolgenden Unternehmers mangelhaft ist, haftet der Bauherr nicht mit. Der Vorunternehmer ist nicht als sein Erfüllungsgehilfe anzusehen.

OLG Schleswig, Urteil vom 08.07.2022, Az.: 1 U 97/21; BauR 2023, 986 = NJW 2022, 2940 = NZBau 2022, 736 = IBR 2022, 513

7. *Unwirksamkeit einer Bauvertragsklausel zu Baustrom*

1. (...)
2. Der Besteller ist unter dem Aspekt der Schadensminderungspflicht grundsätzlich nicht gehalten, Mängel auf eigene Kosten beseitigen zu lassen und das Risiko eines Beweismittelverlusts zu übernehmen.
3. (...)

OLG Schleswig, Urteil vom 31.08.2022, Az.: 12 U 119/21; NZBau 2023, 19 = NJW-RR 2022, 1675

8. *Wirksamkeit einer Baustromklausel*

1. (...)
3. Übernimmt ein Unternehmer die Ausführung eines Werks in Kenntnis, dass eine Planung nicht zur Verfügung steht, kann er sich - jedenfalls ohne entsprechenden Bedenkenhinweis - nicht auf ein Mitverschulden berufen (Anschluss an Senat, Urteil vom 30.04.2019 - 24 U 14/18, NJW 2019, 3240 Rn. 116).

4. Das Verschulden des Vorunternehmers ist dem Auftraggeber regelmäßig nicht gemäß § 254 BGB zuzurechnen, da der Vorunternehmer - anders als der Architekt bei der Planung - regelmäßig nicht Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers im Sinne des § 278 BGB ist.
5. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 22.09.2022, Az.: 24 U 65/21; BauR 2023, 1109

12. Gewährleistungsfristen/Verjährung

1. *Nachträgliche Individualisierung des im Mahnbescheid genannten Anspruchs*

1. Die Zustellung des Mahnbescheids im Mahnverfahren hemmt die Verjährung nur, wenn der Schuldner aufgrund der Bezeichnung des Anspruchs im Mahnbescheid erkennen kann, woraus der Gläubiger seinen Anspruch herleitet.
2. Die im Mahnbescheid nicht hinreichende Individualisierung des Anspruchs kann nachgeholt werden. Die Nachholung der Individualisierung hemmt die Verjährung nach § 204 I Nr. 3 BGB zwar nicht rückwirkend, aber ab dem Zeitpunkt ihrer Vornahme.
3. Für die nachträgliche Individualisierung des Anspruchs im Mahnverfahren ist ebenso wie für die Individualisierung im Mahnbescheid ausschließlich auf den Erkenntnishorizont des Schuldners abzustellen. Dementsprechend ist es ohne Bedeutung, ob die Individualisierung des Anspruchs durch an das Gericht gerichteten Schriftsatz oder außerhalb des Gerichtsverfahrens erfolgt. (Bestätigung von BGH NJW-RR 2022, 1286)

BGH, Urteil vom 07.06.2023, Az.: VII ZR 594/21; BauR 2023, 1196 = NJW 2023, 2773 = NZBau 2023, 657

2. *Wissen des Architekten ist AG zuzurechnen*

§ 199 Abs. 1 BGB erfordert keine eigene persönliche Kenntnis (vgl. u.a. BGH, 13. Dezember 2012 - III ZR 298/11). Ein Auftraggeber, der zur Beurteilung der Ursache eines Feuchtigkeitseintritts den Architekten als Fachmann heranzieht, muss sich dessen Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis davon, dass Leistungen entgegen der eigenen Planung fehlen und das Werk insoweit mangelhaft ist, gem. § 166 Abs. 1 BGB und mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) als seinem Wissensvertreter zurechnen lassen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.02.2020, Az.: 21 U 51/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 13.01.2021, Az.: VII ZR 35/20); IBR 2022, 182

3. *Nachbesserung wird zugesagt: Verjährung der Mängelansprüche beginnt neu!*

1. Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche beginnt neu zu laufen, wenn der Auftragnehmer seine Verpflichtung zur Nachbesserung anerkennt.

2. Ein Anerkenntnis liegt bereits dann vor, wenn das tatsächliche Verhalten des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber das Bewusstsein des Bestehens des Anspruchs unzweideutig zu erkennen gibt. Erklärt der Auftragnehmer, er werde der Aufforderung des Auftraggebers zur Mängelbeseitigung nachkommen, erkennt er seine Verpflichtung zur Nachbesserung an.

OLG Brandenburg, Urteil vom 11.08.2021, Az.: 4 U 130/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 01.06.2022, Az.: VII ZR 835/21); BauR 2023, 991 = IBR 2022, 514

4. Prüfung einer Mängelrüge ist kein Anerkenntnis!

1. Erklärt der Auftragnehmer auf eine Mängelrüge des Auftraggebers hin, er werde sich nach Erhalt der Unterlagen "um die Angelegenheit kümmern", wird dadurch die eigene Einstandspflicht nicht anerkannt.
2. Gleiches gilt für die Mitteilung des Auftragnehmers, den Vorgang seiner Haftpflichtversicherung gemeldet zu haben.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 10.12.2021, Az.: 13 U 357/20; BauR 2023, 499 = IBR 2022, 515

5. Arglist verlängert die Mängelhaftung!

1. Ansprüche wegen arglistig verschwiegener Mängel verjähren - auch bei Vereinbarung der VOB/B - in der regelmäßigen Verjährungszeit von drei Jahren, beginnend mit dem Ende des Jahres, ab dem die Kenntnis des Mangels vorlag.
2. Der Auftragnehmer verschweigt einen offenbarungspflichtigen Mangel arglistig, wenn ihm dieser bei der Abnahme bekannt ist und er ihn dennoch nicht offenbart. Dazu genügt es, wenn dem Auftragnehmer die vertragswidrige Ausführung und das damit einhergehende Risiko bewusst sind.

OLG Köln, Urteil vom 13.04.2022, Az.: 11 U 22/21; IBR 2023, 70

6. Gewährleistungsansprüche bei fehlender Abnahme

1. Aus der Verjährung des werkvertraglichen Erfüllungsanspruchs im Bauträgervertrag folgt nicht notwendig auch eine Verjährung der Gewährleistungsansprüche, die erst mit der Abnahme beginnt. Auf das Fehlen einer den Verjährungsbeginn auslösenden Abnahme kann sich der Erwerber aber ausnahmsweise dann nicht berufen, wenn er in der Vergangenheit erfolgreich Gewährleistungsansprüche geltend gemacht hat. Das gilt auch dann, wenn es an einer Abnahme fehlt, weil sich eine Abnahme Klausel im Bauträgervertrag als unwirksam herausstellt.
2. Die Kosten der Instandhaltung des von dem Bauträger erstellten Werkes hat der Erwerber unabhängig von der Wirksamkeit der Abnahme ab Übergabe zu tragen.

OLG Schleswig, Urteil vom 18.11.2022, Az.: 1 U 42/21; BauR 2023, 1132 = ZfBR 2023, 249 = IBR 2023, 134

7. Bedeutung von Fristeinträgen im Abnahmeprotokoll

1. (...)
3. Ohne eine Einbeziehung der VOB/B als Ganzes in den Bauvertrag kann sich der Unternehmer auch dann nicht mit Erfolg auf eine Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist von fünf auf vier Jahre berufen, wenn im Abnahmeprotokoll deklaratorisch der Ablauf der Gewährleistungsfrist datumsmäßig vier Jahre nach dem Abnahmetermin vermerkt ist.

OLG Hamm, Urteil vom 29.12.2022, Az.: 2 U 156/21 Hs; NJW 223, 2051

8. Arglist oder Fahrlässigkeit bezüglich riskanter Konstruktion

1. Ein Generalübernehmer, der vertraglich die Überwachung seiner eigenen Bauleistung versprochen hat, haftet für deren Mängel nicht mit den längeren Fristen eines Architekten, der auch der Leistungsphase 9 entsprechende Leistungen übernommen hat, oder nach den Grundsätzen der Sekundärhaftung.
2. Ein arglistiges Verschweigen von Mängeln kann nicht daraus hergeleitet werden, dass der Unternehmer eine Fachdiskussion zu den besonderen Risiken der von ihm gewählten Konstruktion hätte kennen müssen (hier nicht hinterlüftetes Warmdach).

OLG Brandenburg, Urteil vom 02.03.2023, Az.: 12 U 78/22; NZBau 2023, 518 = NJW-RR 2023, 799

XV. Verjährung (allgemein)

1. Hemmung einer Klage nach nur sicherungshalber Abtretung

1. (...)
- 2a. Die Erhebung einer Klage hemmt die Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB nur für Ansprüche in der Gestalt und in dem Umfang, wie sie mit der Klage geltend gemacht werden, also nur für den streitgegenständlichen prozessualen Anspruch (ständige Rechtsprechung, s. nur BGH, Urteil vom 18. Mai 2017 - VII ZR 122/14, Rn. 20, NZBau 2017, 540).
- 2b. Hat die Klägerin ihre Klage zunächst auf die von ihr mit den Beklagten geschlossenen Werkverträge gestützt und dann vorgetragen, sie sei zur Einziehung der Ansprüche aus diesen Werkverträgen aufgrund einer Ermächtigung nach zuvor erfolgter Abtretung befugt, macht sie einen identischen Anspruch geltend, der im Kern auf den zwischen ihr und den Beklagten geschlossenen Werkverträgen beruht.

BGH, Urteil vom 24.02.2022, Az.: VII ZR 13/20; BauR 2022, 1061 = NJW 2022, 1959 = NZBau 2022, 458 = ZfBR 2022, 447

2. Verjährung der Rückforderung überzahlten Architektenhonorars

1. Bezeichnet ein Architekt seine Rechnung als „Teilrechnung“, handelt es sich um eine Abschlagsrechnung.
2. Eine Teilschlussrechnung kommt im Anwendungsbereich der HOAI nur in Betracht, wenn die Parteien dies vertraglich vereinbart haben.
3. Der Anspruch auf Rückzahlung überzahlten Architektenhonorars verjährt in der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB. Die dreijährige Frist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem die Forderung entstanden ist und die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorliegen.
4. Bei der Rückforderung mehrerer geleisteter Zahlungen aus einzelnen Teilrechnungen handelt es sich um eigenständige Forderungen, für die jeweils eigenständige Verjährungsfristen gelten

KG, Urteil vom 15.12.2020, Az.: 7 U 89/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.04.2021, Az.: VII ZR 68/21); BauR 2022, 679 = IBR 2021, 580

3. Verjährung von Ansprüchen auf Ersatz von Begleitschäden aus Mängeln vor der Abnahme

1. Jedenfalls für Ansprüche wegen (Begleit-)Schäden, die dem Besteller bereits vor Abnahme entstanden sind und die ihrerseits - wie Verzögerungsschäden - durch die Erfüllung bzw. Nacherfüllung nicht mehr behoben werden können, greift die Regelverjährung; § 634a BGB findet auf einen Anspruch nach allgemeinen Leistungsstörungenrecht auf Schadensersatz neben der Leistung gemäß § 280 Abs. 1 BGB keine Anwendung.
2. Liegt der den Schaden auslösende Mangel bei Abnahme bzw. Eintritt eines Abnahmesurrogats nicht mehr vor, weil er noch während der Erfüllungsphase nachgebessert worden ist, bleibt es dabei, dass die regelmäßige Verjährung greift.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.08.2021, Az.: 2 U 2524/20; BauR 2022, 1104 = NZBau 2022, 221 = IBR 2022, 137

XVI. Allgemeine Schadensersatzansprüche

1. Auch im BGB-Bauvertrag enthafteten Bedenkenhinweise den Auftragnehmer!

Meldet der Auftragnehmer rechtzeitig und ordnungsgemäß Bedenken gegen die vorgesehene Ausführungsart an, ist der Auftraggeber insoweit gehindert, wegen dieses Mangels Gewährleistungsrechte geltend zu machen. Das gilt nicht nur im VOB-, sondern auch im BGB-Bauvertrag.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.04.2020, Az.: 5 U 131/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.02.2021, Az.: VII ZR 72/20); IBR 2022, 116

2. Funktionale Mängelhaftung für Undichtigkeiten einer Biogasanlage

1. Die Instandsetzung von beschädigten Abwasserleitungen im sogenannten Inlinerverfahren ist heute eine jedem Fachmann bekannte Standardmethode bei der Sanierung und Reparatur von Abwasserleitungen.
2. Schlägt ein Unternehmer für Haustechnik einem Grundstückseigentümer vor, eine beschädigte Abwasserleitung durch die Verlegung einer neuen Leitung auf dem Grundstück zu ersetzen, muss er den Auftraggeber gegebenenfalls darauf hinweisen, dass eine Sanierung der alten Leitung im Inlinerverfahren möglicherweise wesentlich kostengünstiger wäre. Wenn Inlinersanierungen nicht zum eigenen Leistungsspektrum des Unternehmers gehören, ändert dies nichts.
3. Wenn der Grundstückseigentümer bei zutreffender Aufklärung ein anderes Unternehmen mit einer Sanierung der Abwasserleitung im Inlinerverfahren beauftragt hätte, kommt ein Schadensersatzanspruch gegen den Haustechnikunternehmer wegen der durch die Neuverlegung entstandenen Mehrkosten in Betracht.
4. Für die Feststellung eines Schadens des Grundstückseigentümers kommt es darauf an, ob eine Inlinersanierung erfolgreich gewesen wäre. Dabei ist gem. § 287 Abs. 1 ZPO eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichend. Die Wahrscheinlichkeit kann im Rechtsstreit durch das Gutachten eines Sachverständigen abgeschätzt werden, der einerseits die von ihm festgestellten örtlichen Verhältnisse berücksichtigt und andererseits die in Fachkreisen bekannten Erfahrungen mit Inlinersanierungen.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 07.06.2022, Az.: 9 U 163/20; BauR 2023, 642 = NZBau 2022, 594 = NJW-RR 2022, 1031 = IBR 2022, 568

3. Folgen einer unberechtigten endgültigen Leistungseinstellung

1. Stellt der Leistungserbringer eines Vertrags – etwa eines Werkvertrags – seine Leistungen unberechtigt endgültig ein, so steht der Gegenseite ein Schadensersatzanspruch unter den Voraussetzungen von § 281 Abs. 1 BGB zu.
2. § 323 Abs. 4 BGB ist auf den Schadensersatzanspruch aus § 281 Abs. 1 BGB analog anwendbar.

KG, Beschluss vom 01.07.2022, Az. 21 U 13/22; BauR 2022, 1653 = NJW 2023, 75 = NZBau 2023, 389 = IBR 2022, 616

XVII. Gesamtschuldner(ausgleich)

1. Quote bei Gesamtschuldnerausgleich zwischen Architekt und Bauunternehmer

1. (...)
2. Haften Architekt und Bauunternehmer für einen Mangel dem Besteller als Gesamtschuldner und hat der Bauunternehmer diesen Mangel im Wege der Nacherfüllung beseitigt, hat er gegen den Architekten einen Anspruch auf Gesamtschuldnerausgleich. Sind dem Bauunternehmer im Rahmen der Mangelbeseitigung Kosten durch von ihm beauftragte Drittunternehmer entstanden, kann er diese Kosten, soweit sie objektiv erforderlich waren, anteilig geltend machen. Hinsichtlich der von ihm selbst

durchgeführten, erforderlichen Arbeiten kann er einen Wertausgleich verlangen (vgl. BGHZ 43, 227, Rn. 20).

BGH, Beschluss vom 10.08.2022, Az.: VII ZR 243/19; BauR 2022, 1812 = NZBau 202, 17 = ZfBR 2022, 786 = IBR 2022, 576

2. *Nur bei Gleichstufigkeit der Verpflichtungen besteht Gesamtschuld zwischen Bauunternehmer und Architekt*

Ein Gesamtschuldnerausgleichsanspruch des Architekten gegen den bauausführenden Unternehmer besteht mangels Gesamtschuldverhältnisses nicht, wenn dem Besteller einerseits ein Schadensersatzanspruch nach § 634 Nr. 4 BGB gegen den Architekten wegen Verletzung der vertraglich vereinbarten Objektbegehungspflicht zusteht und ihm andererseits Mängelansprüche gegen den bauausführenden Unternehmer wegen diesem zuzurechnender Mängel des Bauwerks zustehen.

BGH, Urteil vom 01.12.2022, Az.: VII ZR 90/22; BauR 2023, 510 = NJW 2023, 601 = NZBau 2023, 172 = ZfBR 2023, 156 = IBR 2023, 80

3. *Quote bei Gesamtschuldnerausgleich zwischen Architekt und Bauunternehmer*

1. Zwischen einem planenden und überwachenden Architekten und einem Bauhandwerker besteht grundsätzlich ein Gesamtschuldverhältnis im Sinne der §§ 421 ff BGB.
2. Im Verhältnis zwischen einem planenden und/oder überwachenden Architekten und einem Bauunternehmer gibt es von vornherein keine Vermutung für ein Übergewicht eines bestimmten Verursachungsanteils (Planungsverschulden, Überwachungsverschulden oder Ausführungsverschulden). Vielmehr hat die Gewichtung der Haftungs- und Verantwortungsanteile unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles individuell zu erfolgen (BGH, 1. Februar 1965 - GSZ 1/64).
3. Ein Ausgleichsanspruch gemäß § 426 Abs. 1 BGB scheidet nicht deshalb aus, weil der Bauunternehmer gegenüber dem Bauherren auf die Rückforderung eines Teils des geleisteten Kostenvorschusses verzichtet hat.
4. Der Ausgleichsanspruch unterliegt der regelmäßigen dreijährigen Verjährung nach § 195 BGB

OLG Stuttgart, Urteil vom 04.08.2020, Az.: 12 U 128/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.04.2021, Az.: VII ZR 138/20); BauR 2022, 536

4. *Mängelhaftung von Bauunternehmer und Planer – unabhängige Verursachungsbeiträge*

1. Wird ein Mangel an einem Werk durch einen Planungsfehler des vom Auftraggeber beauftragten Planers (hier: Statiker) und unabhängig davon durch einen Ausführungsfehler des Bauunternehmers verursacht, wobei beide Fehler für sich allein jeweils den ganzen Schaden verursacht hätten, liegt ein Fall der Doppelkausalität vor. Planer und Bauunternehmer haften dann dem Auftraggeber gesamtschuldnerisch auf den gesamten Schaden.

2. In einem solchen Fall der Doppelkausalität kann der Bauunternehmer dem Auftraggeber das planerische Verschulden nicht anspruchsmindernd entgegenhalten, weil das Planungsverschulden für das Ausführungsverschulden nicht (mit-)ursächlich geworden ist.
3. (...)

OLG Stuttgart, Urteil vom 26.10.2021, Az.: 10 U 336/20; BauR 2022, 789 = NZBau 2022, 212 = NJW-RR 2022, 392 = IBR 2022, 180

5. Gesamtschuldnerausgleich bei einem ausschreibungsabweichenden Sondervorschlag des Bauausführenden

1. Unterbreitet der Bauausführende, in Abweichung von der mangelfreien Ausschreibung des Architekten, einen Sondervorschlag (hier: zur Schutzplankensonderkonstruktion), übernimmt er damit auch Aufgaben der Ausführungsplanung und wird für die Gestaltung und Ausführung seines Änderungsvorschlages allein verantwortlich, wenn dieser nicht vom Planer betrieben (dazu BGH, Urt. v. 16.10.2014 – VII ZR 152/12, BauR 2015, 523 ff.), sondern von ihm von sich aus unterbreitet wurde.
2. Der seinen Sondervorschlag ausführende Bauunternehmer kann mit dem Auftraggeber zugunsten des Planers in einem Vergleich vereinbaren, dass dessen Inanspruchnahme durch den Auftraggeber ausgeschlossen ist, soweit sich dieser im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs bei ihm schadlos halten könnte.
3. Von der Gesamtwirkung eines Vergleichs (§ 423 BGB) des Auftraggebers mit dem Bauunternehmer zugunsten des Architekten ist nach der Interessenlage auszugehen, wenn für den Auftraggeber erkennbar ist, dass der Bauunternehmer mit dem Vergleich sicher sein will, vor Ausgleichsansprüchen eines etwaigen Gesamtschuldners geschützt zu werden.
4. Der Bauausführende ist im Verhältnis zum Architekten für seinen Sondervorschlag in einem solchen Maße allein verantwortlich, dass der Architekt berechtigt wäre, einen vom Auftraggeber übernommenen und von ihm geforderten Mitverschuldensanteil an einem Baumangel vollumfänglich im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs (§ 426 Abs. 1 BGB) vom Bauausführenden erstattet zu verlangen.
5. Übernimmt der Auftraggeber in einem Vergleich mit dem Bauunternehmer ein Mitverschulden wegen einer angenommenen Mitverantwortlichkeit des Architekten am Entstehen eines Mangels, trägt er das Risiko, dass in seinem Regressprozess gegen den Architekten auf Freistellung von der übernommenen Mitschuld eine Mitverantwortung des Architekten abgelehnt wird.

OLG Köln, Urteil vom 13.01.2022, Az.: 7 U 29/21; BauR 2022, 1666

6. Beweisfragen nach Wassereintritt bei Fehlern verschiedener Bauunternehmer

Der Installateur haftet entsprechend § 830 I 2 BGB für einen Wasserschaden aus einer fehlerhaften Muffenverbindung unabhängig davon, ob zum Umfang dieses Schadens möglicherweise Fehler anderer Bauhandwerker beigetragen haben.

OLG Dresden, Urteil vom 18.04.2023, Az.: 14 U 1551/22; NZBau 2023, 731 = NJW-RR 2023, 1181

XVIII. Anspruch aus GoA, BereicherungsR u.a.

1. Erbringung von Bauleistungen auf fremdem Grundstück: Anspruch auf Wertersatz gegen den Grundstückseigentümer

1. Derjenige, der in der Erwartung späteren Eigentumserwerbs auf einem fremden Grundstück Bauleistungen erbracht hat, kann Wertersatz verlangen, wenn der Kaufvertrag über das Grundstück nicht zu Stande kommt.
2. Es kann ebenso genügen, wenn der Aufwendende und der Eigentümer die gemeinsame Erwartung teilen, dass dieser Wertzuwachs dem Aufwendenden zugutekommen soll, diese Erwartung aufgrund später eintretender Umstände aber nicht mehr erfüllt werden kann.
3. Der Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB gewährt nur einen Ersatz des Wertzuwachses des Grundstücks, nicht aber der errichteten Baulichkeiten.
4. Einem Bauunternehmer steht kein Anspruch auf Wertersatz für auf fremdem Grund ausgeführte Bauleistungen zu, wenn der Eigentümer die Erlaubnis zur Bebauung ausdrücklich vom Abschluss eines notariellen Kaufvertrags abhängig gemacht hat.

OLG München, Urteil vom 20.04.2021, Az.: 9 U 2127/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew., BGH, Beschluss vom 13.01.2022. Az.: V ZR 100/21); IBR 2022, 228

2. Zusätzliche Abrissarbeiten müssen zusätzlich bezahlt werden!

1. Verlangt der Auftraggeber die Ausführung weiterer Leistungen (hier: den Abriss eines Nebengelasses) und nimmt er das Nachtragsangebot des Auftragnehmers nicht an, weil er diese Leistungen als vom "Bausoll" umfasst ansieht, steht dem Auftragnehmer für die Erbringung der entsprechenden Arbeiten ein Anspruch auf Aufwendungsersatz zu, wenn sich herausstellt, dass die Leistungen nicht zum "Bausoll" gehören.
2. Erbringt der Auftragnehmer die Leistungen im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit, steht ihm für den Arbeitsaufwand die hierfür übliche Vergütung zu.

OLG Celle, Urteil vom 17.06.2021, Az.: 6 U 8/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.12.2021, Az.: VII ZR 723/21); IBR 2022, 391

XIX. Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 650e BGB)

1. Von Wertsteigerung unabhängige Bauhandwerkersicherungshypothek für Generalplaner

1. Der Anspruch eines Architekten auf Einräumung einer Sicherungshypothek für seinen Honoraranspruch (§§ 650e, 650q Abs. 1 BGB) setzt nicht voraus, dass auf dem Baugrundstück mit Bauarbeiten begonnen worden ist oder die Umsetzung der Planung dort zu einer Wertsteigerung geführt hat (Anschluss an KG, Beschluss vom 5. Januar 2021 - 27 W 1054/20; entgegen OLG Celle, Urteil vom 6. Februar 2020 - 14 U 160/19).

2. Ist die Leistung des Architekten mangelhaft, so reduziert sich die Sicherungshypothek um den Betrag des Vergütungsanteils, der auf die mangelhafte Leistung entfällt, nicht aber um die Kosten der Mangelbeseitigung.

KG, Urteil vom 14.02.2023, Az.: 21 W 28/22; BauR 2023, 1279 = NZBau 2023, 316 = NJW-RR 2023, 592 = IBR 2023, 245

2. *Bauhandwerkersicherungshypothek und unverlangt gestellte Bürgschaft*

Der Anspruch auf Einräumung einer Bausicherungshypothek nach § 650e BGB wird nicht gem. § 650f IV BGB durch die unverlangte Stellung einer Bürgschaft im Sinne des § 650f I, II BGB ausgeschlossen.

OLG Köln, Beschluss vom 13.03.2023, Az.: 2 Wx 257/22; NJW 2023, 3369

3. *Höhe der Sicherungshypothek nach Kündigung des Bauvertrags?*

1. Durch eine Kündigung wird das unvollendete Werk nicht zu einem vollendeten, so dass der Unternehmer die Einräumung der Sicherungshypothek nur für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen kann. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine Kündigung aus wichtigem Grund oder um eine freie Kündigung handelt.
2. Die Höhe der vom Unternehmer für seine Vergütung zu beanspruchenden Sicherungshypothek richtet sich nach dem jeweiligen Baufortschritt.
3. Der Unternehmer muss für einen Anspruch auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek den der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung darlegen und beweisen.

KG, Urteil vom 02.06.2023, Az.: 7 U 127/21; IBR 2023, 569

XX. **Bauhandwerkersicherheitsleistung (§ 650f BGB)**

1. *Feststellung des Bestehens eines zusätzlichen Vergütungsanspruchs als Voraussetzung für Anspruch auf Sicherheit*

1. Ansprüche nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B in Verbindung mit § 1 Abs. 3 oder Abs. 4 Satz 1 VOB/B sind solche auf Zahlung einer "auch in Zusatzaufträgen vereinbarten Vergütung" im Sinne von § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. Dies gilt auch, wenn die in diesen Bestimmungen vorgesehene Vereinbarung über den neuen Preis beziehungsweise über die besondere Vergütung nicht zustande kommt.
2. Das Gericht muss für den Anspruch auf Stellung einer Sicherheit gemäß § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. feststellen, ob der Rechtsgrund für einen zusätzlichen Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B gegeben ist, ob also insbesondere wirksame Anordnungen des Auftraggebers im Sinne von § 1 Abs. 3 oder Abs. 4 Satz 1 VOB/B vorliegen. Dagegen reicht hinsichtlich der Höhe des Vergütungsanspruchs ein schlüssiger Vortrag des Auftragnehmers aus (Fortführung von BGH, Urteil vom 6. März 2014 - VII ZR 349/12, BGHZ 200, 274).

BGH, Urteil vom 20.10.2022, Az.: VII ZR 154/21; BauR 2023, 466 = NJW 2023, 522 = NZBau 2023, 162 = ZfBR 2023, 149 = ZIP 2022, 2618

2. *Abtretung eines Bankguthabens ist keine geeignete Bauhandwerkersicherung!*

1. (...)
2. Auch ein Nachunternehmer hat gegen seinen Auftraggeber - den Hauptauftragnehmer bzw. Generalunternehmer - einen Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung gem. § 648a BGB a.F. (§ 650f BGB n.F.).
3. Die Abtretung eines Bankguthabens ist keine den Anforderungen des § 232 Abs. 1, § 648a Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. entsprechende Sicherheit und schließt einen Anspruch des Auftragnehmers aus § 648a Abs. 1 BGB a.F. nicht aus (Bestätigung von OLG Hamm, IBR 2016, 517).

OLG Hamm, Urteil vom 27.03.2019, Az.: 12 U 66/17; (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.04.2021, Az.: VII ZR 78/19; IBR 2022, 15

3. *Verbraucherbauvertrag bei gewerkeweiser Vergabe*

1. Ein Teilurteil darf nicht erlassen werden, wenn es die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen schafft. Eine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen ist gegeben, wenn in einem Teilurteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht oder Rechtsmittelgericht im weiteren Verfahren über andere Ansprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann. Dies gilt auch dann, wenn mit dem Hauptantrag eine Bauhandwerkersicherung im Sinne des § 650f BGB und mit dem Hilfsantrag Zahlung restlichen Werklohns begehrt wird, wenn wegen der Ausnahmeregelung des § 650f Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 BGB im Rahmen des Hilfsantrages über die Verbraucherbauvertragseseigenschaft des geschlossenen Werkvertrages zu entscheiden ist und im Rahmen des Hilfsantrages im Hinblick auf die Frage des vertraglich vereinbarten Vertragsolls die Auslegungsregel des § 650k Abs. 2 BGB Anwendung finden kann.
2. (...)

OLG Hamm; Urteil vom 27.04.2021, Az.: 24 U 198/20; BauR 2022, 485 = NZBau 2021, 664 = ZfBR 2021, 745

4. *Bauhandwerkersicherung für Gerüstbauarbeiten*

1. Ein Gerüstbau- und -überlassungsvertrag, aufgrund dessen ein Gerüst nicht nur vermietet, sondern ein individuell bemessenes und zusammengestelltes Gerüst montiert, am Gebäude fest verankert und wieder demontiert wird sowie der Gerüstbauer in eigener Verantwortung über die Art der Gerüstgruppe und die Konstruktion im Einzelnen entscheidet, ist nach Werkvertragsrecht zu beurteilen.
2. Eine Bauhandwerkersicherung nach § 648a Abs. 1 BGB a.F. kann auch für isoliert beauftragte Gerüstbauarbeiten jedenfalls dann verlangt werden, wenn diese Arbeiten direkt baubegleitend die unmittelbar bauwerkerrichtende Tätigkeit unterstützen.

3. Die Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB a.F. kann auch nach der Kündigung noch verlangt werden, wobei es für einen Anspruch des Unternehmers gegen den Besteller auf Leistung einer Sicherheit ausreicht, dass dem Unternehmer noch ein Vergütungsanspruch zusteht. Bei der Berechnung der dem Sicherungsverlangen zu Grunde liegenden Vergütung bleiben Ansprüche unberücksichtigt, mit denen der Besteller gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechnen kann, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt.

OLG Nürnberg, Urteil vom 29.04.2021, Az.: 13 U 2800/19; BauR 2022, 512 = NJW 2021, 3795 = NZBau 2021, 670 = IBR 2021, 515

5. Bauhandwerkersicherung auch für Nachträge!

1. Der Auftragnehmer eines Bauvertrags kann vom Auftraggeber die Stellung einer Bauhandwerkersicherung verlangen, auch wenn der Auftraggeber Verbraucher ist, solange kein Verbraucherbauvertrag vorliegt.
2. Der Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung umfasst auch streitige Zusatzaufträge/Nachträge, wenn die Auftragserteilung und die Höhe des Vergütungsanspruchs einschließlich Nachträgen vom Auftragnehmer schlüssig dargelegt werden.
3. Die Anforderung einer Bauhandwerkersicherung ist nicht treuwidrig bzw. rechtsmissbräuchlich, wenn nicht zugleich der Werklohn klageweise geltend gemacht wird. Es steht dem Auftragnehmer frei, ob er den Werklohn gleichzeitig mit der Sicherheit oder gesondert oder überhaupt nicht einklagt.

OLG München, Beschluss vom 04.02.2022, Az.: 9 U 5469/21 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 05.10.2022, Az.: VII ZR 51/22); IBR 2023, 185

6. Bauhandwerkersicherung auch nach Kündigung!

1. Einem Sicherungsverlangen des Bauhandwerkers nach § 648a BGB a.F. bzw. § 650f BGB n.F. steht nicht entgegen, dass der Unternehmer das Vertragsverhältnis wegen der Nichterfüllung des Sicherungsverlangens bereits gekündigt hat.
2. Liegt einem Einheitspreisvertrag nach der VOB/B 2016 kein vollständiges konstruktives Leistungsverzeichnis zugrunde, sondern im Wesentlichen eine Musterbaubeschreibung mit dem Charakter einer funktionalen Leistungsbeschreibung und eine standardisierte Einheitspreisliste, ergeben sich besondere Probleme für die schlüssige Darlegung sämtlicher vertraglich vereinbarter Vergütungsansprüche.

OLG Naumburg, Urteil vom 10.02.2022, Az.: 2 U 176/20; BauR 2023, 233 = IBR 2022, 571

7. Anforderung einer Bauhandwerkersicherung: Sieben bis 10 Tage sind die Mindestfrist!

1. Der Unternehmer muss dem Besteller im Sicherungsverlangen eine angemessene Frist zur Sicherheitsleistung setzen. Die Frist soll so bemessen sein, dass der Besteller die Sicherheit ohne schuldhaftes Verzögern beschaffen kann.

2. Eine Frist von sieben bis 10 Tagen ist in vielen Fällen realitätsfern. Dieser Zeitraum kann nur einen ersten Anhaltspunkt für die Dauer einer angemessenen Frist bieten und ist als Mindestzeitraum zu sehen. Welche Frist im Einzelfall angemessen ist, obliegt der Entscheidung durch den Tatrichter.
3. Hat der Unternehmer durch Adressierung des Sicherungsverlangens an die falsche Adresse und unter fehlender Angabe der Vertrags- und/oder Bestellnummer die Ursache dafür gesetzt, dass sein Sicherungsverlangen nicht rechtzeitig bearbeitet werden konnte, hat er selbst eine wesentliche Ursache dafür geschaffen, dass der Besteller die ihm gesetzte Frist nicht vollumfänglich ausschöpfen konnte.

OLG München, Urteil vom 14.04.2022, Az.: 9 U 7270/21 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 30.11.2022, Az.: VII ZR 100/22); IBR 2023, 186

8. Keine endgültige Klärung der Honorarhöhe im Sicherungsprozess

1. Zur Erreichung des gesetzgeberischen Sicherungsziels gem. § 648 a BGB (idF vom 23.10.2008) ist ein Unterschied in der Bezifferung des eilbedürftigen Sicherungsanspruchs gem. § 648 a aF BGB und dem zu besichernden Vergütungsanspruch hinzunehmen.
2. Der Unternehmer kann eine Sicherungsleistung dann verlangen, wenn er seinen Anspruch schlüssig darlegt. Ob die diesbezüglichen tatsächlichen oder rechtlichen Annahmen des Unternehmers zutreffend sind, ist nicht im Sicherungsverfahren zu klären (BGHZ 230, 120 = NZBau 2021, 675 = NJW 2021, 2438 Rn. 26 f.).

OLG Celle, Urteil vom 27.04.2022, Az.: 14 U 96/19 [nach BGH, Urt. v. 20.5.2021, Az.: VII ZR 14/20]; BauR 2023, 117 = NJW 2022, 3162 = NZBau 2022, 525 = IBR 2022, 348

9. Verbraucherbauvertrag auch bei Einzelvergabe; befristete Bürgschaft als Bauhandwerkersicherung

1. (...)
2. Eine Pflicht zur Stellung einer Sicherung besteht nicht, wenn der Unternehmer seinerseits die Leistung endgültig verweigert und sich damit grob vertragswidrig verhält (BGH, 31. März 2005, VII ZR 346/03).
3. Ein Verzug des Auftragnehmers hindert grundsätzlich nicht seinen Anspruch auf Stellung einer Sicherheit.
4. Ein Kündigungsrecht gemäß § 650f Abs. 5 S. 1 BGB besteht, wenn eine Bürgschaft infolge ihrer Befristung nicht ausreichend ist. Durch eine auf fünf Monate befristete Bürgschaft ist ein Unternehmer nicht hinreichend geschützt.
5. Der Unternehmer ist grundsätzlich nicht verpflichtet, dem Auftraggeber zur Vorlage einer ordnungsgemäßen Bürgschaft eine Nachfrist zu setzen

OLG München, Urteil vom 09.06.2022, Az.: 20 U 8299/21; NJW 2022, 3729 = NZBau 2023, 19 = IBR 2022, 457, 458, 459

10. Anspruch auf Bauhandwerkersicherheit verjährt in drei Jahren ab Anforderung!

1. Ein Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherheit ist ein verhaltensbezogener Anspruch (vgl. BGH, IBR 2021, 296).
2. Die Verjährungsfrist für den Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherheit beträgt drei Jahre.
3. Der Lauf der Verjährungsfrist für diesen verhaltensbezogenen Anspruch wird durch den Zugang der erstmaligen Geltendmachung durch den Unternehmer in Gang gesetzt (vgl. BGH, Urteil vom 04.05.2017 - I ZR 113/16, Rz. 22 f., IBRRS 2017, 3352).
4. Für den Lauf der Verjährung ist nicht das Ende des Kalenderjahrs, in dem der Anspruch geltend gemacht wurde, sondern taggenau der Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs bestimmend.

LG München I, Urteil vom 30.12.2022, Az.: 2 O 15750/21; IBR 2023, 131

B. Bauvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der VOB

I. VOB-Anwendungsbereich

1. Die VOB/B ist kein "Bau-Grundgesetz"!

Die VOB/B gilt nicht automatisch bei Abschluss eines Bauvertrags, sondern sie muss ausdrücklich vertraglich vereinbart werden. Unter branchenkundigen Vertragspartnern ist ein ausdrücklicher Hinweis auf die Einbeziehung der VOB/B ausreichend, aber auch erforderlich.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.07.2019, Az.: 22 U 179/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 05.05.2021, Az.: VII ZR 190/19); IBR 2022, 337

2. Privatperson ohne VOB/B-Kenntnisse ist ein VOB/B-Text auszuhändigen!

1. Die VOB/B wird nur dann Bestandteil eines (Bau-)Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss die andere Vertragspartei auf die VOB/B hinweist, ihr die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, und die andere Vertragspartei schließlich mit der Geltung der VOB/B einverstanden ist.
2. In zumutbarer Weise kann eine mit der VOB/B nicht vertraute Partei vom Inhalt der VOB/B nur Kenntnis nehmen, wenn ihr spätestens bei Vertragsschluss der Text der VOB/B zugänglich gemacht wird.
3. Ein Hinweis auf die VOB/B im Vertrag genügt für eine wirksame Einbeziehung nur dann, wenn die Vertragspartei des Verwenders Unternehmer und im Baurecht bewandert ist, selbst bereits mit der VOB/B vertraut ist oder für sie ein mit den Bedingungen Vertrauter - etwa ein Architekt - auftritt.
4. Wird die VOB/B nicht wirksam in den Vertrag einbezogen, verhält sich der Auftragnehmer als Verwender der VOB/B nicht treuwidrig, wenn er sich auf die unwirksame Einbeziehung der VOB/B beruft.

OLG Hamm, Beschluss vom 04.06.2020, Az.: 21 U 125/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 23.06.2022, Az.: VII ZR 108/20); IBR 2022, 499

3. § 8 Abs. 3 Nr. 1 und 5 Abs. 4 VOB/B halten einer Inhaltskontrolle stand

1. Ein bloßer Hinweis auf die Bestimmungen der VOB/B reicht in einem Bauvertrag mit einem Verbraucher nicht aus, um die VOB/B Vertragsbestandteil werden zu lassen. Erforderlich ist vielmehr, dass der die VOB/B als Vertragsbedingung stellende Auftragnehmer dem Verbraucher den Text der VOB/B aushändigt, ihm übersendet oder ihm auf sonstige Weise Kenntnis vom Inhalt der Bestimmungen verschafft. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn es sich bei dem Verbraucher um einen Rechtsanwalt handelt.

2. (...)

OLG Hamburg, Urteil vom 22.07.2020, Az.: 4 U 63/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 10.02.2021, Az.: VII ZR 129/20); BauR 2022, 510 = IBR 2021, 401

4. Änderungs- oder Zusatzleistung?

1. Soll die VOB/B wirksam in den Vertrag einbezogen werden, muss der Text der VOB/B übergeben werden. Das gilt nur dann nicht, wenn der Verwender mit Sicherheit erwarten darf, dass der Vertragspartner die VOB/B bereits kennt.

2. (...)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.02.2021, Az.: 22 U 245/20; BauR 2021, 1812 = IBR 2022, 113

5. Planervertrag nach VOB/B?

Die VOB/B kann formularmäßig nicht wirksam in einen Architekten- oder Ingenieurvertrag einbezogen werden.

OLG Koblenz, Urteil vom 25.02.2021, Az.: 6 U 1906/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 18.01.2023, Az.: VII ZR 199/21); BauR 2023, 1556 = IBR 2023, 292

6. Vager Hinweis ist keine ordnungsgemäße Bedenkenanmeldung!

1. Allein der Umstand, dass die Parteien bzw. ihre Prozessbevollmächtigten davon ausgehen, die VOB/B sei vereinbart, führt nicht zu deren Einbeziehung in den Vertrag (BGH, IBR 1999, 403).

2. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 02.12.2022, Az.: 22 U 113/22; BauR 2023, 1125 = NJW 2023, 2350 = NZBau 2023, 457 = IBR 2023, 121

7. Baumfäll- und Rodungsarbeiten: Ausführung nach VOB/B?

Die VOB/B kann regelmäßig nur in solche Verträge einbezogen werden, die die Ausführung von Bauleistungen betreffen. Bauleistungen sind Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, in Stand gehalten, geändert oder beseitigt wird. Das umfasst alle Arbeiten an einem Grundstück, also auch die Durchführung von Baumfäll- und Rodungsarbeiten.

OLG Brandenburg, Urteil vom 20.07.2023, Az.: 10 U 14/23; BauR 2023, 2105 = NZBau 2024, 90 = NJW-RR 2024, 150 = IBR 2023, 445

8. Muss einem Unternehmer ohne VOB/B-Kenntnisse ein VOB/B-Text übergeben werden?

In einen Vertrag mit einem im Baubereich nicht bewanderten Unternehmer als Vertragspartner des Verwenders wird die VOB/B nur wirksam einbezogen, wenn ihm die VOB/B tatsächlich zur Kenntnis gebracht wird. Der Hinweis im Angebot "Ausführung nach VOB/B in der derzeit gültigen Fassung. VOB liegt zur Einsichtnahme in unseren Geschäftsräumen aus" reicht nicht aus.

OLG Bamberg, Urteil vom 24.08.2023, Az.: 12 U 58/22; BauR 2024, 278 = NZBau 2032, 782 = IBR 2023, 553

II. VOB/AGB-Inhaltskontrolle

1. Insolvenzbedingte Kündigungsklausel wirksam

1a. Eine insolvenzabhängige Lösungsklausel ist unwirksam, wenn der insolvenzabhängige Umstand für sich allein die Lösung vom Vertrag ermöglicht und die Lösungsklausel in Voraussetzungen oder Rechtsfolgen von gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten abweicht, ohne dass für diese Abweichungen bei objektiver Betrachtung ex ante zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auf der Grundlage der wechselseitigen Interessen der Parteien berechnete Gründe bestehen (Ergänzung BGH, Urteil vom 15. November 2012 - IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348).

1b. Solche berechtigten Gründe können sich bei insolvenzabhängigen Lösungsklauseln allgemein aus einer insolvenzrechtlich gerechtfertigten Zielsetzung oder zugunsten eines Sach- oder Dienstleistungsgläubigers ergeben. Hingegen ist eine insolvenzabhängige Lösungsklausel zugunsten eines Geldleistungsgläubigers regelmäßig unwirksam.

2. Vereinbaren die Parteien eines Schülerbeförderungsvertrags, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund zulässig ist, ist die Klausel, dass der vom Erbringer der Leistungen gestellte Insolvenzantrag als wichtiger Grund gilt, wirksam, wenn der Besteller bei einer typisierten, objektiven Betrachtung ex ante zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein berechtigtes Interesse daran hatte, mit der Vereinbarung eines Insolvenzereignisses als wichtigem Grund Vorsorge für eine allgemein bei Schülerbeförderungsverträgen mit einem Insolvenzfall einhergehende besondere Risikoerhöhung zu treffen.

BGH, Urteil vom 27.10.2022, Az.: IX ZR 213/21; BauR 2023, 470 = NJW 2023, 603 = NZBau 2023, 92 = IBR 2023, 100

2. Wirksamkeit der Regelung über die Kündigung des Auftraggebers aus wichtigem Grund bei nicht als Ganzes vereinbarter VOB/B

Ist die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden, hält § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) bei Verwendung durch den Auftraggeber der Inhaltskontrolle nicht stand. Die Kündigungsregelung in § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher unwirksam.

BGH, Urteil vom 19.01.2023, Az.: VII ZR 34/20; BauR 2023, 628 = NJW 2023, 1356 = NZBau 2023, 301 = ZfBR 2023, 343 = IBR 2023, 173

3. § 8 Abs. 3 Nr. 1 und 5 Abs. 4 VOB/B halten einer Inhaltskontrolle stand

1. (...)
2. Die Bestimmungen der §§ 8 Abs. 3 Nr. 1 und 5 Abs. 4 VOB/B halten einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand, da nicht ersichtlich ist, inwieweit sie den Verbraucher unangemessen benachteiligen.

OLG Hamburg, Urteil vom 22.07.2020, Az.: 4 U 63/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 10.02.2021, Az.: VII ZR 129/20); BauR 2022, 510 = IBR 2021, 401

4. § 1 Abs. 3 und 4 halten isolierten Inhaltskontrolle nicht stand

1. Die konkurrierenden Regelungen in § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B gehen den Vorschriften der §§ 650b, 650c BGB nicht vor, wenn die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart wird.
2. § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B sind bei der isolierten Inhaltskontrolle wegen des Abweichens vom wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unwirksam. Aus diesem Grund ist der Ausschluss der §§ 650b, 650c BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers unwirksam.

LG Hechingen, Urteil vom 02.11.2021, Az.: 2 O 305/21; IBR 2022, 231

III. Leistungsbeschreibung/Leistungsoll

1. Auf bereits bekannte Kontamination muss der Auftraggeber nicht nochmals hinweisen!

1. Geht aus der Baubeschreibung hinreichend deutlich hervor, dass auszubauendes Material kontaminiert ist und sind im Leistungsverzeichnis entsprechende Positionen für das zu entsorgende Material enthalten, sind die Entsorgungskosten im vereinbarten Einheitspreis enthalten.

2. (...)

OLG Dresden, Urteil vom 16.06.2020, Az.: 6 U 327/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.01.2022, Az.: VII ZR 107/20); BauR 2022, 1649 = IBR 2022, 443

IV. Preisanpassung bei EP-Vertrag

1. Mehr- oder Mindermengen müssen nicht angezeigt werden!

Mehr- oder Mindermengen, die nicht auf eine Anordnung des Auftraggebers zurückzuführen sind (sog. unwillkürliche Mengenänderungen), müssen dem Auftraggeber nicht angezeigt werden.

OLG München, Beschluss vom 13.05.2019, Az.: 28 U 3906/18 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 05.05.2021, Az.: VII ZR 132/19); IBR 2022, 56

2. Vergabegewinn als Schadensposition i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B

1. § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B ist nur auf die Fälle anwendbar, in denen sich das Risiko einer Fehleinschätzung verwirklicht, weil im Hinblick auf die Mengen andere Verhältnisse vorgefunden wurden als sie im Vordersatz Eingang gefunden haben. Dementsprechend ist § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B nicht anwendbar, wenn sich die Leistung durch Anordnungen des Auftraggebers ändert oder dieser einen Teil der Leistung kündigt.

2. (...)

OLG Celle, Beschluss vom 08.10.2020, Az.: 16 U 34/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 12.01.2022, Az.: VII ZR 240/20); BauR 2022, 1511 = IBR 2022, 390

3. Urkalkulation angefordert: Keine Einigung auf vorkalkulatorische Preisfortschreibung!

1. Kommt es in einem VOB/B-Einheitspreisvertrag bei einer oder mehreren LV-Positionen zu Mengenerhöhungen von über 10% und können sich die Vertragsparteien nicht über die Höhe des neuen Einheitspreises einigen, sind für die Bemessung des neuen Einheitspreises die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich (Anschluss an BGH, IBR 2019, 535; IBR 2019, 536).

2. Allein durch die Anforderung der Urkalkulation wird kein neuer Einheitspreis zwischen den Parteien (konkludent) vereinbart.

OLG Bamberg, Beschluss vom 27.04.2022, Az.: 1 U 302/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 16.11.2022, Az.: VII ZR 112/22); IBR 2023, 119

V. Nachträge

1. Mehrkostenansprüche nach Leistungsänderungsanordnungen des AG nach § 2 Abs. 5 und Abs. 6

1. *Zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B (hier Vorhaltekosten für Baugeräte) aus mittelbaren bauzeitlichen Auswirkungen von unmittelbar Änderungen des Bauentwurfs betreffenden Anordnungen*

1. Eine zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B kann auch aus mittelbaren bauzeitlichen Auswirkungen wie etwa Gerätestillstand von - unmittelbar Änderungen des Bauentwurfs betreffenden - Anordnungen gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B resultieren. Entsprechendes gilt für einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 6 VOB/B i.V.m. § 1 Abs. 4 VOB/B.
2. Im gegenwärtigen Verfahrensstadium bedarf es nicht zur Fortbildung des Rechts einer Klärung der Frage, ob die Vergütung bei Ansprüchen nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B anhand der tatsächlich erforderlichen Mehr- und Minderkosten oder im Wege der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung zu bemessen ist. Diese Fragestellung ist für die Beurteilung der Erfolgsaussichten der Revision gegen das vom Berufungsgericht erlassene Grundurteil nicht erheblich.

BGH, Beschluss vom 13.03.2022, Az.: VII ZR 191/21; BauR 2022, 1069 = NJW 2022, 2332 = NZBau 2022, 521 = ZfBR 2022, 558

2. *Nachtragsangebot umfasst auch bauzeitbedingte Mehrkosten!*

Ein Auftragnehmer, der dem Auftraggeber ein Nachtragsangebot unterbreitet, macht damit ein abschließendes Angebot, das auch bauzeitbedingt entstandenen Mehrbedarf umfasst.

OLG Frankfurt, Urteil vom 19.12.2019, Az.: 5 U 171/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 13.10.2021, Az.: VII ZR 15/20); IBR 2022, 445

3. *Bestandsrisiko übernommen: Kein Nachtrag für zusätzliche Abdichtungsarbeiten!*

1. Regeln die Parteien eines Bauvertrags über Sanierungsarbeiten in einer Nachtragsvereinbarung, dass mit der in der Nachtragsvereinbarung festgelegten Vergütung "sämtliche Ansprüche des Auftragnehmers wegen der Erbringung anfänglicher Bauleistungen abgegolten sind" und er "aufgrund von Bestandsrisiken (...) keine weiteren (...) Vergütungsansprüche geltend machen" wird, kann er für die ordnungsgemäße Abdichtung des Gebäudes auch dann keine zusätzliche Vergütung verlangen, wenn das Gebäude bei Errichtung nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprochen hat.
2. Wird der angenommene Gebäudezustand zum Vertragsbestandteil gemacht, scheiden Ansprüche wegen Störung der Geschäftsgrundlage aus, wenn sich die Annahme zum Gebäudezustand als unzutreffend erweist.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.03.2020, Az.: 5 U 51/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 18.05.2022, Az.: VII ZR 61/20); IBR 2022, 610

4. Angebotsnachlass gilt nicht für Nachträge!

1. Auf bereits bekannte Kontaminationen muss der Auftraggeber nicht nochmals hinweisen!
2. Geht aus der Baubeschreibung hinreichend deutlich hervor, dass auszubauendes Material kontaminiert ist und sind im Leistungsverzeichnis entsprechende Positionen für das zu entsorgende Material enthalten, sind die Entsorgungskosten im vereinbarten Einheitspreis enthalten.
3. Bei einem Anspruch aus § 2 Abs. 5 VOB/B kommt es bei fehlender Einigung über den neuen Preis im Wege ergänzender Vertragsauslegung auf die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge an (vgl. Bundesgerichtshof, Urte. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18; BauR 2019, 1766).
4. Ein für den Ursprungsvertrag gewährter Nachlass auf den Preis gilt ohne ausdrückliche Einigung nicht für den Nachtragspreis.

OLG Dresden, Urteil vom 16.06.2020, Az.: 6 U 327/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.01.2022, Az.: VII ZR 107/20); BauR 2022, 1649 = IBR 2022, 443

5. Auslegung einer Anordnung; Berechnung der Nachtragsvergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B

1. Der Bieter, der an einem auf einen VOB-Vertrag zielenden Ausschreibungsverfahren teilnimmt, darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Ausschreibende die Ausschreibungsregeln der VOB/C einhält. Daraus ergibt sich, dass nicht im Leistungsverzeichnis angegebene Bodenbelastungen vom Angebotspreis nicht erfasst sind.
2. Das Verlangen des Auftraggebers, belastetes Aushubmaterial abzufahren, stellt eine Anordnung nach § 1 Abs. 3 VOB/B dar.
3. Maßgebend für die Höhe einer Mehrvergütungsforderung sind die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn.

OLG Frankfurt, Urteil vom 21.09.2020, Az.: 29 U 171/19; BauR 2021, 1147 = IBR 2022, 57

6. Nachtragsforderung wird durch Abschlagszahlung nicht anerkannt!

1. Abschlagszahlungen haben vorläufigen Charakter und über sie erfolgt später noch eine endgültige Abrechnung. Deshalb rechtfertigt eine Zahlung auf eine Abschlagsrechnung nicht die Annahme eines Anerkenntnisses.
2. (...)

OLG Hamburg, Urteil vom 27.11.2020, Az.: 8 U 7/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 27.10.2021, Az.: VII ZR 11/21); BauR 2022, 1352 = IBR 2022, 282

7. Nachtragsvergütung nach vorkalkulatorischer Preisfortschreibung?

1. Gem. § 2 Abs. 5 VOB/B besteht ein Anspruch auf Mehrvergütung, wenn „durch eine Änderung des Bauentwurfs oder eine andere Anordnung des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden“. Wenn sich die Qualität von Nassbaggerarbeiten aufgrund einer Nachtragsanordnung ändert (hier: statt punktueller Eintreibungs-baggerung mit einem Steizenbagger nunmehr Flächenbaggerung mit einem Eimerkettenbagger), handelt es sich um eine solche Nachtragsanordnung.
2. Zur Abgrenzung von § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 VOB/B („zusätzliche Leistung“): § 2 Abs. 6 VOB/B betrifft den Fall, dass eine neue, vom bisherigen Vertrag noch gar nicht umfasste Leistung verlangt wird. § 2 Abs. 5 VOB/B betrifft hingegen den Fall, dass eine vom Vertrag vorgesehene Leistung nur anders ausgeführt werden soll.
3. Die Frage, wie eine Vergütungsanpassung bei nachträglichen Anordnungen des Auftraggebers gem. § 2 Abs. 5 VOB/B vorzunehmen ist, ist in der VOB/B nicht geregelt. Wenn die Parteien sich nicht auf die Elemente der Preisbildung geeinigt haben, enthält der Vertrag eine Lücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist. Zu fragen ist, welchen Maßstab die Parteien zur Bestimmung des neuen Einheitspreises vertraglich zugrunde gelegt hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten.
4. Ob die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18, BauR 2019, 1766) zu Mengenmehrungen nach § 2 Abs. 3 Nr. VOB/B (die vorkalkulatorische Preisfortschreibung soll insoweit nicht maßgeblich sein, vielmehr könne der neue Einheitspreis auch selbstständig und losgelöst davon nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge bestimmt werden) auch für den Fall einer Mehrvergütung aufgrund nachträglicher Änderungsanordnungen nach § 2 Abs. 5 VOB/B gilt, ist bislang höchstrichterlich noch nicht entschieden.
5. Im Rahmen der Vergütungsanpassung nach § 2 Abs. 5 VOB/B kommt den vorkalkulatorischen Kostenansätzen des Auftragnehmers insoweit indizielle Bedeutung zu, als sich hieraus Anhaltspunkte für die vom Gericht vorzunehmende Vertragsauslegung ableiten lassen. Wenn die Parteien in ihrem Vertragswerk für eine Vielzahl unterschiedlicher Leistungen Preise vereinbart haben, spricht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass sie sich an diesen Preisabreden orientiert hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall von vornherein bedacht hätten.
6. Maßgeblich ist dabei, was die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten. Die kalkulierten Kosten sind ein Hilfsmittel für die Ermittlung des „neuen Preises“.
7. (...)

OLG Schleswig, Urteil vom 17.12.2020, Az.: 7 U 21/18; BauR 2022, 1500 = IBR 2022, 502 = IBR 2022, 503

8. Änderungs- oder Zusatzleistung?

1. (...)

2. Die Regelung des § 2 Abs. 6 VOB/B findet Anwendung, wenn eine Anordnung gem. § 1 Abs. 4 VOB/B getroffen worden ist, also nachträglich Leistungen angeordnet werden, die zur Erreichung des ursprünglich vereinbarten Leistungsziels erforderlich sind.
3. Gibt der Auftraggeber zusätzliche "Leistungsziele" vor, liegt eine angeordnete Änderung des Bauentwurfs gem. § 1 Abs. 3 VOB/B vor. Zu einer solchen Anordnung sieht § 2 Abs. 5 VOB/B vor, dass ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren ist.
4. Maßgeblich sind die gem. § 2 Abs. 5 VOB/B tatsächlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge (Anschluss an BGH, IBR 2019, 536).
5. Die Vereinbarung des neuen Preises soll vor der Ausführung getroffen werden. Um eine Anspruchsvoraussetzung handelt es sich dabei allerdings nicht.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.02.2021, Az.: 22 U 245/20; BauR 2021, 1812 = IBR 2022, 113

9. *Nachtragsstreitigkeiten berechtigen nicht zur Arbeitseinstellung!*

1. Die Parteien eines VOB/B-Vertrags sind zur Kooperation verpflichtet. Entstehen während der Vertragsdurchführung Meinungsverschiedenheiten über die Notwendigkeit oder die Art und Weise einer Vertragsanpassung, sind sie grundsätzlich gehalten, im Wege der Verhandlung eine Klärung und eine einvernehmliche Lösung zu versuchen.
2. Ungeklärte Nachtragsforderungen berechtigen den Auftragnehmer nicht dazu, die Arbeiten einzustellen. Es ist dem Auftragnehmer zumutbar, die Nachtragsleistungen zu erbringen und deren Berechtigung - gegebenenfalls durch gerichtliche Überprüfung - abzuklären.

OLG Stuttgart, Urteil vom 17.08.2021, Az.: 10 U 423/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 01.06.2022, Az.: VII ZR 826/21); IBR 2023, 61

10. *Negative einstweilige Feststellungsverfügung zu nachtragsbezogenen Abschlagsrechnungen, VOB-Vertrag*

1. Der Besteller eines Bauvertrages kann im Wege der einstweiligen Verfügung die Feststellung begehren, dass der Bauunternehmer vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen i.H.v. 80 % des zugehörigen Nachtragsangebotes zu verlangen.
2. Diese Möglichkeit besteht auch bei einem die VOB/B einbeziehenden Vertrag.
3. Ein derartiges negatives Feststellungsbegehren kann etwa mit dem Fehlen einer nach § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B erforderlichen Ankündigung, mit einer Erfassung der vermeintlichen Nachtragsleistungen durch den ursprünglich geschlossenen Vertrag, dem Fehlen einer Änderungsanordnung oder einer prüfbaren Abschlagsrechnung, der bislang unterbliebenen Ausführung der Bauleistung oder der – konkret darzulegenden – starken Überhöhung des Nachtragsangebotes begründet werden.
4. Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des Mehrvergütungsanspruchs liegt ungeachtet der prozessualen Parteirollen beim Bauunternehmer.

KG, Urteil vom 02.11.2021, Az.: 27 U 120/21; BauR 2022, 1074 = NJW 2022, 548 = NJW-RR 2022, 548 = NZBau 2022, 92 = IBR 2022, 169

11. Positionsweise gewährter Sonderrabatt gilt auch nur portionsweise

1. Bietet der Auftragnehmer auf einzelne von ihm beeinflussbare Positionen des Leistungsverzeichnisses "Sonderrabatte" an, berechtigt dies den Auftraggeber nicht dazu, die angebotenen Sondernachlässe auch dann von der Schlussrechnung des Auftragnehmers abzuziehen, wenn die dafür vorgesehenen Positionen nicht oder nicht in der ausgeschriebenen Menge zur Ausführung kommen.
2. Vergaberecht ist kein Vertragsrecht. Sobald das Vergabeverfahren abgeschlossen ist, kommt es nicht mehr darauf an, ob es beanstandungsfrei durchgeführt wurde. Maßgeblich ist allein das daraus hervorgegangene Vertragsverhältnis.

OLG Dresden, Beschluss vom 29.12.2021, Az.: 14 U 859/21; IBR 2022, 555

12. Nachtragsangebot nicht widersprochen: Einheitspreis(e) akzeptiert!

1. Der Auftraggeber eines VOB-Vertrags ist aufgrund der bauvertraglichen Kooperationspflicht gehalten, auf Nachtragsangebote des Auftragnehmers binnen angemessener Zeit zu reagieren. Der angebotene Nachtragspreis kann als konkludent vereinbart anzusehen sein, wenn der Auftraggeber die betreffenden Arbeiten nach Ablauf dieser Frist widerspruchslos ausführen lässt.
2. Für den Beginn der Äußerungsfrist genügt der Eingang des Nachtragsangebots beim Bauleiter des Auftraggebers.
3. Maßgebend für die Höhe der Zusatzvergütung nach § 2 V VOB/B ist der tatsächliche Mehraufwand. Evidente Übertragungsfehler im Rahmen der Urkalkulation sind selbst dann im Rahmen der Nachtragsberechnung zu korrigieren, wenn die Vertragsparteien im Grundsatz von einer vorkalkulatorischen Preisfortschreibung ausgegangen sind.
4. Der Auftragnehmer kann eine Rückvergütung für ausschreibungswidrig unverwertbares Fräsgut als Zusatzvergütung verlangen, wenn der Verwertungserlös erklärtermaßen zum Preisbestandteil erhoben worden war (Abgrenzung zu BGH NJW 2021, 3393).
5. (...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 12.05.2022, Az.: 12 U 141/21; NJW 2022, 3297 = NZBau 2022, 728 = ZfBR 2022, 666 = IBR 2022, 389

13. Neuberechnung des Nachtragspreises

§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B als auch § 2 Abs. 5 VOB/B gebieten die Ermittlung des neuen Preises für die Mehrleistung auf Grundlage der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge.

OLG Koblenz, Beschluss vom 20.06.2022, Az.: 1 U 2211/21; BauR 2023, 1388

14. Auf Lücke im LV nicht hingewiesen: Auftragnehmer erhält keine Entschädigung!

1. Der Auftragnehmer hat den Auftraggeber nach Vertragsschluss auf Lücken und Unklarheiten im Leistungsverzeichnis hinzuweisen.
2. Verletzt der Auftragnehmer seine Aufklärungspflicht schuldhaft, steht dem Auftraggeber ein Anspruch auf Ersatz des hieraus entstandenen Schadens zu. Zudem scheidet ein Annahmeverzug des Auftraggebers aus.
3. (...)

OLG Dresden, Urteil vom 29.06.2022, Az.: 22 U 1689/20; BauR 2023, 98 = ZfBR 2022, 792 = IBR 2022, 504

15. Keine einstweilige Verfügung bei fehlender Schlussrechnungsreife

1. (...)
4. Es bleibt offen, ob § 650d BGB bei einem VOB-Bauvertrag anwendbar ist.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.09.2022, Az.: 8 W 29/22; BauR 2023, 88 = NJW 2023, 372 = NZBau 2023, 226 = IBR 2022, 558

16. Kein Nachtrag bei kalkulatorisch unklarer Leistungsbeschreibung!

1. Selbst wenn der öffentliche Auftraggeber die Anforderungen an die Aufstellung der Leistungsbeschreibung nach § 7 Abs. 1 VOB/A 2019 missachtet, sind die Erschwernisse vom Vertrag erfasst, mit denen nach dem objektiven Empfängerhorizont eines potenziellen Bieters gerechnet werden musste. Kann der Auftragnehmer die Unvollständigkeit des Leistungsverzeichnisses erkennen, kann er diesbezüglich später keine veränderte Vergütung verlangen.
2. Ein Auslegungsvertrauen auf Einhaltung der VOB/A-Vorschriften scheidet aus, wenn ein Vergabeverstoß für den Bieter erkennbar ist oder wenn er auch ohne Angaben in der Ausschreibung eine ausreichende Kalkulationsgrundlage hat.
3. Ist den durchzuführenden Asbestarbeiten in einem Altbau immanent, dass niemand genau weiß, wo sich die Kontaminierung konkret befindet, muss dem Auftragnehmer als Spezialunternehmen klar sein, dass die konkrete Lage des Asbests und dessen anfallende Menge unbekannt sind.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.11.2022, Az.: 21 U 71/22; IBR 2023, 555

17. Leistungsverweigerung wegen Nachtragsstreit?

1. (...)
2. Ob der nach den allgemeinen Regeln vorleistungspflichtige Unternehmer die Leistungsaufnahme von der Zusage einer gegebenenfalls höheren Vergütung abhängig

machen darf, ist nach § 242 BGB aufgrund einer Abwägung der widerstreitenden Interessen gemäß der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, wobei insbesondere die zu erwartenden Erschwernisse für den Unternehmer, der Umfang der in Rede stehenden Vergütungserhöhung und unter Berücksichtigung des Kooperationsprinzips auch das wechselseitige Verhalten der Vertragspartner zu berücksichtigen sind.

OLG Hamm, Urteil vom 09.02.2023, Az.: 24 U 77/21; BauR 2023, 1390 = NJW 2023, 1739 = NZBau 2023, 378 = IBR 2023, 280

2. Nachtragsvergütung nach § 2 Abs. 8 VOB/B

1. *Vertrag nicht unterschrieben: Auftraggeber muss übliche Vergütung zahlen!*

1. Soll ein (hier: Generalunternehmer-)Vertrag schriftlich geschlossen werden, kommt er im Zweifel erst dann wirksam zustande, wenn die Vertragsurkunde von den Vertragsparteien unterschrieben wird. Die Unterzeichnung von Verhandlungsprotokollen, in denen (lediglich) Zwischenergebnisse der Verhandlungen festgehalten sind, genügt nicht.
2. (...)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.02.2021, Az.: 23 U 45/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.06.2022, Az.: VII ZR 170/21); IBR 2023, 227

2. *Notwendige Leistungen müssen bezahlt werden, auch wenn kein (wirksamer) Auftrag erteilt wurde!*

1. Die Regelung des § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B ist auch anwendbar, wenn vertragliche Ansprüche gegen einen öffentlichen Auftraggeber mangels wirksamer Beauftragung ausscheiden.
2. Nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B muss die Leistung notwendig, d.h., ohne ihre Ausführung muss die Leistung mangelhaft sein. Rein zweckmäßige oder nützliche Zusatzleistungen, die nicht erforderlich sind, genügen nicht.
3. Notwendig ist eine Leistung auch dann, wenn der Auftraggeber sie selbst für erforderlich hält, eine Anordnung aber unterlässt, um einer Nachtragsvergütung zu entgehen.
4. Für eine unverzügliche Anzeige ist es erforderlich, aber auch ausreichend, wenn der Auftragnehmer die nicht beauftragten Leistungen nach Art und Umfang so beschreibt, dass der Auftraggeber rechtzeitig informiert wird und ihm die Möglichkeit gegeben wird, billigere Alternativen zu wählen. Nähere Angaben zur Höhe der für die nicht in Auftrag gegebene Leistung anfallenden Vergütung sind nicht erforderlich.

OLG Jena, Urteil vom 25.03.2021, Az.: 8 U 592/20; BauR 2022, 493 = IBR 2021, 397

3. Auftragslos erbrachte Leistungen werden durch eine vorbehaltlose Abnahme nicht anerkannt!

Die vorbehaltlose Abnahme der Leistung stellt kein Anerkenntnis einer auftragslos erbrachten Leistung dar. Insbesondere bei öffentlichen Auftraggebern sind hohe Anforderungen an die Annahme eines Anerkenntnisses zu stellen.

OLG Köln, Beschluss vom 27.05.2021, Az.: 16 U 192/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 07.09.2022, Az.: VII ZR 649/21); IBR 2022, 613

4. Zusätzliche Abrissarbeiten müssen zusätzlich bezahlt werden!

1. Verlangt der Auftraggeber die Ausführung weiterer Leistungen (hier: den Abriss eines Nebengelasses) und nimmt er das Nachtragsangebot des Auftragnehmers nicht an, weil er diese Leistungen als vom "Bausoll" umfasst ansieht, steht dem Auftragnehmer für die Erbringung der entsprechenden Arbeiten ein Anspruch auf Aufwandsersatz zu, wenn sich herausstellt, dass die Leistungen nicht zum "Bausoll" gehören.
2. Erbringt der Auftragnehmer die Leistungen im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit, steht ihm für den Arbeitsaufwand die hierfür übliche Vergütung zu.

OLG Celle, Urteil vom 17.06.2021, Az.: 6 U 8/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.12.2021, Az.: VII ZR 723/21); IBR 2022, 391

VI. Bauverzögerung

1. Bauablaufbezogene Darstellung bei Ansprüchen aus Bauablaufstörungen erforderlich

1. Bei der Geltendmachung von Ansprüchen aus Bauablaufstörungen ist der Auftragnehmer dafür darlegungs- und beweispflichtig, dass die Bauzeitverlängerung nicht auf von ihm zu vertretenden Umständen beruhte.
2. Im Rahmen der Darlegung eines Anspruchs wegen Bauzeitverzögerung ist eine baustellenbezogene Darstellung der Ist- und Sollabläufe notwendig, die die Bauzeitverlängerung nachvollziehbar macht. Im Rahmen der Berechnung eines solchen Anspruchs sind vom Auftragnehmer selbst verursachte Verzögerungen ebenso zu berücksichtigen wie erteilte Nachträge. Eine Berechnung, die solche Faktoren außer Acht lässt, ist unschlüssig.
3. Darzulegen ist in jedem Fall, wie der Auftragnehmer den Bauablauf tatsächlich geplant hätte, das heißt welche Teilleistungen er in welcher Zeit herstellen wollte und wie der Arbeitskräfteeinsatz erfolgen sollte. Dem ist der tatsächliche Bauablauf gegenüberzustellen. Sodann sind die einzelnen Behinderungstatbestände aufzuführen und deren tatsächliche Auswirkungen auf den Bauablauf zu erläutern.
4. Die Darstellung muss insbesondere auch die Beurteilung ermöglichen, ob die angesetzten Bauzeiten mit den von der Preiskalkulation vorgesehenen Mitteln eingehalten werden konnten und ob die Baustelle auch tatsächlich mit ausreichend Arbeitskräften besetzt war.

5. Positionen eines Leistungsverzeichnisses können dahingehend auszulegen sein, dass dem Auftragnehmer jedenfalls keine Vergütung für solche Verlängerungszeiträume zugestanden werden, für die er selbst die Verantwortung trägt.
6. Macht der Auftragnehmer einen Vergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 2 VOB/B aus den jeweiligen Leistungspositionen geltend, so ist er für die Tatsache, dass die Bauzeitverlängerung nicht auf von ihm zu vertretenden Umständen beruht, darlegungs- und beweispflichtig.
7. Im Rahmen der Darlegung eines Anspruches wegen Bauzeitverzögerung bzw. auf zeitabhängige Mehrkosten ist eine baustellenbezogene Darstellung der Ist- und Sollabläufe notwendig, die die Bauzeitverlängerung nachvollziehbar macht. Erforderlich ist eine konkret bauablaufbezogene Darstellung mit Berücksichtigung von Ausgleichsmaßnahmen (siehe OLG Köln, 28. Januar 2014 - 24 U 199/12). Dies gilt nicht nur für Ansprüche wegen Behinderung aus § 6 Abs. 6 VOB/B, sondern auch für Vergütungsansprüche nach § 2 VOB/B, mit denen zeitabhängige Mehrkosten geltend gemacht werden

OLG Köln, Urteil vom 29.08.2019, Az.: 7 U 113/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.04.2021, Az.: VII ZR 216/19); BauR 2022, 647 = IBR 2021, 568 = IBR 2021, 617

2. *Bauablaufstörung verhindert Kündigung wegen unzureichender Baustellenausstattung!*

1. Der Auftragnehmer muss auf Verlangen unverzüglich Abhilfe schaffen, wenn Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile so unzureichend sind, dass die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können.
2. Die besondere Abhilfepflicht des Auftragnehmers - und der korrespondierende Abhilfeanspruch des Auftraggebers - greifen nicht bereits dann ein, wenn Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile unzureichend sind, sondern setzt zusätzlich voraus, dass wegen des Defizits an Arbeitskräften oder Material die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können.
3. Ist eine Vertragsfrist aber aufgrund von Verzögerungen im Bauablauf gegenstandslos geworden, droht keine Nichteinhaltung dieser Frist mehr.
4. Liegen die Voraussetzungen für eine Auftragsentziehung wegen einer unzureichenden Ausstattung der Baustelle nicht vor, ist eine Kündigungserklärung als "freie" Kündigung anzusehen.

OLG Stuttgart, Urteil vom 18.02.2020, Az.: 10 U 2/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 09.02.2022, Az.: VII ZR 49/20); IBR 2022, 449

3. *Keine bauablaufbezogene Darstellung: Kein Schadensersatz wegen Behinderungen!*

1. Macht der Auftragnehmer Schadensersatz wegen Behinderungen des Bauablaufs geltend, hat er zunächst darzulegen, wie der ursprüngliche Bauablaufplan aussah und durch welche Ereignisse es wann zu welcher konkreten Behinderung aus der Sphäre des Auftraggebers kam. Außerdem muss er darlegen, wann eine diesbezügliche Behinderungsanzeige erfolgte, wie hierauf reagiert wurde, wie sich die Behinderung zeitlich auf den weiteren Bauablauf ausgewirkt hat und weshalb die eingetretene Störung bzw. Verzögerung auftragnehmerseitig nicht kompensierbar war.

Erforderlich ist eine möglichst konkrete Darstellung der Behinderungstatbestände und ihrer hindernden Wirkungen.

2. Die Schwierigkeit, jeden einzelnen Behinderungstatbestand als solchen und eine von diesem kausal verursachte Störung des Bauablaufs darzustellen und im Streitfall zu beweisen, rechtfertigt weder Beweiserleichterungen noch eine Reduzierung der Vortragslast zu Gunsten des Auftragnehmers.

OLG Stuttgart, Urteil vom 17.03.2020, Az.: 10 U 310/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.01.2022, Az.: VII ZR 51/20); IBR 2022, 615

4. *Leistung nach Unterbrechung nicht wieder aufgenommen: Kündigung möglich?*

1. Eine Kündigung des Bauvertrags aus einem wichtigen Grund i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B 2012 kann nicht auf einen Verzug mit der Vollendung der Ausführung gestützt werden, wenn der ursprünglich verbindlich vereinbarte Fertigstellungstermin wegen erheblicher Verzögerungen des Beginns der Ausführung obsolet geworden und ein neuer Fertigstellungstermin nicht vereinbart worden ist. Für die Annahme eines Schuldnerverzugs nach den allgemeinen Regeln des BGB bedarf es der Darlegung einer angemessenen Bauzeit und der ausdrücklichen Aufforderung zur Vollendung der Gesamtleistungen nach Ablauf dieser Bauzeit unter Setzung einer angemessenen Nachfrist.
2. Ein für eine wirksame Kündigung erforderlicher wichtiger Grund i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B 2012 kann in einer Verzögerung mit dem Beginn der weiteren Ausführung der (unterbrochenen) Leistungserbringung liegen, wenn die Vertragsparteien insofern eine verbindliche Wiederaufnahmefrist vereinbart haben und der Auftraggeber nach Fristablauf fruchtlos eine Nachfrist für die Wiederaufnahme der Arbeiten gesetzt hat.
3. Eine Kündigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B 2012 kann auch auf die Versäumung der Frist und einer angemessenen Nachfrist zur Erbringung von Teilleistungen nach Aufforderung zur Abhilfe i.S.v. § 5 Abs. 3 VOB/B 2012 gestützt werden, soweit das Abhilfeverlangen nicht ausnahmsweise als treuwidrig zu bewerten ist.

OLG Naumburg, Urteil vom 09.12.2021, Az.: 2 U 16/21; IBR 2022, 342

VII. **Sub-/Nachunternehmer**

1. *Vergleich auf Ebene Hauptunternehmerverhältnis entlastet Lieferanten*

1. Mängelrügen des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer begründen im Verhältnis zwischen Auftragnehmer und Nachunternehmer/Lieferant keinen Anscheinsbeweis für die Mangelhaftigkeit der Leistung/Lieferung.
2. Der Auftragnehmer eines Bauvertrags verhält sich treuwidrig, wenn er mit dem Auftraggeber einen Vergleich schließt und darin "nur" eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist für Mängel um fünf Jahre vereinbart, dann aber versucht, im Verhältnis zu seinem Nachunternehmer/Lieferanten einen wie auch immer gearteten "Besserungsschein" zu erlangen.
3. Ein Vergleich zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer geht nicht zu Lasten des Nachunternehmers/Lieferanten.

OLG München, Urteil vom 20.05.2020, Az.: 27 U 2896/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew., BGH, Beschluss vom 27.10.2021, Az.: VII ZR 91/20); IBR 2022, 234

2. *Ungeeigneten Nachbesserungsvorschlag unterbreitet: "Rücktrittsschaden" wird zur Haftungsfalle!*

Auch ohne fristbewährte Mängelbeseitigungsaufforderung durch den Hauptunternehmer kann der Nachunternehmer im Einzelfall durch einen nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechenden Nachbesserungsvorschlag für den Schaden haften, den der Hauptunternehmer durch den späteren Rücktritt des Auftraggebers erleidet.

OLG Hamm, Beschluss vom 28.07.2020, Az.: 24 U 100/19; IBR 2022, 126

3. *GU senkt Qualitätsanforderungen ab: Prüf- und Hinweispflichten des NU reduziert!*

1. Auf die Richtigkeit eines von einem - in allen Bereichen des Bauwesens erfahrenen - Generalunternehmer erstellten Leistungsverzeichnisses kann sich ein Nachunternehmer grundsätzlich verlassen.
2. Der Nachunternehmer hat die im Leistungsverzeichnis enthaltenen Vorgaben nur auf offenkundige, im Rahmen seiner eigenen Sachkunde ohne Weiteres "ins Auge springende" Mängel zu überprüfen.
3. Hat sich der Generalunternehmer gegenüber dem Bauherrn zum Einbau von Verbundsicherheitsglas verpflichtet und nimmt er diese Qualität in dem für sein Verhältnis zum Nachunternehmer maßgeblichen Leistungsverzeichnis heraus, sind die Anforderungen an die Prüfungs- und Hinweispflichten des Nachunternehmers auf offenkundige Mängel beschränkt.

OLG Köln, Beschluss vom 04.12.2020, Az.: 16 U 62/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.09.2021, Az.: VII ZR 102/21); IBR 2022, 452

4. *Nachweis der Zahlung des Mindestlohns: Datenschutz ist kein Hinderungsgrund!*

1. Pauschale Erklärungen eines Steuerberaters über gezahlte Mindestlöhne genügen einem vertraglich vereinbarten Nachweis über konkrete Entgeltdaten der eingesetzten Mitarbeiter eines Nachunternehmers nicht.
2. Das Interesse eines Generalunternehmers, seine Haftung als Bürge gemäß Mindestlohngesetz zu vermeiden, ist ausreichend für die datenschutzkonforme Weitergabe bestimmter Entgeltdaten der Mitarbeiter seines Nachunternehmers.

OLG Brandenburg, Urteil vom 23.02.2022, Az.: 4 U 111/21; BauR 2023, 484 = IBR 2022, 464

5. *Kündigungsabrechnung bei unbefugtem Subunternehmereinsatz*

1. (...)

3. Der Einsatz von Nachunternehmern bedarf grundsätzlich einer Zustimmung des Bestellers.
4. Bei der Abrechnung einer Kündigungsvergütung kann der Unternehmer nicht auf ersparte Nachunternehmerkosten abstellen, wenn er zum Einsatz von Nachunternehmern nicht befugt war.

OLG Brandenburg, Urteil vom 10.11.2022, Az.: 12 U 69/22; NJW 2023, 927 = NZBau 2023, 231 = IBR 2023, 63

VIII. Kündigung

1. *Insolvenzbedingte Kündigungsklausel wirksam*

- 1a. Eine insolvenzabhängige Lösungsklausel ist unwirksam, wenn der insolvenzabhängige Umstand für sich allein die Lösung vom Vertrag ermöglicht und die Lösungsklausel in Voraussetzungen oder Rechtsfolgen von gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten abweicht, ohne dass für diese Abweichungen bei objektiver Betrachtung ex ante zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auf der Grundlage der wechselseitigen Interessen der Parteien berechnete Gründe bestehen (Ergänzung BGH, Urteil vom 15. November 2012 - IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348).
- 1b. Solche berechneten Gründe können sich bei insolvenzabhängigen Lösungsklauseln allgemein aus einer insolvenzrechtlich gerechtfertigten Zielsetzung oder zugunsten eines Sach- oder Dienstleistungsgläubigers ergeben. Hingegen ist eine insolvenzabhängige Lösungsklausel zugunsten eines Geldleistungsgläubigers regelmäßig unwirksam.
2. Vereinbaren die Parteien eines Schülerbeförderungsvertrags, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund zulässig ist, ist die Klausel, dass der vom Erbringer der Leistungen gestellte Insolvenzantrag als wichtiger Grund gilt, wirksam, wenn der Besteller bei einer typisierten, objektiven Betrachtung ex ante zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein berechtigtes Interesse daran hatte, mit der Vereinbarung eines Insolvenzereignisses als wichtigem Grund Vorsorge für eine allgemein bei Schülerbeförderungsverträgen mit einem Insolvenzfall einhergehende besondere Risikoerhöhung zu treffen.

BGH, Urteil vom 27.10.2022, Az.: IX ZR 213/21; BauR 2023, 470 = NJW 2023, 603 = NZBau 2023, 92 = IBR 2023, 100

2. *Wirksamkeit der Regelung über die Kündigung des Auftraggebers aus wichtigem Grund bei nicht als Ganzes vereinbarter VOB/B*

Ist die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden, hält § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) bei Verwendung durch den Auftraggeber der Inhaltskontrolle nicht stand. Die Kündigungsregelung in § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher unwirksam.

BGH, Urteil vom 19.01.2023, Az.: VII ZR 34/20; BauR 2023, 628 = NJW 2023, 1356 = NZBau 2023, 301 = ZfBR 2023, 343 = IBR 2023, 173

3. Kündigung aus wichtigem Grund muss keine Kündigungsgründe benennen!

1. (...)
2. In einem VOB-Bauvertrag sind die in § 8 VOB/B genannten Kündigungstatbestände nicht abschließend, die Möglichkeit einer Kündigung aus sonstigen wichtigen Gründen bleibt hiervon unberührt.
3. Weigert sich der Fliesenleger ernsthaft und endgültig, die geschuldete Leistung Ansetz- und Verlegeplanung zu erbringen, kann der Auftraggeber den Bauvertrag aus wichtigem Grund kündigen.
4. Eine Kündigung muss grundsätzlich nicht begründet werden. Der Kündigende bleibt auch an etwa geäußerte Kündigungsgründe nicht gebunden. Die Kündigung aus wichtigem Grund muss diesen nicht benennen.
5. Besteht ein benannter Grund nicht oder ist keiner benannt, kann der Auftraggeber auch später zur Rechtfertigung der Kündigung noch (andere) tatsächlich bestehende Gründe nachschieben. Es kommt allein darauf an, ob objektiv ein Grund zur außerordentlichen Kündigung bestand.
6. Kündigungsgründe können nicht beliebig nachgeschoben werden. Jeder nachgeschobene Grund muss rückblickend die außerordentliche Kündigung rechtfertigen.

OLG München, Beschluss vom 19.09.2019, Az.: 28 U 1508/19 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.09.2021, Az.: VII ZR 230/19); IBR 2022, 65

4. Arglistanfechtung des Auftraggebers; Ausnutzung von Ausschreibungsfehlern durch Bieter

1. Ungeachtet der Kündigungsmöglichkeiten haben die Vertragsparteien im Vergaberecht auch die Möglichkeit der Anfechtung ihrer Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung. Im Rahmen der Prüfung der Wirksamkeit des Bauvertrags sind sämtliche Unwirksamkeitsgründe zu berücksichtigen.
2. Eine arglistige Täuschung des Auftraggebers i.S.v. § 123 Abs. 1 BGB kann darin liegen, dass der Auftragnehmer bei Vertragsabschluss die nicht ordnungsgemäße Erfüllung des zu schließenden Vertrags beabsichtigt.
3. Erkennt der spätere Auftragnehmer bereits bei Abgabe seines Angebots die Ungeeignetheit einer im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Teilleistung und legt zwecks Erhalt des Zuschlags seinem Angebot eine andere Teilleistung zu Grunde, so begeht er eine arglistige Täuschung i.S.d. § 123 Abs. 1 BGB durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Umstands.

OLG Naumburg, Urteil vom 13.07.2020, Az.: 12 U 147/19; VergabeR 2022, 125 = NZBau 2022, 156 = IBR 2021, 570

5. *Vergabegewinn als Schadensposition i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B*

1. § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B ist nur auf die Fälle anwendbar, in denen sich das Risiko einer Fehleinschätzung verwirklicht, weil im Hinblick auf die Mengen andere Verhältnisse vorgefunden wurden als sie im Vordersatz Eingang gefunden haben. Dementsprechend ist § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B nicht anwendbar, wenn sich die Leistung durch Anordnungen des Auftraggebers ändert oder dieser einen Teil der Leistung kündigt.
2. Verzichtet der Auftraggeber auf einzelne Positionen, handelt es sich um eine isolierte (selbstverständlich zulässige) Entscheidung des Auftraggebers nach Vertragschluss. Mithin liegt keine Störung der Geschäftsgrundlage gemäß den Wertungen des § 2 VOB/B vor, sondern auf diesen Fall ist vielmehr § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B anzuwenden.
3. Der Vergabegewinn kann als Schadensposition des § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B geltend gemacht werden.

OLG Celle, Beschluss vom 08.10.2020, Az.: 16 U 34/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 12.01.2022, Az.: VII ZR 240/20); BauR 2022, 1511 = IBR 2022, 390

6. *Kündigung eines VOB-Vertrages aus wichtigem Grund*

Eine Kündigung des Bauvertrags aus wichtigem Grund stellt sich als wirksam dar, wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für die kündigende Partei unzumutbar ist. Eine nach fruchtloser und mit Kündigungsandrohung verbundener Fristsetzung ausgesprochene Kündigung des Auftraggebers ist hiernach berechtigt, wenn der Auftragnehmer eine erheblich vertragswidrige Leistung in einem sensiblen Bereich (hier: Sprinkleranlage) trotz rechtzeitigem und mehrfach erklärtem Widerspruch des Auftraggebers fortsetzt, wobei er den ebenfalls mehrfach erklärten Willen seines Vertragspartners, ihm vor Abstimmung mit den Behörden einen planerischen Lösungsvorschlag vorzustellen, missachtet hat.

OLG Bremen, Urteil vom 18.12.2020, Az.: 2 U 107/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 13.10.2021, Az.: VII ZR 40/21); BauR 2022, 504 = IBR 2021, 404

7. *Kündigen will gelernt sein!*

1. Ein Anspruch auf Erstattung der Mehrkosten eines Drittunternehmers für die Fertigstellung des Bauvorhabens setzt voraus, dass der Auftraggeber entweder schriftlich die Kündigung erklärt oder zumindest konkludent zum Ausdruck gebracht hat, dass er den Vertrag beenden will. Auch die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Auftragnehmers macht eine Kündigungserklärung nicht entbehrlich (Anschluss an BGH, IBR 2018, 68).
2. Der Auftraggeber kann den Vertrag auch vor Eintritt der Fälligkeit/des Verzugs kündigen, wenn feststeht, dass der Auftragnehmer seine Leistung bis zum vereinbarten Termin nicht fertig stellen wird bzw. kann.
3. Eine Fristsetzung mit Androhung der Auftragsentziehung ist entbehrlich, wenn der Auftragnehmer das Erbringen seiner Leistung ernsthaft und endgültig verweigert.

OLG Stuttgart, Urteil vom 30.12.2020, Az.: 10 U 202/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew.
– BGH, Beschluss vom 12.01.2022, Az.: VII ZR 78/21); IBR 2022, 506

8. 11 Monate Terminüberschreitung: Sechstägige Nachfrist reicht!

1. Eine Fristsetzung zur Fertigstellung ist angemessen, wenn während ihrer Dauer die Mängel unter größten Anstrengungen des Auftragnehmers beseitigt werden können. Die Frist hat nicht den Zweck, den Auftragnehmer in die Lage zu versetzen, nun erst die Bewirkung seiner Leistung in die Wege zu leiten, sondern sie soll ihm nur eine letzte Gelegenheit geben, zu erfüllen.
2. Der Auftragnehmer, der sich in Verzug befindet, muss die Arbeiten innerhalb einer Frist erbringen, in der die Fertigstellung unter größten Anstrengungen möglich ist, was eine erhebliche Erhöhung der Zahl der Arbeitskräfte, der täglichen Arbeitsstunden bis hin zu Doppelschichten und Samstagsarbeit bedeutet.
3. Die Entziehung des Auftrags (Kündigung) setzt grundsätzlich voraus, dass die gesetzte Frist tatsächlich fruchtlos abgelaufen ist. Wenn aber aufgrund der Umstände feststeht, dass die gesetzte Frist nicht eingehalten wird, ist der Auftraggeber auch vor Ablauf berechtigt, die außerordentliche Kündigung auszusprechen.

OLG Frankfurt, Urteil vom 18.02.2021, Az.: 22 U 103/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew.
– BGH, Beschluss vom 26.01.2022, Az.: VII ZR 258/21); IBR 2022, 560

9. Im Bauvertrag ist Ungeduld fatal!

Erteilt der Auftraggeber vor der Abnahme innerhalb der laufenden Nacherfüllungsfrist ein Baustellenverbot und beauftragt er ein Drittunternehmen mit der Ersatzvornahme, besteht kein Anspruch auf Kostenerstattung.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.05.2021, Az.: 5 U 173/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 18.05.2022, Az.: VII ZR 467/21); IBR 2022, 559

10. Mangel vor Abnahme: Kostenvorschuss ohne Fristsetzung und Kündigung?

1. Verwendet der Auftragnehmer ein anderes als das vertraglich vereinbarte Baumaterial, ist seine Leistung mangelhaft.
2. Ein Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses in Höhe der voraussichtlichen Beseitigungskosten wegen eines Mangels vor Abnahme setzt voraus, dass a) die Leistung als mangelhaft erkannt wurde und der Auftragnehmer seiner Pflicht zur Beseitigung des Mangels nicht nachgekommen ist, b) eine dem Auftragnehmer zur Beseitigung des Mangels gesetzte angemessene Frist fruchtlos abgelaufen ist, c) dem Auftragnehmer die Kündigung angedroht wurde und d) der Auftraggeber nach fruchtlosem Ablauf der zur Beseitigung des Mangels gesetzten Frist die Kündigung des Vertrags erklärt hat.
3. Einer Kündigung bedarf es nicht, wenn der Auftragnehmer die vertragsgemäße Fertigstellung endgültig verweigert.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 11.08.2021, Az.: 11 U 226/20; IBR 2022, 343

11. Folgen einer einvernehmlichen konkludenten Aufhebung des VOB-Vertrages

1. Die mündliche Kündigung eines VOB-Bauvertrages ist als solche unwirksam.
2. Sie kann in das Angebot auf Aufhebung des Vertrages umzudeuten sein. Eine Vertragsaufhebung ist auch nach der VOB/B formlos möglich.
3. Die Rechtsfolgen einer derartigen Vertragsaufhebung richten sich nach §§ 8, 9 VOB/B, also insbesondere danach, ob besondere Kündigungsgründe bestanden.
4. Ein unberechtigter Bedenkenhinweis stellt nicht ohne weiteres einen wichtigen Kündigungsgrund für den Auftraggeber dar.

OLG Schleswig, Urteil vom 10.11.2021, Az.: 12 U 159/20; NJW 2022, 1757 = NZBau 2022, 210 = IBR 2022, 174

12. Mängelbeseitigung vor Abnahme verweigert: Vorschuss auch ohne Kündigung!

1. Weist die Leistung des Auftragnehmers vor der Abnahme Mängel auf, kann der Auftraggeber eines VOB-Vertrags einen Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten grundsätzlich nur nach einer Auftragsentziehung (Kündigung) verlangen.
2. Dem Auftraggeber steht jedoch ein Anspruch auf Kostenvorschuss oder auf Ersatz der Fremdnachbesserungskosten auch ohne die Entziehung des Auftrags zu, wenn der Auftragnehmer die vertragsgemäße Fertigstellung ernsthaft und endgültig verweigert.

OLG Celle, Urteil vom 11.11.2021, Az.: 6 U 19/21; IBR 2022, 68, 71

13. Bauvertrag kann nicht per einfacher E-Mail gekündigt werden!

1. Ein Anspruch auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten nach einer Kündigungserklärung des Auftraggebers setzt voraus, dass der Bauvertrag wirksam gekündigt wurde.
2. Verweigert der Auftragnehmer die Vertragserfüllung ernsthaft und endgültig, muss der Auftraggeber, der Kostenerstattung verlangt, zumindest konkludent zum Ausdruck bringen, dass er den Vertrag mit dem Auftragnehmer beenden will (Anschluss an BGH, IBR 2018, 68).
3. Die Kündigung eines Bauvertrags ist schriftlich zu erklären. Die Kündigungserklärung muss vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.
4. Mit einer Kündigungserklärung per E-Mail mit angehängter PDF-Datei wird das Schriftformerfordernis nicht gewahrt.

OLG München, Beschluss vom 03.02.2022, Az.: 28 U 3344/21 Bau; BauR 2023, 238 = IBR 2022, 507

14. Mangelfolgeschäden stehen der Abnahme nicht entgegen!

1. Unwesentliche Mängel sind kein Abnahmehindernis. Unwesentlich ist ein Mangel, wenn es dem Auftraggeber unter Abwägung aller Umstände zuzumuten ist, die Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäße Erfüllung anzunehmen und sich mit Mängelrechten zu begnügen.
2. Etwaige Mangelfolgeschäden stehen der Abnahme der Leistung nicht entgegen.
3. Der Auftraggeber hat in der Regel keinen Anspruch auf Beseitigung von Mangelfolgeschäden, sondern (nur) einen Anspruch auf Zahlung der zur Beseitigung der Mangelfolgeschäden erforderlichen Geldsumme.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 31.05.2022, Az.: 2 U 16/22; IBR 2023, 125

15. Bedenkenhinweis schützt vor Verzugsrückmeldung!

1. Der Auftraggeber eines VOB-Vertrags kann dem Auftragnehmer den Auftrag entziehen, wenn der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung verzögert oder mit der Vollendung in Verzug gerät und eine gesetzte angemessene Nachfrist zur Vertragserfüllung fruchtlos abgelaufen ist.
2. Der Auftragnehmer gerät nicht in Verzug, wenn er einer Weisung des Auftraggebers nicht folgt, die seine geltend gemachten Bedenken treuwidrig nicht berücksichtigt.
3. Treuwidrig ist eine Anweisung, wenn danach die Leistungen auf eine gegen den Bauvertrag und gegen die Regeln der Technik verstoßende Weise erbracht werden soll, ohne dass eine Freistellung von der Gewährleistung erfolgt. Der Auftragnehmer muss sich keinen Gewährleistungsfall nicht absehbaren Ausmaßes aufzwingen lassen.
4. Dem Auftragnehmer steht ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn er dem Auftraggeber nicht nur ordnungsgemäß seine Bedenken mitgeteilt hat, sondern wenn die Prüfung dieser Bedenken mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das Ergebnis hat, dass die vom Auftraggeber vorgesehene Art der Ausführung zum Eintritt eines erheblichen Leistungsmangels oder eines sonstigen nicht nur geringfügigen Schadens führen wird.
5. Die Beweislast für die Treuwidrigkeit der Anweisung des Auftraggebers liegt beim Auftragnehmer.

OLG Dresden, Urteil vom 29.06.2022, Az.: 22 U 1689/20; IBR 2022, 562

16. Teilkündigung beim VOB/B-Vertrag: Was sind "in sich abgeschlossene" Teilleistungen?

1. Die VOB/B geht von einer Vollkündigung aus. Die Kündigung kann auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung beschränkt werden.
2. Der Begriff des in sich abgeschlossenen Teils einer Leistung ist eng auszulegen. Leistungsteile innerhalb eines Gewerks können grundsätzlich nicht als abgeschlossen angesehen werden.

3. Bezieht sich eine Teilkündigung nicht auf einen abgeschlossenen Teil der Leistung, ist sie unwirksam.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.12.2022, Az.: 5 U 232/21; BauR 2023, 1274 = NZBau 2023, 463 = ZfBR 2023, 360 = IBR 2023, 180

IX. Mängel vor der Abnahme

1. *Kündigungsunabhängiger Schadenersatz von Mangelfolgeschäden*

1. Weist die Leistung des Auftragnehmers vor der Abnahme Mängel auf, setzt ein Anspruch des Auftraggebers auf Ersatz von Mangelfolgeschäden im VOB-Vertrag nicht voraus, dass dem Auftragnehmer der Auftrag zuvor entzogen (gekündigt) wurde.
2. Einer Kündigung nach erfolgter Fristsetzung bedarf es auch dann nicht, wenn dem Auftraggeber die Einhaltung dieser Voraussetzungen nicht zumutbar ist, weil der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert.
3. Der Auftragnehmer hat seine Leistung ausschließlich mit solchen Baustoffen und -materialien auszuführen die nicht zu – auch nicht nur zu kurzzeitigen – Schadstoffbelastungen führen.
4. Beabsichtigt der Auftragnehmer, gesundheitsgefährdende Baustoffe oder -materialien zu verwenden, hat er den Auftraggeber hierauf vor der Ausführung hinzuweisen.
5. Die Beweislast dafür, dass die Leistung vor der Abnahme frei von Mängeln ist, trägt der Auftragnehmer. Dem Auftraggeber obliegt es lediglich, die behaupteten Mängel durch eine Beschreibung der Mängelsymptome substantiiert darzulegen.

OLG Celle, Urteil vom 09.12.2021, Az.: 5 U 51/21; NZBau 2022, 338 = NJW-RR 2022, 672 = IBR 2022, 119

X. Abnahme

1. *VOB/B nicht "als Ganzes" vereinbart: Keine fiktive Abnahme nach § 12 Abs. 5 VOB/B!*

Wird die VOB/B nicht "als Ganzes" vereinbart, hält die Regelung des § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B zur fiktiven Abnahme der Leistung einer AGB-Kontrolle nicht stand und ist unwirksam, wenn der Auftragnehmer Verwender der VOB/B ist.

OLG Braunschweig, Urteil vom 02.06.2022 Az.: 8 U 205/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.06.2023, Az.: VII ZR 128/22); IBR 2023, 507

2. *Bedeutung von Fristeinträgen im Abnahmeprotokoll*

1. (...)
3. Ohne eine Einbeziehung der VOB/B als Ganzes in den Bauvertrag kann sich der Unternehmer auch dann nicht mit Erfolg auf eine Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist von fünf auf vier Jahre berufen, wenn im Abnahmeprotokoll

deklaratorisch der Ablauf der Gewährleistungsfrist datumsmäßig vier Jahre nach dem Abnahmetermin vermerkt ist.

OLG Naumburg, Urteil vom 29.12.2022, Az.: 2 U 156/21 Hs; BauR 2023, 1549 = NJW 2023, 2051 = NZBau 2024, 35

XI. Vergütung/Zahlung

1. Abrechnung des Bauvertrages nach Kündigung – Bedeutung der Kalkulation

1. (...)
7. Eine prüfbare Schlussrechnung führt zur Fälligkeit des Werklohns auch für Anteile desselben, die nicht in der Schlussrechnung aufgeführt sind.
8. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.08.2021, Az.: 22 U 267/20; BauR 2022, 113 = NZBau 2022, 30

2. 80%-Regelung gilt auch bei VOB-Vertrag

1. Auch im VOB-Vertrag kann der Auftragnehmer bei der Berechnung von geschuldeten Abschlagszahlungen 80% der Nachtragsvergütung ansetzen und im einstweiligen Verfügungsverfahren geltend machen. Das gilt selbst dann, wenn die VOB/B "als Ganzes" vereinbart ist.
2. Abschlagszahlungen können im Rahmen eines VOB-Vertrags nur verlangt werden, wenn eine der Abschlagszahlung entsprechende vertragsgemäße Bauleistung erbracht worden ist und durch eine prüfbare Aufstellung nachweist.
3. Als vertragsgemäß sind alle Leistungen anzusehen, für die dem Auftragnehmer gem. § 2 VOB/B eine (Nachtrags-)Vergütung zusteht. Nicht erforderlich ist, dass eine Vereinbarung über die geänderte oder zusätzliche Vergütung zustande gekommen ist.
4. Der Auftraggeber kann im einstweiligen Verfügungsverfahren feststellen lassen, dass dem Auftragnehmer vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen i.H.v. 80% des Betrags aus einem Nachtragsangebot geltend zu machen.
5. Der Auftragnehmer muss in einem einstweiligen Verfügungsverfahren seinen Anspruch auf geänderte oder zusätzliche Vergütung darlegen und glaubhaft machen, wozu bei einem Anspruch auf zusätzliche Vergütung aus § 2 Abs. 6 VOB/B gehört, dass er dem Auftraggeber den Anspruch vor der Ausführung angekündigt hat.

KG, Urteil vom 02.11.2021, Az.: 27 U 120/21; NJW 2022, 548 = NJW-RR 2022, 548 = NZBau 2022, 92 = IBR 2022, 169

XII. Gewährleistung

1. Abgrenzung von Mängelansprüchen vor und nach der Abnahme – VOB-Vertrag

1. § 13 VOB/B über Mängelansprüche ist grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks anwendbar.
2. Vor der Abnahme kommen wegen mangelhafter Leistung bei Vereinbarung der VOB/B Erfüllungsansprüche in Betracht. Ein Anspruch nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B setzt neben einer Fristsetzung eine Kündigung des Vertrages voraus. Eine kommentarlose Weiterleitung einer Mängelrüge an den Subunternehmer reicht nicht.
3. Außerdem setzt die Geltendmachung des auf § 13 Abs. 7 VOB/B gestützten Schadenersatzanspruches eine vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung nach § 13 Abs. 5 VOB/B voraus (Anschluss BGH, Urteil vom 16. Oktober 1984 - X ZR 86/83).

OLG Brandenburg, Urteil vom 22.03.2023, Az.: 4 U 190/21; BauR 2023, 2115 = NZBau 2023, 516 = NJW-RR 2023, 867

XIII. Sicherungsrecht des Auftraggebers

1. Sicherungsabrede

1. Keine unangemessene Benachteiligung des Bürgen durch Verzicht auf die Anfechtbarkeitseinrede

Ein formularmäßiger Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB im Bürgschaftsvertrag benachteiligt den Bürgen nicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (Fortführung von BGH, Urteil vom 19. September 1985 - III ZR 214/83, BGHZ 95, 350).

BGH, Urteil vom 25.01.2022, Az.: XI ZR 255/20; BGHZ 232, 300 = BauR 2022, 1056 = NZBau 2022, 207 = ZfBR 2022, 357 = IBR 2022, 184, 185

2. Ablösung des Bareinhalts nur durch Bürgschaft: Sicherheitsabrede wirksam?

1. Wenn die Rückgabe einer Sicherheit "Nach Ablauf der vereinbarten Garantiezeit." vereinbart wird, aber tatsächlich keine Garantie vereinbart wurde, ist der Vertrag aus der Sicht eines vernünftigen Empfängers eindeutig dahin zu verstehen, dass die Gewährleistungszeit gemeint ist.
2. Eine Regelung, die für die Ablösung eines Bareinhalts allein das Stellen einer selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft vorsieht und eine Ablösung durch Hinterlegung von Geld nach § 17 Abs. 5 VOB/B damit ausschließt, stellt sich nicht als benachteiligend i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB dar (entgegen OLG Dresden, IBR 2002, 251; Anschluss an BGH, IBR 2018, 78, und IBR 2004, 67).

OLG Stuttgart, Urteil vom 24.03.2020, Az.: 10 U 448/19; BauR 2021, 1816 = IBR 2022, 130

3. *AGB-Sicherungsklausel teilbar?*

1. Der Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit formularmäßig in vorformulierten Vertragsbedingungen des Auftraggebers beinhaltet eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers, wenn er auch unstrittige oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen umfasst.
2. Eine AGB-Sicherungsklausel ist nicht teilbar, wenn das Regelwerk eine konzeptionelle Einheit bildet.

OLG Frankfurt, Urteil vom 25.01.2022, Az.: 21 U 15/21; IBR 2022, 349

4. *Unwirksamkeit einer AGB-Sicherungsregelung des Auftraggebers wegen Übersicherung*

1. Sicherungsklauseln in einem Generalunternehmervertrag zugunsten des Auftraggebers erwecken den Anschein der Mehrfachverwendung durch den Auftraggeber (BGH, Ur. v. 27.11.2003 – VII ZR 53103 = BauR 2004, 488 ff.).
2. Bedient sich der Ersteller einer (Vertrags)Klausel dafür eines Musterformulars, handelt es sich um ein von einem Dritten für eine Vielzahl von Verträgen angefertigtes Formular, § 305 Abs. 1 BGB, auch wenn der Ersteller der (Vertrags)Klausel es nur für einen einzigen Vertrag verwendet (BGH, Ur. v. 16.11.1990 – V ZR 217/89 = NJW 1991, 843).
3. Eine isoliert wirksame AGB-Sicherungsregelung kann im Zusammenwirken mit einer individuellen Vereinbarung den Verwendungsgegner unangemessen benachteiligen (OLG Köln, Ur. v. 10.05.2012 – 24 U 118/11 = BauR 2014, 1785 ff. zur Stundungsvereinbarung)
4. Hat der Auftragnehmer nach einer AGB-Sicherungsregelung des Auftraggebers eine 10 %-ige Vertragserfüllungsbürgschaft zu stellen und erhält er nach einem individualvertraglichen Zahlungsplan während der Bauphase insgesamt nur ca. 91 % seiner erbrachten Leistungen entgolten, führt dies zu einer unbilligen Erfüllungsübersicherung des Auftraggebers, da diesem während der Bauphase nicht nur ein Schlusszahlungsbetrag von 9 %, sondern auch die Vertragserfüllungsbürgschaft, die beide die Avalkreditlinie und Liquidität des Auftragnehmers belasten, als Sicherheit in Gesamthöhe von ca. 19 % zur Verfügung stehen, anstelle maximal statthafter Erfüllungssicherheiten in Gesamthöhe von 10 % (BGH, Ur. v. 09.12.2010 – VII ZR 7/10 = BauR 2011, 677 ff.).
5. Für die Beurteilung einer unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers wegen einer Erfüllungsübersicherung des Auftraggebers macht es keinen Unterschied, ob der Auftraggeber von jeder Abschlagsrechnung 10 % einbehält oder nach einem Zahlungsplan insgesamt nur Abschlagszahlungen in Höhe von ca. 91 % der Gesamtvergütung leistet.

OLG Köln, Urteil vom 12.01.2023, Az.: 7 U 43/22; BauR 2023, 1519 = BauR 2023, 1677

2. Sicherheit: Rückgabe

1. Ablösung des Bareinhalts nur durch Bürgschaft: Sicherheitsabrede wirksam?

1. Wenn die Rückgabe einer Sicherheit "Nach Ablauf der vereinbarten Garantiezeit." vereinbart wird, aber tatsächlich keine Garantie vereinbart wurde, ist der Vertrag aus der Sicht eines vernünftigen Empfängers eindeutig dahin zu verstehen, dass die Gewährleistungszeit gemeint ist.
2. (...)

OLG Stuttgart, Urteil vom 24.03.2020, Az.: 10 U 448/19; IBR 2022, 130

2. Bürgschaftsurkunde ist abzuholen!

1. Bei der Verpflichtung zur Herausgabe einer Bürgschaftsurkunde handelt es sich um eine Holschuld.
2. Aus der Holschuld folgt für den Bürgschaftsgläubiger (hier: den Auftragnehmer) lediglich die Verpflichtung, die Bürgschaftsurkunde zur Abholung bereitzuhalten und im Rahmen der Abholung herauszugeben.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.05.2022, Az.: 22 W 22/22; IBR 2022, 570

C. Vergaberecht/-verfahren (Auswahl)

I. Allgemein

1. Keine Neuausschreibung eines Rahmenvertrages bei Übernahme

1. Die Ersetzung des Unternehmens, an das der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag oder eine Rahmenvereinbarung ursprünglich vergeben hat, durch ein anderes Unternehmen ist grundsätzlich eine wesentliche und somit ausschreibungspflichtige Auftragsänderung.
2. Die Ersetzung des ursprünglichen Auftragnehmers durch ein anderes geeignetes Unternehmen ist ohne neues Vergabeverfahren zulässig, wenn sie im Rahmen einer Unternehmensumstrukturierung erfolgt und keine weiteren wesentlichen Auftragsänderungen vorgenommen werden.
3. Die unter den Begriff "Umstrukturierung" fallende Insolvenz umfasst auch die vollständige Abwicklung eines zahlungsunfähigen Unternehmens. Es ist deshalb weder erforderlich, dass der Betrieb des ursprünglichen Auftragnehmers zumindest teilweise fortbesteht, noch dass der neue Auftragnehmer ganze Betriebs- oder Geschäftsteile des insolventen Unternehmens übernimmt.
4. Für die Annahme einer "vergaberechtsfreien" Umstrukturierung reicht es aus, wenn ein Unternehmen in die Rechte und Pflichten aus einer an das abzuwickelnde Unternehmen vergebenen Rahmenvereinbarung eintritt.

EuGH, Urteil vom 03.02.2022, Az.: C-461/20; NZBau 2022, 231 = IBR 2022, 194

2. *Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb mit nur einem Bieter kann zulässig sein!*

Art. 32 Abs. 2 a Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe ist dahin auszulegen, dass sich ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung an einen einzigen Wirtschaftsteilnehmer wenden darf, wenn dieses Verfahren die ursprünglichen Auftragsbedingungen, die in einem zuvor eingeleiteten Verfahren genannt waren, das eingestellt worden ist, weil das einzige abgegebene Angebot ungeeignet war, ohne grundlegende Änderungen übernimmt, auch wenn der Gegenstand des fraglichen Auftrags objektiv keine Besonderheiten aufweist, die es rechtfertigen, seine Ausführung nur diesem Wirtschaftsteilnehmer anzuvertrauen.

EuGH, Urteil vom 16.06.2022, Az.: Rs. C-376/21; NZBau 2022, 538 = ZfBR 2022, 698 = IBR 2022, 416

3. *Trennungsgebot bei Beteiligung einer Gemeinde am Wettbewerb*

1. Beteiligt sich die Gemeinde mit einem Eigenbetrieb oder einer Eigengesellschaft am Wettbewerb um das kommunale Wegenetz zur leitungsgebundenen Energieversorgung, ist es erforderlich, die als Vergabestelle tätige Einheit der Gemeindeverwaltung personell und organisatorisch vollständig von dem Eigenbetrieb oder der Eigengesellschaft zu trennen.
2. Eine solche vollständige Trennung erfordert eine Organisationsstruktur, die sicherstellt, dass ein Informationsaustausch zwischen den für die Vergabestelle und den für den Eigenbetrieb oder die Eigengesellschaft handelnden Personen nur innerhalb des hierfür vorgesehenen Vergabeverfahrens für das Wegerecht erfolgt, so dass bereits durch strukturelle Maßnahmen - und damit nach dem äußeren Erscheinungsbild - die Bevorzugung des Eigenbetriebs oder der Eigengesellschaft und damit der "böse Schein" mangelnder Objektivität der Vergabestelle vermieden wird

BGH, Urteil vom 12.10.2021, Az.: EnZR 43/20; NZBau 2022, 167 = ZfBR 2022, 289 = IBR 2022, 139

4. *Angebotsausschluss: Höherer Preis ist nicht geforderter Preis*

1. Versteht der Bieter die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses falsch und gibt daher den deutlich höheren Preis einer Leistung an, die nach dem Leistungsverzeichnis gar nicht zu erbringen ist, enthält sein Angebot nicht den geforderten Preis, so dass es gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 3, § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2016 auszuschließen ist.
2. Aufklärung über die Preiskalkulation eines Nachunternehmers kann jedenfalls dann verlangt werden, wenn zu klären ist, ob das Angebot den Vorgaben im Leistungsverzeichnis entspricht.

BGH, Urteil vom 13.09.2022, Az.: XIII ZR 9/20; BauR 2023, 226 = NZBau 2023, 57 = ZfBR 2023, 289 = IBR 2022, 643 = IBR 2022, 644

5. Aufhebung eines Vergabeverfahrens: Was sind "andere schwer wiegende Gründe"?

1. Ein Vergabeverfahren kann ganz oder teilweise aufgehoben werden, wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Bedingungen entspricht, sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hat, kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde oder andere schwer wiegende Gründe bestehen.
2. Ein schwer wiegender Grund liegt allerdings nur dann vor, wenn dadurch die bisherige Vergabeabsicht des Auftraggebers entscheidend beeinflusst wird. Dabei können grundsätzlich nur solche Mängel berücksichtigt werden, die die Durchführung des Verfahrens und die Vergabe des Auftrags selbst ausschließen. Dazu muss der öffentliche Auftraggeber eine Interessenabwägung durchführen, für die die jeweiligen Verhältnisse des Einzelfalls maßgeblich sind.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.09.2022, Az.: Verg 55/21; IBR 2023, 417

6. Ausschreibung eines Rahmenvertrags: Auftraggeber muss Höchstwert/-menge angeben!

Bei der Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung sind in der (Auftrags-)Bekanntmachung und/oder in den Vergabeunterlagen sowohl die Schätzmenge und/oder der Schätzwert als auch eine Höchstmenge und/oder ein Höchstwert der zu erbringenden Dienstleistungen bzw. der zu liefernden Waren anzugeben.

OLG Koblenz, Beschluss vom 12.12.2022, Az.: Verg 3/22; IBR 2023, 360

7. Keine Vorgabe in den Vergabeunterlagen: Eignung erst zum Leistungsbeginn!

1. Es ist grundsätzlich nicht erforderlich, dass einem Bieter die zur Leistungserbringung erforderlichen Mittel bereits bei Angebotsabgabe oder Zuschlagserteilung zur Verfügung stehen. Er muss, sofern sich der öffentliche Auftraggeber nicht in der Bekanntmachung einen anderen Zeitpunkt vorbehält, in der Regel erst zum Leistungsbeginn über diese Mittel verfügen.
2. Verlangt der öffentliche Auftraggeber ausnahmsweise abweichend vom Regelfall, dass die erforderlichen Mittel nicht erst zu Vertragsbeginn, sondern bereits bei Angebotsabgabe vorhanden sein müssen, muss sich dies aus den Vergabeunterlagen mit der erforderlichen Klarheit und Eindeutigkeit ergeben.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.02.2023, Az.: Verg 17/22; IBR 2023, 302

8. Ausschluss indikativer Angebote – Bietergemeinschaft

1. (...)
4. Die Bildung einer Bietergemeinschaft ist wettbewerbsunschädlich, wenn etwa die beteiligten Unternehmen jedes für sich zu einer Teilnahme an der Ausschreibung aufgrund ihrer betrieblichen und geschäftlichen Verhältnisse nicht leistungsfähig sind bzw. aufgrund derzeitiger Kapazitäten die Leistung nicht erbringen können und dies vertretbar dargelegt wird.

5. (...)

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.05.2021, Az.: 15 Verg 4/21; NZBau 2022, 303

9. Zulässigkeit einer produktspezifischen Ausschreibung

1. Zur Sicherstellung eines breiten Wettbewerbs um Beschaffungen der öffentlichen Hand unterliegen die öffentlichen Auftraggeber dem Gebot der produktneutralen Ausschreibung.
2. Eine produktspezifische Ausschreibung ist nur dann gerechtfertigt, wenn vom Auftraggeber nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.
3. Dem öffentlichen Auftraggeber steht bei der Einschätzung, ob die Vorgabe eines bestimmten Herstellers gerechtfertigt ist, ein Beurteilungsspielraum zu. Die Entscheidung muss aber nachvollziehbar begründet und dokumentiert sein. Eine vorherige Markterkundung ist nicht erforderlich.
4. Im Bereich der EDV ist es grundsätzlich gerechtfertigt, im Interesse der Systemicherheit und -funktion das Risikopotential für Fehlfunktionen oder Kompatibilitätsprobleme zu verringern.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 08.07.2021, Az.: 19 Verg 2/21; NZBau 2022, 53 = ZfBR 2022, 302 = IBR 2022, 35

10. Kein Spekulationsangebot bei Preisverlagerung ins Randsortiment – DRV

1. (...)

4. Nach § 57 I Nr. 5 VgV sind Angebote von der Wertung auszuschließen, die nicht den Erfordernissen des § 53 VgV genügen, weil sie nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten. Ein Verstoß gegen § 57 I Nr. 5 VgV liegt nicht nur vor, wenn das Angebot den geforderten Preis nicht enthält und das Angebot mangels Preisangabe unvollständig ist, sondern auch dann, wenn der angegebene Preis offensichtlich unzutreffend ist, insbesondere wenn Preisbestandteile in unzulässiger Weise verlagert werden.
5. Ein Angebot ist jedoch nicht wegen fehlender Preisangaben gem. § 57 I Nr. 5 VgV von der Wertung als Spekulationsangebot auszuschließen, wenn Preisbestandteile vom Kernsortiment in das Randsortiment verlagert werden, denn die Bieter sind in der Kalkulation ihrer Preise grundsätzlich frei. Das schließt auch die Befugnis der Bieter ein, festzulegen, zu welchen Einzelpreisen die Positionen des Leistungsverzeichnisses ausgeführt werden sollen. Aus diesem Erfordernis lässt sich aber nicht ableiten, dass die Bieter jede Position des Leistungsverzeichnisses nach den gleichen Maßstäben kalkulieren müssten, insbesondere der für jede Position verlangte Preis mindestens den hierfür entstehenden Kosten entsprechen müsste.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.10.2021, Az.: Verg 4/21; NZBau 2022, 687 = IBR 2022, 587

11. *Vertragsunwirksamkeit trotz ex-ante-Transparenzbekanntmachung – Fahrradverleihsystem*

1. Die Vorschrift des § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b VgV, wonach der öffentliche Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben kann, wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann, weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist, ist als Ausnahmetatbestand eng auszulegen. Es muss auch ausgeschlossen sein, dass für die Auftragsdurchführung weitere Unternehmen in Frage kommen, die die für den Auftrag notwendigen Fähigkeiten und Ausstattungen zwar noch nicht haben, aber rechtzeitig erwerben können.
2. Der Nichteintritt der Unwirksamkeit eines ohne Bekanntmachung vergebenen Auftrags nach § 135 Abs. 3 GWB setzt voraus, dass der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung zulässig ist (Satz 1 Nr.1 der Vorschrift). Der Auftraggeber muss bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen dafür tatsächlich erfüllt sind, sorgfältig gehandelt haben. Dies kann in der Regel nur dann festgestellt werden, wenn entsprechende nach außen erkennbare Tatsachen vorliegen.

OLG Celle, Beschluss vom 09.11.2021, Az.: 13 Verg 9/21; VergabeR 2022, 170 = NZBau 2022, 236 = ZfBR 2022, 202 = IBR 2022, 82

12. *Auch bei Dringlichkeit „Wettbewerb light“*

Auch in den Fällen der so genannten Notvergabe gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV hat der öffentliche Auftraggeber so viel Wettbewerb wie jeweils möglich sicherzustellen; er muss daher regelmäßig mehrere Angebote einholen und so mindestens „Wettbewerb light“ initiieren. Tut er dies nicht, liegt ein Ermessensfehler vor. Der solchermaßen ermessensfehlerhaft ohne jeden Wettbewerb dem einzig angesprochenen Bieter erteilte Direktauftrag ist gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam (Festhaltung an dem Senatsbeschluss vom 9. Dezember 2020 - 17 Verg 4/20)

OLG Rostock, Beschluss vom 11.11.2021, Az.: 17 Verg 4/21; VergabeR 2022, 186 = NZBau 2022, 50 = IBR 2022, 195

13. *Vertragsverlängerung ist wesentliche Änderung*

1. Die rechtsirrig angenommene automatische Verlängerung eines Dienstleistungsvertrags kann eine wesentliche Vertragsänderung sein.
2. Zur Annahme einer Änderung bedarf es keiner ausdrücklichen Vereinbarung, wenn sich die Absicht zur Entgegennahme weiterer Dienstleistungen über das Laufzeitende hinaus nach außen manifestiert.

OLG Schleswig, Beschluss vom 09.12.2021, Az.: 54 Verg 8/21; IBR 2022, 253

14. Konkludente Mindestanforderungen für Nebenangebote – Stadtinfrastruktur

1. Auch von einem fachkundigen und erfahrenen Bieter darf nicht ohne Weiteres erwartet werden, dass er iSv § 160 III 1 Nr. 1 GWB weiß, dass eine bestimmte Vorgabe im Leistungsverzeichnis, die für das Hauptangebot gilt, als konkludent aufgestellte Mindestanforderung für Nebenangebote auszulegen ist.
2. Eine bestimmte Vorgabe im Leistungsverzeichnis, die für das Hauptangebot gilt, ist nicht ohne Weiteres als Mindestanforderung für Nebenangebote auszulegen. Gegen eine Auslegung der Vorgabe als Mindestanforderung für Nebenangebote kann sprechen, dass eine Mehrzahl von Bietern, die sich am Vergabeverfahren beteiligten, Nebenangebote abgaben, die diesen Vorgaben nicht entsprachen.
3. Lässt der öffentliche Auftraggeber nach § 8 II Nr. 3 VOB/A-EU Nebenangebote zu, hat er nach § 8 II Nr. 3 Buchst. b VOB/A-EU Mindestanforderungen festzulegen, denen die Nebenangebote genügen müssen. Diese Bestimmung schützt die Bieter, die Nebenangebote abgeben möchten, davor, dass ihre Nebenangebote mit der Begründung zurückgewiesen werden, sie seien gegenüber dem Hauptangebot minderwertig und wichen davon unannehmbar ab. Für eine unbenannte, nicht näher determinierte und damit intransparente Gleichwertigkeitsprüfung zwischen Haupt- und Nebenangeboten lässt § 8 II Nr. 3 Buchst. b VOB/A-EU zum Schutz der Bieter keinen Raum.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.03.2022, Az.: 11 Verg 10/21; NZBau 2022, 417 = ZfBR 2022, 495 = IBR 2022, 364

15. Angebote verbundener Unternehmen: Ausschluss ist kein Automatismus!

1. Der Umstand, dass zwischen Bieterunternehmen durch Eigentum oder die Anzahl der Stimmrechte ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, berechtigt den öffentlichen Auftraggeber noch nicht dazu, diese Unternehmen automatisch vom Vergabeverfahren auszuschließen.
2. Der öffentliche Auftraggeber, der von objektiven Anhaltspunkten Kenntnis erlangt, die Zweifel an der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit eines Angebots aufkommen lassen, hat vielmehr alle relevanten Umstände zu prüfen, um Interessenkonflikte zu verhindern, aufzudecken und zu beheben, gegebenenfalls auch dadurch, dass die Parteien ersucht werden, bestimmte Informationen und Beweise vorzulegen.
3. Stellt sich heraus, dass die Angebote nicht eigenständig und unabhängig erstellt worden sind, mithin sich personelle Verbindungen und Einflussnahmemöglichkeiten auf die Erstellung der Angebote konkret ausgewirkt haben, steht dies einem Zuschlag des Auftrags an die Bieter, die ein solches Angebot abgegeben haben, entgegen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.03.2022, Az.: Verg 28/21; NZBau 2023, 191 = IBR 2023, 201

16. Nicht jede Vertragsverletzung ist eine berufliche Verfehlung!

1. "Schwere Verfehlungen" sind erhebliche Rechtsverstöße, die geeignet sind, die Zuverlässigkeit eines Bewerbers grundlegend in Frage zu stellen. Sie müssen

nachweislich und schuldhaft begangen worden sein und erhebliche Auswirkungen haben.

2. Nicht in jeder nicht ordnungsgemäßen, ungenauen oder mangelhaften Erfüllung eines Vertrags liegt eine schwere Verfehlung. Eine solche muss bei wertender Betrachtung vom Gewicht her den zwingenden Ausschlussgründen zumindest nahekommen. Sie muss eine solche Intensität und Schwere aufweisen, dass der öffentliche Auftraggeber berechtigterweise an der Integrität des Unternehmens zweifeln darf.

BayObLG, Beschluss vom 13.06.2022, Az.: Verg 6/22; IBR 2022, 579

17. Ausschluss eines unvollständigen Angebots – Ölverunreinigungen)

1. Der Ausschluss der Angebote eines Bieters wegen eines Fehlens des bepreisten Leistungsverzeichnisses im pdf-Format nach § 57 I Nr. 2 VgV ist vergaberechtskonform und verletzt den Bieter daher nicht in seinen Rechten nach § 97 VI GWB.
2. Gemäß § 56 III VgV ist die Nachforderung von leistungsbezogenen Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, ausgeschlossen, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen.
3. Der Umstand, dass das bepreiste Leistungsverzeichnis zweimal, als GAEB-Datei und als pdf-Datei, einzureichen war, eröffnet jedenfalls dann keinen Raum für eine Nachforderung einer dieser Daten, wenn in den Vergabeunterlagen vom Auftraggeber ein Ausschluss der Nachforderung festgelegt worden ist. Für eine von Verhältnismäßigkeitsüberlegungen getragene Abwägungsentscheidung ist auch in diesem Falle aufgrund der Selbstbindung des Auftragsgebers keinerlei Raum.
4. (...)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.08.2022, Az.: VII Verg 54/21; NZBau 2023, 609

18. Prüf- und Überwachungsstellen als Nachunternehmer

1. (...)
4. Als Nachunternehmer wird ein Unternehmen bezeichnet, das Teile der ausgeschriebenen und vom Bieter zu erbringenden Leistung ausführt, ohne selbst in einem unmittelbaren vertraglichen Verhältnis zum Auftraggeber zu stehen. Der Nachunternehmer steht nur zum Bieter in Vertragsbeziehungen.
5. Die vom Bieter vorzunehmenden Asbestmessungen stellen keine – einem Lieferanten vergleichbare – untergeordnete Hilfsleistung, sondern eine vom Auftragnehmer zu erbringende Leistung dar, mit deren Ausführung die Bieter einen Nachunternehmer beauftragen können. Als Nachunternehmer wird ein Unternehmen bezeichnet, welches Teile der ausgeschriebenen und vom Bieter zu erbringenden Leistung ausführt, ohne selbst in einem unmittelbaren vertraglichen Verhältnis zum Auftraggeber zu stehen. Der Nachunternehmer steht nur zum Bieter in Vertragsbeziehungen. Ausgangspunkt ist grundsätzlich die Leistungsbeschreibung und die darin enthaltene Festlegung, zu welchen primären Leistungen sich der Bieter gegenüber dem

Auftraggeber verpflichtet. Unternehmer, die selbst keine Teile der in Auftrag gegebenen Bauleistung erbringen, sondern in Hilfsfunktionen tätig sind oder Hilfsleistungen übernehmen, wie z. B. Lieferanten von Baustoffen oder Verleiher von Baumaschinen sind schon begrifflich keine Nachunternehmer

6. Prüf- und Überwachungsstellen können Nachunternehmer sein. Leistungen anerkannter Prüfstellen werden allerdings nicht als Nachunternehmerleistungen qualifiziert, wenn die Prüfung per se nicht durch einen Bieter erbracht werden kann. Etwas anderes gilt, wenn auch ein Bieter grundsätzlich die Möglichkeit hat, die Leistung nach entsprechender Qualifikation zu erbringen.

BayObLG, Beschluss vom 31.08.2022, Az.: Verg 18/21; NZBau 2023, 275 = ZfBR 2022, 826 = ZfBR 2023, 296 = IBR 2023, 34

19. Vergabe von Interimsauftrag nur mit Bieterwettbewerb und Laufzeitbeschränkung!

1. Bei einem Interimsauftrag, der wegen Dringlichkeit in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben wird, ist - soweit möglich - für einen angemessenen Bieterwettbewerb zu sorgen, wobei die Begrenzung der Teilnahme auf drei Bieter ordnungsgemäß sein kann und eine nachvollziehbare, willkürfreie Auswahl der Unternehmen zu erfolgen hat, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Es kann sachlich gerechtfertigt sein, den Bestandsdienstleister nicht zu beteiligen.
2. Ein solcher Interimsauftrag ist auf den Zeitraum zu beschränken, der für die Erhaltung der Kontinuität der Leistungserbringung bis zur Auftragsvergabe aufgrund eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens erforderlich ist. Der wegen eines laufenden Nachprüfungsverfahrens bestehenden Ungewissheit über den Zeitpunkt der Vergabe des Hauptauftrags kann durch eine kurze Mindestlaufzeit, verbunden mit monatlichen Verlängerungsoptionen, Rechnung getragen werden.

BayObLG, Beschluss vom 31.10.2022, Az.: Verg 13/22; IBR 2023, 251

20. Kein Vertrag bei angebotsänderndem Zuschlag

1. Zur Auslegung eines Zuschlagsschreibens, mit dem der Bieter in einem förmlichen Vergabeverfahren gebeten wird, eine Vertragsausfertigung, die nicht Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen war, umgehend unterzeichnet zurückzusenden.
2. Die Annahme mit den im Vertragsentwurf enthaltenen – und für einen Bieter erkennbaren – Änderungen stellt grundsätzlich ein neues Angebot i.S.d. § 150 II BGB dar. Von diesem ist nur dann nicht auszugehen, soweit der Antragsempfänger deutlich zum Ausdruck bringt, dass er lediglich unverbindliche Änderungswünsche äußert, von deren Erfüllung das Zustandekommen des Vertrags unabhängig sein soll. Nur in diesem Fall ist eine Annahme des ursprünglichen Antrags – verbunden mit dem Angebot zur Vertragsergänzung oder -änderung – anzunehmen.

OLG Celle, Urteil vom 29.12.2022, Az.: 13 U 3/22; VergabeR 2023, 465 = NZBau 2023, 349 = IBR 2023, 143

21. Dringlichkeitsvergabe bei eigenen Versäumnissen: OLG Düsseldorf ruft den EuGH an!

Dem Europäischen Gerichtshof wird die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist Art. 32 Abs. 2 c Richtlinie 2014/24/EU mit Rücksicht auf Art. 14 AEUV einschränkend dahingehend auszulegen, dass die Vergabe eines der Daseinsvorsorge dienenden öffentlichen Auftrags bei äußerster Dringlichkeit auch dann im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung erfolgen kann, wenn das Ereignis für den öffentlichen Auftraggeber voraussehbar und die angeführten Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit ihm zuzuschreiben sind?

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.02.2023, Az.: Verg 9/22; NZBau 2023,263 = IBR 2023, 250

22. Auch ein negativer Preis ist ein Preis!

1. Auch ein negativer Preis ist ein Preis, der grundsätzlich zulässig ist.
2. Der Auftraggeber kann den Ausschluss eines Angebots mit negativen Preisen nicht darauf stützen, dass er in der Ausschreibung die HVA B-StB EU-Teilnahmebedingungen 8 bis 19 zum Gegenstand der Vergabeunterlagen gemacht und damit bestimmt hat, dass Hauptangebote mit negativen Einheitspreisen von der Wertung ausgeschlossen werden, soweit negative Einheitspreise nicht ausdrücklich zugelassen sind.
3. Ein fachkundiger Durchschnittsbietler mit üblichen Vergaberechtskenntnissen muss nicht erkennen, dass das Verbot negativer Preise einen Vergaberechtsverstoß darstellt.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.08.2023, Az.: 15 Verg 4/23; NZBau 2023, 821 = IBR 2023, 590

II. Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte

1. Angebote einer wirtschaftlichen Einheit müssen unabhängig voneinander abgegeben werden!

1. Der Ausschlussgrund des Art. 57 Abs. 4 Unterabs. 1 d Richtlinie 2014/24/EU erfasst wettbewerbswidrige Vereinbarungen gleich welcher Art.
2. Art. 57 Abs. 4 Unterabs. 1 d Richtlinie 2014/24/EU enthält eine abschließende Liste fakultativer Ausschlussgründe. Dies steht dem Ausschluss nicht eigenständiger und unabhängig voneinander abgegebener Angebote wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht entgegen.

EuGH, Urteil vom 15.09.2022, Az.: Rs. C-416/21; NZBau 2022, 750 = IBR 2022, 578

2. *"Durchlaufende Posten" erhöhen den Streitwert!*

Grundlage für die Streitwertbemessung ist die Bruttoangebotssumme einschließlich sog. "durchlaufender Posten".

BGH, Beschluss vom 29.11.2022, Az.: XIII ZB 64/21; NZBau 2023, 189 = IBR 2023, 142

3. *Unzumutbare Vertragsklauseln können Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein*

1. Vertragsklauseln (hier: Regelungen in ausgeschriebenen Rabattvereinbarungen) werden von den Vergabenachprüfungsinstanzen grundsätzlich nicht auf ihre zivilrechtliche Wirksamkeit geprüft, da sie keine Bestimmungen über das Vergabeverfahren im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB sind. Außerhalb des Vergabeverfahrens und des Anwendungsbereichs vergaberechtlicher Vorschriften liegende Rechtsverstöße können ausnahmsweise nur dann zum Gegenstand eines Vergabenachprüfungsverfahrens gemacht werden, wenn es eine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm gibt, die im Nachprüfungsverfahren entscheidungsrelevant ist (Fortführung OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. September 2017 – VII-Verg 9/17).
2. Eine solche Anknüpfungsnorm ist das Verbot der Unzumutbarkeit einer für den Bieter oder Auftragnehmer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation (Fortführung OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2020 - VII-Verg 36/20).
3. Eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation ist unzumutbar, wenn Preis- und Kalkulationsrisiken über das Maß, das Bietern typischerweise obliegt, hinausgehen (Fortführung an OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. September 2003 - VII-Verg 26/03).

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.04.2021, Az.: Verg 1/20; NZBau 2022, 611 = ZfBR 2022, 596

4. *Bindungswirkung bestandskräftiger VK-Beschlüsse*

1. Bestandskräftige Entscheidungen der Vergabekammer entfalten ungeachtet ihrer materiellen Richtigkeit Tatbestands- und Bindungswirkung.
2. Diese Bindung umfasst den Tenor, die tragenden Entscheidungsgründe und tatsächlichen Feststellungen zum behaupteten Verstoß sowie die rechtliche Würdigung zu der Frage, ob ein Vergabeverstoß vorliegt.
3. Auch „Segelanleitungen“, mit denen der Vergabestelle auferlegt wird, welche Einzelheiten bei der Neubewertung der Angebote zu berücksichtigen sind, nehmen als Bestandteile der Hauptsacheentscheidung jedenfalls insoweit an deren Bestandskraft teil, als die ihnen zugrunde liegenden Erwägungen für die Entscheidung der Vergabekammer tragend waren.

OLG Celle, Beschluss vom 17.06.2021, Az.: 13 Verg 2/21; VergabeR 2021, 189 = NZBau 2022, 189 = IBR 2021, 478

5. Kostenschätzung

1. Die Kostenschätzung ist als ein der eigentlichen Ausschreibung vorgeschalteter Vorgang mit Unsicherheiten und Unwägbarkeiten behaftet; sie kann daher nicht an den gleichen Maßstäben wie das Angebot der Teilnehmer am Ausschreibungsverfahren gemessen werden. Ihrem Gegenstand nach bildet sie eine Prognose, die dann nicht zu beanstanden ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller verfügbarer Daten in einer der Materie angemessenen und methodisch vertretbaren Weise erarbeitet wurde (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. März 2019 - VII- Verg 42/18, VergabeR 2019, 680).
2. Methodisch setzt die Schätzung des Auftragswerts zudem eine ernsthafte, realistische, vollständige und objektive Prognose voraus, die sich an den Marktgegebenheiten orientiert.
3. Im Nachprüfungsverfahren kann die Kostenschätzung auf Nachvollziehbarkeit und Plausibilität geprüft werden. Dem Auftraggeber kommt jedoch ein Beurteilungsspielraum zu, dessen Einhaltung nur eingeschränkt überprüft werden kann.
4. Die Schätzung des Auftragswertes ist i.S.d. § 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 1 VgV bzw. - im Unterschwellenbereich - nach dem Primärrecht der Europäischen Union ordnungsgemäß und vollständig zu dokumentieren.
5. § 160 Abs. 3 S. 2 GWB setzt nicht (mehr) voraus, dass der antragstellende Bieter weder an dem durchgeführten Vergabeverfahren beteiligt wurde noch zumindest von diesem Kenntnis hatte.

OLG Koblenz, Beschluss vom 01.09.2021, Az.: Verg 1/21; VergabeR 2022, 105 = IBR 2022, 252

6. Kein Spekulationsangebot bei Preisverlagerung ins Randsortiment – DRV

1. Ein Antragsteller ist mit seiner Rüge ausgeschlossen, wenn er nach Zurückweisung seiner diesbezüglichen Rüge durch den Auftraggeber nicht innerhalb der in § 160 III 1 Nr. 4 GWB normierten Frist von 15 Kalendertagen einen Nachprüfungsantrag gestellt hat.
2. Da ein Bieter naturgemäß nur begrenzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens hat, darf er als Antragsteller im Vergabenachprüfungsverfahren behaupten, was er auf der Grundlage seines – oft nur beschränkten – Informationsstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf, etwa wenn es um Vergabeverstöße geht, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen oder das Angebot eines Mitbewerbers betreffen. Der Antragsteller muss dann lediglich tatsächliche Anknüpfungstatsachen oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen.
3. Die in § 160 III 1 Nr. 1 GWB aufgestellte Rügeobliegenheit besteht nach der Senatsrechtsprechung auch bei Nachprüfungsanträgen gegen angekündigte Direktvergaben, denn auch hier erfüllt die Rüge ihren Zweck, dem öffentlichen Auftraggeber die Selbstkorrektur zu ermöglichen sowie Verzögerungen und unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden.
4. (...)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.10.2021, Az.: VII-Verg 4/21; NZBau 2022, 687

7. *Wann werden nicht vergaberechtliche Rechtsverstöße Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens*

1. Vertragsklauseln, die Bestandteil des ausgeschriebenen Auftrags werden, werden grundsätzlich den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht auf ihre zivilrechtliche Wirksamkeit geprüft.
2. Außerhalb des Vergabeverfahrens und des Anwendungsbereichs vergaberechtlicher Vorschriften liegende Rechtsverstöße können ausnahmsweise nur dann zum Gegenstand eines Vergabenachprüfungsverfahrens gemacht werden, wenn es eine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm gibt.
3. Eine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm ist u. a. das aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 Satz 2 GWB) herzuleitende Verbot der Unzumutbarkeit einer für den Bieter oder Auftragnehmer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation.
4. Unzumutbar ist eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation, wenn Preis- und Kalkulationsrisiken über das Maß, das Bietern typischerweise obliegt, hinausgehen und damit den Bieter unangemessen belasten.
5. Ob eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar ist, bestimmt sich nach dem Ergebnis einer Abwägung aller Interessen der Bieter bzw. Auftragnehmer und des öffentlichen Auftraggebers im Einzelfall.
6. Nach dem Gebot der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien darf die gegebenenfalls bessere Eignung eines Bieters bei der Zuschlagsentscheidung grundsätzlich nicht nochmals berücksichtigt werden. Die Prüfung der Eignung und der Zuschlag unterliegen verschiedenen Regeln. Sie sind als unterschiedliche Vorgänge klar voneinander zu trennen.
7. Auch wenn eine Rettungsdienstleistung ausgeschrieben wird, greift die Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht, wenn der Auftraggeber den Wettbewerb nicht ausschließlich für gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen, sondern auch für gewerblich tätige Unternehmen eröffnet.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.12.2021, Az.: Verg 16/21; ZfBR 2023, 188

8. *Drei Vergleichsangebote bei Dringlichkeitsvergaben (Corona-Testzentren)*

1. Auch im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb muss ein Mindestmaß an Wettbewerb gewährleistet sein, was erfordert, dass der öffentliche Auftraggeber zumindest drei Angebote einholt, bevor er den Zuschlag erteilt.
2. Bei einem auf die Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertrags nach § 135 I GWB gerichteten Nachprüfungsverfahren gelten die in den §§ 160 ff. GWB geregelten allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen mit der Folge, dass bei einer Erledigung des Vergabeverfahrens diese Zulässigkeitsvoraussetzungen in Bezug auf den Primärrechtsschutz nicht mehr erfüllt sind, weswegen es der Regelung in § 168 II 2 GWB und eines Übergangs auf den Feststellungsantrag bedarf, will der Antragsteller die Zurückweisung seines ursprünglichen Antrags vermeiden.

3. Eine Antragsrücknahme ist im Vergabenachprüfungsverfahren auch nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung und ohne Zustimmung der anderen Beteiligten bis zu einer formell bestandskräftigen Entscheidung wirksam möglich.
4. Da nach § 178 S. 4 GWB die Vorschriften in § 168 II GWB entsprechend anwendbar sind, ist zur Statthaftigkeit erforderlich, dass sich das Nachprüfungsverfahren nach Anhängigkeit des Nachprüfungsverfahrens erledigt haben muss, weil nur dann das erforderliche Feststellungsinteresse vorliegen kann und nicht erkennbar ist, dass für den Antragsteller im Beschwerdeverfahren weitergehender Rechtsschutz als im Verfahren vor der Vergabekammer bestehen sollte.

KG, Beschluss vom 10.05.2022, Az.: Verg 1/22; VergabeR 2022, 105 = NZBau 2022, 544 = IBR 2022, 417

9. *Geschwärtzter Vortrag wird nicht berücksichtigt!*

"Geschwärtzte" Schriftsätze und sonstige Unterlagen, die den übrigen Verfahrensbeteiligten nicht zur Kenntnis gelangen sollen, werden nicht Gegenstand der Verfahrensakten. Sie bleiben bei Verhandlung und Entscheidung von Vergabekammer und -senat unberücksichtigt.

KG, Beschluss vom 18.05.2022, Az.: Verg 7/21; NZBau 2023, 134 = ZfBR 2022, 618 = IBR 2022, 474

10. *Verhandlungsverfahren: Verhandlungsmöglichkeiten über Leistungsbestimmungen*

Zwar kann der Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren so gestalten, dass Abweichungen der indikativen Angebote von einzelnen Vergabeunterlagen, soweit es sich nicht um Mindestanforderungen handelt, erlaubt sind und Abweichungen vom gewünschten Angebotsinhalt unter Umständen in nachfolgenden Angebotsrunden beseitigt werden können (Anschluss OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Juni 2017 - VII-Verg 7/17, NZBau 2017, 619 m.w.N.). Dies gilt aber nicht für die finalen Angebote, über die nach § 17 Abs. 10 Satz 1 VgV keine weiteren Verhandlungen mehr stattfinden.

BayObLG, Beschluss vom 03.06.2022, Az.: Verg 7/22; ZfBR 2022, 711 = VergabeR 2022, 762

11. *Verhandlungsverfahren nach Kündigung – Dringlichkeit*

1. (...)
3. Bei Kündigung des Altauftrags und neuer Vergabe der noch nicht fertiggestellten oder nur mangelhaft erbrachten Leistungen ist für den nach § 106 GWB maßgeblichen Schwellenwert auf den gekündigten Altauftrag abzustellen.
4. Der Zugang zum Nachprüfungsverfahren kann nicht mit der Begründung verwehrt werden, das Angebot des Antragstellers sei aus anderen als mit dem Nachprüfungsantrag zur Überprüfung gestellten Gründen auszuschneiden gewesen, weshalb dem Antragsteller wegen der von ihm behaupteten Rechtswidrigkeit kein Schaden erwachsen sei oder drohe (Anschluss an BGH, Beschluss vom 18. Mai 2004 - X ZB 7/04 - Mischkalkulationen, juris, Rn. 21 = BGHZ 159, 186). Die Frage, ob das

Angebot aus irgendwelchen Gründen (zwingend) auszuschließen ist, ist daher eine Frage der Begründetheit, allerdings nur, sofern es für diese hierauf ankommt.

5. Die Berufung auf § 135 GWB kann jedenfalls dann nicht nach Treu und Glauben eingeschränkt werden, wenn das Vorgehen der Vergabestelle offensichtlich rechtswidrig war und die Grenze zur Willkür überschritten hat.
6. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB setzt weder einen bereits entstandenen, noch einen drohenden Schaden voraus.
7. Eine äußerste Dringlichkeit im Sinne des § 3a EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A setzt voraus, dass der Beschaffungsbedarf bei Einhaltung auch der verkürzten Mindestfristen der § 10a, 10b und 10c EU VOB/A nicht gedeckt werden kann. Allein wirtschaftliche Interessen können die äußerste Dringlichkeit dabei nicht begründen.
8. (...)

OLG Frankfurt, Beschluss vom 07.06.2022, Az.: 11 Verg 12/21; NZBau 2023, 263 = ZfBR 2022, 706 = VergabeR 2022, 762 = IBR 2022, 582

12. Präqualifiziert ≠ geeignet!

1. Die Teilnahme am Präqualifikationssystem dient der Entlastung des Bieters von der Beibringung der Eignungsnachweise, nicht jedoch ihrer Ersetzung.
2. Die Erleichterung in Bezug auf die Beibringung ändert nichts daran, dass die Erfüllung der Eignungskriterien grundsätzlich vom Bieter nachzuweisen ist. Der öffentliche Auftraggeber muss gerade die Möglichkeit haben, die im Verzeichnis hinterlegten Nachweise auf Vergleichbarkeit mit den von ihm nach Art und Umfang geforderten Eignungsnachweisen prüfen zu können.
3. Der im Präqualifikationsverzeichnis eingetragene Bieter ist nur insoweit privilegiert, als er von der Beibringung der geforderten Eignungsnachweise entlastet und die inhaltliche Richtigkeit der hinterlegten Nachweise vermutet wird. Die inhaltlichen Anforderungen an die Eignungsnachweise gelten hingegen auch für ihn, da nur so das der Konkretisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dienende Eignungserfordernis gemäß § 122 Abs. 1 GWB, wonach Aufträge nur an fachkundige und leistungsfähige Unternehmen vergeben werden, gewährleistet ist.
4. Auch bei einem präqualifizierten Bieter hat der öffentliche Auftraggeber daher zu prüfen, ob die im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Nachweise, die im konkreten Verfahren geforderten Eignungsangaben und Nachweise abdecken.
5. Fordert der öffentliche Auftraggeber die Angabe dreier mit der zu vergebenden Leistung vergleichbarer Referenzen und genügt eine der drei von dem Antragsteller im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Referenzen nicht den Anforderungen, so ist die Ausschlussentscheidung des Auftraggebers vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.06.2022, Az.: Verg 19/22; NZBau 2023, 259 = ZfBR 2022, 600 und ZfBR 2023, 292 = IBR 2022, 421

13. Ausschluss wegen schwerer Verfehlungen – Sturmgewehre

1. Der Begriff „Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit“ in § 124 I Nr. 3 GWB umfasst jedes fehlerhafte Verhalten, das Einfluss auf die berufliche Glaubwürdigkeit des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers hat.
2. Bei der Vorschrift des § 124 I Nr. 3 GWB handelt es sich um einen Auffangtatbestand, der etwa dann in Betracht kommt, wenn hinsichtlich einer nach § 123 GWB zu einem zwingenden Ausschluss führenden Straftat noch keine rechtskräftige Verurteilung vorliegt.
3. Eine Form beruflichen Fehlverhaltens i.S.d. § 124 I Nr. 3 GWB stellt dabei ausweislich des 101. Erwägungsgrundes zur Vergaberichtlinie 2014/24/EU die Verletzung von Wettbewerbsregeln oder Rechten des geistigen Eigentums dar, weshalb die Verletzung eines fremden gewerblichen Schutzrechts wie eines Patentrechts eine schwere berufliche Verfehlung darstellen kann.
4. Der Umstand, dass vor dem Hintergrund der mit der Vergaberechtsreform erfolgten abschließenden Normierung der Ausschlussstatbestände der §§ 123, 124 GWB für einen Ausschluss aufgrund ungeschriebener Eignungskriterien wie einer „rechtlichen Leistungsfähigkeit“ kein Raum mehr ist, schließt eine Qualifizierung als schwere berufliche Verfehlung i.S.d. § 124 Nr. 3 GWB nicht aus.
5. Schwer i.S.d. § 124 Nr. 3 GWB ist die berufliche Verfehlung, wenn ihr ein nicht unerhebliches Gewicht zukommt und sie eine solche Intensität und Schwere aufweist, dass der öffentliche Auftraggeber berechtigterweise an der Integrität des Unternehmens zweifeln darf, und dem Wirtschaftsteilnehmer Vorsatz oder Fahrlässigkeit von gewisser Schwere anzulasten ist.
6. Für einen Ausschluss nach § 124 I Nr. 3 GWB ist für den Nachweis keine rechtskräftige Feststellung der Pflichtverletzung oder Verurteilung zu fordern, sondern der Nachweis kann auch durch schriftlich fixierte Zeugenaussagen, sonstige Aufzeichnungen, Belege, Schriftstücke oder andere objektivierte Anhaltspunkte für die in Rede stehenden Verfehlungen geführt werden. Erforderlich ist in jedem Fall aber ein Vollbeweis i.S.v. § 286 ZPO, wonach im Grundsatz die volle Überzeugung im Sinne persönlicher Gewissheit von einem bestimmten Sachverhalt als wahr gilt, die an sich mögliche Zweifel überwindet.
7. Bietet ein Wirtschaftsteilnehmer eine Leistung an, welche ohne Weiteres erkennbar Patentrechte Dritter verletzt, so stellt die Verletzung des Patents des Dritten eine schwere berufliche Verfehlung dar, weil dem Wirtschaftsteilnehmer eine Fahrlässigkeit von gewisser Schwere anzulasten ist, die einen Ausschluss seines Angebots nach § 124 I Nr. 3 GWB rechtfertigen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.06.2022, Az.: VII Verg 36/21; NZBau 2022, 678 = VII Verg 36/21

14. Rügeobliegenheit bei Feststellen der Unwirksamkeit

1. Ein Nachprüfungsantrag ist ausnahmsweise auch nach Erteilung des Zuschlags statthaft, soweit der Antragsteller binnen der Frist des § 135 II 1 GWB einen Verstoß i.S.d. § 135 I GWB geltend macht (Anschluss an OLG Düsseldorf 19.4.2017 – VII-Verg 38/16, NZBau 2020, 109 – Rheinbrücke Leverkusen).

2. Hat sich ein Verstoß des öffentlichen Auftraggebers gegen die Stillhaltefrist des § 134 II GWB nicht zulasten des Bieters ausgewirkt, kann der Bieter die Feststellung der Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrags nicht verlangen (Anschluss an OLG München NZBau 2013, 400 Ls. Streckenbau BA 1). In diesem Fall bedarf es keiner Entscheidung, ob die Stillhaltefrist des § 134 II GWB, deren Ende rechnerisch auf einen Sonntag fällt, gem. Art. 3 IV VO (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 erst am darauffolgenden Montag endet.
3. Die Frage eines Verstoßes gegen § 135 I Nr. 1 GWB oder § 135 I Nr. 2 GWB betrifft sowohl die Statthaftigkeit als auch die Begründetheit des Nachprüfungsantrags (sog. doppelrelevante Tatsache); in solchen Fällen ist eine rechtliche Argumentation, nach der ein Verstoß gem. § 135 I Nr. 1 GWB oder § 135 I Nr. 2 GWB zu bejahen ist, nicht schon im Rahmen der Statthaftigkeit des Rechtsbehelfs, sondern erst im Rahmen der Begründetheit zu überprüfen.
4. Die Rügeobliegenheit des § 160 III Nr. 1 GWB entsteht, wenn der Bieter im Verlauf des Vergabeverfahrens Kenntnis von dem gerügten Vergaberechtsverstoß erlangt, was die positive Kenntnis aller tatsächlichen Tatumstände, aus denen die Beanstandung im Nachprüfungsverfahren abgeleitet wird, sowie die zumindest laienhafte rechtliche Wertung voraussetzt, dass sich aus ihnen eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren ergibt.
5. (...)

OLG Bremen, Beschluss vom 04.11.2022, Az.: 2 Verg 1/22; VergabeR 2023, 439 = NZBau 2023, 616

15. Dringlichkeit auch bei Versäumnissen der Vergabestelle - Flüchtlingssicherheitsdienste

1. (...)
3. Es erscheint zweifelhaft, ob die Schriftform des § 161 Abs. 1 Satz 1 GWB durch elektronische Übersendung gewahrt werden kann. Eine einfache E-Mail wahrt die Schriftform des § 161 Abs. 1 Satz 1 GWB jedenfalls nicht.
4. Der Mangel der Schriftform kann in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer auch ohne Nachholen der Unterschrift geheilt werden, wenn sich der Antragsteller dort den zuvor nur in Textform gestellten Antrag zu eigen macht.
5. Bei Vertragsverlängerungen ist für die Frage der Schwellenwerterreichung auf den ursprünglichen Auftrag abzustellen. Solche Vertragsverlängerungen sind nur während der Laufzeit des bisherigen Vertrages möglich. Danach erfolgende "Verlängerungen" stellen sich als neue (Interims-)Aufträge dar.
6. Interimsaufträge stehen grundsätzlich selbstständig neben den Hauptverträgen und früheren Interimsaufträgen und sind in ihrer Zuordnung zum Unterschwellen- bzw. Oberschwellenbereich selbstständig zu beurteilen. Sie sind im Hinblick auf das Umgehungsverbot des § 3 Abs. 2 Satz 1, 2 VgV jedoch zu addieren, soweit der einheitliche (Interims-)Beschaffungsbedarf in der Absicht, die Anwendung des Kartellvergaberechts zu umgehen, künstlich aufgespalten wird.
7. Unvorhersehbarkeit ist im Hinblick auf die eine Vertragsverlängerung nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB oder auf einen Interimsauftrag nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV erfordernden Umstände nur anzunehmen, wenn der Auftraggeber bei der Gestaltung des ursprünglichen Vertrags alle Möglichkeiten zur Reduzierung der Ungewissheit

ausgeschöpft hat und die eventuellen aus der Ungewissheit folgenden Notwendigkeiten zur Vertragsanpassung auch nicht als Option oder Überprüfungsklausel nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB abgebildet werden konnte.

8. Die Vergabestelle hat bei der Konzeption eines Vergabeverfahrens auch die Folgevergabe in den Blick zu nehmen und dabei immer mögliche Behinderungen dieses Vergabeverfahrens zu berücksichtigen. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Vergabestelle den konkreten Grund der Verzögerung noch nicht kennt. Es genügt, dass der Ablauf eines Vergabeverfahrens vielfältigen Verzögerungen ausgesetzt sein kann.
9. Es ist daran festzuhalten, dass eine Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb bei für die Allgemeinheit unverzichtbaren Leistungen auch dann möglich ist, wenn die Dringlichkeit auf Versäumnisse der Vergabestelle zurückzuführen ist; der Aspekt der Zurechenbarkeit und Vorhersehbarkeit tritt dann hinter der Notwendigkeit der Kontinuität der Leistungserbringung zurück (Festhaltung an Senat, Beschluss vom 30. Januar 2014 - 11 Verg 15/13 "Stadtbusverkehr", juris, Rn 50; entgegen KG, Beschluss vom 10. Mai 2022 - Verg 1/22, juris, Rn. 31 und OLG Bremen, Beschluss vom 1. April 2022 - 2 Verg 1/21, NZBau 2022, 548, 556).
10. Die besondere Dringlichkeit der (Interims-)Vergabe rechtfertigt es regelmäßig nicht, dass nur ein einziger von mehreren interessierten Bietern in die Verhandlungen einbezogen wird. Hat es einen vorangehenden Wettbewerb gegeben, ist der öffentliche Auftraggeber auch in diesen Fällen gehalten, zumindest die im Wettbewerb über den Auftrag hervorgetretenen Bieter zu beteiligen. Etwas Anderes kann sich nur ausnahmsweise je nach Lage des Falles aus den Umständen der Dringlichkeit ergeben (Festhaltung an Senat, Beschluss vom 30. Januar 2014 - 11 Verg 15/13 "Stadtbusverkehr", juris, Rn. 51).
11. Für die Annahme der Gestattung einer Vergabe ohne vorherige Veröffentlichung im EU-Amtsblatt gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB muss die Vergabestelle auch die für das gestattete Verfahren geltenden Regeln und Beschränkungen einhalten, wobei allein eine fehlerhafte Auswahlentscheidung noch nicht zur Unwirksamkeit des Zuschlags führt.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.11.2022, Az.: 11 Verg 5/22; NZBau 2023, 341 = VergabeR 2023, 382

16. Fehlende Bindefristverlängerung begründet keinen Angebotsausschluss

1. (...)
2. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist auch anwendbar, wenn der Auftrag – unzulässig – nur national ausgeschrieben war und die Antragstellerin ein Angebot abgegeben hat, ohne die fehlende europaweite Ausschreibung zu rügen. In einem derartigen Fall lässt sich eine Rügepflicht auch nicht aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis ableiten.
3. Die Frist nach § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB beginnt nicht bereits mit dem Ablauf der Bindefrist im Rahmen einer – unzulässigen – nationalen Ausschreibung.
4. Eine Erledigung eines Antrags nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB durch Erlöschen des Beschaffungsbedarfs liegt nicht vor, wenn die beschafften Gegenstände wieder ausgebaut und zurückgegeben werden können.

5. Bei einem Nachprüfungsantrag nach § 160 Abs. 1, § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist der im Rahmen der nationalen Ausschreibung nicht berücksichtigte Bieter nur antragsbefugt, wenn er außer dem Verstoß gegen § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB auch darlegt, dass er in einem neu durchzuführenden Vergabeverfahren mit europaweiter Ausschreibung bessere Chancen auf den Zuschlag hätte.
6. Durch die Bitte des Auftraggebers um Verlängerung der Bindefrist über das in den Vergabeunterlagen vorgesehene Datum hinaus werden nicht die Vergabeunterlagen geändert. Ein Ausschluss des Angebots eines Bieters, der dem zunächst nicht nachkommen möchte, ist weder nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 noch nach Nr. 4 VgV möglich.

BayObLG, Beschluss vom 26.04.2023, Az.: Verg 16/22; ZfBR 2023, 711 = IBR 2023, 587

III. Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte

1. *Vorgabe des Dateiformats bei elektronischer Angebotseinreichung im Vergabeverfahren*

1. Der Auftraggeber kann gem. § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A 2016 festlegen, welche elektronischen Mittel (§§ 11, 11a VOB/A) bei der Einreichung von elektronischen Angeboten zu verwenden sind.
2. Werden vorgegebene elektronische Mittel bei der Einreichung des Angebots nicht verwendet, ist das Angebot nicht formgerecht übermittelt und gem. § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2016 auszuschließen

BGH, Urteil vom 16.05.2023, Az.: VIII ZR 14/21, BauR 2023, 1668 = NZBau 2023, 542

2. *Einstweiliges Verfügungsverfahren bei Unterschwellen-Vergabe*

1. (...)
2. Auch in Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich trifft den Bieter eine Rügeobliegenheit, vor Einholung eines gerichtlichen Rechtsschutzes zunächst den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften gegenüber dem Auftraggeber zu rügen und diesem Gelegenheit zu geben, der Rüge abzuhelpen.
3. Im Unterschwellenbereich existiert in Rheinland-Pfalz eine Wartefrist für die Zuschlagserteilung.
4. Hat der eine einstweilige Verfügung anstrebende Verfügungskläger im Vergabeverfahren ein Angebot mit einer unzulässigen Mischkalkulation vorgelegt, so hat sein Verfügungsantrag keine Aussicht auf Erfolg.
5. Für den Bieter besteht bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich eine Nachfrage- und Aufklärungsobliegenheit, alle Missverständnisse und Unklarheiten aufzuklären. Kommt der Bieter dieser Obliegenheit nicht nach, so hat er das mit einem Fehlverständnis einhergehende Risiko dementsprechend zu tragen.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 11.10.2021, Az.: 1 U 93/20; NZBau 2022, 247 = IBR 2022, 140

3. *Vergaben unterhalb der Schwellenwerte – keine Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB – Akteneinsicht nur bei begründetem Verdacht*

1. Die Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB erfasst keine Vergaben unterhalb der Schwellenwerte (Aufgabe von Senatsbeschluss vom 13. 12. 2017 – 27 U 25/17, IBR 2018, 156). Die Vorschrift ist mangels planwidriger Regelungslücke auch nicht analog anwendbar.
2. Sofern weder ein grenzüberschreitendes Interesse noch eine landesgesetzliche Verpflichtung zur Mitteilung vor Zuschlagserteilung besteht, ist der Auftraggeber bei einer Unterschwellenvergabe nur zur nachgelagerten Unterrichtung über den bereits erfolgten Abschluss bzw. die Zuschlagserteilung verpflichtet.
3. Ein einem Schadensersatzanspruch vorausgehender Anspruch auf Akteneinsicht in einem Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kommt nur in Betracht, wenn der begründete Verdacht einer Vertragspflichtverletzung besteht. Daran fehlt es, wenn ein Bieter lediglich aufgrund vager Vermutungen Einsicht verlangt, um erst dadurch Anhaltspunkte für eine spätere Rechtsverfolgung zu gewinnen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.06.2023, Az.: 27 U 4/22; NZBau 2023, 757 = ZfBR 2023, 719 = IBR 2023, 410

IV. Schadensersatz

1. *Kein Schadensersatz wegen fehlerhafter Ausschreibung bei Aufhebungsvertrag*

Ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns besteht nicht, wenn der öffentliche Auftraggeber ein mit einer Aufhebung des ersten Vergabeverfahrens und einer fehlerfreien Neuvergabe wirtschaftlich und wertungsmäßig entsprechendes Ergebnis herbeiführt, indem er mit demjenigen, der den Zuschlag zu Unrecht erhalten hat, einen Aufhebungsvertrag schließt und sodann in Bezug auf den gleichen Auftrag ein neues Vergabeverfahren durchführt.

BGH, Urteil vom 23.11.2021, Az.: XIII ZR 20/19; BauR 2022, 771 = VergabeR 2022, 167 = NZBau 2022, 234 = ZfBR 2022, 294 = IBR 2022, 138

D. GSB/BauFordSiG

1. *Zahlungen anfechtbar: Kein Schadensersatz trotz zweckwidriger Verwendung von Baugeld*

Ein Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers wegen der zweckwidrigen Verwendung von Baugeld scheidet mangels ersatzfähigem Schaden aus, wenn die vom Auftraggeber an den Auftragnehmer zur Tilgung der Bauforderungen bewirkten Zahlungen nach Insolvenzverfahrenseröffnung der Anfechtung unterliegen.

OLG Hamburg, Beschluss vom 21.02.2019, Az.: 7 U 9/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 09.02.2022, Az.: VII ZR 61/19); IBR 2022, 460

2. Keine Baugläubigerstellung des Bauherrn

1. Der Schutzbereich von § 1 Abs. 1 Satz 1 BauFordSiG umfasst nicht den Bauherrn. Da dieser an der Herstellung oder dem Umbau nicht beteiligt ist, ist er nicht Baugläubiger. Letzterer ist nur, wer einen Beitrag leistet, der den Wert des Grundstücks erhöht, und in einer gewissen Nähebeziehung zum Bau steht. Es sind diejenigen Personen erfasst, die an der Herstellung oder dem Umbau des Baues aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrages beteiligt sind, also Bauhandwerker und Lieferanten.
2. (...)

OLG Nürnberg, Beschluss vom 29.07.2021, Az.: 13 U 453/21; (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 10.05.2023, Az.: VII ZR 833/21); BauR 2023, 1698 = IBR 2023, 403

3. Baugeldgläubiger muss Empfang, Eigenschaft und Höhe des Baugelds beweisen!

Die Darlegungs- und Beweislast für den Schaden, der dadurch entsteht, dass das Baugeld zweckentfremdet wurde, trägt der Baugeldgläubiger. Er ist darlegungs- und beweispflichtig dafür, in welcher Höhe der Baugeldempfänger tatsächlich Baugeld erhalten hat.

OLG Rostock, Urteil vom 21.01.2022, Az.: 5 U 236/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.05.2023, Az.: VII ZR 35/22); IBR 2023, 512

4. Unwissenheit schützt vor Strafe nicht!

Zu den Aufgaben des Finanzvorstands einer Aktiengesellschaft gehört u. a. die Verwahrung und Verwendung des von einem Auftraggeber erlangten Baugelds. Ein Finanzvorstand kann sich nicht damit entlasten, keine Kenntnis von den Vorschriften des BauFordSiG zu haben. Ein Irrtum über das Bestehen eines Gesetzes ist vermeidbar, wenn das Gesetz den Arbeitsbereich des Schädigers betrifft.

OLG München, Urteil vom 27.04.2022, Az.: 20 U 996/21 Bau; IBR 2022, 517

E. Architekten-/Ingenieurrecht (Auswahl)

I. Allgemein

1. Architekt ist kein Kaufmann: Abtretungsverbot wirksam vereinbart!

1. Auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist sowohl die Vereinbarung eines abgeschwächten als auch eines uneingeschränkten Abtretungsausschlusses grundsätzlich unbedenklich (Anschluss an BGH, IBR 2006, 608).
2. Die Vorschrift des § 354a HGB, wonach eine Abtretung gleichwohl wirksam ist, wenn sie durch Vereinbarung ausgeschlossen wurde, ist nicht analog auf Verträge zwischen privaten Auftraggebern und Architekten/Ingenieuren anwendbar (BGH, a.a.O.).

3. Darf eine Forderung gegen den Auftraggeber ohne dessen Zustimmung nicht abgetreten werden, darf die Zustimmung nicht unbillig verweigert werden (BGH, IBR 2000, 111). Wurde über das Vermögen des Architekten das Insolvenzverfahren eröffnet, ist die Versagung der Zustimmung nicht unbillig.

OLG Frankfurt, Beschluss 01.04.2021, Az.: 21 U 52/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew.
– BGH, Beschluss vom 13.10.2021, Az.: VII ZR 405/21); IBR 2022, 412

II. Vertragsschluss/Leistungsumfang

1. *Zwei Unterschriften unter dem Planernachtrag wahren das Schriftformerfordernis!*

1. Wird ein Planernachtrag vom Auftraggeber und dem Architekten auf demselben Schriftstück unterzeichnet, ist die Schriftform nach § 7 HOAI 2013 gewahrt.
2. Die Abnahme kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent, d. h. durch schlüssiges Verhalten des Auftraggebers, erklärt werden.
3. Konkludent handelt der Auftraggeber, wenn er dem Architekten gegenüber ohne ausdrückliche Erklärung erkennen lässt, dass er dessen Werk als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt.
4. Durch das Einreichen genehmigungsfähiger Pläne und die Fertigstellung der Ausführung der Planung wird die erbrachte Planungsleistung eines Architekten konkludent abgenommen.

OLG Dresden, Urteil vom 11.12.2020, Az.: 6 U 712/20; (Nichtzul.-Beschw. zurückgew.
– BGH, Beschluss vom 10.08.2022, Az.: VII ZR 302/20); IBR 2023, 26

2. *Kein Mehrhonorar für "vorpreschenden" Planer!*

1. Der Auftragnehmer eines nach dem 01.01.2018 geschlossenen, die Zielfindungsphase ausdrücklich aufnehmenden Architektenvertrags kann Honorar für darüber hinausgehende Leistungen nur unter der Voraussetzung beanspruchen, dass er die mindestens erforderlichen Ergebnisse jener Phase dem Auftraggeber zur Prüfung vorgelegt und hierzu eine klare Billigungserklärung erhalten hat.
2. Mindestens erforderlich ist eine Kosteneinschätzung, die erkennen lässt, worauf sie sich bezieht und woraus sie hergeleitet ist.
3. Eine formnichtige Kündigung des Architektenvertrags durch den Auftraggeber und die anschließende Schlussabrechnung des Auftragnehmers können als einverständliche Vertragsaufhebung zu werten sein.
4. Rügt der Auftraggeber die fehlende Prüfbarkeit der Schlussrechnung nicht binnen 30 Tagen nach Zugang mit hinreichender Begründung, ist er mit dieser Rüge im Prozess ausgeschlossen. Gleichwohl muss die Rechnung prüfbar sein, um die Klageforderung damit schlüssig begründen zu können.

OLG Frankfurt, Urteil vom 16.05.2022, Az.: 29 U 94/21; BauR 2022, 1677 = NJW 2022, 3516 = NZBau 2022, 740 = ZfBR 2022, 670 = IBR 2022, 410

III. Vergütungsrecht/Verjährung

1. *Folgen der Europarechtswidrigkeit der Mindest- und Höchstsätze der HOAI a.F. für das nationale Recht*

Das Unionsrecht ist dahin auszulegen, dass ein nationales Gericht, bei dem ein Rechtsstreit anhängig ist, in dem sich ausschließlich Privatpersonen gegenüberstehen, nicht allein aufgrund dieses Rechts verpflichtet ist, eine nationale Regelung unangewendet zu lassen, die unter Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. g und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt Mindesthonorare für die Leistungen von Architekten und Ingenieuren festsetzt und die Unwirksamkeit von Vereinbarungen vorsieht, die von dieser Regelung abweichen, jedoch unbeschadet zum einen der Möglichkeit dieses Gerichts, die Anwendung der Regelung im Rahmen eines solchen Rechtsstreits aufgrund des innerstaatlichen Rechts auszuschließen, und zum anderen des Rechts der durch die Unvereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Unionsrecht geschädigten Partei, Ersatz des ihr daraus entstandenen Schadens zu verlangen.

EuGH, Urteil vom 18.01.2022, Az.: C-261/20; BauR 2022, 527 = NJW 2022, 927 = NZBau 2022, 103 = ZfBR 2022, 247 = IBR 2022, 74

2. *Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG auf einen vor ihrem Inkrafttreten geschlossenen Architektenvertrag?*

Die Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt ist nicht auf einen Fall anwendbar, in dem ein Vertrag vor dem Inkrafttreten dieser Richtlinie geschlossen wurde und dieser Vertrag vor dem Ablauf der Frist für die Umsetzung der Richtlinie alle seine Wirkungen erschöpft hat.

EuGH, Urteil vom 27.10.2022, Az.: C-544/21; BauR 2023, 107 = NZBau 2023, 239 = IBR 2023, 22

3. *Anwendbarkeit der Mindestsatzregeln in Prozessen zwischen Privaten trotz EuGH-Urteil*

1. § 7 HOAI (2013) kann nicht richtlinienkonform dahin ausgelegt werden, dass die Mindestsätze der HOAI im Verhältnis zwischen Privatpersonen grundsätzlich nicht mehr verbindlich sind und daher einer die Mindestsätze unterschreitenden Honorarvereinbarung nicht entgegenstehen.
2. Aus dem Unionsrecht folgt keine Verpflichtung, das gegen Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. g und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt verstößende verbindliche Mindestsatzrecht der HOAI im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem sich ausschließlich Privatpersonen gegenüberstehen, unangewendet zu lassen (im Anschluss an EuGH, Urteil vom 18. Januar 2022 - C-261/20, BauR 2022, 527 = NZBau 2022, 103 - Thelen Technopark Berlin).
3. Die Bestimmungen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) über die Niederlassungsfreiheit, den freien Dienstleistungsverkehr und den freien Kapitalverkehr finden auf einen Sachverhalt, dessen Merkmale nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausweisen, grundsätzlich keine Anwendung und

führen daher in einem solchen Fall nicht zu der Verpflichtung, das verbindliche Mindestsatzrecht der HOAI unangewendet zu lassen (im Anschluss an EuGH, Urteil vom 18. Januar 2022 - C-261/20, BauR 2022, 527 = NZBau 2022, 103 - Thelen Technopark Berlin).

4. § 7 Abs. 5 HOAI (2013) ist unbeschadet des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 4. Juli 2019 (C-377/17) weiterhin anwendbar.

BGH, Urteil vom 02.06.2022, Az.: VII ZR 229/19; BauR 2022, 1519 = NJW 2022, 3224 = NZBau 2022, 526 = ZfBR 2022, 658 = IBR 2022, 408 = IBR 2022, 409

4. Anwendbarkeit der Mindestsatzregeln in Prozessen zwischen Privaten trotz EuGH-Urteil

1. § 7 HOAI (2013) kann nicht richtlinienkonform dahin ausgelegt werden, dass die Mindestsätze der HOAI im Verhältnis zwischen Privatpersonen grundsätzlich nicht mehr verbindlich sind und daher einer die Mindestsätze unterschreitenden Honorarvereinbarung nicht entgegenstehen.
2. Aus dem Unionsrecht folgt keine Verpflichtung, das gegen Art. 15 I, II Buchst. g und III RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt verstoßende verbindliche Mindestsatzrecht der HOAI im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem sich ausschließlich Privatpersonen gegenüberstehen, unangewendet zu lassen (im Anschluss an EuGH E-CLI:EU:C:2022:33 = NZBau 2022, 103 = BauR 2022, 527 – Thelen).
3. Die Bestimmungen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) über die Niederlassungsfreiheit, den freien Dienstleistungsverkehr und den freien Kapitalverkehr finden auf einen Sachverhalt, dessen Merkmale nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausweisen, grundsätzlich keine Anwendung und führen daher in einem solchen Fall nicht zu der Verpflichtung, das verbindliche Mindestsatzrecht der HOAI unangewendet zu lassen (im Anschluss an EuGH E-CLI:EU:C:2022:33 = NZBau 2022, 103 = BauR 2022, 527 – Thelen).

BGH, Urteil vom 02.06.2022, Az.: VII ZR 174/19; BGHZ 234, 28 = BauR 2022, 1515 = NJW 2022, 3228 = NZBau 2022, 530

5. Anwendbarkeit der Mindestsatzregeln in Prozessen zwischen Privaten trotz EuGH-Urteil

§ 7 V HOAI (2013) ist unbeschadet des Urteils des EuGH vom 4.7.2019 (E-CLI:EU:C:2019:562 = NZBau 2019, 511) weiterhin anwendbar.

BGH, Urteil vom 02.06.2022, Az.: VII ZR 12/21; BauR 2022, 1525 = NJW 2022, 3230 = NZBau 2022, 532 = IBR 2022, 466

6. Fortgeltung des verbindlichen Mindestsatzrechts der HOAI 1996/2002

1. Aus dem Unionsrecht folgt keine Verpflichtung, das gegen Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. g und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im

Binnenmarkt verstoßende verbindliche Mindestsatzrecht der HOAI (1996/2002) im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem sich ausschließlich Privatpersonen gegenüberstehen, unangewendet zu lassen (im Anschluss an EuGH, Urteil vom 18. Januar 2022 - C-261/20, BauR 2022, 527 = NZBau 2022, 103 - Thelen Technopark Berlin und BGH, Urteil vom 2. Juni 2022 - VII ZR 174/19, BauR 2022, 1515 = NZBau 2022, 530).

2. § 4 HOAI (1996/2002) kann nicht richtlinienkonform dahin ausgelegt werden, dass die Mindestsätze der HOAI im Verhältnis zwischen Privatpersonen grundsätzlich nicht mehr verbindlich sind und daher einer die Mindestsätze unterschreitenden Honorarvereinbarung nicht entgegenstehen.
3. Die Bestimmungen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) über die Niederlassungsfreiheit, den freien Dienstleistungsverkehr und den freien Kapitalverkehr finden auf einen Sachverhalt, dessen Merkmale nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausweisen, grundsätzlich keine Anwendung und führen daher in einem solchen Fall nicht zu der Verpflichtung, das verbindliche Mindestsatzrecht der HOAI unangewendet zu lassen (im Anschluss an EuGH, Urteil vom 18. Januar 2022 - C-261/20, BauR 2022, 527 = NZBau 2022, 103 - Thelen Technopark Berlin; EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2022 - C-544/21 und BGH, Urteil vom 2. Juni 2022 - VII ZR 174/19, BauR 2022, 1515 = NZBau 2022, 530).

BGH, Urteil vom 03.11.2022, Az.: VII ZR 724/21; BauR 2023, 255 = NZBau 2023, 174 = NJW-RR 2023, 660 = ZfBR 2023, 152 = IBR 2023, 23

7. Kündigung eines Architekten- oder Ingenieurvertrags durch den Besteller: Umfang des Vergütungsanspruchs hinsichtlich nicht erbrachter Leistungen

Bei der Kündigung eines Architekten- oder Ingenieurvertrags gemäß § 648 Satz 1 BGB durch einen Besteller, dem bei weiterer Durchführung des Vertrags ein Sonderkündigungsrecht gemäß § 650r Abs. 1 BGB zugestanden hätte, umfasst der Anspruch gemäß § 648 Satz 2 BGB hinsichtlich nicht erbrachter Leistungen grundsätzlich nicht die Vergütung für Leistungen, die nach einer Vorlage der Planungsgrundlage mit einer Kosteneinschätzung zur Zustimmung gemäß § 650p Abs. 2 Satz 2 BGB zu erbringen gewesen wären

BGH, Urteil vom 17.11.2022, Az.: VII ZR 862/21; BauR 2023, 260 = NJW 2023, 1120 = NZBau 2023, 389 = ZfBR 2023, 158 = IBR 2023, 81

8. Treuwidrigkeit der Berufung des Architekten auf die Formunwirksamkeit der Honorarvereinbarung

Erweist sich eine Abrechnung nach den Mindestsätzen der HOAI ausnahmsweise als treuwidrig, weil das Vertrauen des Auftraggebers auf das vereinbarte niedrigere Honorar schutzwürdig ist (vgl. BGH, Beschluss vom 14.05.2020 – VII ZR 174/19 Rdnr. 15 m.w.N., BGHZ 225, 297), liegen nicht zugleich die Voraussetzungen vor, unter denen der Architekt nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert ist, sich auf das Fehlen einer schriftlichen und damit formwirksamen Vereinbarung bei Auftragserteilung (§ 7 Abs. 1 HOAI) zu berufen. Hierzu bedarf es Feststellungen dazu, dass dies zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde und es daher gem. § 242 BGB rechtsmissbräuchlich ist, sich auf die Formunwirksamkeit zu berufen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 26.02.2020 – XII ZR 51/19 Rdnr. 27, BGHZ 224, 370).

BGH, Urteil vom 03.08.2023, Az.: VII ZR 102/22; BauR 2023, 1984 = NJW 2023, 3574 = NZBau 2023, 789 = ZfBR 2022, 773 = IBR 2023, 518

9. HOAI 2009/2013: Schriftform heißt Papier!

1. Das Architektenhonorar richtet sich gem. § 7 Abs. 1 HOAI 2009/2013 nach der schriftlichen Vereinbarung, die die Vertragsparteien bei Auftragserteilung im Rahmen der durch die HOAI festgesetzten Mindest- und Höchstsätze treffen. Die (elektronische) Textform ersetzt die Schriftform nicht.
2. Ein Architekt, der nach den Mindestsätzen abrechnet, verhält sich treuwidrig, wenn zunächst ein unter den Mindestsätzen liegendes Pauschalhonorar vereinbart wurde und sich der Auftraggeber auf die Wirksamkeit dieser Vereinbarung verlassen durfte und sich zudem auch in der Weise hierauf eingerichtet hat, dass ihm die Zahlung des Differenzbetrags zwischen dem vereinbarten Honorar und den Mindestsätzen nicht zugemutet werden kann.

OLG München, Beschluss vom 22.05.2017, Az.: 27 U 3936/16 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 05.10.2022, Az.: VII ZR 140/17); IBR 2023, 27

10. Akquisition oder Vertrag

1. Allein das Tätigwerden eines Architekten oder Ingenieurs für den Bauherrn lässt noch keinen Schluss auf eine Beauftragung zu. Indiziell für eine rechtsgeschäftliche Beauftragung spricht vielmehr die Verwertung von Architekten- oder Ingenieurleistungen durch den Bauherrn, während bei der reinen Entgegennahme von Architekten- und Ingenieurleistungen diese so umfangreich sein müssen, dass die Leistungsphasen 1 und 2 vollständig erbracht worden sind.
2. Gegen eine Beauftragung spricht, wenn die Parteien eine schriftliche Auftragserteilung beabsichtigt haben.
3. Eine im Auftrag eines Generalunternehmers vom Ingenieur gefertigte Kostenaufstellung entfaltet keine Schutzwirkung zugunsten des Bauherrn.

OLG Hamm, Urteil vom 14.10.2019, Az.: 17 U 78/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 09.06.2021, Az.: VII ZR 256/19); BauR 2022, 277 = IBR 2022, 20

11. Keine schriftliche Honorarvereinbarung: Abrechnung nach Mindestsätzen der HOAI 2009!

1. Wird ein Architekt im Jahr 2010 mündlich mit Architektenleistungen beauftragt, greift die Vermutungswirkung des § 7 Abs. 5 HOAI 2009 ein, wonach der Mindestsatz der HOAI als vereinbart gilt, wenn bei Auftragserteilung nichts anderes schriftlich vereinbart wurde.
2. Das Urteil des EuGH vom 04.07.2019 (IBR 2019, 436) steht einer Abrechnung nach den Mindestsätzen der HOAI 2009 nicht entgegen, weil es nur die HOAI 2013 betrifft.

3. Es ist nicht treuwidrig, wenn ein Architekt sich auf die Geltung der Mindestsätze der HOAI 2009 beruft, obwohl mündlich eine abweichende Honorarabrede getroffen wurde und der Geschäftsführer des Auftraggebers nur unzureichend Deutsch spricht.

OLG Hamburg, Urteil vom 27.11.2020, Az.: 8 U 147/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.09.2021, Az.: VII ZR 327/20); BauR 2022, 1100 = IBR 2022, 75

12. Verjährung der Rückforderung überzahlten Architektenhonorars

1. Bezeichnet ein Architekt seine Rechnung als „Teilrechnung“, handelt es sich um eine Abschlagsrechnung.
2. Eine Teilschlussrechnung kommt im Anwendungsbereich der HOAI nur in Betracht, wenn die Parteien dies vertraglich vereinbart haben.
3. Der Anspruch auf Rückzahlung überzahlten Architektenhonorars verjährt in der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB. Die dreijährige Frist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem die Forderung entstanden ist und die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorliegen.
4. Bei der Rückforderung mehrerer geleisteter Zahlungen aus einzelnen Teilrechnungen handelt es sich um eigenständige Forderungen, für die jeweils eigenständige Verjährungsfristen gelten

KG, Urteil vom 15.12.2020, Az.: 7 U 89/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.04.2021, Az.: VII ZR 68/21); BauR 2022, 679 = IBR 2021, 580

13. Kündigung des Architektenvertrages wegen Verweigerung der Bezahlung eines zusätzlichen Honorars bei Bauzeitüberschreitung!

1. Eine Bauzeitverlängerung kann zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage des Architektenvertrags führen, woraus sich ein Anspruch auf eine Vergütungsanpassung ergeben kann (Anschluss BGH, Urteil vom 30. September 2004 - VII ZR 456/01, BGHZ 160, 267).
2. Der Architekt kann den Architektenvertrag aus wichtigem Grund fristlos kündigen, wenn der Auftraggeber trotz Mahnung mit Fristsetzung und Ablehnungsandrohung einen erheblichen Teil des geschuldeten Honorars nicht entrichtet oder er sich weigert, das vereinbarte Honorar oder angemessene Abschlagszahlungen zu zahlen.
3. Eine schwierige Rechtslage stellt keinen Grund für die Zahlungsverweigerung berechtigter Forderungen dar
4. Bei einem Pauschalvertrag hat der Architekt ebenso wie der Bauunternehmer zu den erbrachten Leistungen vorzutragen, diese von dem nicht ausgeführten Leistungen abzugrenzen und das Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung sowie des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darzulegen.

OLG Köln, Urteil vom 15.01.2021, Az.: 19 U 15/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 04.05.2022, Az.: VII ZR 87/21); BauR 2023, 513 = IBR 2022, 632

14. HOAI-Mindestsätze = übliche Vergütung!

Bei fehlender Honorarvereinbarung stellt auch nach der Entscheidung des EuGH vom 04.07.2019 (IBR 2019, 476) die Abrechnung nach HOAI-Mindestsätzen die übliche Vergütung dar.

OLG München, Urteil vom 15.06.2021, Az.: 9 U 631/20 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 01.03.2023, Az.: VII ZR 661/21); IBR 2023, 519

15. Vereinbarung des HOAI-Mindestsatzes wird unwiderlegbar vermutet!

1. Die Regelung des § 7 Abs. 5 HOAI 2013 dient als die einen Schriftformmangel sanktionierende Vorschrift nicht der Durchsetzung zwingenden Preisrechts. Ein Verstoß gegen die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Richtlinie 2006/123/EG vom 12.12.2006) kommt deshalb nicht in Betracht.
2. Die Regelung des § 7 Abs. 5 HOAI 2013 stellt für den Fall einer fehlenden schriftlichen Honorarvereinbarung eine unwiderlegbare Vermutung auf, dass die Parteien eines Architektenvertrags die Mindestsätze der HOAI vereinbart haben.
3. (...)

OLG Hamm, Beschluss vom 17.06.2021, Az.: 21 W 13/21; IBR 2022, 76

16. Umbauszuschlag, Anforderungen an Bauzeitennachtrag eines Ingenieurs

1. Eine schriftliche Vereinbarung, nach der zwischen den Parteien ein Umbauszuschlag von 0% vereinbart worden ist, steht den Fiktionen von § 35 Abs. 1 Satz 2 HOAI 2009 und § 6 Abs. 2 Satz 4 HOAI 2013 nicht entgegen, so dass der Auftragnehmer auch nachträglich keinen weiteren Umbauszuschlag fordern kann.
2. Mehrkosten aufgrund von Bauzeitverlängerungen sind konkret darzulegen. Schätzungen auf der Basis von Durchschnittswerten sind nicht ausreichend.
3. Ein wichtiger zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Grund liegt vor, wenn das Erbringen von vertraglich geschuldeten Leistungen von einer weiteren Vertragsergänzung abhängig gemacht wird.

OLG Celle, Urteil vom 06.10.2021, Az.: 14 U 39/21; BauR 2022, 283 = NZBau 2022, 277 = NJW-RR 2022, 168 = ZfBR 2022, 49 = IBR 2021, 633 = IBR 2021, 635

17. Wiederholungshonorar gibt es nur bei wesentlichen Änderungen!

1. Im laufenden Planungsprozess muss der Architekt auch Alternativleistungen erbringen, ohne dass hierfür ein gesondertes Honorar verlangt werden kann. In der Leistungsphase 2 hat er ein Planungskonzept einschließlich der Untersuchung von alternativen Lösungsmöglichkeiten als Grundleistung zu erarbeiten.

2. Zusätzlich zu vergüten sind Planungsanpassungen erst, wenn es sich nicht mehr um alternative Lösungsmöglichkeiten nach gleichen Anforderungen handelt.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 26.10.2021, Az.: 12 U 120/18; BauR 2023, 997 = IBR 2022, 467

18. Wann ist ein Aufstockungsverlangen treuwidrig?

1. Eine Geltendmachung der Mindestsätze kann nach Treu und Glauben ausgeschlossen sein, wenn der Auftraggeber auf die Wirksamkeit einer Honorarvereinbarung vertrauen durfte und ihm die Zahlung des Differenzbetrages zwischen dem vereinbarten Honorar und den Mindestsätzen nicht zugemutet werden kann (hier bejaht).
2. Ein schützenswertes Vertrauen in die Wirksamkeit einer Honorarvereinbarung kann auch dann vorliegen, wenn der Auftraggeber Voraussetzungen für gegeben hält, die eine Mindestsatzunterschreitung ausschließen, wie bspw. eine nicht vollständige Beauftragung aller Grundleistungen, so dass eine Honorarkürzung geboten sein könnte.

OLG Celle, Urteil vom 27.04.2022, Az.: 14 U 156/21; BauR 2022, 1792 = IBR 2022, 352

19. Umbauszuschlag bei Anschluss an Bestandsleitung!

1. Bei der Planung einer vollständig neuen technischen Anlage im Rahmen des Umbaus eines Gebäudes ist kein Umbauszuschlag zu gewähren.
2. Ein Umbauszuschlag für den Bereich der Abwasser-, Wasser- und Gasanlagen ist zu gewähren, wenn Sanitärobjekte zumindest teilweise an vorhandene Wasser- und Abwasserrohre angeschlossen werden müssen und dies der Planer bei seiner Planung zu berücksichtigen hat.
3. Bei der Frage, ob ein Umbauszuschlag zu gewähren ist, ist unerheblich, wie das Verhältnis des Werts der Neugestaltung der Sanitäreinrichtung zum Erstellungspreis einer Schmutzwasserleitung ist. Der "Wert bzw. Preis" einer Neugestaltung ist in diesem Zusammenhang nicht zu berücksichtigen. Es kommt ausschließlich auf den Einfluss der vorhandenen Bausubstanz auf die planerischen bzw. überwachenden Tätigkeiten des Architekten an.
4. Allein die Rüge, es seien nicht alle in § 34 HOAI 2013, Anhang 10.1, aufgeführten Grundleistungen erbracht worden, führt - ohne einen Mangel in der Bauwerksleistung - nicht zu einer Vergütungsminderung bzw. einem Schadensersatzanspruch gegen den Architekten

OLG Celle, Urteil vom 02.08.2023, Az.: 14 U 200/19; BauR 2024, 159 = NZBau 2023, 793 = ZfBR 2023, 780 = IBR 2023, 579, 580

IV. Haftungsrecht

1. *Regelung zur Teilabnahme von Architektenleistungen in AGB ist wirksam*

1. Enthält die Klausel eines Generalplanervertrages die Regelung „Die Teilabnahmen der Leistungsphase 8 werden hiermit vereinbart“, liegt in der vorbehaltlosen Bezahlung des Architektenhonorars bis zur Leistungsphase 8 eine konkludente Teilabnahme der bis zu dieser Leistungsphase erbrachten Architektenleistungen.
2. Eine solche Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist zulässig.

OLG Jena, Urteil vom 02.08.2019, Az.: 4 U 217/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.09.2021, Az.: VII ZR 204/19); BauR 2022, 970 = IBR 2022, 78

2. *Architekt muss auf nur "grob" geschätzte Baukosten hinweisen!*

1. Eine Überschreitung der Baukosten kann als Mangel der Architektenleistung einzu-stufen sein, wenn die Parteien eine Beschaffenheitsvereinbarung dahin getroffen haben, dass die Baukosten ein bestimmtes Limit nicht überschreiten dürfen.
2. Der Architekt ist verpflichtet, im Rahmen der Grundlagenermittlung den wirtschaftlichen Rahmen eines privaten Bauherrn abzustecken und ihn dazu nach seinen Vorstellungen zu fragen.
3. Nimmt der Architekt eine Kostenschätzung vor, muss die Schätzung zutreffend sein. Handelt es sich nur um eine grobe Schätzung, muss er über die Schwächen der Kostangaben aufklären.

OLG Nürnberg, Urteil vom 24.09.2019, Az.: 6 U 521/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.12.2021, Az.: VII ZR 224/19); IBR 2022, 357

3. *Auslegung einer Bausummengarantie*

1. Die Kostenvorstellungen des Auftraggebers sind für den Architekten grundsätzlich beachtlich (vergleiche BGH, 21. März 2013 - VII ZR 230/11). Daraus folgt jedoch nicht eine Differenzhaftung, da andernfalls durch jede Kostenvorstellung des Auftraggebers letztlich eine Garantiehaftung begründet würde. Die behauptete Vereinbarung einer Kostenobergrenze stellt keine Garantie dar, sondern lediglich eine Beschaffenheitsvereinbarung.
2. Dem Architekten ist auch im Rahmen der Beschaffenheitsvereinbarung ein gewisser Toleranzrahmen zuzugestehen. Ein Mangel liegt erst bei Überschreitung um einige Prozent vor und nicht bereits bei Überschreitung um wenige Euro. Diesbezüglich erscheint eine Toleranz von 10% sachgerecht.
3. Die Verjährung beginnt regelmäßig erst, wenn die Abnahme erfolgt ist oder Umstände gegeben sind, nach denen eine Erfüllung des Vertrages nicht mehr in Betracht kommt (vergleiche BGH, 8. Juli 2010 - VII ZR 171/08 und BGH, 24. Februar 2011 - VII ZR 61/10). Entsprechende Umstände liegen vor, wenn der Auftraggeber den Architektenvertrag nicht nur gekündigt, sondern dem Architekten auch das Betreten der Baustelle untersagt

OLG Hamm, Urteil vom 17.09.2020, Az.: 17 U 75/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 04.08.2021, Az.: VII ZR 166/20); IBR 2022, 248, 249

4. Keine konkludente Abnahme der Architektenleistung vor Beendigung der Tätigkeit

1. Eine konkludente Abnahme des Architektenwerks kommt grundsätzlich erst dann in Frage, wenn die beauftragten Leistungen beendet sind.
2. Ist der Architekt mit den Leistungen bis einschließlich der Leistungsphase 8 beauftragt, schuldet er auch die Überwachung der Beseitigung der bei der Abnahme festgestellten Mängel.
3. In dem verfrühten Ausgleich einer Schlussrechnung vor der vollständigen Beendigung der geschuldeten Arbeiten ist keine konkludente Abnahme der Architektenleistung zu sehen.
4. Zu den Pflichten eines bauaufsichtsführenden Architekten gehört die Prüfung, ob die ihm vorgelegten Pläne und sonstigen Anordnungen geeignet sind, das Bauwerk mangelfrei entstehen zu lassen.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 22.12.2020, Az.: 8 U 5/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.09.2021, Az.: VII ZR 107/21); BauR 2022, 811 = IBR 2022, 80

5. Wann werden Leistungen der Objektbetreuung (konkludent) abgenommen?

1. Die konkludente Abnahme einer Architektenleistung kann darin liegen, dass der Bauherr nach Fertigstellung der Leistung und nach Ablauf einer angemessenen Prüffrist nach Bezug des fertig gestellten Bauwerks keine Mängel der Architektenleistung rügt.
2. Leistungen der Objektbetreuung werden nach Ablauf einer sechsmonatigen Prüffrist nach dem Ende der Leistungsphase 9 konkludent abgenommen.

OLG München, Beschluss vom 23.03.2021, Az.: 28 U 5991/20 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.04.2023, Az.: VII ZR 279/21); IBR 2023, 470

6. Wärmeschutz ist keine Architektenaufgabe!

1. Der Architekt haftet für die Mängel von Sonderfachleuten, wenn die vom Sonderfachmann zu klärende Frage zu dem vom Architekten geschuldeten Werkerfolg gehört. Das ist davon abhängig, ob die gegenständliche Leistung Fachkenntnisse voraussetzt, die typischerweise von einem Architekten zu erwarten sind, oder ob die speziellen Fachkenntnisse eines Sonderfachmanns notwendig sind.
2. Fragen des Wärmeschutzes und der Energiebilanzierung sind spezielle Ingenieurleistungen für Bauphysik und unterfallen der Fachplanung durch Sonderfachleute.
3. Gehören Leistungen zum Wärmeschutz und zur Energiebilanzierung nicht zum vertraglichen Leistungssoll des Architekten, ist er für den fachlichen Bereich des Wärmeschutzes und der Energiebilanzierung nur bei ihm nach seinen Fachkenntnissen offensichtlichen Fehlern verantwortlich.

4. Der Architekt haftet für Fehler auch von ihm selbst beauftragter Fachplaner nur, wenn der Fehler auf seinen unzureichenden Vorgaben beruht, wenn er einen unzuverlässigen Sonderfachmann ausgewählt hat oder wenn er erkennbare Mängel der Fachplanung nicht beanstandet.

OLG Frankfurt, Urteil vom 04.05.2021, Az.: 15 U 142/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.02.2023, Az.: VII ZR 549/21); IBR 2023, 521

7. Haftung des Architekten für Kostenüberschreitung

1. Werden die Baukosten überschritten, haftet der Architekt für den daraus entstehenden Schaden, wenn die Parteien ausdrücklich oder konkludent eine Baukostenobergrenze vereinbart haben.
2. Die Darlegungs- und Beweislast für die Vereinbarung einer Baukostenobergrenze trägt der Auftraggeber.
3. Geht der Auftraggeber von einer festen Obergrenze aus und ist dem Architekten dieser Betrag bekannt, muss der Auftraggeber gegenüber dem Architekten mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen, dass der Betrag in keinem Fall überschritten werden darf.

OLG Hamburg, Urteil vom 31.05.2021, Az.: 13 U 105/10; BauR 2022, 1387 = IBR 2022, 356

8. Bei der Auswahl der Baumaterialien kann sich der Architekt auf das Datenblatt des Baustoffherstellers verlassen

1. (...)
2. Zur Planungstätigkeit eines Architekten gehört auch die Auswahl der Materialien für die zu planende Baumaßnahme. Der Architekt darf sich bei der Auswahl auf das Datenblatt des Herstellers der Baustoffe verlassen. Er ist nicht verpflichtet, in einem Labor die Hinweise des Herstellers zum Material auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.09.2021, Az.: 4 U 199/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – Beschluss vom 29.06.2022, Az.: VII ZR 63/22); BauR 2022, 1791 = IBR 2022, 524

9. Unabhängig besonderer Kündigungsgründe bestehende Abrechnungspflicht des Architekten bei Abschlügen

1. Der Ingenieur haftet für die Planung einer unwirtschaftlichen Solarthermieanlage, wenn überwiegend wahrscheinlich ist, dass der Besteller die Anlage bei zutreffender Beratung über die zu erwartenden Erträge nicht hätte errichten lassen.
2. Der Schadensersatzanspruch aus einem diesbezüglichen Planungsfehler verjährt binnen fünf Jahren nach der Abnahme unabhängig davon, dass der haftungsbe gründende Tatbestand zeitlich vor der Abnahme liegt.

3. Eine konkludente Abnahme der Ingenieurleistung durch unterbliebene Rügen über sechs Monate nach der letzten Teilleistung (hier: Prüfung der Schlussrechnung des Bauunternehmers) scheitert nicht daran, dass gerade der betreffende Mangel des Ingenieurwerks zu diesem Zeitpunkt noch nicht erkennbar war.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.10.2021, Az.: 22 U 66/21; NJW 2022, 479 = NZBau 2022, 282

10. Abnahme und Verjährung bei stufenweiser Beauftragung von Architektenleistungen

1. In den Fällen eines „echten“ Stufen- oder Optionsvertrags werden nur die zunächst beauftragten Leistungen Vertragsbestandteil; die spätere Beauftragung mit weiteren Architekturleistungen ist als rechtlich eigenständiger Vertrag zu bewerten.
2. Die Mangelhaftigkeit und der Verjährungsbeginn für Mängelansprüche durch – gegebenenfalls konkludente – Abnahme sind für die dergestalt gesondert zustande gekommenen Verträge getrennt zu beurteilen. Demgemäß kann die Verjährung für Planungs- oder Überwachungsfehler durch Abrechnung, Zahlung und unterbleibende Mängelrügen ausgelöst werden, obwohl gesondert beauftragte Leistungen entsprechend Leistungsphase 9 noch ausstehen.
3. (...)

OLG Naumburg, Urteil vom 18.11.2021, Az.: 2 U 155/20; BauR 2022, 1227 = NJW 2022, 1534 = NZBau 2022, 534 = IBR 2022, 136

11. Berechnung der Schadenshöhe bei fehlerhafter Baukostenermittlung

1. Bei der Bemessung des Schadens ist ein Vergleich der Vermögenslagen mit bzw. ohne den haftungsbegründenden Fehler unter Berücksichtigung der Grundsätze der Vorteilausgleichung vorzunehmen.
2. Für die Frage, wie sich der Bauherr bei einer richtigen Beratung durch den Architekten verhalten hätte, ist er darlegungs- und beweisbelastet, wobei die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens in Fällen wie dem vorliegenden nicht greift.
3. Dem Architekten ist bei fehlerhafter Baukostenermittlung nicht zugute zu halten, dass eine Kostenschätzung mit gewissen Unsicherheiten behaftet ist, so dass der Bauherr innerhalb bestimmter Toleranzen mit Kosten rechnen muss.

OLG Hamm, Urteil vom 11.01.2022, Az.: I-24 U 65/20; BauR 2023, 1418 = IBR 2023 552

12. Prüf- und Hinweispflicht des Architekten bei Einbau vermeintlich gleichwertigen Materials

1. Hat der mit der Vollarchitektur für eine Wohnsiedlung beauftragte Architekt in der Ausschreibung das vom Bauherrn gewünschte Fabrikat eines Parkettbodens oder ein diesem gleichwertiges Parkett genannt und bietet ein Auftragnehmer ein anderes Fabrikat an, muss der Architekt die Gleichwertigkeit dieses Parketts mit dem in der Ausschreibung ausdrücklich genannten Parkett-Fabrikat überprüfen und den

Bauherrn auf eine daraus folgende Notwendigkeit einer Temperaturbegrenzung der Fußbodenheizung hinweisen.

2. Verletzt er diese Pflicht, ist der Schadensersatzanspruch des Bauherrn der Höhe nach durch ein überwiegendes Mitverschulden gemäß § 254 Abs. 1 BGB gemindert, wenn es sich bei dem Bauherrn um ein Wohnungsbauunternehmen handelt, das bereits in der Vergangenheit Erfahrungen mit der Verlegung von Parkett auf Fußbodenheizungen gewonnen hatte und dem deshalb zumindest grundsätzlich die Notwendigkeit bewusst sein musste, dass bei der Verlegung von Parkett auf einer Fußbodenheizung eine bestimmte Oberflächentemperatur einzuhalten ist.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.02.2022, Az.: 23 U 153/20; NZBau 2022, 666 = NJW-RR 2022, 738 = IBR 2022, 251

13. Überwachung handwerklicher Selbstverständlichkeiten

1. Liegen Mängel des Bauwerks vor, die im Rahmen der Bauüberwachung typischerweise entdeckt werden mussten, so spricht der Anscheinsbeweis für eine Bauaufsichtspflichtverletzung des Architekten.
2. Eine Bauüberwachungspflicht des Architekten besteht auch bei handwerklichen Selbstverständlichkeiten; sie ist lediglich bei der Kontrolldichte herabgesetzt, erfordert aber jedenfalls stichprobenartige Kontrollen.
3. Das bauausführende Unternehmen kann sich auf ein Mitverschulden des Auftraggebers berufen, wenn die mangelhafte Bauausführung auf von dem Auftraggeber überlassene fehlerhafte Pläne zurückgeht.
4. Eine Vorteilsausgleichung des durch eine deutlich verlängerte Nutzungsdauer entstehenden Vorteils hat nur dann zu erfolgen, wenn der Mangel sich verhältnismäßig spät auswirkt und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste
5. Wählt der Auftraggeber für die Mängelbeseitigung einen Drittunternehmer auf dem freien Markt aus, spricht aus der Erfahrung der täglichen Baupraxis der erste Anschein dafür, dass die von dem Drittunternehmen abgerechneten Kosten erforderlich waren; der Auftragnehmer ist dann für das Gegenteil, nämlich eine Beauftragung zu „übersetzten“ Preisen, mithin eine eindeutige und unzweifelhafte Überschreitung der Grenze der Erforderlichkeit, darlegungs- und beweispflichtig.

OLG Jena, Urteil vom 17.02.2022, Az.: 8 U 1133/20; BauR 2023, 1412

14. Architektenhaftung für fehlerhafte Auskünfte -Denkmalschutz

1. Ein mit der Grundlagenermittlung und der Entwurfsplanung beauftragter Architekt hat seinen Auftraggeber über ein etwaiges denkmalschutzrechtliches Genehmigungserfordernis aufzuklären.
2. Eine Verletzung dieser Aufklärungspflicht verpflichtet den Architekten mangels besonderer Abreden nicht zum Ersatz reiner Vermögensschäden, die aus dem Verlust steuerlicher Vergünstigungen resultieren.

3. Auf Nacherfüllungsangebote von Bauunternehmern "aus Kulanz" muss sich der Besteller grundsätzlich nicht einlassen. Der Architekt kann seiner Haftung wegen des betreffenden Mangels dann nicht entgegenhalten, dass der Bauunternehmer doch zur Mängelbeseitigung bereit sei.

OLG Frankfurt, Urteil vom 25.04.2022, Az.: 29 U 185/20; BauR 2023, 264 = NZBau 2022, 668 = NJW-RR 2022, 959 = IBR 2022, 414 = IBR 2022, 470

15. Fälligkeit von Teilleistungen auch konkludent vereinbar

1. Insbesondere bei einem Werk- oder Architektenvertrag können die Parteien die gesonderte Fälligkeit von Teilleistungen vereinbaren, die nicht am Ende der Vertragsdurchführung stehen, sondern einen Zwischenerfolg darstellen.
2. Eine solche Vereinbarung kann auch konkludent getroffen werden und setzt nicht voraus, dass die Parteien kalendermäßig eine Frist oder einen Termin bestimmt haben. Der Fälligkeitszeitpunkt der Teilleistung ist ggf. durch Auslegung, notfalls mit Hilfe der Vermutung des § 271 Abs. 1 BGB zu bestimmen.
3. Erbringt der Werkunternehmer eine Teilleistung zum Fälligkeitszeitpunkt nicht, kann der Besteller unter den Voraussetzungen von § 323 Abs. 1 BGB vom Vertrag zurücktreten bzw. ihn aus wichtigem Grund kündigen; auf § 323 Abs. 4 BGB kommt es nicht an. Die Kündigung aus wichtigem Grund stellt insoweit nur ein Minus zu einem Rücktritt dar.
4. Ein Zivilgericht kann den Streit zwischen zwei Prozessparteien über den von einem Architekten erreichten Leistungsstand und die Höhe des sich daraus ergebenden Honorars in geeigneten Fällen ohne Hinzuziehung eines Honorarsachverständigen nach freier Überzeugung entscheiden, § 287 Abs. 2 ZPO

KG, Urteil vom 26.04.2022, Az.: 21 U 1030/20; BauR 2023, 111 = NJW 2022, 3446 = NZBau 2022, 745 = ZfBR 2022, 571 = IBR 2022, 353

16. Architekt muss nicht zur Beaufsichtigung der Mängelbeseitigung "herangezogen" werden!

1. Haftet der bauausführende Unternehmer, weil er trotz eines erkennbaren Planungsfehlers keinen Bedenkenhinweis erteilt hat, haftet er gemeinsam mit dem Planer als Gesamtschuldner. Der Auftraggeber muss es sich nicht als Mitverschulden anrechnen lassen, dass der bauausführende Unternehmer den Planungsfehler nicht erkannt hat.
2. Den Auftraggeber trifft im Verhältnis zum planenden Architekten keine Obliegenheit dahingehend, Planungsfehler möglichst schnell dadurch aufzudecken, dass Teile des Bauwerks unmittelbar nach ihrer Errichtung daraufhin kontrolliert werden, ob die öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten sind.
3. Bei im Bauwerk realisierten Mängeln besteht kein Nacherfüllungsanspruch des Auftraggebers gegen den planenden Architekten, sondern ein Schadensersatzanspruch. Teil dieses (einheitlichen) Schadensersatzanspruchs sind die Kosten für Planung und Beaufsichtigung der Mängelbeseitigungsarbeiten.

4. Der Auftraggeber ist auch nicht gehalten, den Architekten für die Beaufsichtigung der Mängelbeseitigungsarbeiten "heranzuziehen". Er muss nämlich befürchten, dass der für den Mangel verantwortliche Architekt die Mängel lediglich kaschiert oder in sonstiger Weise dafür Sorge trägt, dass die "Mängelbeseitigung" möglichst günstig ausfällt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 01.07.2022, Az.: 22 U 67/21; IBR 2023 524

17. Unverhältnismäßiger Mängelbeseitigungsaufwand bei fehlerhafter Architektenplanung

1. § 635 Abs. 3 BGB greift nicht bei Mangelfolgeschäden infolge fehlerhafter Architektenplanung ein: Die Einrede der Unverhältnismäßigkeit des für die Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwandes betrifft nur den Aufwand für die Nachbesserung des Planungsmangels und nicht die Mangelfolgeschäden. Die aufgrund des Planungsmangels verursachte Mangelhaftigkeit des Bauwerks ist kein Mangel des Architektenwerks, sondern Folge des Planungsmangels. Der Umfang des Schadens richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB, die Einrede der Unverhältnismäßigkeit aus § 635 Abs. 3 BGB ist gegenüber der Schadenshöhe nicht möglich (BGH, Urteil vom 7. März 2002 - VII ZR 1/00, juris Rn. 45 zu § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB a.F.).
2. Die Gesichtspunkte, aus denen die Unverhältnismäßigkeit des Mängelbeseitigungsaufwandes im Rahmen des § 635 Abs. 3 BGB folgen kann, sind gleichwohl im Rahmen des § 251 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen (OLG Karlsruhe, Urteile vom 27. September 2011 - 8 U 97/09, juris Rn. 74 und vom 7. November 2001 - 7 U 87/97, juris Rn. 40). Dabei entspricht der Maßstab für die Frage der Unverhältnismäßigkeit bei § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB dem bei § 635 Abs. 3 BGB (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012 - VII ZR 179/11, juris Rn. 12).
3. Für die Frage, ob der vom Architekten zu leistende Aufwand „unverhältnismäßig“ ist, kommt es nicht allein auf das rechnerische Verhältnis zwischen den Mängelbeseitigungskosten einerseits und dem wirtschaftlichen Vorteil für den Auftraggeber andererseits an. Vielmehr sind sämtliche Umstände des Einzelfalls abzuwägen. Es kommt vor allem darauf an, ob der Auftraggeber ein nachvollziehbares Interesse an einer vertragsgemäßen Ausführung des Werkes hat. In der Abwägung ist insbesondere auch zu berücksichtigen, ob und inwieweit den Unternehmer ein Verschulden trifft. Letztlich kann sich der Unternehmer nur dann auf eine Unverhältnismäßigkeit berufen, wenn das Bestehen des Auftraggebers auf einer ordnungsgemäßen Erfüllung sich im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände als Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt (BGH, Urteil vom 4. Juli 1996 - VII ZR 24/95, juris Rn. 11 und OLG Karlsruhe, Beschluss vom 1. Februar 2018 - 9 U 52/17, juris Rn. 27).

KG, Urteil vom 21.10.2022, Az.: 7 U 1101/20; NZBau 2023, 318 = NJW-RR 2023, 382 = IBR 2023, 140

18. Fehler des Architekten in den Leistungsphasen 6 und 7 des § 34 HOAI

1. Übernimmt der mit der Objektplanung Gebäude nach § 34 HOAI 2013 beauftragte Ingenieur vertraglich sämtliche Grundleistungen des Leistungsbildes in den Leistungsphasen 6 „Vorbereitung der Vergabe“ und 7 „Mitwirkung bei der Vergabe“ ohne Einschränkungen, so hat er für Vergaberechtsverstöße bei der Zusammenstellung der Vergabeunterlagen, bei der formellen Prüfung der Angebote und bei der zeitnahen Dokumentation des Verlaufs des Vergabeverfahrens, hier insbesondere

bezüglich der Angebotsaufklärung und der Einhaltung des Nachverhandlungsverbots, im Rahmen der werkvertraglichen Gewährleistungsrechte einzustehen.

2. Seiner zivilrechtlichen Verantwortlichkeit steht die Pflichtenlast des Bauherrn im Außenverhältnis als öffentlicher Auftraggeber gegenüber den Teilnehmern des Vergabeverfahrens bzw. als Zuwendungsempfänger gegenüber dem Zuwendungsgeber nicht entgegen; sie kann allenfalls im Rahmen eines Mitverschuldens des Bauherrn Berücksichtigung finden.

OLG Naumburg, Urteil vom 16.12.2022, Az.: 7 U 40/22; BauR 2023, 1285

19. Verantwortungsbereich von Architekt und Sonderfachmann

1. (...)
2. Der planende Architekt schuldet eine Planung für ein den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechendes Gebäude und der Unternehmer ein den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechendes Werk. Ein sogenanntes „Warmdach“ mit einer Dicht-Dicht-Konstruktion war nach der DIN 4108-3 zwar bis zum Erscheinen ihrer Neufassung im Jahr 2014 grundsätzlich möglich, jedoch entsprach diese DIN-Norm schon Jahre zuvor aufgrund einer Vielzahl von bekannten Schadensfällen nicht mehr den allgemein anerkannten Regeln der Technik.
3. Wird einem Architekten für die Ausführungsplanung ein mangelhafter Dachaufbau durch die nicht von ihm erstellte Entwurfs- und Genehmigungsplanung vorgegeben und erstellt er deshalb eine Ausführungsplanung unter Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik, ohne die Auftraggeber darauf hinzuweisen, hat er für die mangelhafte Ausführungsplanung unbeschränkt einzustehen. Denn ein früherer Planungsmangel entbindet den Architekten nicht von der Verpflichtung, die Vorarbeiten – insbesondere die Entwurfsplanung aus Leistungsphase 3 – nochmals kritisch zu hinterfragen und etwaige Mängel in der Ausführungsplanung abzuändern.
4. Ein Mitverschuldenseinwand scheidet aus, wenn nacheinander tätige Architekten Planungsleistungen erbringen. Das gilt insbesondere für den Fall, dass der erste Architekt die Leistungsphasen 1 bis 4 und der zweite Architekt die Leistungsphase 5 und ggf. weitere Leistungsphasen in Auftrag hatte. Sowohl der für die Entwurfsplanung als auch der für die Ausführungsplanung zuständige Architekt tragen die volle Planungsverantwortung, ohne sich durch den jeweils anderen entschuldigen zu können.
5. Die planerische Mitwirkung eines Sonderfachmannes des Bauherrn entlastet den planenden Architekten durch das Ansetzen eines dem Bauherrn zuzurechnenden Mitverschuldens nicht schlechthin, sondern nur, wenn die konkrete fachspezifische Frage nicht zum zu erwartenden Wissensbereich des Architekten gehört.
6. Überlässt der Bauherr dem planenden Architekten, wenn auch nur überobligatorisch, fachliche Hinweise und Auskünfte eines Sonderfachmanns zu einem Einzelaspekt der (Dach-) Konstruktion, müssen diese schon im eigenen Interesse des Bauherrn zutreffend sein. Der Bauherr übernimmt mit einer solchen überobligatorischen Auskunft als weitere Obliegenheit die Erfüllung der in diesem Zusammenhang anfallenden Leistungstreuepflichten wie Hinweis- und Aufklärungspflichten. Verletzt er diese Leistungstreuepflichten, weil er auf die sich aus der geplanten Gesamtkonstruktion ergebenden Gefahren und dem damit verbundenen Verstoß der Planung

gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht aufmerksam macht, kann ihm der Architekt ein Mitverschulden entgegenhalten.

7. Eine vertragliche Risikoübernahme durch den Auftraggeber setzt voraus, dass der Auftraggeber Bedeutung und Tragweite des in der Abänderung der Planung liegenden Risikos erkannt hat (Anschluss BGH, Beschluss vom 12. Januar 2016 - XI ZR 366/15 und BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012 - VII ZR 209/11, NJW 2013, 684 Rn. 25), was grundsätzlich eine entsprechende Aufklärung durch den Architekten voraussetzt. Hierfür genügt ein Hinweis, dass diese Konstruktion kritisch oder schadensanfällig ist, nicht, erforderlich ist vielmehr der Hinweis, dass bei Verwirklichung des Risikos eines „Warmdaches“ die Gefahr groß ist, dass nach 10 bis 15 Jahren die gesamte Dachkonstruktion erneuert werden muss.
8. Der Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik und die damit verbundene Schadensneigung begründen einen Mangel des Werks und damit Gewährleistungsrechte, auch wenn noch keine Mangelsymptome aufgetreten sind

OLG Stuttgart, Urteil vom 28.03.2022, Az.: 10 U 29/22; NJW-RR 2023, 1317 = NJW 2023, 3441 (Ls.)

F. Bauträgerrecht

1. 8%-iger Einbehalt kann "geringfügig" sein!

1. Dem Bauträger steht die Vergütung erst nach vollständiger Fertigstellung und Abnahme des Objekts zu. Er ist vorleistungspflichtig.
2. Hat der Erwerber einen Großteil der vereinbarten Vergütung bereits geleistet und behält er einen Teil der Vergütung wegen Mängeln zurück, können die Auflassung und die Eintragungsbewilligung ins Grundbuch insoweit nicht verweigert werden, wenn die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstößt.
3. Es gibt keine feste Geringfügigkeitsgrenze. Erforderlich ist in jedem Einzelfall eine umfassende Würdigung der Gesamtumstände, wobei der betragsmäßig rückständige Teil der Leistung nur ein - wenngleich wesentliches - zu würdigendes Kriterium ist.
4. Eine ausstehende Restvergütung i.H.v. 8% kann im Einzelfall als geringfügig anzusehen sein.

OLG München, Beschluss vom 23.10.2020, Az.: 27 U 2211/20 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 01.09.2021, Az.: VII ZR 339/20); IBR 2022, 350

2. "Vorlagesperre" ist unwirksam!

Die Klausel in einem vorformulierten Bauträgervertrag, wonach "die Vertragsparteien unabhängig von ihrer Leistungspflicht untereinander den Notar gemeinsam anweisen, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch erst zu veranlassen, wenn die Zahlung des gesamten Kaufpreises nachgewiesen ist", führt zu einem Verlust des Leistungsverweigerungsrechts des Erwerbers wegen Mängeln, benachteiligt diesen unangemessen und ist deshalb unwirksam.

OLG Rostock, Beschluss vom 21.12.2021, Az.: 4 U 79/18; IBR 2022, 518

3. Was ist Luxus?

1. Die Beantwortung der Frage, welche Leistungen der Auftragnehmer nach dem Vertrag in welcher Qualität auszuführen hat, ist Aufgabe des Gerichts, nicht die eines Sachverständigen. Die Rolle des Sachverständigen beschränkt sich bei der Vertragsauslegung auf die Vermittlung des für die Beurteilung bedeutsamen Fachwissens (Anschluss an BGH, IBR 1996, 333; IBR 1995, 325).
2. Der schillernde Begriff des "Luxus" (oder die Verwendung des Wortes "exklusiv") erlaubt keinen Rückschluss darauf, ob ein Duschboden beheizt sein muss. Die Begriffe "Luxus" und "exklusiv" werden in der Werbung inflationär verwendet. Was "Luxus" oder "exklusiv" ist, wird zudem individuell durchaus unterschiedlich bewertet.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.01.2022, Az.: 22 U 184/21; IBR 2022, 574

4. Geringfügiger Restkaufpreis offen: Bauträger muss Auflassung erklären!

Die Verweigerung der Auflassung durch den Bauträger ist treuwidrig, wenn er die vertragliche Abwicklung erheblich verzögert hat, nach Aufrechnung des Käufers mit eigenen Forderungen wegen Ersatzvornahme und Mietausfall nur noch ein geringfügiger Restkaufpreis (hier: 2,3%) verbleibt und der Käufer einen Betrag an den Bauträger ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und ohne Erfüllungswirkung für den Kaufpreis gezahlt hat, der den Restkaufpreis erheblich übersteigt.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 29.04.2022, Az.: 13 U 4656/21; IBR 2023 575

5. Gewährleistungsansprüche bei fehlender Abnahme

1. Aus der Verjährung des werkvertraglichen Erfüllungsanspruchs im Bauträgerevertrag folgt nicht notwendig auch eine Verjährung der Gewährleistungsansprüche, die erst mit der Abnahme beginnt. Auf das Fehlen einer den Verjährungsbeginn auslösenden Abnahme kann sich der Erwerber aber ausnahmsweise dann nicht berufen, wenn er in der Vergangenheit erfolgreich Gewährleistungsansprüche geltend gemacht hat. Das gilt auch dann, wenn es an einer Abnahme fehlt, weil sich eine Abnahmeklausel im Bauträgerevertrag als unwirksam herausstellt.
2. Die Kosten der Instandhaltung des von dem Bauträger erstellten Werkes hat der Erwerber unabhängig von der Wirksamkeit der Abnahme ab Übergabe zu tragen.

OLG Schleswig, Urteil vom 18.11.2022, Az.: 1 U 42/21; BauR 2023, 1133 = ZfBR 2023, 249 = IBR 2023, 134

G. Wohnungseigentumsrecht

1. Berechtigung des Wohnungseigentümers zur Abwehr einer Störung eines dinglich wirkenden Sondereigentumsrechts im Hinblick auf § 9a Abs. 2 WEG n.F.

Nach der zum 1. Dezember 2020 in Kraft getretenen Neufassung des Wohnungseigentumsgesetzes kann ein Wohnungseigentümer Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gemäß § 1004 BGB, die auf die Abwehr von Störungen seines im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrechts gerichtet sind, weiterhin selbst geltend machen (Fortführung von Senat, Urteil vom 11. Juni 2021 - V ZR 41/19, WuM 2021, 521).

BGH, Urteil vom 01.10.2021, Az.: V ZR 48/21; BauR 2022, 298 = NJW-RR 2022, 235

2. Kostspielige TG-Sanierung bei Untergemeinschaft – Sonderumlage Opfergrenze

1. In der Gemeinschaftsordnung einer Mehrhausanlage können für die Tiefgarage und die Wohngebäude auch dann weitgehend verselbstständigte Untergemeinschaften gebildet werden, wenn die Tiefgarage zugleich als Fundament der Wohngebäude dient.
2. Sieht die Gemeinschaftsordnung einer solchen Anlage vor, dass die Untergemeinschaften sich selbstständig verwalten, dass an den Untergemeinschaften die jeweiligen Eigentümer entsprechend ihren Miteigentumsanteilen berechtigt und verpflichtet sind, und dass für die Untergemeinschaften jeweils eigene Rücklagen gebildet werden sollen, so entspricht es der nächstliegenden Bedeutung dieser Regelungen, dass allein die Teileigentümer der Tiefgarage die Kosten für Sanierungsmaßnahmen im Bereich der Tiefgarage zu tragen haben, und zwar auch im Hinblick auf tragende Bauteile, die zugleich das Fundament der Wohngebäude bilden.

BGH, Urteil vom 12.11.2021, Az.: V ZR 204/20; NJW 2022, 1688 [Ls.] = NZBau 2022, 153

3. Ansichziehen von Erwerberansprüchen durch GdWE – Altlastenverdacht

1. Die auf Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum gerichteten Rechte der Erwerber von Wohnungseigentum (hier: Nachbesserung nach § 439 Abs. 1 BGB) unterfallen nicht der Ausübungsbefugnis gemäß § 9a Abs. 2 WEG. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann solche Rechte auch nach der Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes weiterhin durch Mehrheitsbeschluss zur alleinigen Durchsetzung an sich ziehen; die Kompetenz für einen solchen Beschluss folgt aus § 18 Abs. 1, § 19 Abs. 2 Nr. 2 WEG.

2a.(...)

3. Der Käufer einer gebrauchten Eigentumswohnung hat nach § 439 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf volle Nacherfüllung in Bezug auf Mängel des gemeinschaftlichen Eigentums und nicht nur einen auf die Quote des Miteigentumsanteils beschränkten Anspruch auf Freistellung von den Mängelbeseitigungskosten (Fortführung BGH, Urteil vom 14. Februar 2020 - V ZR 11/18, BGHZ 225, 1 Rn. 45 ff.).

BGH, Urteil vom 11.11.2022, Az.: V ZR 213/21; BauR 2023, 471 = NJW 2023, 217 = NZBau 2023, 92 = IBR 2023, 76

4. *Prozessführungsbefugnis der WEG Fortbestand*

Fortbestand der Prozessführungsbefugnis einer Wohnungseigentümergeinschaft bezüglich werkvertraglicher, Mängel am Gemeinschaftseigentum betreffender Ansprüche eines Erwerbers, die sich aus einem vor dem 01.12.2020 ergangenen Vergemeinschaftungsbeschluss ergibt, auch in Ansehung der Neuregelung der Ausübungsbefugnis der Wohnungseigentümergeinschaft in § 9a Abs. 2 WEG

BGH, Beschluss vom 01.02.2023, Az.: VII ZR 887/21; BauR 2023, 958

5. *Nochmal: Nach Vergemeinschaftungsbeschluss bleibt die WEG prozessführungsbefugt!*

1. Hat die Gemeinschaft vor Inkrafttreten der WEG-Reform einen Vergemeinschaftungsbeschluss gefasst, so bleibt sie auch hiernach prozessführungsbefugt; die Neuregelung der Ausübungsbefugnis der Wohnungseigentümergeinschaft in § 9a Abs. 2 WEG ändert hieran nichts.
2. Die Grundsätze des V. Zivilsenats des BGH (IBR 2023, 76) zur Ausübung kaufrechtlicher Nacherfüllungsansprüche gelten auch für den werkvertraglichen Kostenvorschussanspruch.

BGH, Beschluss vom 15.02.2023, Az.: VII ZR 13/22; ZfBR 202,342 = IBR 2023, 325

6. *Kostspielige TG-Sanierung bei Untergemeinschaft – Sonderumlage Opfergrenze*

1. Es liegt nicht im Aufgaben- oder Kompetenzbereich einer Baugemeinschaft, über die Beseitigung der hier in Rede stehenden Baumängel hinsichtlich der Trittschalldämmung zu entscheiden. Dies gilt insbesondere, wenn der Wohnungseigentümergeinschaft damit eine Baumaßnahme aufgedrängt würde, die diese bereits zuvor ausdrücklich abgelehnt hatte.
2. Zwar war die Baugemeinschaft als Vertragspartnerin der mit der Herstellung der Wohnungen beauftragten Unternehmerin Inhaberin der betreffenden Gewährleistungsansprüche. Daraus folgt jedoch nur die Verpflichtung der Gesellschaft, die Wohnungseigentümergeinschaft etwa durch Abtretung der Gewährleistungsansprüche in die Lage zu versetzen, eine Entscheidung über die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten im Außenverhältnis durchsetzen zu können.
3. Die Rechtsprechung des BGH, wonach die (wohnungseigentumsrechtliche) Aufteilung nicht die werkvertragliche Verpflichtung jedes einzelnen Veräußerers eines aus mehreren Personen bestehenden Bauträgers ändert, mangelfreies Gemeinschaftseigentum herzustellen, führt zu keiner anderen Würdigung. Denn diese Entscheidung betrifft den Haftungsumfang des Veräußerers, nicht aber die Frage der Berechtigung des Bauträgers, nach der wohnungseigentumsrechtlichen Aufteilung wegen Mängeln am Gemeinschafts- oder Sondereigentum Gewährleistungsansprüche gegen Dritte geltend zu machen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 12.05.2021, Az.: 7 U 176/19; NZBau 2021, 788 = IBR 2022, 245

7. Gewährleistungsansprüche am Gemeinschaftseigentum

1. Für Gewährleistungsansprüche am Gemeinschaftseigentum ist eine Rechtsausübung durch die Gemeinschaft nach § 9a WEG erforderlich.
2. Eine Wohnungseigentümergeinschaft kann zwar Herstellungsansprüche der Erwerber an sich ziehen, ist aber grundsätzlich nicht befugt, die Abnahme der Werkleistung zu erklären.

OLG München, Urteil vom 22.03.2022, Az.: 28 U 3194/21; BauR 2022, 1369 = IBR 2022, 297

I. AGB-Recht

1. Keine unangemessene Benachteiligung des Bürgen durch Verzicht auf die Anfechtbarkeitseinrede

Ein formularmäßiger Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB im Bürgschaftsvertrag benachteiligt den Bürgen nicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (Fortführung von BGH, Urteil vom 19. September 1985 - III ZR 214/83, BGHZ 95, 350).

BGH, Urteil vom 25.01.2022, Az.: XI ZR 255/20; BGHZ 232, 300 = BauR 2022, 1056 = NZBau 2022, 207 = ZfBR 2022, 357 = IBR 2022, 184, 185

2. Insolvenzbedingte Kündigungsklausel wirksam

1a. Eine insolvenzabhängige Lösungsklausel ist unwirksam, wenn der insolvenzabhängige Umstand für sich allein die Lösung vom Vertrag ermöglicht und die Lösungsklausel in Voraussetzungen oder Rechtsfolgen von gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten abweicht, ohne dass für diese Abweichungen bei objektiver Betrachtung ex ante zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auf der Grundlage der wechselseitigen Interessen der Parteien berechtigte Gründe bestehen (Ergänzung BGH, Urteil vom 15. November 2012 - IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348).

1b. Solche berechtigten Gründe können sich bei insolvenzabhängigen Lösungsklauseln allgemein aus einer insolvenzrechtlich gerechtfertigten Zielsetzung oder zugunsten eines Sach- oder Dienstleistungsgläubigers ergeben. Hingegen ist eine insolvenzabhängige Lösungsklausel zugunsten eines Geldleistungsgläubigers regelmäßig unwirksam.

2. Vereinbaren die Parteien eines Schülerbeförderungsvertrags, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund zulässig ist, ist die Klausel, dass der vom Erbringer der Leistungen gestellte Insolvenzantrag als wichtiger Grund gilt, wirksam, wenn der Besteller bei einer typisierten, objektiven Betrachtung ex ante zum Zeitpunkt des Vertragschlusses ein berechtigtes Interesse daran hatte, mit der Vereinbarung eines Insolvenzereignisses als wichtigem Grund Vorsorge für eine allgemein bei Schülerbeförderungsverträgen mit einem Insolvenzfall einhergehende besondere Risikoerhöhung zu treffen.

BGH, Urteil vom 27.10.2022, Az.: IX ZR 213/21; BauR 2023, 470 = NJW 2023, 603 = NZBau 2023, 92 = IBR 2023, 100

3. *Wirksamkeit der Regelung über die Kündigung des Auftraggebers aus wichtigem Grund bei nicht als Ganzes vereinbarter VOB/B*

Ist die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden, hält § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) bei Verwendung durch den Auftraggeber der Inhaltskontrolle nicht stand. Die Kündigungsregelung in § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher unwirksam.

BGH, Urteil vom 19.01.2023, Az.: VII ZR 34/20; BauR 2023, 628 = NJW 2023, 1356 = NZBau 2023, 301 = ZfBR 2023, 343 = IBR 2023, 173

4. *Die VOB/B ist kein "Bau-Grundgesetz"!*

Die VOB/B gilt nicht automatisch bei Abschluss eines Bauvertrags, sondern sie muss ausdrücklich vertraglich vereinbart werden. Unter branchenkundigen Vertragspartnern ist ein ausdrücklicher Hinweis auf die Einbeziehung der VOB/B ausreichend, aber auch erforderlich.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.07.2019, Az.: 22 U 179/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 05.05.2021, Az.: VII ZR 190/19); IBR 2022, 337

5. *Ablösung des Bareinbehalts nur durch Bürgschaft: Sicherheitsabrede wirksam?*

1. (...)
2. Eine Regelung, die für die Ablösung eines Bareinbehalts allein das Stellen einer selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft vorsieht und eine Ablösung durch Hinterlegung von Geld nach § 17 Abs. 5 VOB/B damit ausschließt, stellt sich nicht als benachteiligend i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB dar (entgegen OLG Dresden, IBR 2002, 251; Anschluss an BGH, IBR 2018, 78, und IBR 2004, 67).

OLG Stuttgart, Urteil vom 24.03.2020, Az.: 10 U 448/19; BauR 2021, 1816 = IBR 2022, 130

6. *Privatperson ohne VOB/B-Kenntnisse ist ein VOB/B-Text auszuhändigen!*

1. Die VOB/B wird nur dann Bestandteil eines (Bau-)Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss die andere Vertragspartei auf die VOB/B hinweist, ihr die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, und die andere Vertragspartei schließlich mit der Geltung der VOB/B einverstanden ist.
2. In zumutbarer Weise kann eine mit der VOB/B nicht vertraute Partei vom Inhalt der VOB/B nur Kenntnis nehmen, wenn ihr spätestens bei Vertragsschluss der Text der VOB/B zugänglich gemacht wird.

3. Ein Hinweis auf die VOB/B im Vertrag genügt für eine wirksame Einbeziehung nur dann, wenn die Vertragspartei des Verwenders Unternehmer und im Baurecht bewandert ist, selbst bereits mit der VOB/B vertraut ist oder für sie ein mit den Bedingungen Vertrauter - etwa ein Architekt - auftritt.
4. Wird die VOB/B nicht wirksam in den Vertrag einbezogen, verhält sich der Auftragnehmer als Verwender der VOB/B nicht treuwidrig, wenn er sich auf die unwirksame Einbeziehung der VOB/B beruft.

OLG Hamm, Beschluss vom 04.06.2020, Az.: 21 U 125/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 23.06.2022, Az.: VII ZR 108/20); IBR 2022, 499

7. *§ 8 Abs. 3 Nr. 1 und 5 Abs. 4 VOB/B halten einer Inhaltskontrolle stand*

1. Ein bloßer Hinweis auf die Bestimmungen der VOB/B reicht in einem Bauvertrag mit einem Verbraucher nicht aus, um die VOB/B Vertragsbestandteil werden zu lassen. Erforderlich ist vielmehr, dass der die VOB/B als Vertragsbedingung stellende Auftragnehmer dem Verbraucher den Text der VOB/B aushändigt, ihm übersendet oder ihm auf sonstige Weise Kenntnis vom Inhalt der Bestimmungen verschafft. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn es sich bei dem Verbraucher um einen Rechtsanwalt handelt.
2. Die Bestimmungen der §§ 8 Abs. 3 Nr. 1 und 5 Abs. 4 VOB/B halten einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand, da nicht ersichtlich ist, inwieweit sie den Verbraucher unangemessen benachteiligen.

OLG Hamburg, Urteil vom 22.07.2020, Az.: 4 U 63/19; BauR 2022, 510 = IBR 2021, 401

8. *Vertragsstrafe von 0,5% der Bruttoabrechnungssumme je angefangener Woche ist zulässig!*

1. Stellt eine vom Auftraggeber vorformulierte Vertragsstrafenklausel nicht klar, ob als Bezugsgröße für die Berechnung der Vertragsstrafenhöhe die Brutto- oder die Nettoabrechnungssumme gemeint ist, ist der AGB-Kontrolle die Bruttoabrechnungssumme zu Grunde zu legen.
2. Erweist sich die Vertragsstrafenklausel als wirksam, ist aber bei der Anwendung der Klausel auf die Nettoabrechnungssumme abzustellen.
3. Eine Vertragsstrafenklausel, wonach der Auftragnehmer bei einer Obergrenze von 5% für jede angefangene Woche des Verzugs eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,5% der Rechnungssumme zu zahlen hat, stellt keine unangemessene Benachteiligung dar.

OLG Hamburg, Urteil vom 03.02.2021, Az.: 8 U 33/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.12.2021, Az.: VII ZR 140/21); IBR 2022, 285

9. *Unberechtigter Rücktritt vom Fertighausvertrag: Erwerber muss 8% Schadensersatz zahlen!*

Die Klausel in einem Bauvertrag über die Errichtung eines Fertighauses, wonach dem Auftragnehmer im Fall des unberechtigten Rücktritts des Auftraggebers ein pauschalierter Schadensersatzanspruch i.H.v. 8% der vereinbarten Vergütung zusteht, benachteiligt den Auftraggeber nicht unangemessen und ist wirksam (vgl. BGH, IBR 2006, 382).

OLG Frankfurt, Urteil vom 31.03.2021, Az.: 29 U 178/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 09.02.2022, Az.: VII ZR 410/21); IBR 2022, 565

10. *Vertragsstrafenkumulation von über 5%: Vertragsstrafenklausel ist unwirksam!*

Unwirksam ist eine Vertragsstrafenklausel auch, wenn der Auftragnehmer die Vertragsstrafe mehrfach verirken und es zu einer Vertragsstrafenkumulation von über 5% der Auftragssumme kommen kann.

OLG Koblenz, Urteil vom 24.06.2021, Az.: 2 U 391/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 10.08.2022, Az.: VII ZR 632/21); IBR 2022, 617

11. *Unwirksamkeit eines formularmäßigen Aufrechnungsverbots*

1. Ein Aufrechnungsverbot in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bauunternehmers, das synallagmatisch verknüpfte Gegenforderungen des Bestellers erfasst, ist wegen dessen unangemessener Benachteiligung auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr unwirksam.

2. (...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 11.11.2021, Az.: 12 U 79/21; BauR 2022, 1204 = NJW-RR 2022, 598 = NZBau 2022, 271 = IBR 2022, 612

12. *"Vorlagesperre" ist unwirksam!*

Die Klausel in einem vorformulierten Bauträgervertrag, wonach "die Vertragsparteien unabhängig von ihrer Leistungspflicht untereinander den Notar gemeinsam anweisen, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch erst zu veranlassen, wenn die Zahlung des gesamten Kaufpreises nachgewiesen ist", führt zu einem Verlust des Leistungsverweigerungsrechts des Erwerbers wegen Mängeln, benachteiligt diesen unangemessen und ist deshalb unwirksam.

OLG Rostock, Beschluss vom 21.12.2021, Az.: 4 U 79/18; IBR 2022, 518

13. *AGB-Sicherungsklausel teilbar?*

1. Der Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit formularmäßig in vorformulierten Vertragsbedingungen des Auftraggebers beinhaltet eine unangemessene

Benachteiligung des Auftragnehmers, wenn er auch unstreitige oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen umfasst.

2. Eine AGB-Sicherungsklausel ist nicht teilbar, wenn das Regelwerk eine konzeptionelle Einheit bildet.

OLG Frankfurt, Urteil vom 25.01.2022, Az.: 21 U 15/21; IBR 2022, 349

14. Unwirksame Abnahmeklausel

1. Eine vom Auftragnehmer eines Bauvertrags vorformulierte Vertragsklausel, wonach die Leistung förmlich abgenommen wird und die Bauleistung mit Einzug als abgenommen gilt, wenn keine förmliche Abnahme stattfindet, benachteiligt den Auftraggeber unangemessen und ist unwirksam.
2. Aus der Unwirksamkeit einer von ihm gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingung darf der Auftragnehmer keine Vorteile ziehen. Die Nachteile, die sich daraus ergeben, dass trotz fehlender ausdrücklicher oder konkludenter Abnahme die Leistung mit dem Einzug des Auftraggebers als abgenommen gilt, hat deshalb der Auftragnehmer zu tragen.
3. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 10.03.2022, Az.: 24 U 194/20; BauR 2022, 1222 = NJW 2022, 2120 = NZBau 2022, 462 = IBR 2022, 232

15. Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung ist keine Fälligkeitsvoraussetzung!

1. Eine Klausel in einem vom Auftraggeber vorformulierten Bauvertrag, wonach die Vorlage von (Unbedenklichkeits-)Bescheinigungen Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung ist, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam. Das gilt jedenfalls dann, wenn schon das Fehlen einer einzigen Bescheinigung dazu führt, dass die Forderung insgesamt nicht fällig wird.
2. Der Arbeitnehmer eines Nachunternehmers ist nicht verpflichtet und kann durch eine vorformulierte Klausel auch nicht dazu verpflichtet werden, den Generalunternehmer von der Nichtzahlung des Mindestlohns in Kenntnis zu setzen.

OLG Hamm, Beschluss vom 19.05.2022, Az.: 21 U 18/21; BauR 2022, 1781 = NJW-RR 2022, 1467 = NZBau 2022, 665 = IBR 2022, 446

16. Unwirksamkeit einer Bauvertragsklausel zu Baustrom

1. (...)
4. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bauunternehmers, die den Bauherrn zur Bereitstellung von Baustrom oder zur Erstattung der Kosten für diesen verpflichtet, ist wegen unangemessener Benachteiligung des Bauherrn unwirksam und wird, weil überraschend, nicht Vertragsbestandteil.

OLG Schleswig, Urteil vom 31.08.2022, Az.: 12 U 119/21; NJW-RR 2022, 1675 = NZBau 2023, 24 = IBR 2022, 557

17. Baustromklausel mit Abrechnungsoption ist wirksam!

Eine sog. Baustromklausel, wonach der Auftraggeber von der Schlussrechnung des Auftragnehmers 0,3% der Schlussrechnungssumme in Abzug bringen darf, benachteiligt den Auftragnehmer jedenfalls dann nicht unangemessen, wenn die Klausel die Option einer Abrechnung nach tatsächlichem Verbrauch enthält (Abgrenzung zu OLG Hamburg, IBR 2017, 183).

OLG Hamm, Urteil vom 22.09.2022, Az.: 24 U 65/21; BauR 2023, 1109 = IBR 2023, 230

18. Formularklausel zum Produktwechsel

1. Die vom Auftraggeber im Rahmen des Vertragsschlusses dem Auftragnehmer formularmäßig vorgegebene Klausel:

"Ich/wir erkläre(n), dass das vom Auftraggeber vorgeschlagene Produkt Inhalt meines/unseres Angebotes ist, wenn Teilleistungsbeschreibungen des Auftraggebers den Zusatz „oder gleichwertig“ enthalten und von mir/uns keine Produktangaben/Hersteller- und Typenbezeichnung eingetragen wurden."

stellt eine AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB dar.

2. Die Klausel hält einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle stand.
3. (...)

OLG Celle, Urteil vom 14.12.2022, Az.: 14 U 44/22; BauR 2023, 974 = NJW 2023, 1820 = NZBau 2023, 591

19. Unbedenklichkeitsbescheinigung ist keine Fälligkeitsvoraussetzung!

1. (...)
2. Eine Klausel in einem vom Auftraggeber vorformulierten Bauvertrag, wonach die Vorlage von (Unbedenklichkeits-)Bescheinigungen Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung ist, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam. Dies gilt jedenfalls dann, wenn schon das Fehlen einer einzigen Bescheinigung dazu führt, dass die Forderung insgesamt nicht fällig wird (Bestätigung von Senat, IBR 2022, 446).
3. Der Arbeitnehmer eines Nachunternehmers ist nicht verpflichtet und kann durch eine vorformulierte Klausel auch nicht dazu verpflichtet werden, den Generalunternehmer von der Nichtzahlung des Mindestlohns in Kenntnis zu setzen (Bestätigung von Senat, IBR 2022, 446).

OLG Hamm, Beschluss vom 15.12.2022, Az.: 21 U 30/22; BauR 2023, 1124 = IBR 2023, 177

20. Unwirksamkeit einer AGB-Sicherungsregelung des Auftraggebers wegen Übersicherung

1. Sicherungsklauseln in einem Generalunternehmervertrag zugunsten des Auftraggebers erwecken den Anschein der Mehrfachverwendung durch den Auftraggeber (BGH, Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 53103 = BauR 2004, 488 ff.).
2. Bedient sich der Ersteller einer (Vertrags)Klausel dafür eines Musterformulars, handelt es sich um ein von einem Dritten für eine Vielzahl von Verträgen angefertigtes Formular, § 305 Abs. 1 BGB, auch wenn der Ersteller der (Vertrags)Klausel es nur für einen einzigen Vertrag verwendet (BGH, Urt. v. 16.11.1990 – V ZR 217/89 = NJW 1991, 843).
3. Eine isoliert wirksame AGB-Sicherungsregelung kann im Zusammenwirken mit einer individuellen Vereinbarung den Verwendungsgegner unangemessen benachteiligen (OLG Köln, Urt. v. 10.05.2012 – 24 U 118/11 = BauR 2014, 1785 ff. zur Stundungsvereinbarung)
4. Hat der Auftragnehmer nach einer AGB-Sicherungsregelung des Auftraggebers eine 10 %-ige Vertragserfüllungsbürgschaft zu stellen und erhält er nach einem individualvertraglichen Zahlungsplan während der Bauphase insgesamt nur ca. 91 % seiner erbrachten Leistungen entgolten, führt dies zu einer unbilligen Erfüllungsübersicherung des Auftraggebers, da diesem während der Bauphase nicht nur ein Schlusszahlungsbetrag von 9 %, sondern auch die Vertragserfüllungsbürgschaft, die beide die Avalkreditlinie und Liquidität des Auftragnehmers belasten, als Sicherheit in Gesamthöhe von ca. 19 % zur Verfügung stehen, anstelle maximal statthafter Erfüllungssicherheiten in Gesamthöhe von 10 % (BGH, Urt. v. 09.12.2010 – VII ZR 7/10 = BauR 2011, 677 ff.).
5. Für die Beurteilung einer unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers wegen einer Erfüllungsübersicherung des Auftraggebers macht es keinen Unterschied, ob der Auftraggeber von jeder Abschlagsrechnung 10 % einbehält oder nach einem Zahlungsplan insgesamt nur Abschlagszahlungen in Höhe von ca. 91 % der Gesamtvergütung leistet.

OLG Köln, Urteil vom 12.01.2023, Az.: 7 U 43/22; BauR 2023, 1519

21. Klauseln in Verbraucherbauverträgen

1. In einem Verbraucherbauvertrag ist eine Klausel unwirksam, die so missverständlich formuliert ist, dass nicht klar wird, wer welche Leistungen zu erbringen hat.
2. Die Frist für die Erbringung einer Leistung ist i.S.d. § 308 Nr. 1 BGB hinreichend bestimmt, wenn sie der Kunde berechnen kann. Dies ist der Fall, wenn der Beginn der Frist ausschließlich von einem Ereignis im Bereich des Kunden abhängig ist, nicht jedoch, wenn sich der Beginn der Frist (auch) aus Umständen ergibt, die in die Sphäre des Verwenders fallen.
3. Eine Regelung im Bauvertrag, die dem Bauherren die Stellung einer Finanzierungsbestätigung und einer Bürgschaftserklärung auferlegt, verstößt gegen § 650m Abs. 4 BGB und ist deshalb unwirksam.

4. Eine Klausel ist unwirksam, wenn sie nicht den Anforderungen des § 650k Abs. 3 Satz 1 BGB genügt, wonach der Bauvertrag verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser Zeitpunkt bei Abschluss des Bauvertrags nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung enthalten muss. Diese Vorschrift kann durch Vereinbarung mit einem Verbraucher nicht abbedungen werden (§ 650o Satz 1 BGB).
5. Nach § 308 Nr. 9 Buchst. a BGB ist ein Abtretungsausschluss für einen auf Geld gerichteten Anspruch des Kunden des Klauselverwenders stets unwirksam, ohne dass eine Wertungsmöglichkeit eröffnet wäre. Es handelt sich also um ein absolutes Klauselverbot. Es reicht nicht aus, dass die Klausel die Wirksamkeit der Abtretung (nur) unter den Vorbehalt der Zustimmung durch den Verwender stellt und dieser sogar verpflichtet ist zuzustimmen, soweit der Auftraggeber ein berechtigtes Interesse an der Abtretung hat.
6. Eine Klausel, in der der Eindruck erweckt wird, eine Änderung des Lieferumfangs setze immer eine Einigung voraus und sei durch einseitige Anordnung des Bestellers, zumal bei zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendigen Änderungen (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB), nicht möglich, ist unwirksam.
7. Eine Preisanpassungsklausel ist unwirksam, wenn sie Kostensteigerungen wegen nachträglicher Leistungsänderungen aufgrund behördlicher Auflagen ohne jede Einschränkung oder Differenzierung und unter Außerachtlassung der Planungsverantwortung und des Kalkulationsrisikos des Bauunternehmers stets automatisch auf den Bauherrn abwälzt.

OLG Koblenz, Urteil vom 09.03.2023, Az.: 2 U 63/22; BauR 2024, 514 = NJW-RR 2024, 77 = ZfBR 2023, 363

22. § 1 Abs. 3 und 4 halten isolierten Inhaltkontrolle nicht stand

1. Die konkurrierenden Regelungen in § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B gehen den Vorschriften der §§ 650b, 650c BGB nicht vor, wenn die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart wird.
2. § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B sind bei der isolierten Inhaltkontrolle wegen des Abweichens vom wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unwirksam. Aus diesem Grund ist der Ausschluss der §§ 650b, 650c BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers unwirksam.

LG Hechingen, Urteil vom 02.11.2021, Az.: 2 O 305/21; IBR 2022, 231

J. Nachbarrecht

1. Duldungspflicht einer grenzüberschreitenden Wärmedämmung

Die Regelung des § 16a NachbarG Bln (Anspruch auf Duldung grenzüberschreitender Wärmedämmung) ist unter Berücksichtigung des erkennbaren gesetzgeberischen Ziels, den Duldungsanspruch klar und einfach zu regeln, um auf das Ganze gesehen die Durchführung möglichst vieler und rascher Dämmmaßnahmen zu erreichen und damit den mit Verfassungsrang ausgestatteten Gemeinwohlbelang des Klimaschutzes zu fördern, möglicherweise verfassungsrechtlich noch zulässig, auch wenn mit der Dämmung für den jeweiligen Nachbarn im Einzelfall gewisse - unter Umständen auch erhebliche - Härten verbunden sein mögen

BGH, Urteil vom 01.07.2022, Az.: V ZR 23/21; ZfBR 2022, 662

K. Prozessrecht (einschließlich Schiedsgutachtenverfahren)

I. Allgemeines Prozessrecht

1. *Teil-Vorbehaltsurteil bei einer Aufrechnung*

1. Rechnet der Besteller den Werklohnanspruch des Werkunternehmers mit Ansprüchen auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten und Fertigstellungsmehrkosten auf, ist das Ermessen des Richters bei Erlass eines Vorbehaltsurteils nur für den Fall eingeschränkt hat, dass der Besteller mit Ansprüchen aufrechnet, die ihm aus einem Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Abs. 1 BGB erwachsen sind.
2. Macht der Besteller gegen den Architekten oder Ingenieur einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB geltend, weil sich Mängel des Architekten- oder Ingenieurwerks im Bauwerk realisiert und damit zu einem Schaden geführt hätten, ist dieser Anspruch nicht aus einem Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers nach § 320 Abs. 1 BGB gegenüber der Honorarforderung erwachsen (BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463).
3. Bestreitet der Besteller – vorbehaltlich seiner Einwendungen zur Höhe – nicht das Bestehen der vom Unternehmer geltend gemachten Restwerklohnforderung, steht § 301 Abs. 1 S. 2 ZPO jedenfalls im Falle einer Primäraufrechnung dem Erlass des Teilurteils nicht entgegen.

BGH, Urteil vom 28.10.2021, Az.: VII ZR 44/18; BGHZ 231, 365 = BauR 2022, 290 = NJW 2022, 1174 = NZBau 2022, 407 = ZfBR 2022, 1174 = IBR 2022, 105

2. *Zuständigkeit einer gesetzlichen Spezialekammer nicht allein aufgrund von Aufrechnung*

Eine gesetzliche Sonderzuständigkeit nach § 72a Abs. 1 GVG besteht nur, wenn ein dort bezeichnetes Sachgebiet Streitgegenstand ist. Die Aufrechnung mit einer Forderung aus einem Rechtsverhältnis des § 72a Abs. 1 GVG begründet nicht bereits die Zuständigkeit der darauf spezialisierten Zivilkammer.

OLG Schleswig, Beschluss vom 01.07.2021, Az.: 2 AR 20/21; NJW 2022, 82 = NZBau 2022, 36 = IBR 2021, 558

II. Gutachten im Prozess/Schiedsgutachten

1. *Gemeinsame Autorentätigkeit macht nicht befangen!*

Persönliche Bekanntschaft mit einem Prozessbevollmächtigten und gemeinsame Mitwirkung in verschiedenen Kapiteln an einem Fachbuch führen nicht zur Befangenheit des Sachverständigen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.07.2021, Az.: 5 W 17/21; IBR 2022, 435

L. Selbständiges Beweisverfahren

I. Verfahrensrecht (bis Beweisbeschluss) einschl. Verjährung

1. VOB-Vertrag: Zulässigkeit eines selbständigen Beweisverfahrens bei Vorliegen einer Schiedsgutachtenabrede

Eine Schiedsgutachtenabrede nach § 18 Abs. 4 VOB/B steht jedenfalls einer vorherigen oder parallelen Durchführung eines auf § 485 Abs. 2 ZPO gestützten selbständigen Beweisverfahrens grundsätzlich entgegen, soweit das Beweisthema des beabsichtigten Beweisverfahrens sich mit dem gegenständlichen Anwendungsbereich der Schiedsgutachtenabrede deckt.

BGH, Beschluss vom 26.01.2022, Az.: VII ZB 19/21; BauR 2022, 817 = NJW 2022, 1389 = NZBau 2022, 334 = IBR 2022, 214, 215

2. Substantiierung von Mängeln im selbständigen Beweisverfahren

1. Ein den Anforderungen des § 487 Nr. 2 ZPO genügender Antrag liegt nicht vor, wenn die unter Beweis gestellten Tatsachen so ungenau und pauschal bezeichnet werden, dass sie weder eine sachgerechte Stellungnahme des Antragsgegners ermöglichen noch einem Sachverständigen im Falle der Beweisanordnung konkrete Anhaltspunkte für die durchzuführenden Prüfungen geben.
2. Im Hinblick auf die Bezeichnung von angeblichen Planungs- oder Bauausführungsmängeln ist von einem Auftraggeber auch unter Berücksichtigung der sog. Symptom-Rechtsprechung zu fordern, dass er das äußere Erscheinungsbild des Mangels, also die Bezeichnung und Lokalisierung der Schadstellen und die Nennung und Beschreibung der aufgetretenen Schäden, darlegt und sich nicht auf allgemeine Fragestellungen beschränkt.

OLG Naumburg, Beschluss vom 12.11.2021, Az.: 2 W 76/21; IBR 2022, 439

3. Negative Feststellungsklage hindert nicht selbständiges Beweisverfahren

Eine negative Feststellungsklage der Antragsgegnerseite sperrt nicht die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO.

OLG Köln, Beschluss vom 18.03.2022, Az.: 11 W 54/21; IBR 2022, 440

4. Im Beweisverfahren kann nach den Mängelbeseitigungsarbeiten gefragt werden!

Die Frage nach den erforderlichen Mängelbeseitigungsarbeiten ist im selbständigen Beweisverfahren zulässig. Dies gilt auch für die weitergehenden Fragen nach dem hierfür erforderlichen Zeitaufwand und den für die Bewohner damit einhergehenden Beeinträchtigungen.

KG, Beschluss vom 25.05.2022, Az.: 7 W 3/22; IBR 2022, 663

II. Durchführung und Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens

1. Fortführung eines selbständigen Beweisverfahrens – Unanfechtbare Anordnung

Ein Beschluss, mit dem die Durch- oder Fortführung eines selbständigen Beweisverfahrens angeordnet wird, ist nicht anfechtbar; dies gilt auch dann, wenn die Anordnung durch das Beschwerdegericht erfolgt (Fortführung von BGH, Beschluss vom 13. September 2011 - VI ZB 67/10, NJW 2011, 3371).

BGH, Beschluss vom 15.09.2022, Az.: V ZB 71/21; BauR 2023, 273 = NZBau 2022, 727 = NJW-RR 2022, 1533 = ZfBR 2023, 39 = IBR 2023, 168

2. Hemmungsende nach selbständigem Beweisverfahren zu mehreren Mängeln

1. Ein selbständiges Beweisverfahren ist grundsätzlich mit der sachlichen Erledigung der beantragten Beweissicherung anderweitig beendet im Sinne von § 204 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteil vom 28. Oktober 2010 - VII ZR 172/09 Rn. 11 m.w.N.).

2. Entscheidend für die Beurteilung der sachlichen Erledigung ist dabei grundsätzlich das Ende der gesamten Beweisaufnahme. Das gilt unabhängig davon, ob in einem selbständigen Beweisverfahren die Sicherung des Beweises hinsichtlich nur eines Mangels oder mehrerer - auch voneinander unabhängiger - Mängel stattfindet und auch ohne Rücksicht darauf, ob diese durch einen oder mehrere Sachverständige erfolgt (Aufgabe von BGH, Urteil vom 3. Dezember 1992 - VII ZR 86/92, BGHZ 120, 329).

BGH, Urteil vom 22.06.2023, Az.: VII ZR 881/21; BauR 2023, 1564 = NJW 2023, 2938 = NZBau 2023, 722 = ZfBR 2023, 671

3. Gutachten aus Ermittlungsverfahren ersetzt Begutachtung im Beweisverfahren

Ein schriftliches gerichtliches Gutachten kann für ein nachfolgendes selbständiges Beweisverfahren per Verwertungsbeschluss gem. § 411a ZPO so "geborgt" werden, dass eine eigenständige Begutachtung nicht anzuordnen ist.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 26.10.2021, Az.: 19 W 30/21; IBR 2022, 279

III. Kosten

1. Auslegung eines Vergleichs über Kosten des Rechtsstreits

Beenden die Parteien das Hauptsacheverfahren durch Vergleich, der u.a. eine Verteilung der „Kosten des Rechtsstreits“ auf beide Parteien vorsieht, erfasst die Kostenquotelung mangels ausdrücklicher Regelung nicht die im vorangegangenen selbständigen Beweisverfahren entstandenen und durch rechtskräftigen Kostenbeschluss dem damaligen Antragsteller und nunmehrigen Kläger auferlegten Kosten.

BGH, Beschluss vom 27.10.2021, Az.: VII ZB 7/21; BauR 2022, 687 = NJW 2022, 628 = NZBau 2022, 151 = IBR 2022, 163

2. Klageerhebung durch Aufrechnung

Die Geltendmachung einer Restwerklohnforderung, der Mängel entgegenstehen können, die Gegenstand des selbstständigen Beweissicherungsverfahrens sind, mittels hilfsweiser Aufrechnung ist ausreichend, um dem Erfordernis einer Klageerhebung im Sinne von § 494a ZPO zu genügen.

OLG Frankfurt, Urteil vom 08.12.2021, Az.: 21 W 112/21; NZBau 2022, 275 = NJW-RR 2022, 460 = IBR 2022, 222

3. Maßgebender Zeitpunkt für Klageerhebung nach Kostenbeschluss im selbstständigen Beweisverfahren

Im Beschwerdeverfahren gegen einen Kostenbeschluss nach § 494 a II ZPO ist für die Erhebung der Hauptsacheklage der Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung maßgeblich; die Kostenentscheidung ist aufzuheben, wenn der Antragsteller des Beweisverfahrens die Klage vor der Entscheidung des Beschwerdegerichts noch erhebt.

OLG Köln, Beschluss vom 04.01.2022, Az.: 11 W 50/21; NJW 2022, 1537 = NZBau 2022, 274

4. Kein Ausschluss fiktiver Mängelbeseitigungskosten bei Schäden außerhalb vom Gebäude

1. Eine Kostenentscheidung im selbstständigen Beweisverfahren nach § 494a ZPO steht der späteren Geltendmachung eines materiellen Kostenerstattungsanspruchs aus §§ 634 Nr. 4, 280 BGB wegen der Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens jedenfalls dann nicht entgegen, wenn zusätzliche Umstände hinzukommen, die bei der prozessualen Kostenentscheidung nicht berücksichtigt werden konnten.
2. Der prozessuale Kostenerstattungsanspruch steht der Geltendmachung der Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens als materiellem Schadensersatzanspruch im Einzelfall nicht entgegen, wenn sich die Geltendmachung der Kosten des Beweisverfahrens im Rahmen der Kostenentscheidung des Hauptsacheverfahrens nicht als der einfachere Weg darstellt. Dies ist der Fall, wenn der materielle Anspruch sich auch gegen weitere Beklagte richtet, die am Beweisverfahren nicht beteiligt waren. In dieser Konstellation ist der materielle Anspruch ohnehin Gegenstand des Rechtsstreits. Zudem kann die gesamtschuldnerische Verbundenheit der Ansprüche gegen die Beklagten im Rahmen der Kostenentscheidung nicht berücksichtigt werden.
3. (...)

OLG Köln, Beschluss vom 19.10.2022, Az.: 11 U 247/21; NJW-RR 2023, 726 = ZfBR 2023, 50 = IBR 2023, 169

M. Strafrecht/Schmiergeldzahlungen/Kartellrecht

1. Auswirkungen der durch Kartellabsprachen bewirkten Preiserhöhung auf für nicht unmittelbar von der Absprache betroffene Kunden („Stahl-Strahlverfahren“)

Der zugunsten von Abnehmern eines an einer Kartellabsprache beteiligten Unternehmens streitende Erfahrungssatz, dass die im Rahmen des Kartells erzielten Preise im Schnitt über diejenigen liegen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache gebildet hätten, gilt auch dann, wenn die Ware nicht von der am Kartell beteiligten Muttergesellschaft, sondern von der zur selben wirtschaftlichen Einheit gehörenden Tochtergesellschaft erworben wird.

BGH, Urteil vom 28.06.2022, Az.: KZR 46/20; NJW-RR 2023, 117 = ZIP 2022, 2294

N. Sozialversicherungsrecht

1. Keine Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Nichtzahlung des Mindestlohns

Geschäftsführer einer GmbH haften gegenüber den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern der GmbH nicht deshalb auf Schadensersatz nach § 823 II BGB, weil sie im Einzelfall nach § 21 I Nr. 9 MiLoG in Verbindung mit § 9 I Nr. 1 OWiG für Verstöße der GmbH gegen ihre Verpflichtung aus § 20 MiLoG, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ein Arbeitsentgelt mindestens in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns zu zahlen, bußgeldrechtlich verantwortlich sind. Der Bußgeldtatbestand des § 21 I Nr. 9 in Verbindung mit § 20 MiLoG stellt – ungeachtet des § 9 I Nr. 1 OWiG – kein Schutzgesetz im Sinne von § 823 II BGB zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der GmbH in ihrem Verhältnis zu dem/den Geschäftsführer/n der Gesellschaft dar.

BAG, Urteil vom 30.03.2023, Az.: 8 AZR 120/22; NJW 2023, 2962 = IBR 2023, 514
