

JOUSSEN & SCHRANNER Bleibtreustraße 1 10623 Berlin

Partnerschaft mbB  
AG Charlottenburg, PR 1093 B  
Dr. Edgar Jousen  
Dr. Urban Schraner

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

Commerzbank  
IBAN: DE88 1008 0000 0941 2414 00  
BIC: DRESDEFF100

Berliner Sparkasse  
IBAN: DE35 1005 0000 0720 0234 40  
BIC: BELADEBEXX

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

**Aktuelle Rechtsprechung**

**im Zeitraum von Januar 2024-Dezember 2024**

*von Rechtsanwälten*

*Dr. Edgar Jousen und Dr. Urban Schraner, Berlin*

**Inhaltsverzeichnis**

A.	Allgemeines Bauvertragsrecht.....	4
I.	Allgemeines Vertragsrecht.....	4
II.	Vertragsrecht mit Schwerpunkt Verbraucherbeteiligung/Widerrufsrecht u.a. ....	6
III.	Vollmacht bei Abschluss des Bauvertrages und Nachträgen, Vertretung.....	9
IV.	Formvorgaben .....	9
V.	Abgrenzung Bauvertrag/Werkvertrag/Werklieferungsvertrag u.a. ....	9
VI.	Leistungsänderungen/Nachträge.....	11
	1. Anordnungen .....	11
	2. Einstweilige Verfügung .....	12
VII.	Kündigung .....	12
VIII.	Vergütung/Zahlung.....	15
	1. Allgemein/Fälligkeit .....	15
	2. Skonto .....	18
	3. Stundenlohn.....	19
	4. Abschlagszahlung.....	20
	5. Verzug .....	22
	6. Kündigung .....	22
IX.	Abnahme.....	25
X.	Bauverzögerung/Vertragsstrafe.....	28
XI.	Gewährleistung .....	30
	1. Mangel einer Bauleistung.....	30
	2. Nacherfüllung.....	33
	3. Fristsetzung .....	34
	4. Ersatzvornahme/Kostenerstattung/Vorschuss.....	35
	5. Rücktritt .....	38
	6. Schadensersatz .....	39
	7. Prüf- und Hinweispflichten .....	40
	8. Vorteilsausgleich/Sowieso-Kosten .....	40
	9. Mitverschulden des AG .....	40
	10. Gewährleistungsfristen/Verjährung .....	42
XII.	Verjährung (allgemein) .....	42
XIII.	Allgemeine Schadensersatzansprüche.....	43
XIV.	Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 650e BGB) .....	44
XV.	Bauhandwerkersicherheitsleistung (§ 650f BGB).....	45
XVI.	Rügepflichten nach HGB .....	52

B.	Bauvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der VOB .....	52
I.	VOB-Anwendungsbereich .....	52
II.	VOB/AGB-Inhaltskontrolle .....	53
III.	Leistungsbeschreibung/Leistungssoll .....	54
IV.	Preisanpassung bei EP-Vertrag .....	55
V.	Nachträge.....	55
1.	Mehrkostenansprüche nach Leistungsänderungsanordnungen des AG nach § 2 Abs. 5 und Abs. 6.....	55
2.	Nachtragsvergütung nach § 2 Abs. 8 VOB/B .....	61
3.	Mehrkostenansprüche bei Pauschalvertrag (inkl. Baugrund) .....	62
VI.	Bauverzögerung/Behinderung .....	62
VII.	Sub-/Nachunternehmer .....	66
VIII.	Kündigung .....	67
IX.	Abnahme.....	70
X.	Vergütung/Zahlung.....	71
XI.	Gewährleistung .....	73
XII.	Sicherungsrecht des Auftraggebers.....	73
1.	Sicherungsabrede.....	73
2.	Sicherheit durch Bürgschaft, Bürgschaftsrecht.....	75
C.	Vergaberecht/-verfahren (Auswahl) .....	76
I.	Allgemein .....	76
II.	Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte .....	78
III.	Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte .....	92
IV.	Schadensersatz.....	92
D.	Architekten-/Ingenieurrecht (Auswahl) .....	93
I.	Allgemein .....	93
II.	Vertragsschluss/Leistungsumfang .....	94
III.	Vergütungsrecht/Verjährung.....	95
IV.	Haftungsrecht.....	98
E.	Bauträgerrecht.....	103
F.	Wohnungseigentumsrecht .....	108
G.	AGB-Recht .....	111
H.	Prozessrecht (einschließlich Schiedsgutachtenverfahren) .....	118
I.	Selbständiges Beweisverfahren.....	118
I.	Verfahrensrecht (bis Beweisbeschluss) einschl. Verjährung.....	118
II.	Durchführung und Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens .....	119
III.	Kosten.....	120
IV.	Streitwert.....	121

J. Insolvenzrecht .....	122
K. Strafrecht/Schmiergeldzahlungen.....	123
L. Sozialversicherungsrecht.....	123

**A. Allgemeines Bauvertragsrecht**

**I. Allgemeines Vertragsrecht**

*1. Sicherungswirkung einer Vormerkung bei rechtzeitiger Verlängerung der ursprünglichen Annahmefrist*

1. Eine Vormerkung, die einen sich aus einem befristeten Vertragsangebot ergebenden künftigen Anspruch sichert, entfaltet bei rechtzeitiger Verlängerung der ursprünglichen Annahmefrist Sicherungswirkung bis zum Ablauf der verlängerten Annahmefrist.

2. (...)

BGH, Urteil vom 08.03.2024, Az.: V ZR 176/22; ZfIR 2024, 334

\*\*\*\*\*

*2. Wirksamkeit des Kaufvertrages bei Schwarzgeldabrede*

1. Wird der Kaufpreis bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags in der Absicht, Steuern zu hinterziehen, niedriger angegeben als mündlich vereinbart (sog. Schwarzgeldabrede), ist der Vertrag in der Regel nicht nichtig. Anders liegt es nur, wenn die Steuerhinterziehungsabsicht alleiniger oder hauptsächlicher Zweck des Rechtsgeschäfts ist; dies ist jedoch regelmäßig nicht der Fall, wenn der Leistungsaustausch, d.h. die Verpflichtung des Verkäufers zur Übertragung des Grundstücks und die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises, ernstlich gewollt ist (Bestätigung von Senat, Urteil vom 17. Dezember 1965 - V ZR 115/63, NJW 1966, 588, 589; Urteil vom 5. Juli 2002 - V ZR 229/01, NJW-RR 2002, 1527).

2. Die Erwägungen, die im Falle eines Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SchwarzArbG zur Nichtigkeit des Dienst- oder Werkvertrags führen, sind auf Schwarzgeldabreden im Rahmen von Grundstückskaufverträgen nicht übertragbar (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 1. August 2013 - VII ZR 6/13, BGHZ 198, 141; Urteil vom 10. April 2014 - VII ZR 241/13, BGHZ 201, 1; Urteil vom 11. Juni 2015 - VII ZR 216/14, BGHZ 206, 69; Urteil vom 16. März 2017 - VII ZR 197/16, BGHZ 214, 228).

BGH, Urteil vom 15.03.2024, Az.: V ZR 115/22; BauR 2024, 1214 = NJW 2024, 2310 = NZBau 2024, 614 = ZfBR 2024, 313 = IBR 2024, 319

\*\*\*\*\*

*3. Ein (Form-)Kaufmann lässt sich nicht über's Ohr hauen!*

1. Ein Bauvertrag ist (wegen Wuchers) nichtig, wenn ein objektiv auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung besteht und subjektive Umstände wie die vorwerfbare Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche des Benachteiligten hinzutreten.

2. Die Vollkaufmann-Eigenschaft des Benachteiligten begründet die widerlegliche Vermutung, dass der Begünstigte nicht in verwerflicher Weise eine persönliche oder geschäftliche Unterlegenheit des Benachteiligten ausgenutzt hat.

3. (...)

OLG Köln, Beschluss vom 14.03.2022, Az.: 11 U 28/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.05.2024, Az.: VII ZR 82/22): IBR 2024, 559

\*\*\*\*\*

#### 4. *Keine Sicherungshypothek ohne Vertrag!*

1. (...)

2. Das Fehlen einer Vergütungsvereinbarung kann gegen einen Vertragsschluss sprechen, wenn es sich bei den Parteien um Unternehmen aus der Baubranche handelt und für das Bauvorhaben (hier: zwei Doppelhäuser) eine erhebliche Investitionssumme erforderlich ist.

OLG Oldenburg, Urteil vom 29.08.2023, Az.: 2 U 27/23 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 31.01.2024, Az.: VII ZR 179/23); IBR 2024, 290

\*\*\*\*\*

#### 5. *Mangelhaftigkeit bei Einbau abweichenden Materials und bei unschädlicher Abweichung von technischer Regel*

1. (...)

4. Das Fehlen der Geschäftsgrundlage, ein Unterfall der Störung der Geschäftsgrundlage, liegt vor, wenn gemäß § 313 Abs. 2 BGB wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. Hierunter fällt auch der gemeinsame Kalkulationsirrtum.

5. Waren die beidseitigen Vorstellungen von einer Eignung des Mittels zur Herstellung der Werkleistung und die darauf beruhende Kalkulation von vornherein falsch, muss sich der Unternehmer nach Treu und Glauben darauf einlassen muss, dass der vertraglich vereinbarte Preis auf den Preis angepasst wird, den die Parteien vereinbart hätten, wenn sie ihren Irrtum bemerkt hätten.

OLG Brandenburg, Urteil vom 28.09.2023, Az.: 10 U 21/23; NJW 2024, 839 = NZBau 2024, 275 = IBR 2023, 617

\*\*\*\*\*

#### 6. *Nichtigkeit des Vertrags aufgrund ohne-Rechnung-Abrede ist von Amts wegen zu berücksichtigen*

1. Ist ein Zivilgericht aufgrund von Indizien davon überzeugt, dass die Parteien eine sog. Ohne-Rechnung-Abrede getroffen haben, hat es die daraus folgende Nichtigkeit gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG auch dann von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn die Parteien übereinstimmend vortragen, eine solche Abrede habe es nicht gegeben.

2. Die Dispositionsmaxime des Zivilrechts findet in den Fällen ihre Grenze, in denen die Parteien gemeinsam vorsätzlich gegen das Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen. Die Folgen dieses Verstoßes können nicht durch übereinstimmenden wahrheitswidrigen Parteivortrag umgangen werden.
3. Es ist den Parteien nicht möglich, die Folgen des Gesetzes mit Hilfe zivilprozessualer Vorschriften nachträglich zu umgehen, wenn ein Zivilgericht von den Tatsachen überzeugt ist, die einen Verstoß gegen das Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG begründen.

OLG Hamm, Urteil vom 06.03.2024, Az.: 12 U 127/22; NZBau 2024, 618 = ZfBR 2024, 404 = IBR 2024, 330

\*\*\*\*\*

### 7. *Angebotspreis nach „Kilo“ statt nach „Tonne“ berechnet – kein Ausschlussgrund*

Ein nicht zur Irrtumsanfechtung berechtigender Kalkulationsirrtum liegt vor, wenn der Irrtum bei der Kalkulation der Einheitspreise für ein Gebot in einem Vergabeverfahren entstanden ist

OLG Stuttgart, Urteil vom 16.05.2024, Az.: 2 U 146/22; ZfBR 2024, 460 = IBR 2024, 337

\*\*\*\*\*

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

### 1. *Begriff des Verbrauches bei Kauf und Vermietung einer Immobilie*

Art. 2 lit. b der RL 93/13 ist dahin auszulegen, dass eine natürliche Person, die einen Hypothekendarlehensvertrag abschließt, um den Kauf einer einzelnen Wohnimmobilie zu finanzieren, die zur entgeltlichen Vermietung bestimmt ist, als „Verbraucher“ im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist, wenn sie zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Der bloße Umstand, dass diese natürliche Person mit der Verwaltung der Immobilie Einnahmen zu erzielen sucht, kann für sich genommen nicht dazu führen, dass sie nicht unter den Begriff „Verbraucher“ im Sinne dieser Bestimmung fällt.

EuGH, Urteil vom 24.10.2024, Az.: C-347/23; ZIP 2024, 2643

\*\*\*\*\*

### 2. *Begriff des Verbraucherbauvertrags und sukzessive Erteilung selbständiger Aufträge*

1. Bei der Beurteilung, ob es sich um einen Verbraucherbauvertrag im Sinne von § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB handelt, kommt es nicht auf die Gesamtheit aller dem Unternehmer sukzessive im Verlauf der Bauarbeiten erteilten selbständigen Aufträge an
2. (...)

BGH, Urteil vom 26.10.2023, Az.: VII ZR 25/23; BauR 2024, 264 = NJW 2024, 672 = NZBau 2024, 213 = ZfBR 2024, 138 = IBR 2024, 69

\*\*\*\*\*

### 3. Auch ein bereits gekündigter Planervertrag kann noch angefochten werden!

1. Ein bereits wirksam gekündigter Planungsvertrag kann angefochten werden, wenn ein Anfechtungsgrund vorliegt.
2. Ein mehrmonatiges Zuwarten mit der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung lässt das Anfechtungsrecht insbesondere dann nicht entfallen, wenn der Planungsvertrag bereits gekündigt ist und seither keine Zusammenarbeit der Parteien mehr stattfindet, die als Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts ausgelegt werden könnte.

Kammergericht, Urteil vom 13.01.2023, Az.: 21 U 74/22 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 30.08.2023, Az.: VII ZR 31/23); IBR 2024, 131

\*\*\*\*\*

### 4. Widerrufsrecht für Verbraucher nach mündlichen Nachtragsvereinbarungen auf der Baustelle

1. Nachtragsvereinbarungen über zusätzliche Leistungen des Unternehmers sind - anders als einseitige Änderungsanordnungen des Bestellers gemäß § 650b Abs. 2 BGB - rechtlich selbstständige Werkverträge, weil sie - wie der Hauptvertrag - durch Angebot und Annahme zustande gekommen sind. Sie können daher unter den Voraussetzungen der §§ 312b, 312g BGB (oder den bei zusätzlichen Leistungen nur selten gegebenen Voraussetzungen der §§ 650i, 650l BGB) selbstständig widerrufen werden. Der Umstand, dass Nachtragsvereinbarungen insbesondere dann mit dem Hauptvertrag "zusammenhängen", wenn sie die nach dem Hauptvertrag geschuldeten Leistungen nur ergänzen oder lediglich solche zusätzlichen Leistungen zum Gegenstand haben, die zur Herstellung eines funktionstauglichen Werks erforderlich sind (vgl. § 650b Abs. 1 BGB), ändert nichts daran, dass die von den Parteien getroffene Abrede über den zusätzlichen Leistungsinhalt und dessen Vergütung - also die Nachtragsvereinbarung - ein selbstständiger Werkvertrag ist.
2. Nach dem Gesetzeswortlaut des § 312b Abs. 1 Nr. 1 BGB kommt es für das Widerrufsrecht nur darauf an, dass der Vertragsschluss außerhalb von Geschäftsräumen erfolgt ist. Auf eine konkrete Überraschung oder Überrumpelung kommt es nicht an. Es ist auch nicht erforderlich, dass die Überrumpelungssituation im konkreten Fall kausal zum Vertragsschluss durch den Verbraucher geführt hat (Anschluss OLG Celle, Urteil vom 12. Januar 2022 - 14 U 111/21, juris Rn. 33).

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14.04.2023, Az.: 8 U 17/23; BauR 2024, 512 = NJW 2024, 156 = NZBau 2024, 27 = IBR 2023, 447

\*\*\*\*\*

### 5. Der Verbraucher schlägt (mal wieder) zurück! Widerruf trotz Schuldanerkenntnisses

1. Für die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln ist grundsätzlich die objektiv zu bestimmende Zweckrichtung des Rechtsgeschäfts entscheidend. Dabei kommt es maßgeblich auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls an.
2. Dient das abgeschlossene Rechtsgeschäft der Verwaltung eigenen Vermögens, wozu auch der Erwerb oder die Verwaltung einer Immobilie gehört, ist es regelmäßig dem privaten Bereich zuzuordnen. Ausschlaggebend für die Abgrenzung der privaten von einer berufsmäßig betriebenen Vermögensverwaltung ist der Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte. Erfordern diese einen planmäßigen Geschäftsbetrieb, wie etwa

die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation, so liegt eine gewerbliche Betätigung vor.

3. Der zeitliche und organisatorische Aufwand, der mit dem Verkauf und der Vermietung von maximal sieben Wohnungen in einem aus zwei Häusern bestehenden Gebäudekomplex verbunden ist, ist nicht so groß, dass dieser nur durch Unterhaltung eines Büros oder einer geschäftsmäßigen Organisation bewerkstelligt werden könnte.
4. Durch den Widerruf eines Architektenvertrags entfällt die Pflicht zur Zahlung des vereinbarten Architektenhonorars ersatzlos.
5. Ein kausales Schuldanerkenntnis (hier: "Wir erkennen Ihre Forderungen aus der Schlussrechnung an.") schließt nur diejenigen Einwendungen aus, die der Schuldner bei Abgabe seiner Erklärung kannte oder mit denen er zumindest gerechnet hat.
6. Ein Anerkenntnis von Honorarforderungen führt nicht dazu, dass sich die Ausübung eines Widerrufsrechts als rechtsmissbräuchlich darstellen würde.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.05.2023, Az.: 4 U 336/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 17.01.2024, Az.: VII ZR 100/23); IBR 2024, 524, 525

\*\*\*\*\*

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

1. Nach Widerruf eines Verbraucherbauvertrages kann der Bauunternehmer Wertersatz nur insoweit beanspruchen, als die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistungen ihrer Natur nach ausgeschlossen ist. Fertigbauteile, die zerstörungsfrei abgetrennt werden können, sind in natura zurückzugewähren.
2. Wenn der Verbraucherbauvertrag einen Pauschalpreis vorsieht, hat der Unternehmer seinen Wertersatzanspruch entsprechend den Grundsätzen zur Vergütung aus vorzeitig beendeten Bauverträgen abzurechnen.
3. Wenn das Erstgericht mangels entsprechender Darlegung den Wertersatzanspruch als nicht fällig angesehen hat, kann das Berufungsgericht auf die ausschließlich vom beklagten Unternehmer eingelegte Berufung wegen des Verschlechterungsverbots den Anspruch nicht endgültig als unbegründet beurteilen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.09.2023, Az.: 22 U 135/23; NZBau 2024, 30 = NJW-RR 2023, 1577 = ZfBR 2024, 228 = IBR 2024, 68

\*\*\*\*\*

## 7. *Rückzahlung von Architektenhonorar nach Widerruf*

1. Der Widerruf eines im Fernabsatzwege geschlossenen Architektenvertrags ist nicht allein deshalb rechtsmissbräuchlich, weil die Auftraggeber bereits den zuvor mit einem Dritten abgeschlossenen Architektenvertrag widerrufen haben und einer der beiden Auftraggeber Rechtsanwalt ist.
2. (...)

OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.01.2024, Az.: 21 U 49/23; NZBau 2024, 485 = NJW-RR 2024, 885



\*\*\*\*\*

### III. Vollmacht bei Abschluss des Bauvertrages und Nachträgen, Vertretung

#### 1. *Architekt hat "freie Hand": Zusatzleistungen wirksam beauftragt!*

1. Der Architekt kann Zusatzarbeiten im Namen des Bauherrn nur mit entsprechender Vollmacht anordnen.
2. Von einer Anscheinsvollmacht ist auszugehen, wenn der Bauherr dem Architekten allein die Vertragsverhandlungen mit dem Unternehmer überlässt und dieser bereits den Vertrag verhandelt und unterzeichnet hat, oder wenn der Bauherr in anderer Weise dem Architekten völlig freie Hand bei der Durchführung des Bauvorhabens lässt, ohne sich selbst um den Bau zu kümmern.

OLG Oldenburg, Urteil vom 08.11.2022, Az.: 2 U 10/22 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 10.04.2024, Az.: VII ZR 226/22); IBR 2024, 560

\*\*\*\*\*

#### 2. *Welche Bedeutung hat eine Unterschrift mit "i. A."?*

Durch die (Unter-)Zeichnung "i. A.", also "im Auftrag", wird im Geschäftsverkehr regelmäßig ein Handeln in fremdem Namen zum Ausdruck gebracht. Hierbei ist durch Auslegung zu ermitteln, ob der Handelnde wie ein Vertreter die Verantwortung für den Inhalt der von ihm abgegebenen Erklärung übernehmen will oder nicht.

OLG Bamberg, Urteil vom 02.02.2023, Az.: 12 U 45/22 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 27.09.2023, Az.: VII ZR 39/22); IBR 2024, 109

\*\*\*\*\*

### IV. Formvorgaben

#### 1. *Keine Verjährungsverlängerung durch Mängelrüge per WhatsApp*

Die Übersendung einer Mängelrüge an den Auftragnehmer per WhatsApp genügt nicht dem Schriftformerfordernis des § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B mit der Folge, dass sie die Verjährung der Mängelrechte nicht verlängert.

OLG Frankfurt, Urteil vom 21.12.2023, Az.: 15 U 211/21; BauR 2024, 1058 = NJW 2024, 1425 = NZBau 2024, 270 = ZfBR 2024, 321 = IBR 2024, 67

\*\*\*\*\*

### V. Abgrenzung Bauvertrag/Werkvertrag/Werklieferungsvertrag u.a.

#### 1. *Vertrag über Dokumentation von Baumängeln ist Werkvertrag!*

1. Ein Vertrag über die Dokumentation von Baumängeln und deren monetärer Bewertung ist als Werkvertrag zu qualifizieren. Das gilt auch dann, wenn es im Angebot heißt, dass auf den Vertrag die Vorschriften über den Dienstvertrag Anwendung finden.
2. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 23.11.2022, Az.: 29 U 108/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.11.2023, Az.: VII ZR 229/22); IBR 2024, 302

\*\*\*\*\*

## 2. *Dachreinigung und -beschichtung sind keine Bauwerksarbeiten!*

Wird der Auftragnehmer mit Dachreinigungs- und -beschichtungsarbeiten (hier: Schließung von Poren zwecks Verzögerung weiterer Erosion und der Unterdrückung von Bewuchs) beauftragt, kommt dies einer Erneuerung des Daches nicht gleich. Derart konservierende und optische, nicht erneuernde Maßnahmen sind keine Bauwerksarbeiten, so dass Mängelansprüche des Auftraggebers der (nur) zweijährigen Verjährungsfrist unterliegen.

OLG Naumburg, Urteil vom 01.12.2022, Az.: 4 U 30/22 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 27.09.2023, Az.: VII ZR 2/23); IBR 2024, 18

\*\*\*\*\*

## 3. *Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Kauf mit Montageverpflichtung*

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 Gegenstandes, das Wertverhältnis von Lieferung und Montage sowie auf die Besonderheiten des geschuldeten Ergebnisses abzustellen ist.
2. Maßgebend für die Abgrenzung zwischen einem Kaufvertrag mit Montageverpflichtung und einem Werkvertrag ist danach, ob nach dem Vertrag die Pflicht zur Eigentumsübertragung zu montierender Einzelteile oder eine Herstellungspflicht im Vordergrund steht. Steht die Lieferung und Übereignung konkretisierter Waren (hier Ladeneinrichtung nach Mustermappen) im Vordergrund, spricht dies für einen Kaufvertrag mit Montageverpflichtung. Schuldet der Lieferant durch den Einbau von Bauteilen einen Erfolg, spricht dies für einen Werkvertrag.

OLG Dresden, Urteil vom 24.02.2023, Az.: 22 U 1499/22, BauR 2024, 937 = IBR 2023, 576

\*\*\*\*\*

## 4. *Spundwand setzen, bereitstellen und ziehen: Werkvertrag trotz mietrechtlicher Elemente*

1. Ein gemischter Vertrag bildet ein einheitliches Ganzes und kann deshalb bei der rechtlichen Beurteilung nicht in seine verschiedenen Bestandteile zerlegt werden.
2. Gemischte Verträge sind dem Recht des Vertragstyps zu unterstellen, in dessen Bereich der Schwerpunkt des Rechtsgeschäfts liegt, wobei es auf die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrags bzw. den tatsächlichen Inhalt der wechselseitigen Rechte und Pflichten ankommt.
3. Bei einem Vertrag über einen Spundwandverbau, der das Setzen, Bereitstellen und Ziehen der Spundwand beinhaltet, handelt es sich um einen typengemischten Vertrag, dessen Schwerpunkt auf dem Werkvertragsrecht liegt.

OLG München, Beschluss vom 22.05.2023, Az.: 28 U 6295/22 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 17.01.2024, Az.: VII ZR 139/23); IBR 2024, 466

\*\*\*\*\*

5. *Bauhandwerkersicherung bei gemischten Verträgen nur, wenn der Schwerpunkt im Bauvertragsrecht liegt*

1. (...)
2. Die Regelung zur Bauhandwerkersicherung gem. § 650f BGB ist auf einen gemischten Vertrag anwendbar, wenn der Schwerpunkt des Vertrags im Bauvertragsrecht liegt, es sei denn die Eigenart des Vertrags wäre hierdurch nicht richtig gewürdigt.
3. (...)

OLG München, Urteil vom 09.04.2024, Az.: 9 U 4221/23; BauR 2025, 128 = ZfBR 2024, 414 =IBR 2024, 352

\*\*\*\*\*

6. *Unwirksamkeit einer atypischen Skontoklausel - Küchenstudio*

1. Ein Vertrag zur Planung, Lieferung und Montage einer Küche für den bestimmungsgemäßen Gebrauch eines neu errichteten Wohnhauses ist im Einzelfall als gemischter Vertrag mit dem Schwerpunkt Bauvertrag iSd § 650 a BGB zu werten.
2. (...)

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 25.06.2024, Az.: 5 U 38/23; NJW-RR 2024, 1477 = IBR 2024, 611

\*\*\*\*\*

**VI. Leistungsänderungen/Nachträge**

**1. Anordnungen**

1. *Widerrufsrecht für Verbraucher nach mündlichen Nachtragsvereinbarungen auf der Baustelle*

1. Nachtragsvereinbarungen über zusätzliche Leistungen des Unternehmers sind - anders als einseitige Änderungsanordnungen des Bestellers gemäß § 650b Abs. 2 BGB - rechtlich selbstständige Werkverträge, weil sie - wie der Hauptvertrag - durch Angebot und Annahme zustande gekommen sind. Sie können daher unter den Voraussetzungen der §§ 312b, 312g BGB (oder den bei zusätzlichen Leistungen nur selten gegebenen Voraussetzungen der §§ 650i, 650l BGB) selbstständig widerrufen werden. Der Umstand, dass Nachtragsvereinbarungen insbesondere dann mit dem Hauptvertrag "zusammenhängen", wenn sie die nach dem Hauptvertrag geschuldeten Leistungen nur ergänzen oder lediglich solche zusätzlichen Leistungen zum Gegenstand haben, die zur Herstellung eines funktionstauglichen Werks erforderlich sind (vgl. § 650b Abs. 1 BGB), ändert nichts daran, dass die von den Parteien getroffene Abrede über den zusätzlichen Leistungsinhalt und dessen Vergütung - also die Nachtragsvereinbarung - ein selbstständiger Werkvertrag ist.

2. (...)

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14.04.2023, Az.: 8 U 17/23; BauR 2024, 512 = NJW 2024, 156 = NZBau 2024, 27 = IBR 2023, 447

\*\*\*\*\*

## 2. *Vertrag über Dokumentation von Baumängeln ist Werkvertrag!*

1. (...)
4. Ein zusätzlicher Vergütungsanspruch kann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung begründet werden, wenn die Parteien unbewusst oder bewusst, weil sie die Entwicklung der Dinge falsch einschätzten, eine vertragliche Regelung für den Fall, der eingetreten ist, unterlassen haben.

OLG Frankfurt, Urteil vom 23.11.2022, Az.: 29 U 108/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.11.2023, Az.: VII ZR 229/22); IBR 2024, 302

\*\*\*\*\*

## 2. **Einstweilige Verfügung**

### 1. *80%-Regel beim VOB-Vertrag? Nur unter den Voraussetzungen von § 650b BGB!*

1. Zulässigkeit einer negativen Feststellungsverfügung gegen eine Abschlagsrechnung, die auf einen gemäß § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB ermittelten Mehrvergütungsanspruch gestützt wird. Eine vorläufige Berechtigung, die Bezahlung von Mehrvergütungsansprüchen auf der Grundlage von § 650c Abs. 3 BGB verlangen zu können, ist nach § 256 Abs. 1 ZPO feststellungsfähig. Gegenstand der Feststellung sind Inhalt und Umfang einer Leistungspflicht
2. § 650c Abs. 3 BGB ist ebenso wie § 650d BGB im VOB-Vertrag anwendbar. Will der Unternehmer nach § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB vorgehen, müssen aber auch im VOB-Vertrag die Voraussetzungen des § 650b BGB gegeben sein.

OLG München, Beschluss vom 12.03.2024, Az.: 9 U 3791/23 Bau e; BauR 2024, 1394 = NJW 2024, 2117 = NZBau 2024, 753 = ZfBR 2024, 408 = IBR 2024, 223

\*\*\*\*\*

## VII. Kündigung

### 1. *Nicht zeitnahe Kündigung aus wichtigem Grund*

1. Zwar unterliegt das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Werkvertrages keinen starren zeitlichen Grenzen, aus dem Sinn und Zweck des Rechtsinstituts der außerordentlichen Kündigung folgt jedoch, dass eine solche zumindest zeitnah zum Kündigungsanlass erklärt werden muss, wobei die Dauer einer zuzubilligenden gewissen Überlegungszeit durch die Objektumstände und sonstigen Gegebenheiten bestimmt wird.
2. Bei Kündigungsgründen aus dem Vorjahr ist eine Kündigung im April des Folgejahres verwirkt.
3. Ein Verzug des Auftragnehmers mit der Ausführung der beauftragten Werkleistung ist ausgeschlossen, wenn ihm ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht.
4. Eine unberechtigte Kündigung aus wichtigem Grund ist in der Regel als freie Kündigung auszulegen

OLG Hamburg, Urteil vom 22.06.2021, Az.: 8 U 53/18; BauR 2023, 2088

\*\*\*\*\*

## 2. Kündigung "vorab per Fax" ist nur Vorab-Information!

1. Eine "vorab per Fax" erklärte Kündigung kann lediglich als Vorab-Information angesehen werden und der Annahme einer Kündigungserklärung entgegenstehen.
2. Eine formell ordnungsgemäße Kündigung wirkt nicht auf den Zeitpunkt einer vorher wirksam zurückgewiesenen Kündigung zurück.
3. Die Vorschrift des § 174 BGB ist auch auf die Vertretung von Körperschaften des öffentlichen Rechts anwendbar, soweit nicht deren durch Gesetz oder Rechtsverordnung bestimmte Vertreter handeln.

OLG Koblenz, Urteil vom 03.12.2021, Az.: 3 U 2206/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 13.03.2024, Az.: VII ZR 896/21); IBR 2024, 286

\*\*\*\*\*

## 3. Vertrag über Dokumentation von Baumängeln ist Werkvertrag!

1. (...)
2. Die Erklärung des Auftraggebers "Hau ab! Ich bin fertig mit Dir!" kann als fristlose Kündigung verstanden werden. Für die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung ist aber nicht nur die Kündigungserklärung erforderlich, sondern auch das Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrunds.
3. Haben die Parteien eines Werkvertrags vereinbart, dass der Vertrag nur aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, dann kann eine aus wichtigem Grund erklärte Kündigung nicht in eine sog. freie Kündigung umgedeutet werden.
4. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 23.11.2022, Az.: 29 U 108/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.11.2023, Az.: VII ZR 229/22); IBR 2024, 302

\*\*\*\*\*

## 4. Anforderungen an einen öffentlichen Auftraggeber im Hinblick auf die Kampfmittelfreiheit einer Baustelle - Kampfmittelerkundung

1. Zu den Anforderungen an eine durch den Auftraggeber erklärte Kündigung aus wichtigem Grund, wenn der mit der Gestaltung von Außenanlagen beauftragte Auftragnehmer unter Berufung auf eine ungeklärte Kampfmittelfreiheit der Baustelle die Ausführung der Arbeiten verweigert.
2. Für den (hier: öffentlichen) Auftraggeber bestehen hohe Anforderungen hinsichtlich der Durchführung von Erkundigungsmaßnahmen, wenn sich beim Baugrund Anhaltspunkte für eine Kampfmittelbelastung ergeben. Verdachtsflächen sind auf Kampfmittelbelastung zu untersuchen, zu bewerten und ggf. zu räumen. Auf entsprechende Maßnahmen kann verzichtet werden, wenn in dem betroffenen Bereich der Luftkrieg stattgefunden hat und die geschuldeten Arbeiten in einem Bereich bis 0,8 m unterhalb der

Geländeoberkante 1945 oder in nach dem Krieg erfolgten Aufschüttungen stattfinden und erschütterungsarm durchgeführt werden sollen.

3. Der Auftraggeber, der das Vergaberecht zu beachten hat, muss schon bei der Ausschreibung gem. § 7 Abs. 1 Nr. 6 VOB/A die wesentlichen Bodenverhältnisse beschreiben. Aus § 8a Abs. 3 Satz 1 VOB/A, ATV DIN 18299 Abschnitt 0.1.17 folgt, dass die Leistungsbeschreibung grundsätzlich eine Bestätigung enthalten muss, aus der sich ergibt, dass die im jeweiligen Bundesland geltenden Anforderungen zu Erkundungs- und Räumungspflichten erfüllt wurden. Das Fehlen dieser Bestätigung berechtigt den Auftragnehmer nicht schlechthin zur Leistungsverweigerung, soweit die Kampfmittelfreiheit durch andere Umstände hinreichend nachgewiesen wird.
4. In Nordrhein-Westfalen steht der zuständigen Ordnungsbehörde die maßgebliche Entscheidungskompetenz zu, ob und welche Untersuchungsmaßnahmen im Einzelfall erfolgen.
5. Wenn ein Auftraggeber seiner Pflicht zur Klärung der Kampfmittelfreiheit des Baugebietes nahezu vollständig nachgekommen ist (hier: mindestens 85 % des zu bearbeitenden Bereichs), verletzt der Auftragnehmer seine bauvertragliche Kooperationspflicht, wenn er seine Leistung vollständig verweigert, obwohl ihm Arbeiten in wesentlichen Teilbereichen gefahrlos möglich wären.

OLG Köln, Urteil vom 25.10.2023, Az.: 16 U 130/22; BauR 2024, 1681 = IBR 2024, 287 = IBR 2024, 310

\*\*\*\*\*

#### 5. *Konkludente Erklärung der Zahlungsunfähigkeit bei Übernahme eines Bauauftrages?*

1. Bei Abschluss des Werkvertrages erklärt der später insolvente Werkunternehmer nicht konkludent, nicht zahlungsunfähig zu sein. Eine solche konkludente Erklärung scheidet schon deshalb aus, weil der Unternehmer einen Werkvertrag erfüllen und keine Zahlungen leisten soll. Die Erfüllung des Werkvertrages kann auch gelingen, wenn der Unternehmer nicht alle seine Schulden bedienen kann.
2. Vereinbart der Besteller einen Werkvertrag mit Vorauszahlungen, hat er selbst Anlass, die damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken einzuschätzen. Thematisiert er diese bei Vertragsschluss nicht und stellt er auch keine Erkundigungen zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit seines Vertragspartners an, kann er nicht erwarten, dass dieser eine konkludente Erklärung zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen abgibt. Dementsprechend wird bei Abschluss eines Vertrages allein die Erfüllungsbereitschaft konkludent erklärt, nicht jedoch die Zahlungsfähigkeit.

OLG Düsseldorf, Hinweisbeschluss vom 08.02.2024, Az.: I-22 U 212/23; BauR 2024, 1676 = IBR 2024, 294

\*\*\*\*\*

## VIII. Vergütung/Zahlung

### 1. Allgemein/Fälligkeit

#### 1. *Kein Aufmaß möglich: Wie ist prüfbar abzurechnen?*

Kann der Auftragnehmer die von ihm erbrachten Leistungen nicht durch ein Aufmaß ermitteln, genügt er seiner Verpflichtung zur prüfbaren Abrechnung, wenn er alle ihm zur Verfügung stehenden Umstände mitteilt, die Rückschlüsse auf den Stand der erbrachten Leistung ermöglichen (vgl. BGH, IBR 2004, 488).

BGH, Beschluss vom 26.09.2024, Az.: I ZR 161/23; NZBau 2025, 88 = NJW-RR 2024, 1474 = ZfBR 2023, 727 = IBR 2024, 627

\*\*\*\*\*

#### 2. *Aufmaßprobleme sind Auftragnehmerprobleme!*

1. Um die tatsächliche Bauleistung zu ermitteln, bedarf es in der Regel des Aufmaßes. Das Aufmaß ist grundsätzlich vor Ort und nicht nur auf der Basis von Plänen zu nehmen.
2. Scheitert das vereinbarte gemeinsame Aufmaß, führt das nicht zu einer Umkehr der Beweislast zu Gunsten des Auftragnehmers hinsichtlich der von diesem festgestellten Leistungsangaben, sondern diese verbleibt beim Auftragnehmer.
3. Eine Beweislastumkehr ist nur anzunehmen, wenn der Auftraggeber zu einem gemeinsamen Aufmaß aufgefordert wird, dieser aber die Teilnahme grundlos verweigert und ein neues Aufmaß nicht mehr möglich ist.

Kammergericht, Urteil vom 24.09.2021, Az.: 7 U 35/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 19.10.2022, Az.: VII ZR 852/21); IBR 2024, 113

\*\*\*\*\*

#### 3. *Keine AEntG-Unterlagen vorgelegt: Einbehalt vom Werklohn möglich!*

1. Wird in einem Nachunternehmervertrag vereinbart, dass der Nachunternehmer erforderliche Unterlagen für das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) vorzulegen hat, steht dem Auftragnehmer gegenüber der Werklohnforderung des Nachunternehmers ein Zurückbehaltungsrecht zu.
2. Der Haftungsanspruch nach § 14 AEntG unterliegt der dreijährigen Verjährungsfrist. Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt jedoch erst ab Kenntniserlangung von der Beschäftigung zu laufen.
3. Das Zurückbehaltungsrecht ist auf die Höhe der Haftungsgefahr begrenzt.

OLG München, Urteil vom 09.11.2021, Az.: 9 U 6562/20 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 19.07.2023, Az.: VII ZR 884/21); IBR 2024, 285

\*\*\*\*\*

#### 4. *Wie wird ein Abrechnungsverhältnis begründet?*

1. Die Abnahme der Leistung ist keine Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütungsforderung des Auftragnehmers, wenn zwischen den Vertragsparteien ein Abrechnungsverhältnis vorliegt. Ferner scheidet auch ein Zurückbehaltungsrecht wegen eventueller Mängel aus.
2. Ein Abrechnungsverhältnis wird begründet, wenn der Auftragnehmer einen Vergütungsanspruch hat und dem Auftraggeber allein auf Geldzahlung gerichtete Ansprüche wegen der unvollständigen oder mangelhaften Fertigstellung der Leistung zustehen.
3. Liegt ein Abrechnungsverhältnis vor, kann der Auftragnehmer den Anteil seines Werklohns verlangen, der seinen tatsächlich erbrachten Leistungen entspricht. Ein Vergütungsanspruch scheidet nur aus, wenn die Leistung so schwer wiegende Mängel aufweist, dass sie nicht nachbesserungsfähig und deshalb für den Auftraggeber wertlos ist.
4. Der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers wird nicht (automatisch) mit einem Anspruch des Auftraggebers wegen teilweiser Nichterfüllung des Vertrags verrechnet. Vielmehr sind der Vergütungsanspruch und die Ansprüche des Auftraggebers jeweils selbstständige Forderungen, die sich (nur) aufrechenbar gegenüberstehen.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 27.01.2023, Az.: 13 U 214/21; IBR 2024, 59

\*\*\*\*\*

#### 5. *Aufmaß des Auftragnehmers bestätigt: Kann der Auftraggeber wieder "zurückrudern"?*

1. Sofern ein gemeinsames Aufmaß nicht vorliegt und infolge Nacharbeiten ein solches auch nicht mehr genommen werden kann, genügt der Auftragnehmer für den Umfang der erbrachten Leistungen seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vorträgt, die dem Gericht die Möglichkeit eröffnen, gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen die für die Errichtung des Bauvorhabens angefallene Mindestvergütung zu schätzen. Zur Darlegung genügt grundsätzlich die Vorlage der Schlussrechnung mit dem Beweisantritt durch Sachverständigengutachten.
2. Hat der Auftraggeber die einseitig ermittelten Massen des Auftragnehmers bestätigt und ist aufgrund nachfolgender Arbeiten eine Überprüfung dieser Mengen nicht mehr möglich, muss der Auftraggeber zum Umfang der von ihm zugestandenen Mengen vortragen und beweisen, dass diese nicht zutreffen.

OLG Nürnberg, Urteil vom 20.06.2023, Az.: 6 U 3395/22; IBR 2024, 284

\*\*\*\*\*

#### 6. *Prüfbarkeit einer Teilschlussrechnung*

1. Soweit § 650g Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BGB die Prüffähigkeit der Schlussrechnung als weitere Fälligkeitsvoraussetzung für die Vergütung des Werkunternehmers im Bauvertrag nach § 650a BGB bestimmt, unterfallen Teilrechnungen dem Anwendungsbereich zwar grundsätzlich nicht; etwas anderes gilt aber im Fall der Teilschlussrechnung. Als eine solche Teilschlussrechnung ist die Abrechnung von Teilleistungen nach vorzeitiger Beendigung oder Kündigung eines Bauvertrags zu qualifizieren, denn auch insoweit soll abschließend und endgültig Rechnung über die am Bauvorhaben erbrachten Teilleistungen gelegt werden.



2. Für die von § 650g Abs. 4 Satz 2 BGB formulierten Anforderungen an die Prüffähigkeit der Schlussrechnung ist allein das Informations- und Kontrollinteresse des Bestellers maßgeblich, welches davon geleitet wird, die Schlussrechnung nachvollziehen und nachprüfen zu können. Diese Interessen bestimmen und begrenzen Umfang und Differenzierung der für die Prüfung erforderlichen Angaben der Schlussrechnung (Anschluss BGH, Urteil vom 29. April 1999 - VII ZR 127/98).
3. Auch im Einheitspreisvertrag ist die Pauschalierung einzelner Positionen möglich; es handelt sich dann um einen Einheitspreisvertrag mit einzelnen Pauschalpreispositionen, bei dem nur die insoweit konkret vereinbarten Leistungen zu einem Pauschalpreis auszuführen sind (Anschluss OLG Naumburg, Urteil vom 19. Februar 2020 - 2 U 177/12).

OLG Brandenburg, Urteil vom 21.06.2023, Az.: 4 U 102/22; BauR 2023, 2084 = NZBau 2023, 733 = NJW-RR 2023, 1512

\*\*\*\*\*

### 7. *Vergessene Forderung verjährt nicht*

1. Haben die Parteien die Fälligkeit einer Forderung per Vereinbarung an die Erteilung einer Rechnung geknüpft, so beginnt die Verjährungsfrist erst mit Schluss des Jahres zu laufen, in dem die Rechnung zugeht.
2. Dies gilt auch, wenn der Gläubiger erst nach Ablauf einer vereinbarten Abrechnungsfrist abrechnet. Der Schuldner kann sich dann weder nach § 162 BGB noch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes auf Verjährung berufen, denn auch bei fristgemäßer Abrechnung wäre es in aller Regel nicht zur Verjährung gekommen.
3. Maßgeblich für den Eintritt der Fälligkeit ist in derartigen Fällen grundsätzlich die Erteilung einer Rechnung über die konkret betroffene Forderung. Die Erteilung einer Endabrechnung, in der die betroffene Forderung nicht enthalten ist, sondern lediglich enthalten sein könnte, genügt – außerhalb der VOB/B bzw. der HOAI – grundsätzlich nicht.
4. Haben die Parteien eines Energielieferungsvertrages eine marktpreisabhängige Vergütung und die Erteilung einer Jahresendabrechnung vereinbart, mit der Differenzen zwischen den monatlichen Abschlagsrechnungen und der tatsächlichen Preisentwicklung ausgeglichen werden sollen, so handelt es sich dabei nicht um eine umfassende, mit der baurechtlichen Schlussrechnung nach VOB/B vergleichbare Endabrechnung.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 16.02.2024, Az.: 4 U 140/23; BauR 2024, 1386 = IBR 2024, 261

\*\*\*\*\*

### 8. *Kein Abrechnungsverhältnis durch Ablehnung der Erfüllung durch Insolvenzverwalter*

Ein zur Fälligkeit der Werklohnforderung führendes Abrechnungsverhältnis ergibt sich nicht allein daraus, dass der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Bauvertrages gem. § 103 InsO abgelehnt hat.

OLG Oldenburg, Urteil vom 23.04.2024, Az.: 2 U 128/23; BauR 2024, 1818 = ZfBR 2024, 420 = IBR 2024, 295

\*\*\*\*\*

## 2. Skonto

### 1. *Bauvertragsentwurf durch Architekten als unerlaubte Rechtsdienstleistung - Skontoklausel*

Folgende Skontoklausel hat nach § 307 BGB keinen Bestand:

"Die Fa. J. gewährt ... ein Skonto von 3 % bei Zahlungen der durch die Bauleitung geprüften und angewiesenen Abschlagszahlungen bzw. Schlussrechnung innerhalb 10 Arbeitstagen nach Eingang bei der Bauherrschaft."

BGH, Urteil vom 09.11.2023, Az.: VII ZR 190/22; BGHZ 238, 380 = BauR 2024, 154 = NJW 2024, 1253 = NZBau 2024, 32 = ZfBR 2024, 141 = IBR 2024, 22

\*\*\*\*\*

### 2. *Skontofrist kann nicht an Rechnungsprüfung geknüpft werden!*

1. Eine vom Auftraggeber vorformulierte Skontoregelung, wonach für den Beginn der Skontofrist die Rechnungsprüfung des Architekten des Auftraggebers maßgeblich ist, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.
2. Nachverhandlungen zur Höhe des Skontos machen das Vertragswerk nicht zu einer Individualvereinbarung.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.04.2022, Az.: 23 U 196/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 01.02.2023, Az.: VII ZR 109/22); IBR 2024, 7

\*\*\*\*\*

### 3. *Unwirksamkeit einer atypischen Skontoklausel - Küchenstudio*

1. (...)
2. Eine formularmäßige „Skontovereinbarung“, wonach der gesamte Zahlbetrag „fällig bis zum Tage der Lieferung und Rechnungsstellung“ ist, ist unwirksam.
3. Die Klausel schränkt das dem Kunden nach § 320 BGB zustehende Zurückbehaltungsrecht in unzulässiger Weise ein, was einen Verstoß gegen § 309 Nr. 2 lit. b BGB (Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit) darstellt. Eine Rechnung unabhängig von deren Zugang zahlen zu müssen, ist gleichzusetzen mit der Fiktion des Zugangs der Rechnung und verstößt damit gegen § 308 Nr. 6 BGB.
4. Die zeitliche Einschränkung der Zahlung benachteiligt den Kunden unangemessen, da hierdurch die Notwendigkeit einer Mahnung entfällt, § 309 Nr. 4 BGB. Dies gilt unabhängig von dem Umstand, dass eine Bar- oder Sofortzahlung dem Kunden auch nicht zumutbar ist, wobei sich die faktische Einschränkung der Zahlungsmethode sowohl als eine unangemessene Benachteiligung iSd § 307 Abs. 1 BGB darstellt als auch – selbst bei Individualabreden – nach § 312 a Abs. 4 Nr. 1 BGB unwirksam ist.
5. Die Zahlung eines „Skontobetrags“, der mehr als 20 % des „Küchengesamtpreises“ ausmacht, ist als Vertragsstrafe zu werten und damit nach § 309 Nr. 6 BGB unzulässig bzw. als kurzfristige Preiserhöhung iSd § 309 Nr. 1 BGB verboten.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 25.06.2024, Az.: 5 U 38/23; NJW-RR 2024, 1477

\*\*\*\*\*

#### 4. Skonto bei nur teilweise fristgerechter Teilzahlung!

1. (...)

5. Ob Skonto nur für die Schlusszahlung oder auch für Abschlagszahlungen vereinbart ist, muss durch Auslegung des Vertrages ermittelt werden. Die Auslegung einer Skontovereinbarung kann ergeben, dass Skonto auch dann auf eine innerhalb der Skontofrist geleistete Abschlagszahlung zu gewähren ist, wenn zwar nicht die gesamte Summe der berechtigten Abschlagsrechnung bezahlt wird, jedoch ein nicht unerheblicher Teil der berechtigten mit einer Abschlagsrechnung begehrten Forderung.

6. Der Auftraggeber einer Werkleistung ist bei Leistung von Abschlags- oder Vorauszahlungen auf den Werklohn innerhalb einer eingeräumten Skontierungsfrist nach dem Sinn und Zweck der Skontoabrede auch dann zum Skontoabzug hinsichtlich des geleisteten Betrages berechtigt, wenn er die Schlussrechnung selbst nicht vollständig oder verspätet bezahlt (Fortführung OLG Hamm, Urteil vom 12. Januar 1994 - 12 U 66/93; Anschluss an OLG Köln, Urteil vom 30. Januar 1990 - 22 U 181/89).

7. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 05.07.2024, Az.: 12 U 95/22; BauR 2024, 1691 = NJW 2024, 3233 = NZBau 2024, 673 = ZfBR 2024, 641 = IBR 2024, 506

\*\*\*\*\*

### 3. Stundenlohn

#### 1. Abrechnung von Stundenlohnarbeiten ist kein Hexenwerk!

1. Der Umstand, dass der Besteller die zu montierenden Teile bereitstellt und eine Abrechnung nach Stunden vereinbart wird, führt noch nicht dazu, dass die Mitarbeiter des Unternehmers in eine fremde Arbeitsorganisation integriert werden und einem fremden Weisungsrecht unterliegen. Ob dies der Fall ist, ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen.

2. Zur schlüssigen Begründung eines nach Zeitaufwand zu bemessenden Vergütungsanspruchs muss der Unternehmer grundsätzlich nur darlegen, wie viele Stunden für die Erbringung der Vertragsleistungen angefallen sind (BGH, IBR 2009, 336).

3. 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 (Tagen) aufgeschlüsselt werden.

4. Die Vereinbarung einer Stundenlohnvergütung für Werkleistungen begründet eine vertragliche Nebenpflicht zur wirtschaftlichen Betriebsführung, deren Verletzung sich nicht unmittelbar vergütungsmindernd auswirkt, sondern einen vom Besteller geltend zu machenden Gegenanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB entstehen lässt. Dessen tatsächliche Voraussetzungen muss der Besteller nach allgemeinen Grundsätzen darlegen und beweisen (BGH, IBR 2009, 336).

OLG Nürnberg, Urteil vom 22.12.2022, Az.: 13 U 630/21; IBR 2024, 451

\*\*\*\*\*

## 2. *Mangelhafte Leistung ist erbracht und (zunächst) voll zu vergüten!*

1. (...)

3. Rechnet der Auftragnehmer zusätzliche Leistungen im Stundenlohn ab, hat er nicht nur darzulegen, wann der Auftraggeber bzw. wann welcher bevollmächtigte Mitarbeiter des Auftraggebers welche Arbeiten insoweit in Auftrag gegeben hat, sondern auch, dass es sich nicht um Arbeiten gehandelt hat, die bereits nach dem Werkvertrag geschuldet waren oder bei denen es sich schlicht um Mängelbeseitigungsarbeiten gehandelt hat.

Kammergericht, Urteil vom 28.02.2023, Az.: 27 U 128/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.05.2024, Az.: VII ZR 52/23); IBR 2024, 511

\*\*\*\*\*

## 3. *Auftraggeber muss Unwirtschaftlichkeit vereinbarter Stundenlohnarbeiten beweisen!*

1. Zur Begründung einer vereinbarten Stundenlohnvergütung muss der Unternehmer im Prozess 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 werden. Sie ist nicht erforderlich zur nachprüfaren Darlegung des vergütungspflichtigen Zeitaufwands, weil seine Bemessung und damit die im Vergütungsprozess erstrebte Rechtsfolge nicht davon abhängen, wann der Unternehmer welche Tätigkeiten ausgeführt hat.
3. Die Vereinbarung eines Stundenlohns für Werkleistungen begründet eine vertragliche Nebenpflicht zur wirtschaftlichen Betriebsführung, deren Verletzung sich nicht unmittelbar vergütungsmindernd auswirkt, sondern einen vom Besteller geltend zu machenden Schadensersatzanspruch entstehen lässt.
4. Die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs muss der Besteller darlegen und beweisen. An die Darlegung sind keine überhöhten Anforderungen zu stellen, unzulässig ist aber eine Behauptung ins Blaue hinein ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt. Der Vortrag muss erkennen lassen, an welcher Stelle der Unternehmer unwirtschaftlich gearbeitet haben soll. Soweit dem Besteller die durchzuführenden Arbeiten und die hierfür notwendigen Arbeitsgänge bekannt waren, kann er sich nicht auf eine sekundäre Darlegungslast berufen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 11.05.2023, Az.: 12 U 18/23; IBR 2024, 283

\*\*\*\*\*

## 4. **Abschlagszahlung**

### 1. *Darlegungslastverteilung im Rechtsstreit zwischen dem Besteller und Bürgen für Anspruch auf Rückzahlung der Werklohnvorauszahlung*

1. Fordert der Besteller eine Werklohnvorauszahlung zurück, nachdem der Unternehmer Leistungen erbracht hat, muss der Besteller schlüssig die Voraussetzungen eines Saldoüberschusses aus einer Schlussabrechnung vortragen. Ausreichend ist eine Abrechnung, aus der sich ergibt, in welcher Höhe der Besteller Voraus- und Abschlagszahlungen geleistet hat und dass diesen Zahlungen ein entsprechender endgültiger

Vergütungsanspruch des Unternehmers nicht gegenübersteht. Der Besteller kann sich auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspricht. Hat der Besteller nach diesen Grundsätzen ausreichend vorgetragen, muss der Unternehmer darlegen und beweisen, dass er berechtigt ist, die Voraus- und Abschlagszahlungen endgültig zu behalten (Bestätigung von BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365, juris Rn. 27 ff.; Urteil vom 24. Januar 2002 - VII ZR 196/00, BauR 2002, 938 = NZBau 2002, 329, juris Rn. 21 und Urteil vom 22. November 2007 - VII ZR 130/06 Rn. 16, 19, BauR 2008, 540 = NZBau 2008, 256).

2. Welcher Vortrag vom Besteller im Fall der Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrags ohne Detailpreisverzeichnis unter zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen verlangt werden kann, um eine Werklohnvorauszahlung zurückzufordern, richtet sich nach den Gesamtumständen, insbesondere nach dem Inhalt des Vertrags und vorvertraglicher Absprachen. Kennt der Besteller die Kalkulation des Unternehmers nicht und kann er nicht aufgrund anderer Umstände das vertragliche Preisniveau darstellen, obliegt dem Unternehmer insoweit die Darlegungslast.
3. Diese Darlegungslastverteilung gilt in einem Rechtsstreit zwischen dem Besteller und einem Bürgen, der sich verpflichtet hat, für einen Anspruch auf Rückzahlung der Werklohnvorauszahlung einzustehen, entsprechend. Der Bürge kann den Besteller nicht darauf verweisen, entsprechende Informationen beim Unternehmer einzufordern.

BGH, Urteil vom 11.07.2024, Az.: VII ZR 127/23; BauR 2024, 1668 = ZfBR 2024, 625 = IBR 2024, 510

\*\*\*\*\*

## 2. *Kein Anspruch des Bestellers gegen Insolvenzverwalter des Bauunternehmers auf Erteilung einer Schlussrechnung ohne Anmeldung der Forderung zur Tabelle*

Steht dem Besteller aufgrund von Voraus- oder Abschlagszahlungen aus einem Werkvertrag eine Insolvenzforderung zu, kann er die den Unternehmer treffende nebenvertragliche Pflicht, seine Leistungen in einer Schlussrechnung abzurechnen, nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmers im Insolvenzverfahren nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen. In diesem Fall hat der Gläubiger seine Forderung auf Rückzahlung eines etwaigen Überschusses im Wege der Schätzung zur Tabelle anzumelden.

BGH, Urteil vom 07.11.2024, Az.: IX ZR 179/23; NJW 2025, 294 = ZIP 2024, 2889

\*\*\*\*\*

## 3. *Rücktritt vom Verbraucherbauvertrag*

1. (...)
2. Fehlt in einer Klausel über die Abschlagsregelung ein Hinweis auf die Sicherheit, die dem Verbraucher bei der ersten Abschlagszahlung zu leisten ist, führt dies zur Unwirksamkeit der Abschlagszahlungsregelung. Die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen (hier: Intransparenz der Klauseln zur Abschlagszahlung) verpflichtet den Verwender zum Schadensersatz in Höhe der geleisteten Abschlagszahlungen.
3. (...)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.06.2023, Az.: 22 U 100/23; BauR 2023, 2081 = NZBau 2024, 28 = NJW-RR 2023, 1132

\*\*\*\*\*

## 5. Verzug

### 1. Zahlungsfristen von über 60 Tagen in AGB unwirksam?

Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.02.2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr ist dahin auszulegen, dass die "ausdrückliche Vereinbarung" einer Zahlungsfrist von mehr als 60 Tagen durch Unternehmer auch in Verträgen zulässig ist, deren Bedingungen von einer der Vertragsparteien allein vorgegeben werden, soweit sich die entsprechende Vertragsbestimmung hinreichend deutlich und unmissverständlich aus den Vertragsunterlagen ergibt, so dass gewährleistet ist, dass die Vertragsparteien sie in vollem Umfang zur Kenntnis genommen haben. Sie darf nicht lediglich durch Auslegung anderer Vertragsbestimmungen oder Deutung des tatsächlichen Verhaltens der Vertragsparteien ermittelt werden

Schlussanträge des Generalanwalts beim EuGH vom 30.05.2024, Az. C-677/22; IBR 2024, 449

\*\*\*\*\*

### 2. Auslegung von Klauseln in einem Bauvertrag über die Ausführungszeit und über den Verzugszins

1. (...)
2. Eine Klausel, wonach der Verzugszins zu Lasten des Auftraggebers auf "4% über dem Lombardsatz der Deutschen Bundesbank" festgelegt wird, ist in Anbetracht der Regelung in Art. 229 § 7 Abs. 1 Nr. 4 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) dahin auszulegen, dass der Zinssatz der Spitzenrefinanzierungsfazilität der Europäischen Zentralbank (SRF-Zinssatz) gemeint ist. Eine entsprechende formularmäßige Klausel in einem durch den Auftragnehmer gestellten Bauvertrag mit einem Verbraucher ist nach § 309 Nr. 5 BGB (analog) insoweit unwirksam, als sie zu einer gegenüber § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB erhöhten Verzinsung führt.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 11.10.2023, Az.: 2 U 196/22; BauR 2024, 284 = NZBau 2024, 148 = NJW-RR 2024, 290 = ZfBR 2024, 42 = IBR 2023, 609

\*\*\*\*\*

## 6. Kündigung

### 1. Umsatzsteuer bei gekündigten Verträgen auf Vergütungsanteil zu nicht erbrachten Leistungen

1. Ein im Vorhinein festgelegter Betrag, den ein Wirtschaftsteilnehmer im Fall der vorzeitigen Beendigung eines Dienstleistungsvertrags mit einer bestimmten Laufzeit durch seinen Kunden oder aus einem diesem zuzurechnenden Grund bezieht und der dem Betrag entspricht, den der Wirtschaftsteilnehmer ohne die vorzeitige Beendigung während der Laufzeit erhalten hätte, ist als Gegenleistung für eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung anzusehen und unterliegt als solche der Mehrwertsteuer, selbst wenn die Beendigung u. a. die Deaktivierung der vertragsgegenständlichen Dienste vor dem

Ende der vereinbarten Laufzeit zur Folge hatte. Die gleiche Erwägung gilt, wenn der Leistende die Ausführung der betreffenden Dienstleistung begonnen hatte und bereit war, sie für den vertraglich vereinbarten Betrag fertigzustellen.

2. Zur Abgrenzung der Annahme einer individualisierbaren Dienstleistung von pauschalem Schadensersatz im Streitfall.
3. Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2006/112/EG ist dahin auszulegen, dass der Betrag, der vertraglich geschuldet wird, weil der Empfänger einer Dienstleistung einen wirksam geschlossenen Vertrag über die Erbringung dieser mehrwertsteuerpflichtigen Dienstleistung - deren Ausführung der Dienstleistungserbringer begonnen hatte und zu deren Fertigstellung er bereit war -, beendet hat, als Entgelt für eine Dienstleistung gegen Entgelt im Sinne der Mehrwertsteuerrichtlinie anzusehen ist.

EuGH, Urteil vom 28.11.2024, Az.: C-622/23, ZfBR 2025, 30

\*\*\*\*\*

## 2. Höhe der geschuldeten Sicherheit nach Kündigung des Auftragnehmers

1. (...)
5. Haben die Parteien einen Pauschalpreisvertrag geschlossen, bestimmt sich die Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen nach dem Verhältnis des Werts der erbrachten Teilleistungen zum Wert der vereinbarten Gesamtleistung. Der Unternehmer muss deshalb das Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darlegen (Festhaltung BGH, Urteil vom 4. Mai 2000 - VII ZR 53/99).

BGH, Urteil vom 18.01.2024, Az.: VII ZR 34/23; BauR 2024, 929 = NJW 2024, 1501 = NZBau 2024, 263 = ZfBR 2024, 304

\*\*\*\*\*

## 3. Darlegung des zu sichernden Vergütungsanspruchs

1. (...)
5. Sind bei einem vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrag nur noch ganz geringfügige Leistungen ausstehend, kann der Werklohnanspruch, sofern keine kalkulatorischen Verschiebungen zu Lasten des Auftraggebers verdeckt werden können, auch auf die Weise berechnet werden, dass die nicht erbrachte Leistung bewertet und der so ermittelte Betrag von der Gesamtvergütung abgezogen wird.
6. Wenn die Parteien den Pauschalpreis auf der Grundlage eines nach Einheitspreisen aufgeschlüsselten Angebots des Unternehmers, insbesondere durch Abrundung, vereinbart haben, so kann dies ein brauchbarer Anhaltspunkt für die Berechnung der Vergütung für die erbrachten Leistungen sein. Ein Nachlass auf den Endpreis des Einheitspreisangebots ist entsprechend zu berücksichtigen.
7. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.02.2022, Az.: I-21 U 67/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 30.08.2023, Az.: VII ZR 44/22); BauR 2024, 1048 = IBR 2024, 401 = IBR 2024, 457

\*\*\*\*\*

#### 4. *Bauvertrag wird "frei" gekündigt: Was sind anzurechnende "Füllaufträge"?*

1. Kündigt der Auftraggeber den Bauvertrag "frei", hat der Auftragnehmer Anspruch auf die vereinbarte Vergütung. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.
2. In Bezug auf Personalkosten liegt eine Ersparnis grundsätzlich nur dann vor, wenn diese Personalkosten infolge der Kündigung nicht mehr anfallen (vgl. BGH, IBR 2000, 126). Das kann z. B. der Fall sein, wenn das Personal infolge der Kündigung nicht mehr eingestellt werden muss oder beim Auftragnehmer nicht mehr beschäftigt wird.
3. Die Abarbeitung anderer Aufträge mit den infolge der Kündigung nicht eingesetzten Produktionsfaktoren bedeutet indes nicht von vorneherein einen anderweitigen Erwerb. Anzurechnen ist nur ein solcher Erwerb, den die Kündigung des Auftraggebers ermöglicht hat, d. h. sog. Füllaufträge.
4. Um einen Auftrag als "Füllauftrag" bewerten zu können, muss ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Kündigung des Auftraggebers und dem Ersatzauftrag bestehen.
5. War der Auftragnehmer in der Lage, neben dem gekündigten Auftrag weitere Aufträge auszuführen, die keinen ursächlichen Zusammenhang mit der Kündigung haben, sind diese nicht als "Füllaufträge" anzusehen.

OLG Celle, Beschluss vom 21.02.2023, Az.: 4 U 4/22; BauR 2024, 939 = IBR 2024, 117

\*\*\*\*\*

#### 5. *Kündigung begründet (noch) kein Abrechnungsverhältnis!*

1. Für die Fälligkeit des Werklohns ist neben dem Vorliegen einer prüfbaren Schlussrechnung erforderlich, dass der Auftraggeber das Werk abgenommen hat oder die Abnahme entbehrlich ist. Das gilt sowohl für den VOB- als auch den BGB-Bauvertrag.
2. Weder eine Kündigung noch die Erklärung einer Minderung "auf null" bei vollständiger Wertlosigkeit des Werks führen per se zur Umwandlung in ein Abrechnungsverhältnis, das eine Abnahme entbehrlich machen würde.
3. Eine Abnahme ist nicht wegen unberechtigter endgültiger Abnahmeverweigerung entbehrlich, wenn sie bei Vorliegen wesentlicher Mängel verweigert werden kann.

OLG München, Beschluss vom 22.05.2023, Az.: 28 U 6295/22 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 17.01.2024, Az.: VII ZR 139/23); IBR 2024, 395

\*\*\*\*\*

#### 6. *Trotz doppelter Kündigung: Volle Vergütung nur bei voller Leistung!*

1. Kündigt der Unternehmer den Bauvertrag, nachdem er dem Besteller erfolglos eine Frist zur Stellung einer Bauhandwerkersicherung gesetzt hat, steht ihm eine Vergütung für erbrachte Leistungen nur insoweit zu, als er die Leistung tatsächlich erfüllt, also mangelfrei erbracht hat.



2. Zum Kündigungszeitpunkt vorhandene Mängel beschränken (zunächst) den Umfang des dem Unternehmer für die erbrachten Leistungen zustehenden Vergütungsanspruchs. Er hat insoweit die Wahl, entweder die Mängel zu beseitigen und die volle Vergütung zu erlangen, oder, sich ohne Mängelbeseitigung auf eine gekürzte Vergütung zu beschränken.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.11.2023, Az.: 5 U 33/23; BauR 2024, 1055 = IBR 2024, 403

\*\*\*\*\*

## 7. Vortragsanforderungen zu bauzeitbezogenen Ansprüchen des Auftragnehmers

1. (...)
3. Welche Rechtsfolgen die Vereinbarung einer einverständlichen Vertragsaufhebung hat, ist durch Auslegung zu ermitteln:
  - Kommt der Auftragnehmer einem Auflösungswunsch des Bestellers etwa nach einer unberechtigten Kündigung nach, so hat die Vertragsaufhebung die Folgen der freien Kündigung.
  - Liegen die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung für Auftraggeber oder -nehmer vor, so ergeben sich die Folgen aus dieser.
  - Einigen sich die Parteien ohne Bezugnahme auf ein Kündigungsrecht auf eine Vertragsauflösung, so kann die Auslegung ergeben, dass nur die erbrachten Leistungen zu vergüten sind.

OLG Stuttgart, Urteil vom 12.12.2023, Az.: 10 U 22/23; BauR 2024, 803 = NZBau 2024, 349 = NJW-RR 2024, 570 = IBR 2024, 229

\*\*\*\*\*

## IX. Abnahme

### 1. Rechtsfolgen AGB-rechtlicher Unwirksamkeit der Abnahmeklausel in einem Bauträgervertrag

1. Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrags verwendete Klausel, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch eine von ihm als Erstverwalter bestimmte, mit ihm wirtschaftlich verbundene (Tochter-)Gesellschaft ermöglicht, ist unwirksam (Anschluss an BGH, Beschluss vom 12. September 2013 - VII ZR 308/12, BauR 2013, 2020).
2. Macht eine Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE) als Prozessstandschafterin der Erwerber Mängelansprüche wegen Mängeln an der Bausubstanz des Gemeinschaftseigentums gegen den Bauträger geltend, so ist es diesem als Verwender der genannten unwirksamen Formulklausel nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich darauf zu berufen, dass sich der Vertrag mangels wirksamer Abnahme des Gemeinschaftseigentums insoweit noch im Erfüllungsstadium befinde, weshalb im Rahmen der Anspruchsbegründung die Abnahme des Gemeinschaftseigentums als Voraussetzung für die Geltendmachung von Mängelansprüchen zu unterstellen ist (Anschluss an BGH, Urteil vom 30. Juni 2016 - VII ZR 188/13, BauR 2016, 1771 = NZBau

2016, 629; Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15, BGHZ 210, 206; Urteil vom 25. Februar 2016 - VII ZR 49/15, BGHZ 209, 128).

3. Es liegt kein rechtsmissbräuchliches widersprüchliches Verhalten der GdWE vor, wenn diese - als Prozessstandschafterin der Erwerber - in der Vergangenheit zweimal Mängelansprüche wegen Mängeln der Bausubstanz des Gemeinschaftseigentums geltend gemacht hat, die von dem in Anspruch genommenen Bauträger jeweils reguliert wurden, und sie sich später bei der klageweisen Geltendmachung weiterer Mängelansprüche gegenüber der vom Bauträger erhobenen Einrede der Verjährung auf das Fehlen einer wirksamen Abnahme des Gemeinschaftseigentums beruft

BGH, Urteil vom 09.11.2023, Az.: VII ZR 241/22; BauR 2024, 273 = NZBau 2024, 144 = ZfBR 2024, 221 = IBR 2024, 72, 73

\*\*\*\*\*

## 2. Abrechnungsverhältnis durch Hausverbot?

1. Einer Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung für den Werklohnanspruch bedarf es nicht, wenn der Auftraggeber nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangt, sondern er etwa wegen Mängeln nur noch auf Zahlung gerichtete Ansprüche oder lediglich Gegenansprüche geltend macht. Dadurch wird das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt.
2. Ein Abrechnungsverhältnis tritt auch ein, wenn die Abnahme des Werks ernsthaft und endgültig abgelehnt wird, der Auftraggeber also - aus welchen Gründen auch immer - erklärt, er werde die Werkleistung des Unternehmers überhaupt nicht (also nie) abnehmen.
3. Die Frage, ob ein vom Auftraggeber ausgesprochenes Hausverbot zum Vorliegen eines Abrechnungsverhältnisses führt, ist differenziert zu beantworten. Das Hausverbot darf nicht isoliert betrachtet werden, vielmehr ist auch der Kontext zu berücksichtigen, in dem dieses Hausverbot ausgesprochen wurde.

OLG Köln, Urteil vom 31.01.2019, Az.: 3 U 125/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 14.12.2022, Az.: VII ZR 37/19); IBR 2024, 12

\*\*\*\*\*

## 3. Abnahmeerfordernis entfällt nicht durch Verkauf!

1. Auch die Veräußerung des Objekts lässt das Erfordernis der Abnahme nicht entfallen. Etwas anderes gilt nur, wenn der Auftraggeber durch die Veräußerung weitere Nachbesserungen verhindert und damit zum Ausdruck gebracht hat, dass er nur noch an einer abschließenden Regelung des Rechtsverhältnisses interessiert ist.
2. Der Auftragnehmer kann trotz fehlender Abnahme Ansprüche aus seiner Schlussrechnung geltend machen, wenn der Auftraggeber sich in Verzug mit der Annahme der Mängelbeseitigung befindet.

OLG Köln, Urteil vom 31.01.2019, Az.: 3 U 125/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 14.12.2022, Az.: VII ZR 37/19); IBR 2024, 58

\*\*\*\*\*

4. *Vereinbarung einer abweichenden Verjährungsfrist im Abnahmeprotokoll?*

1. Haben die Parteien im Zusammenhang mit der Vereinbarung einer 10-jährigen Gewährleistungsfrist geregelt, dass "hierzu (...) eine jährliche Wartung der Flachdächer erforderlich" sei, ist dies nicht dahin auszulegen, dass die vereinbarte Verjährungsfrist an die Beauftragung des Auftragnehmers mit der jährlichen Wartung geknüpft werden sollte.
2. Die Ausweisung einer vom Vertrag abweichenden Verjährungsfrist im Abnahmeprotokoll kann eine einvernehmliche Vertragsänderung beinhalten (hier verneint).

OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.04.2021, Az.: 21 U 50/20; IBR 2024, 620

\*\*\*\*\*

5. *Bauherr nutzt Räumlichkeiten: Parkettarbeiten gelten nach sieben Wochen als abgenommen!*

1. Hat der Auftraggeber das Bauwerk bezogen, liegt darin nach Ablauf einer angemessenen Prüfungsfrist eine konkludente Abnahme, wenn sich aus dem Verhalten des Auftraggebers nichts Gegenteiliges ergibt.
2. Die Dauer der angemessenen Prüfungs- bzw. Bewertungsfrist orientiert sich an den Umständen des Einzelfalls. Sie darf nicht beliebig verlängert werden, sondern muss auch die Interessen des Auftragnehmers berücksichtigen.

OLG Bamberg, Beschluss vom 13.09.2022, Az.: 3 U 300/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 22.11.2023, Az.: VII ZR 177/22); IBR 2024, 118

\*\*\*\*\*

6. *Geltendmachung von Ansprüchen der WEG; kein Abzug neu für alt*

1. (...)
3. Dem Bauträger ist es als Verwender einer von ihm gestellten und der Inhaltskontrolle nicht Stand haltenden Abnahmeklausel nach Treu und Glauben verwehrt, sich darauf zu berufen, dass sich der Vertrag noch im Erfüllungsstadium befinde und deshalb ein Anspruch aus § 637 Abs. 3 BGB nicht bestehe. Die Gewährleistungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB beginnt in einem solchen Fall mangels wirksamer Abnahme grundsätzlich nicht zu laufen (Anschluss BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 - VII ZR 49/15 -, BGHZ 209, 128; Urteil vom 12. Mai 2016 - Az. VII ZR 171/15 -, juris; Urteil vom 9. November 2023 - VII ZR 241/22 -, juris).
4. (...)
5. Die Haftung des Bauträgers wegen der Verwendung einer unwirksamen Abnahmeklausel reicht nicht weiter als eine Haftung wegen Arglist. In einem solchen Fall sind Mängelansprüche spätestens dann nicht mehr durchsetzbar, wenn hinsichtlich des Herstellungsanspruchs des Erwerbers die maximale Verjährungsfrist des § 199 Abs. 4 BGB von 10 Jahren und eine sich anschließende 5-jährige Gewährleistungsfrist abgelaufen sind.
6. Nach Verjährung des Herstellungsanspruchs aus § 633 Abs. 1 BGB kann der Besteller nicht dadurch unverjährte Mängelansprüche herbeiführen, dass er die Abnahme erklärt.

OLG Stuttgart, Urteil vom 02.04.2024, Az.: 10 U 13/23 (Nichtzul.-Beschw. anhängig. – BGH, Az.: VII ZR 68/24); BauR 2024, 1230 = ZfBR 2024, 515 = IBR 2024, 301

\*\*\*\*\*

## 7. Fiktive Abnahme nach neuem Recht

1. Die Bauleistung ist fertiggestellt im Sinne von § 640 II BGB, wenn keine Restleistungen mehr notwendig sind. Auf Mängel kommt es insoweit nicht an.
2. Eine fiktive Abnahme im Sinne der Vorschrift wird durch vor der Fristsetzung des Bauunternehmers erhobene Mängelrügen nicht ausgeschlossen; erforderlich hierfür ist vielmehr eine Mängelrüge zwischen dem Setzen und dem Ablauf der Frist.
3. Auch nach neuem Bauvertragsrecht kann sich die Fälligkeit des Werklohns daraus ergeben, dass der Besteller die Abnahme endgültig und ernsthaft zu Unrecht verweigert hat.

OLG Braunschweig, Urteil vom 21.11.2024, Az.: 10 U 131/23; NJW-RR 2025, 87

\*\*\*\*\*

## X. Bauverzögerung/Vertragsstrafe

### 1. (Un-)wirksamkeit einer vom AG in einem Einheitspreisvertrag verwendeten Vertragsstrafenklausel

Zur Unwirksamkeit der vom Auftraggeber in einem Einheitspreisvertrag verwendeten Vertragsstrafenklausel:

*"2.1 Der Auftragnehmer hat bei Überschreitung ... der Frist für die Vollendung als Vertragsstrafe für jeden Werktag des Verzugs zu zahlen:*

*[...]*

*0,2 v.H. der im Auftragsschreiben genannten Auftragssumme ohne Umsatzsteuer;*

*[...]*

*2.2 Die Vertragsstrafe wird auf insgesamt 5 v. H. der im Auftragsschreiben genannten Auftragssumme (ohne Umsatzsteuer) begrenzt."*

nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (Fortführung von BGH, Versäumnisurteil vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, juris Rn. 58 ff.

BGH, Urteil vom 15.02.2024, Az.: VII ZR 42/22; BGHZ 239, 300 = BauR 2024, 1039 = NZBau 2024, 399 = NJW 2024, 1413 = ZfBR 2024, 308 = IBR 2024, 227

\*\*\*\*\*

### 2. Kein Schadensersatz wegen Bauablaufstörung ohne bauablaufbezogene Darstellung!

1. Die Geltendmachung von Schadensersatz oder Entschädigung wegen aufgetretener Baubehinderungen erfordert eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung nebst Gegenüberstellung der Ist- und der Soll-Abläufe.

2. Die Grundlagen der Entscheidungsfindungsprozesse öffentlicher Auftraggeber müssen dem Auftragnehmer eines Großbauvorhabens bekannt sein.

OLG Köln, Urteil vom 12.04.2021, Az.: 19 U 76/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.02.2023, Az.: VII ZR 413/21); IBR 2023, 611

\*\*\*\*\*

### 3. Die 2-Millionen-Euro Frage: Was ist die "Nettoauftragssumme"?

1. Eine Bemessung der Vertragsstrafe nach der "Nettoauftragssumme" ist nicht intransparent, wenn sich aus einer weiteren Regelung zur Vertragserfüllungssicherheit ergibt, dass damit die bei Vertragsschluss vereinbarte Vergütung gemeint ist.
2. Die Unwirksamkeit einer Regelung zur Erhöhung der Vertragsstrafe lässt die Vertragsstrafenregelung im Übrigen unberührt, wenn sie inhaltlich trennbar ist.

OLG Köln, Urteil vom 23.06.2021, Az.: 16 U 10/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.04.2023, Az.: VII ZR 770/21); IBR 2023, 613

\*\*\*\*\*

### 4. Auslegung von Klauseln in einem Bauvertrag über die Ausführungszeit und über den Verzugszins

1. Eine Klausel in einem Bauvertrag, die vorsieht, dass die Ausführungszeit 12 Monate beträgt und 4 Wochen nach Erteilung der Baugenehmigung, spätestens 4 Wochen nach Abruf der Leistung durch den Bauherrn beginnt, beinhaltet keine den Anforderungen des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB genügende Leistungszeitbestimmung.
2. (...)

OLG Saarbrücken, Urteil vom 11.10.2023, Az.: 2 U 196/22; BauR 2024, 284 = NJW-RR 2024, 290 = NZBau 2024, 149 = ZfBR 2024, 42 = IBR 2023, 612

\*\*\*\*\*

### 5. Skonto bei nur teilweise fristgerechter Teilzahlung!

1. (...)
2. Eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach welcher die Vertragsstrafe für die Überschreitung der Frist für die Vollendung auf insgesamt 5% der vor der Ausführung des Auftrags vereinbarten Nettoauftragssumme begrenzt ist, beeinträchtigt bei einem Einheitspreisvertrag den Auftragnehmer als Vertragspartner des Verwenders nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (Anschluss an BGH, Urteil vom 15. Februar 2024 - VII ZR 42/22, juris).
3. Dies gilt auch dann, wenn unklar bleibt, ob mit der Klausel auf die Nettoangebotssumme oder die korrekte Nettoschlussrechnungssumme Bezug genommen wird. Diese Unklarheit geht gemäß § 305c Abs. 2 BGB bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders.
4. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 05.07.2024, Az.: 12 U 95/22; BauR 2024, 1691 = NJW 2024, 3233 = NZBau 2024, 673 = IBR 2024, 509

\*\*\*\*\*

### 6. *Entschädigung wegen Baustellenstillstands: Vorlage von Stundenlohnzetteln reicht!*

Macht der Auftragnehmer eine Entschädigung nach § 642 BGB geltend, ist die Vorlage einer bauablaufbezogenen Darstellung des Stillstands nur dann erforderlich, wenn die Behinderung auf andere Weise nicht nachvollzogen werden kann.

LG Berlin, Urteil vom 07.09.2023, Az.: 12 O 225/20; IBR 2024, 452

\*\*\*\*\*

### 7. *Wann verjährt der Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB?*

1. (...)

3. Der Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB unterliegt der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren. Diese beginnt mit dem Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist. Der Anspruch aus § 642 BGB entsteht grundsätzlich mit Abschluss des Jahres, in dem die jeweiligen Kosten angefallen sind.

LG Kempten, Urteil vom 27.09.2024, Az.: 11 O 1705/23 Bau; IBR 2024, 561

\*\*\*\*\*

## XI. Gewährleistung

### 1. Mangel einer Bauleistung

#### 1. *Freier Zugang zu europäisch harmonisierten technischen Normen!*

1. Harmonisierte technische Normen, die Standards für Produkte festlegen, sind Bestandteil des EU-Rechts.
2. Solche technischen Normen müssen auch aus Gründen der Transparenz und Rechtsstaatlichkeit frei und kostenlos zugänglich sein.

EuGH, Urteil vom 05.03.2024, Az.: Rs. C-588/21; NJW 2024, 1325 = IBR 2024, 236

\*\*\*\*\*

#### 2. *Darlegungslast bei Behauptung fehlerhafter Anweisungen eines Architekten*

1. (...)

2. Der Vortrag der Klagepartei, dass der beauftragte Architekt durch konkrete fehlerhafte Anweisungen an den ausführenden Unternehmer einen Mangel der Lüftungsanlage (mit)verursacht habe, ist hinreichend substantiiert.

BGH, Beschluss vom 24.04.2024, Az.: VII ZR 871/21; Baur 2024, 1424 = ZfBR 2024, 316

\*\*\*\*\*

### 3. *Auslegung von Klauseln in einem Bauvertrag über die Ausführungszeit und über den Verzugszins*

1. (...)
2. Der Bauunternehmer schuldet zum Zeitpunkt der Abnahme eine Ausführung der Werkleistung nach den anerkannten Regeln der Technik.
3. Eine Zustimmung des Bestellers zu einer hinter den anerkannten Regeln der Technik zurückbleibenden Ausführung kommt regelmäßig nur in Betracht, wenn der Auftragnehmer auf die damit verbundenen Konsequenzen und Risiken hinweist, es sei denn diese sind dem Besteller bekannt oder ergeben sich ohne Weiteres aus den Umständen.

OLG Köln, Urteil vom 10.02.2021, Az.: 11 U 128/19 (Nicht-Zul.-Beschw. zurückgew., BGH, Beschluss vom 15.02.2023, Az.: VII ZR 174/21); BauR 2024, 659

\*\*\*\*\*

### 4. *Mit Einschränkung einverstanden: Fehlende Funktionalität ist kein Mangel!*

1. Trotz des funktionalen Mangelbegriffs liegt kein Mangel des Werks vor, wenn dem Besteller die Funktionseinschränkung der vereinbarten Ausführung des Werks bekannt ist und er sich in Kenntnis der Funktionseinschränkung eigenverantwortlich dennoch für diese Ausführung entschieden hat.
2. Eine solche konkludente Risikoübernahme setzt grundsätzlich voraus, dass der Unternehmer den Besteller über das bestehende Risiko aufgeklärt und der Besteller sich rechtsgeschäftlich mit der Risikoübernahme einverstanden erklärt hat. Sie kann entbehrlich sein, wenn der Besteller sich des übernommenen Risikos und seiner Tragweite ohnehin bewusst ist.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.07.2021, Az.: 23 U 108/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.04.2024, Az.: VII ZR 747/21); IBR 2024, 565

\*\*\*\*\*

### 5. *Baumangel bei Abweichung von Herstellervorgaben?*

1. Es ist davon auszugehen, dass die Parteien eines Bauvertrags stillschweigend vereinbaren, dass das zu erbringende Werk unter Beachtung der allgemein anerkannten Regeln der Technik hergestellt wird.
2. Von den allgemein anerkannten Regeln der Technik sind Hersteller- oder Verarbeitungsrichtlinien zu unterscheiden. Wenn diese Vorgaben weitergehende Anforderungen an die geschuldete Leistung stellen als die einschlägigen allgemein anerkannten Regeln der Technik, begründet ein Abweichen von den Herstellervorgaben ohne ausdrückliche Vereinbarung der Geltung der Herstellervorgaben noch keinen Baumangel.
3. Werden DIN-Normen bzw. die sonstigen allgemein anerkannten Regeln der Technik bei einer Werkleistung nicht eingehalten, spricht wegen der damit verbundenen Gefahrerhöhung eine Vermutung dafür, dass im örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Werkleistung entstandene Schäden bei Beachtung der DIN-Normen vermieden worden wären und auf die Verletzung der DIN-Normen zurückzuführen sind.

4. Die Darlegung und die Erschütterung des Anscheins, dass eingetretene Schäden nicht auf der Nichteinhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik beruhen, obliegt dem Unternehmer. Etwaige verbleibende Zweifel gehen zu seinen Lasten.

OLG Hamburg, Urteil vom 07.02.2023, Az.: 4 U 77/21; IBR 2024, 230

\*\*\*\*\*

#### 6. *VDI-Richtlinie 2035 als anerkannte Regel der Technik*

Bei der VDI-Richtlinie 2035 handelt es sich um eine anerkannte Regel der Technik, welche im Falle des Austausches einer Heizungsanlage eine Prüfung des Heizungsfüllwassers durch den Installateur bei dessen Verbleib in dem bestehenden Leitungssystem auch dann bedingt, wenn Maßnahmen zum Korrosionsschutz nicht Gegenstand des Vertrages sind.

OLG Rostock, Beschluss vom 14.07.2023, Az.: 4 U 52/23; BauR 2024, 138 = NZBau 2024, 95 = IBR 2023, 610

\*\*\*\*\*

#### 7. *Besteht das Risiko eines Gefahrentritts, ist die Leistung mangelhaft!*

1. Bereits das Risiko eines Gefahrentritts kann zu einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit und damit zu einem Mangel des Werks führen.
2. Hat der Unternehmer aufgrund separater Werkverträge Kanalanschlüsse für zwei benachbarte Häuser zur gemeinsamen Entwässerung in das öffentliche Kanalnetz herzustellen, so ist er aus jedem Vertrag zur funktionsgerechten Errichtung auch der im Bereich des jeweiligen Nachbargrundstücks befindlichen Grundleitung verpflichtet.

OLG Stuttgart, Urteil vom 18.09.2023, Az.: 10 U 15/23 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.04.2024, Az.: VII ZR 186/23); IBR 2024, 566

\*\*\*\*\*

#### 8. *Mangelhaftigkeit bei Einbau abweichenden Materials und bei unschädlicher Abweichung von technischer Regel*

1. Bei Werkverträgen, bei denen der geschuldete Erfolg im Vordergrund steht, ist davon auszugehen, dass das Interesse des Bestellers dahin geht, die vereinbarte Werkleistung zu erhalten (hier: die Abdichtung eines Kellers) und nicht dahingehend, bei der Herstellung der Werkleistung ein bestimmtes - im vorliegenden Fall ungeeignetes - Mittel zu verwenden.
2. Zwar kann im Ausnahmefall auch die Verwendung eines ungeeigneten Mittels oder einer ungeeigneten Ausführungsart Vertragsinhalt werden. Dieses setzt aber voraus, dass der Besteller vorher ordnungsgemäß vom Unternehmer über die Ungeeignetheit und die daraus erwachsenden Nachteile aufgeklärt wird.
3. Der Verstoß gegen anerkannte Regeln der Technik stellt grundsätzlich einen Mangel dar. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Verstoß sich nicht nachteilig ausgewirkt hat und Gebrauchsnachteile nicht erkennbar sind (Anschluss OLG Nürnberg, Urteil vom 25. Juli 2002 - 13 U 997/02). Für letztgenanntes ist der Werkunternehmer darlegungs- und beweispflichtig.
4. (...)



OLG Brandenburg, Urteil vom 28.09.2023, Az.: 10 U 21/23; NJW 2024, 839 = NZBau 2024, 275 = IBR 2023, 617

\*\*\*\*\*

### 9. *Bei Vorliegen eines Mangels muss nicht bereits ein Schaden eingetreten sein*

1. Bei Vorliegen eines Mangels ist der konkrete Eintritt eines Schadens infolge der mangelhaften Werkleistung nicht erforderlich. Der Schaden liegt bereits in dem verursachten Mangel selbst.
2. Der Bauherr muss, wenn die Werkleistung nur das Risiko eines späteren Schadens in sich birgt, den Schadenseintritt nicht erst abwarten.
3. (...)

OLG Schleswig, Urteil vom 04.10.2023, Az.: 12 U 25/21; BauR 2024, 674 = NZBau 2024, 152 = NJW-RR 2024, 361 = IBR 2024, 80

\*\*\*\*\*

### 10. *Kein einfaches Bestreiten detailliert dargelegter Baumängel durch den Bauträger*

1. Der Auftragnehmer eines Bauvertrages darf die Mangelbehauptung des Auftraggebers nicht gemäß § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen bestreiten, da der Auftragnehmer vertraglich verpflichtet ist, den Mängelrügen des Auftraggebers nachzugehen. Auch wenn der Auftragnehmer im Prozess nicht ausdrücklich angibt, dass er „mit Nichtwissen“ bestreitet, sondern lediglich einfach bestreitet, wird man dieses einfache Bestreiten als „ins Blaue hinein“ und damit unbeachtlich behandeln müssen. Nach diesen Maßstäben ist das Bestreiten des Auftragnehmers hinsichtlich der vom Auftraggeber behaupteten Mängel nicht ausreichend, wenn der Auftragnehmer ohne jede Sachverhaltsermittlung lediglich die Mängelvorwürfe des Auftraggebers paraphrasiert und dann ohne eigenen Gegenvortrag die Ordnungsgemäßheit der eigenen Leistungen behauptet.
2. (...)

OLG Hamburg, Urteil vom 05.02.2024, Az.: 4 U 44/22; BauR 2024, 1225 = NJW 2024, 1753 = NZBau 2024, 406 = IBR 2024, 239

\*\*\*\*\*

## 2. **Nacherfüllung**

### 1. *Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigung*

1. (...)
4. Eine Unverhältnismäßigkeit i.S.v. § 635 Abs. 3 BGB ist (erst) dann gegeben, wenn mit der Nachbesserung der in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielbare Erfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür erforderlichen Aufwandes steht. Unverhältnismäßigkeit ist danach regelmäßig nur anzunehmen, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer völlig ordnungsgemäßen vertraglichen Leistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht. Hat der Besteller hingegen objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung, kann ihm regelmäßig nicht wegen hoher Kosten die Nachbesserung verweigert werden. Es ist

dabei auf die Baukosten im Zeitpunkt der Erfüllungspflicht des Unternehmers abzustellen. Zu berücksichtigen im Rahmen der Abwägung ist auch, inwieweit der Unternehmer den Mangel verschuldet hat.

5. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.11.2022, Az.: 21 U 98/22; BauR 2024, 291 = NJW-RR 2024, 1344

\*\*\*\*\*

## 2. *Drempel zu niedrig: Mängelbeseitigung unverhältnismäßig!*

Der Unternehmer kann die Mängelbeseitigung wegen Unverhältnismäßigkeit verweigern, wenn nach den Umständen des Einzelfalls ein objektiv geringes Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Werkleistung einem ganz erheblichen und vergleichsweise unangemessenen Kostenaufwand gegenübersteht (hier bejaht für die Ausführung eines Drempels in 1,57 m Höhe statt der vereinbarten 1,70 m Höhe).

OLG Schleswig, Urteil vom 03.07.2024, Az.: 12 U 63/22; NZBau 2025, 28 = NJW-RR 2024, 1342 = IBR 2024, 568

\*\*\*\*\*

## 3. Fristsetzung

### 1. *Auftraggeber muss für mangelfreies Vorgewerk sorgen!*

1. Die Geltendmachung von Mängelansprüchen setzt voraus, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Nicht ausreichend ist die Aufforderung, der Auftragnehmer möge seine Bereitschaft zur Mängelbeseitigung erklären.
2. Beruht ein Mangel darauf, dass der Auftragnehmer auf eine unzureichende Vorunternehmerleistung aufgebaut hat, setzt eine ordnungsgemäße Fristsetzung zur Mängelbeseitigung voraus, dass der Auftraggeber die Mitwirkungshandlungen vorgenommen oder jedenfalls angeboten hat, die dem Auftragnehmer die Herstellung eines funktionierenden Nachfolgegewerks ermöglichen. Das gilt auch, wenn der Auftraggeber die konkrete Mangelursache nicht kennt.

OLG Bamberg, Beschluss vom 13.09.2022, Az.: 3 U 300/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 22.11.2023, Az.: VII ZR 177/22); IBR 2024, 118

\*\*\*\*\*

### 2. *Auftraggeber hat Anspruch auf Schlussrechnung!*

1. (...)

3. Behält sich der Auftraggeber im Abnahmeprotokoll einen Mangel vor, bedarf es keiner Fristsetzung zur Mängelbeseitigung, wenn der Auftragnehmer den Mangel in Abrede stellt und die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert.

OLG Frankfurt, Urteil vom 11.01.2023, Az.: 29 U 191/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 13.03.2024, Az.: VII ZR 24/23); IBR 2024, 342

\*\*\*\*\*

### 3. *Entbehrliche Fristsetzung zur Mangelbeseitigung bei nicht behebbarem Mangel*

1. Ist ein von einem hierauf spezialisierten Unternehmen zur Brauchwassergewinnung errichteter Brunnen funktionsuntauglich, weil er stark salzhaltiges Wasser fördert, so sind Ansprüche des Bestellers auf Schadensersatz nach §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB auch ohne Aufforderung zur Mangelbeseitigung begründet.
2. In Abhängigkeit vom konkreten Vertragsinhalt stellt das Fortbestehen des nutzlosen Bauwerks u.U. keinen Schaden dar, so dass keine Verpflichtung zum Rückbau besteht

OLG Naumburg, Urteil vom 16.05.2024, Az.: 2 U 79/23; BauR 2025, 266 = NJW-RR 2024, 1409 = NZBau 2025, 30

\*\*\*\*\*

## 4. Ersatzvornahme/Kostenerstattung/Vorschuss

### 1. *Schadenshöhe bei Inanspruchnahme des Hauptunternehmers auf Vorschusszahlung zur Mangelbeseitigung*

1. In der werkvertraglichen Leistungskette kann der Hauptunternehmer gegenüber dem Nachunternehmer gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB den Schaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch entsteht, dass er wegen der mangelhaften Werkleistung des Nachunternehmers seinerseits Mängelansprüchen seines Bestellers ausgesetzt ist. Hat der Hauptunternehmer in diesem Fall einen vom Besteller geltend gemachten Anspruch auf Kostenvorschuss gemäß § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB durch Zahlung erfüllt, kann er im Wege des Schadensersatzes gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB vom Nachunternehmer Zahlung in Höhe des geleisteten Kostenvorschusses verlangen.
2. Der Umstand, dass der vom Hauptunternehmer ersetzt verlangte Schaden darin liegt, dass er mit dem Kostenvorschuss noch keine endgültige, sondern eine zweckgebundene Zahlung an seinen Besteller geleistet hat, über deren Verwendung nach Mängelbeseitigung abzurechnen ist, ist allerdings im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen und kann zu einer Begrenzung des Umfangs seines Schadensersatzanspruchs gegen den Nachunternehmer führen.
3. Ob und in welcher Weise die Vorteilsausgleichung zu erfolgen hat, richtet sich im Grundsatz danach, ob der Besteller dem Hauptunternehmer bereits eine Abrechnung über die Verwendung des Kostenvorschusses erteilt hat.
4. Hat der Besteller dem Hauptunternehmer noch keine Abrechnung erteilt, kann der Nachunternehmer im Wege des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 273 BGB durchsetzen, dass der Schadensersatz an den Hauptunternehmer in entsprechender Anwendung des § 255 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung der aus der Vorschusszahlung folgenden Ansprüche des Hauptunternehmers gegen den Besteller auf Abrechnung sowie gegebenenfalls Rückzahlung zu leisten ist.
5. Hat der Besteller dem Hauptunternehmer dagegen bereits eine inhaltlich zutreffende Abrechnung erteilt und ist der Vorschussbetrag danach vollständig zur Mängelbeseitigung verbraucht worden, kommt eine Vorteilsausgleichung im Verhältnis des Hauptunternehmers zum Nachunternehmer nicht (mehr) in Betracht. Besteht nach erteilter Abrechnung ein noch nicht erfüllter Rückzahlungsanspruch des Hauptunternehmers

gegen den Besteller, kann der Nachunternehmer im Wege des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 273 BGB durchsetzen, dass der Schadensersatz an den Hauptunternehmer in entsprechender Anwendung des § 255 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung dieses Anspruchs zu leisten ist. Ist es bereits zu einer vollständigen oder teilweisen Rückzahlung an den Hauptunternehmer gekommen, ist der zurückgezahlte Betrag von Amts wegen auf den vom Nachunternehmer in Geld zu leistenden Schadensersatz anzurechnen und führt zu dessen Verringerung.

7. Den Hauptunternehmer trifft in diesem Fall eine sekundäre Darlegungslast für die anspruchsmindernden Vorteile, die sich daraus ergeben, dass er an seinen Besteller einen Kostenvorschuss wegen der mangelhaften Werkleistung seines Nachunternehmers geleistet hat. Ihm obliegt es deshalb insbesondere darzulegen, ob der Besteller bereits eine Abrechnung über die Verwendung des Kostenvorschusses erteilt hat, und gegebenenfalls nähere Angaben zum Inhalt und Ergebnis der Abrechnung machen.

BGH, Urteil vom 09.11.2023, Az.: VII ZR 92/20; BGHZ 239, 8 = BauR 2024, 268 = NZBau 2024, 85 = NJW 2024, 894 = ZfBR 2024, 217 = IBR 2024, 61, 62, 63

\*\*\*\*\*

## 2. Verhältnis der Minderung des Vergütungsanspruchs zum Kostenvorschussanspruch

Die Minderung des Vergütungsanspruchs nach § 634 Nr. 3, Fall 2, § 638 BGB schließt einen Kostenvorschussanspruch nach § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB wegen des Mangels, auf den die Minderung gestützt wird, nicht aus.

BGH, Urteil vom 22.08.2024, Az.: VII ZR 68/22; BauR 2024, 1815 = NJW 2024, 3445 = NZBau 2024, 742 = ZfBR 2024, 720 = IBR 2024, 563

\*\*\*\*\*

## 3. Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigung

1. (...)

3. Da seit der Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Geltendmachung von fiktiven Mängelbeseitigungskosten (Urteil vom 22. Februar 2022 - VII ZR 46/17) noch nicht entstandene Hotelkosten (als eine Sanierung erst ermöglichende ersatzweise Unterkunft) im Rahmen des kleinen Schadensersatzanspruchs nach den §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB nicht mehr geltend gemacht werden können, ist es regelmäßig geboten, den Umfang des Vorschussanspruchs gem. §§ 637 Abs. 1, Abs. 3 BGB auch darauf zu erstrecken.

4. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.11.2022, Az.: 21 U 98/22; BauR 2024, 291 = NJW-RR 2024, 1344

\*\*\*\*\*

## 4. Zulässigkeit eines Vorbehalturteils

1. Verschiedene Mängel, die auf selbstständigen, voneinander unabhängigen Tatsachen beruhen, stellen sich als mehrere Lebenssachverhalte dar. Bei einer Mehrzahl von Mängeln muss deshalb ein auf Zahlung von Vorschuss gerichteter Klageantrag aufgliedert werden. Sonst ist die Klage nicht hinreichend bestimmt.

2. Rechnet bei einem vom Kläger geltend gemachten Vorschussanspruch der Auftragnehmer mit einer Werklohnforderung auf, kann gem. § 302 Abs. 1 ZPO durch Vorbehaltsurteil entschieden werden, wenn nur die Verhandlung über den Vorschussanspruch zur Entscheidung reif ist.

3. (...)

OLG Düsseldorf, Vorbehaltsurteil vom 16.02.2024, Az.: 22 U 98/23; BauR 2024, 1835

\*\*\*\*\*

#### 5. *Erforderlicher Vortrag zu aus Vorschusszahlung abgeleitetem Vorschuss*

Der seinen Nachunternehmer wegen Mängeln der Bauleistung auf Schadensersatz in Anspruch nehmende Hauptunternehmer, der den Schaden anhand des an seinen Auftraggeber geleisteten Vorschusses berechnet, hat die Verwendung des Vorschusses spezifiziert darzulegen. Die schlichte Behauptung, sein Auftraggeber habe den Kostenvorschuss vollumfänglich zur Mängelbeseitigung verbraucht und nichts zurückgezahlt, genügt insoweit nicht (Ergänzung zu BGHZ 239, 8 = NJW 2024, 894).

OLG Brandenburg, Urteil vom 29.05.2024, Az.: 11 U 74/18; NJW 2024, 2770 = NZBau 2025, 26

\*\*\*\*\*

#### 6. *Anspruch des Erwerbers einer Eigentumswohnung auf Eigentumsumschreibung bei den Kaufpreis übersteigenden eigenen Forderungen*

1. Im Rahmen einer Klage auf Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten ist die Behauptung des Auftragnehmers, er habe nach Ablauf der zur Mängelbeseitigung gesetzten Frist und nach Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens nun einige Mängel ohne Zustimmung des Auftraggebers beseitigt, rechtlich nicht erheblich; erst bei der Abrechnung des Vorschusses ist zu prüfen, ob und inwieweit Nachbesserungsarbeiten des Auftragnehmers erfolgreich waren.

2. (...)

OLG Köln, Urteil vom 19.06.2024, Az.: 11 U 73/23; BauR 2024, 1708 = IBR 2024, 455

\*\*\*\*\*

#### 7. *Auftraggeber setzt zu kurze Frist: Auftragnehmer muss unverzüglich rügen!*

1. Der Umstand, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer nach Ablauf der Nachbesserungsfrist die Nachbesserung untersagt hat, berührt die Gewährleistungsansprüche nicht. Nach Fristablauf ist der Auftragnehmer gehindert, ohne Zustimmung des Auftraggebers nachzubessern.

2. Der Auftragnehmer kann sich gegenüber einem nicht fachkundigen Auftraggeber später nicht darauf berufen, die ihm gesetzte Frist sei zu kurz gewesen, wenn er dies nicht unverzüglich gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat und eine solche Rüge zu erwarten war, weil der Auftraggeber der vertretbaren Auffassung sein durfte, die Frist sei angemessen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 05.09.2024, Az.: 12 U 3/22; IBR 2024, 625

\*\*\*\*\*

## 8. Auskunft über Verwendung eines Kostenvorschusses zur Beseitigung von Mängeln

1. (...)
2. Die Voraussetzungen für das Auskunftsverlangen eines Werkunternehmers liegen vor, wenn der Kunde die Mängelbeseitigungsarbeiten, wegen der ihm ein Kostenvorschuss gem. § 637 Abs. 3 BGB zugesprochen worden war, vorgenommen hat.
3. Der Vorschuss nach § 637 Abs. 3 BGB ist zweckgebunden und vom Kunden zur Mängelbeseitigung zu verwenden. Der Kunde muss seine Aufwendungen für die Mängelbeseitigung nachweisen, über den erhaltenen Kostenvorschuss Abrechnung erteilen und den für die Mängelbeseitigung nicht in Anspruch genommenen Betrag zurückerstatten. Es entsteht ein Rückzahlungsanspruch des Werkunternehmers in Höhe des nicht zweckentsprechend verbrauchten Vorschusses.
4. Dieser Anspruch ist kein Bereicherungsanspruch, sondern ein aus Treu und Glauben entwickelter Anspruch aus dem Vertragsverhältnis. Hat der Kunde die Mängelbeseitigung durchgeführt, so muss er den Vorschuss abrechnen. Ergibt die Abrechnung einen Überschuss für den Werkunternehmer, ist dieser an ihn zurückzuzahlen.
5. Der Auskunftsanspruch des Werkunternehmers ist nur dann durch Erfüllung erloschen, § 362 Abs. 1 BGB, wenn der Kunde - um eine Prüfung durch den Werkunternehmer zu ermöglichen - analog § 666 BGB die dortigen Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Auskunftserteilung erfüllt hat.
6. Dazu muss der Kunde den Werkunternehmer über die Einzelheiten der Auftragsausführung in verkehrüblicher Weise informieren und ihm die Übersicht über das Besorgte verschaffen in einer Weise, die dem Werkunternehmer die Überprüfung der Besorgung gestattet. Es gilt § 259 BGB, so dass erforderlichenfalls genauere Information durch Vorlage einer geordneten Aufstellung der Einnahmen und Ausgaben geschuldet ist. Die Beweislast für die Richtigkeit der Abrechnung trägt dabei der Kunde, insbesondere für den Verbleib der Einnahmen und dafür, dass er über nicht mehr vorhandene Vermögenswerte gemäß dem Auftrag, nach Weisungen oder im Interesse des Werkunternehmers verfügt hat. Ergänzt mit der Kommentierung zu § 259 BGB erfordert die Rechenschaftslegung eine übersichtliche, in sich verständliche Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben. Die Ausgaben müssen so detailliert und verständlich dargestellt sein, dass der Werkunternehmer ohne fremde Hilfe in der Lage ist, seine Ansprüche und die gegen ihn gerichteten Ansprüche nach Grund und Höhe zu überprüfen. Bei Unvollständigkeit der Rechnung besteht ein Anspruch auf Ergänzung.
7. (...)

OLG Schleswig, Urteil vom 16.10.2024, Az.: 12 U 6/24; BauR 2025, 268 = NJW 2025, 233

\*\*\*\*\*

## 5. Rücktritt

### 1. Fristsetzung i.S.d. § 323 Abs. 1 BGB

1. Eine unter Fristsetzung geforderte verbindliche Stellungnahme (u.a. zu einer Fertigstellung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt) stellt keine Leistungsaufforderung und damit keine Fristsetzung im Sinne des § 323 Abs. 1 BGB dar.

2. Dafür, dass ein Gläubiger i.S.v. § 323 Abs. 6 Halbs. 1 BGB für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, weit überwiegend verantwortlich ist, bedarf es einer Verantwortlichkeit mit einem Grad von mindestens 80–90 %.

3. (...)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.07.2022, Az.: 21 U 9/22 (Nichtzul-Beschw. zurückgewiesen, BGH, Beschluss vom 01.02.2203, Az.: VII ZR 153/22); BauR 2024, 526

\*\*\*\*\*

## 2. *Vorschussanspruch trotz Mängeleinhalts?*

1. Ob der Rücktritt von einem Vertrag gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung ausgeschlossen ist, ist anhand einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall zu entscheiden.

2. Erklärt der Besteller den Rücktritt von einem Bauvertrag, so gilt: Je umfangreicher die Leistungen sind, die der Unternehmer bereits erbracht hat, desto mehr spricht dies im Rahmen der Interessenabwägung gegen die Wirksamkeit des Rücktritts.

3. Die Aufrechnung mit einem Anspruch auf Vorschuss für Mangelbeseitigungskosten gegenüber dem Vergütungsanspruch des Unternehmers ist nicht möglich, da es eine solche Aufrechnungslage nicht geben kann.

4. Behält der Werkbesteller die noch offene Vergütung des Unternehmers wegen der Kosten einer Mangelbeseitigung ein, so erhebt er damit die Dolo-agit-Einrede.

Kammergericht, Urteil vom 18.06.2024, Az.: 21 U 20/23; ZfBR 2024, 631 = IBR 2024, 513 = IBR 2024, 513

\*\*\*\*\*

## 6. **Schadensersatz**

### 1. *Ermittlung eines Schadens eines Architektenwerks bei anderer Ausführung*

Ein Bauherr ist bei der Mangelbeseitigung nicht gehalten, die ursprüngliche Planung beizubehalten, um Schadenersatz in Höhe der Mangelbeseitigungskosten geltend machen zu können. Unter der Voraussetzung, dass dabei die Mängel beseitigt werden, kann er den Arbeiten eine abweichende Planung zugrunde legen, etwa dem Bauwerk eine neue Gestaltung geben. Eine fiktive Schadensberechnung liegt nicht vor. Die Höhe des Schadenersatzes ist aber auf den Betrag beschränkt, der bei der Mangelbeseitigung nach der alten Planung angefallen wäre

OLG Schleswig, Urteil vom 12.04.2024, Az.: 1 U 66/22; NJW-RR 2024, 1210 = IBR 2024, 530

\*\*\*\*\*

### 2. *Entbehrliche Fristsetzung zur Mangelbeseitigung bei nicht behebbarem Mangel*

1. Ist ein von einem hierauf spezialisierten Unternehmen zur Brauchwassergewinnung errichteter Brunnen funktionsuntauglich, weil er stark salzhaltiges Wasser fördert, so sind Ansprüche des Bestellers auf Schadensersatz nach §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB auch ohne Aufforderung zur Mangelbeseitigung begründet.

2. In Abhängigkeit vom konkreten Vertragsinhalt stellt das Fortbestehen des nutzlosen Bauwerks u.U. keinen Schaden dar, so dass keine Verpflichtung zum Rückbau besteht

OLG Naumburg, Urteil vom 16.05.2024, Az.: 2 U 79/23; NJW-RR 2024, 1409

\*\*\*\*\*

## 7. Prüf- und Hinweispflichten

### 1. Auftraggeberanweisung sticht Bedenkenanzeige: Arbeitseinstellung ist unzulässig!

1. (...)
2. Auch wenn der Auftragnehmer mehrfach schriftlich Bedenken gegen die Ausführung der Leistung mitgeteilt hat, scheidet ein Leistungsverweigerungsrecht aus, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer ausdrücklich angewiesen hat, mit den Arbeiten zu beginnen, und der Auftraggeber dadurch das Risiko einer mangelhaften Ausführung übernommen hat.

BGH, Urteil vom 01.02.2024, Az.: VII ZR 171/22; BauR 2024, 1082 = NZBau 2024, 466 = ZfBR 2024, 509 = IBR 2024, 226

\*\*\*\*\*

## 8. Vorteilsausgleich/Sowieso-Kosten

### 1. Geltendmachung von Ansprüchen der WEG; kein Abzug neu für alt

1. (...)
2. Ein Abzug „neu für alt“ kommt auch bei werkvertraglichen Mängelhaftungsansprüchen nicht in Betracht, sofern sich der Vorteil des Bestellers darin erschöpft, dass das Werk durch den zur Mangelbeseitigung erforderlichen Ersatz eines mangelhaften Teils durch ein neues Teil einen Wertzuwachs erfährt oder dass der Besteller durch die längere Lebensdauer des ersetzten Teils Aufwendungen erspart (Anschluss an BGH, Urteil vom 13. Mai 2022 - V ZR 231/20 -, juris Rn. 16).

3. (...)

OLG Stuttgart, Urteil vom 02.04.2024, Az.: 10 U 13/23 (Nichtzul.-Beschw. anhängig. – BGH, Az.: VII ZR 68/24); BauR 2024, 1230 = ZfBR 2024, 515

\*\*\*\*\*

## 9. Mitverschulden des AG

### 1. Leistung planlos ausgeführt: Mitverschuldenseinwand ausgeschlossen!

1. (...)
2. Werden Teilbereiche vertragswidrig überhaupt nicht geplant und ist der Mangel auf die unterlassene Planung zurückzuführen, kommt eine Mitverantwortung des Auftraggebers wegen eines Planungsverschuldens in Betracht. Voraussetzung für die Anrechnung eines Mitverschuldens ist aber, dass die Planungsverantwortung beim Auftraggeber verblieben ist und nicht ganz bzw. teilweise auf den Auftragnehmer delegiert wurde.



3. Übernimmt der Auftragnehmer Werkleistungen in Kenntnis des Umstands, dass der Auftraggeber keine oder nur eine unzureichende Planung zur Verfügung stellt, kann er sich grundsätzlich nicht auf ein Mitverschulden des Auftraggebers berufen.

OLG Köln, Urteil vom 12.08.2021, Az.: 7 U 144/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 14.02.2024, Az.: VII ZR 831/21); BauR 2024, 1534 = IBR 2024, 399

\*\*\*\*\*

## 2. *Gut Ding darf Weile haben!*

1. Der Bauherr muss die Mängelbeseitigung aus Gründen der Schadensminderung nicht schnellstmöglich, sondern erst dann vornehmen, wenn ihm dies möglich und zumutbar ist. Hierbei sind insbesondere seine Beweissicherungsinteressen und seine finanziellen Verhältnisse zu berücksichtigen. Vernünftige und wirtschaftlich vertretbare Notmaßnahmen zur Abwendung weiterer Schäden sind hingegen durchzuführen.
2. Den Bauherrn trifft auch kein Mitverschulden an der Untätigkeit des Unternehmers bei der Mängelbeseitigung und den daraus entstehenden Folgeschäden an seinem Eigentum oder seinem Vermögen.

OLG Stuttgart, Urteil vom 25.03.2022, Az.: 12 U 169/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.06.2023, Az.: VII ZR 67/22); BauR 2024, 539 = IBR 2024, 82

\*\*\*\*\*

## 3. *Mangel bei unzureichender Vorunternehmerleistung*

1. Ein Werk ist auch dann mangelhaft, wenn es die vereinbarte Funktion nur deshalb nicht erfüllt, weil die vom Besteller zur Verfügung gestellten Leistungen anderer Unternehmer, von denen die Funktionsfähigkeit des Werks abhängt, unzureichend sind. Der Unternehmer ist dann nicht für einen solchen Mangel verantwortlich, wenn er seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat.
2. Dem Besteller sind mangelhafte Leistungen des Vorunternehmers regelmäßig nicht im Wege des Mitverschuldens gemäß §§ 254 Abs. 1, 278 BGB zuzurechnen, weil der Vorunternehmer nicht als Erfüllungsgehilfe des Bestellers einzustufen ist.
3. Es kann dahinstehen, ob im Rahmen des § 254 BGB eine Obliegenheit des Bestellers anzunehmen ist, dem Unternehmer eine mangelfreie Vorunternehmerleistung zur Verfügung zu stellen. Jedenfalls kann nicht davon ausgegangen werden, dass die (unterstellt) verletzte Obliegenheit, eine mangelfreie Vorunternehmerleistung zur Verfügung zu stellen, gerade auch dem Zweck gedient hat, vor einer Schädigung infolge einer mangelhaften Leistung des Unternehmers zu schützen, so dass ein Mitverschulden des Bestellers aufgrund einer solchen Obliegenheitsverletzung nicht in Betracht kommt

OLG Hamm, Urteil vom 10.07.2024, Az.: 12 U 80/22; BauR 2025, 255 = ZfBR 2024, 648

\*\*\*\*\*

## 4. *Planungsmangel wiegt schwerer als ein unterlassener Bedenkenhinweis!*

1. Dem Besteller obliegt es, dem Unternehmer zuverlässige Pläne und Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Bedient er sich für die ihm obliegenden Planungsaufgaben eines Architekten, ist dieser sein Erfüllungsgehilfe im Verhältnis zum Bauunternehmer, so

dass der Besteller für das Verschulden des Architekten einstehen muss. Das gilt auch für den (verschuldensunabhängigen) Kostenvorschussanspruch.

2. Die vollständige Ausführungsplanung beinhaltet die zeichnerische Darstellung des Objekts mit allen für die Ausführung notwendigen Einzelangaben, so dass auf Grundlage der ausführungreifen Ausführungsplanung zunächst Leistungspositionen beschrieben sowie Mengen und Massen ermittelt werden können und schließlich auch die Bauausführung durch einen Unternehmer ermöglicht wird.
3. Liegt ein Mitverschulden vor, hängt der Umfang der Ersatzpflicht von einer Abwägung der Umstände des Falls ab, wobei insbesondere auf das Maß der beiderseitigen Verursachung abzustellen ist und erst in zweiter Linie auf das Maß des beiderseitigen Verschuldens. Es kommt für die Haftungsverteilung wesentlich darauf an, ob das Verhalten des Schädigers oder das des Geschädigten den Eintritt des Schadens in erheblich höherem Maße wahrscheinlich gemacht hat.

OLG Brandenburg, Urteil vom 10.10.2024, Az.: 10 U 80/23; IBR 2024, 633

\*\*\*\*\*

## 10. Gewährleistungsfristen/Verjährung

### 1. Vereinbarung einer abweichenden Verjährungsfrist im Abnahmeprotokoll?

1. Haben die Parteien im Zusammenhang mit der Vereinbarung einer 10-jährigen Gewährleistungsfrist geregelt, dass "hierzu (...) eine jährliche Wartung der Flachdächer erforderlich" sei, ist dies nicht dahin auszulegen, dass die vereinbarte Verjährungsfrist an die Beauftragung des Auftragnehmers mit der jährlichen Wartung geknüpft werden sollte.
2. Die Ausweisung einer vom Vertrag abweichenden Verjährungsfrist im Abnahmeprotokoll kann eine einvernehmliche Vertragsänderung beinhalten (hier verneint).

OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.04.2021, Az.: 21 U 50/20; IBR 2024, 620

\*\*\*\*\*

### 2. Dachreinigung und -beschichtung sind keine Bauwerksarbeiten!

Wird der Auftragnehmer mit Dachreinigungs- und -beschichtungsarbeiten (hier: Schließung von Poren zwecks Verzögerung weiterer Erosion und der Unterdrückung von Bewuchs) beauftragt, kommt dies einer Erneuerung des Daches nicht gleich. Derart konservierende und optische, nicht erneuernde Maßnahmen sind keine Bauwerksarbeiten, so dass Mängelansprüche des Auftraggebers der (nur) zweijährigen Verjährungsfrist unterliegen.

OLG Naumburg, Urteil vom 01.12.2022, Az.: 4 U 30/22 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 27.09.2023, Az.: VII ZR 2/23); IBR 2024, 18

\*\*\*\*\*

## XII. Verjährung (allgemein)

### 1. Keine AEntG-Unterlagen vorgelegt: Einbehalt vom Werklohn möglich!

1. (...)

2. Der Haftungsanspruch nach § 14 AEntG unterliegt der dreijährigen Verjährungsfrist. Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt jedoch erst ab Kenntniserlangung von der Beschäftigung zu laufen.

3. (...)

OLG München, Urteil vom 09.11.2021, Az.: 9 U 6562/20 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 19.07.2023, Az.: VII ZR 884/21); IBR 2024, 285

\*\*\*\*\*

### XIII. Allgemeine Schadensersatzansprüche

#### 1. Keine AEntG-Unterlagen vorgelegt: Einbehalt vom Werklohn möglich!

1. Wird in einem Nachunternehmervertrag vereinbart, dass der Nachunternehmer erforderliche Unterlagen für das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) vorzulegen hat, steht dem Auftragnehmer gegenüber der Werklohnforderung des Nachunternehmers ein Zurückbehaltungsrecht zu.

2. Der Haftungsanspruch nach § 14 AEntG unterliegt der dreijährigen Verjährungsfrist. Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt jedoch erst ab Kenntniserlangung von der Beschäftigung zu laufen.

3. Das Zurückbehaltungsrecht ist auf die Höhe der Haftungsgefahr begrenzt.

OLG München, Urteil vom 09.11.2021, Az.: 9 U 6562/20 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 19.07.2023, Az.: VII ZR 884/21); IBR 2024, 285

\*\*\*\*\*

#### 2. Einbau einer Fensteranlage: Keine Produkthaftung des Dachdeckers!

1. Der Materiallieferant ist regelmäßig nicht Erfüllungsgehilfe des Unternehmers. Der Unternehmer sagt (nur) zu, aus von ihm zu besorgendem Material das Werk zu erstellen.

2. Der Einbau einer Fensteranlage ist nicht als Produkt im Sinne des Produkthaftungsgesetzes anzusehen.

3. Ein Werkunternehmer wird allein durch Verwendung von Zulieferteilen nicht zum Hersteller im Sinne des Produkthaftungsgesetzes. Stellt er ein Bauwerk her und setzt er dieses aus unterschiedlichen Teilprodukten lediglich zusammen, haftet er nicht für einen Fehler des gesamten Bauwerks.

4. Der bloße Eindruck eines Bestellers, der von ihm beauftragte Unternehmer habe die verwendeten Bauteile selbst hergestellt, reicht als Anknüpfungspunkt für eine Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz nicht aus.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 08.07.2022, Az.: 15 U 99/22 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 20.04.2023, Az.: VI ZR 241/22); IBR 2023, 619

\*\*\*\*\*

#### XIV. Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 650e BGB)

##### 1. *Keine Löschung einer eingetragenen Bauhandwerkersicherungshypothek bei unverlangter Bürgschaftsstellung*

Der Anspruch auf Einräumung einer Bausicherungshypothek nach § 650e BGB wird nicht gem. § 650f Abs. 4 BGB durch die unverlangte Stellung einer Bürgschaft i.S.d. § 650f Abs. 1, Abs. 2 ausgeschlossen.

OLG Köln, Beschluss vom 13.03.2023, Az.: 2 Wx 257/22; NJW 2023, 3369 = NZBau 2024, 156

\*\*\*\*\*

##### 2. *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.

Kammergericht, Urteil vom 02.06.2023, Az.: 7 U 127/21; BauR 2024, 798 = IBR 2023, 569

\*\*\*\*\*

##### 3. *Keine Sicherungshypothek ohne Vertrag!*

1. Ein Anspruch des Unternehmers auf Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers (§ 650e BGB) setzt voraus, dass zwischen dem Besteller und dem Unternehmer ein Bauvertrag zu Stande gekommen ist.
2. (...)

OLG Oldenburg, Urteil vom 29.08.2023, Az.: 2 U 27/23 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 31.01.2024, Az.: VII ZR 179/23); IBR 2024, 290

\*\*\*\*\*

##### 4. *Dringlichkeit einer Verfügung nach 17 Monaten*

1. Handelt es sich bei § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB um eine widerlegbare Dringlichkeitsvermutung, kann dafür auch erheblich sein, ob der Antragsteller das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Eintragung einer Vormerkung für eine Bauhandwerkersicherungshypothek mit dem gebotenen Nachdruck im Verhältnis zu dem Hauptsachverfahren betreibt.
2. Ein Zeitraum von eineinhalb bis drei Jahren zwischen dem Abschluss der Bauarbeiten bzw. der Erstellung der Schlussrechnung kann nicht von vornherein als noch

unbedenklich zu beurteilen sein (Anschluss OLG Celle, Urteil vom 5. März 2015 - 13 U 12/15 und OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. Februar 2013 - 21 U 123/12).

3. Eine Dringlichkeitsvermutung zu Gunsten der Antragstellerin besteht nicht, wenn sie von Anfang März 2022 bis Ende Juli 2023, d.h. über etwa 17 Monate hinweg von der Beantragung einer einstweiligen Verfügung abgesehen hat, obwohl Bemühungen um eine außergerichtliche Lösung seit dem erstgenannten Zeitpunkt nicht mehr als erfolgversprechend angesehen werden konnten.

OLG Rostock, Beschluss vom 30.08.2023, Az.: 4 W 21/23; BauR 2024, 153 = IBR 2023, 622

\*\*\*\*\*

#### 5. Ausschöpfen gesetzlicher Fristen ist nicht dringlichkeitsschädlich!

1. Das volle Ausschöpfen der gesetzlichen Fristen zur Einlegung und Begründung einer Berufung lässt nur ganz ausnahmsweise die für eine einstweilige Verfügung erforderliche Dringlichkeit entfallen.
2. Eine solche Ausnahme kommt allenfalls in einem einfach gelagerten Fall in Betracht, wenn das Verhalten des Berufungsführers auch ansonsten zum Ausdruck bringt, dass ihm die Sache nicht eilbedürftig ist.

OLG Nürnberg, Urteil vom 24.10.2023, Az.: 3 U 965/23; IBR 2024, 106

\*\*\*\*\*

#### 6. Eilverfahren auf Vormerkungseintragung zu Bauhandwerkersicherungshypothek

1. Im Eilverfahren auf Eintragung einer Vormerkung zu einer Bauhandwerkersicherungshypothek ist dem Bauunternehmer für seine schlüssig dargelegte Vergütung eine Sicherheit ohne Klärung der Streitfragen zu gewähren, auch wenn die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des dargelegten Vergütungsanspruchs streitig sind.
2. Wenn der Besteller Mängel der erbrachten Bauleistung und die Höhe der Mängelbeseitigungskosten glaubhaft gemacht hat, sind diese von der zu sichernden Forderung abzuziehen.
3. Die Dringlichkeitsvermutung ist nicht allein dadurch widerlegt, dass der Bauunternehmer die einstweilige Verfügung erst elf Monate nach Abschluss seiner Arbeiten und nach ausgiebiger Korrespondenz über die wechselseitigen Ansprüche beantragt hat.

OLG Brandenburg Urteil vom 11.07.2024, Az.: 10 U 30/24; NJW 2024, 2998 = NZBau 2024, 621 = ZfBR 2024, 730 = IBR 2024, 517

\*\*\*\*\*

### XV. Bauhandwerkersicherheitsleistung (§ 650f BGB)

#### 1. Kündigung des Bauvertrags nach erfolgloser Bestimmung einer angemessenen Frist zur Leistung einer Sicherheit

1. Im Fall einer Kündigung eines Bauvertrags gemäß § 650f Abs. 5 BGB reicht grundsätzlich der schlüssige Vortrag des Unternehmers zur Höhe der Vergütung gemäß § 650f

Abs. 5 Satz 2 BGB aus, um hiernach die Höhe einer geforderten Sicherheit gemäß § 650f Abs. 1 BGB zu bemessen.

2. Ein Abzug bei der Höhe der Sicherheit unter Anwendung von § 287 Abs. 2 ZPO kommt nicht in Betracht (Bestätigung von BGH, Urte. v. 06.03.2014 - VII ZR 349/12 - BGHZ 200, 274)

BGH, Urteil vom 17.08.2023, Az.: VII ZR 228/22; BauR 2023, 2075 = NJW 2024, 44 = NZBau 2024, 208 = ZfBR 2023, 776 = IBR 2023, 566

\*\*\*\*\*

## 2. Begriff des Verbraucherbauvertrags und sukzessive Erteilung selbständiger Aufträge

1. (...)
2. Bei der Bemessung eines Sicherungsverlangens bleibt eine zur streitige zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung des Bestellers nach § 650f Abs. 1 Satz 4 BGB unberücksichtigt. Die Vorschrift erfasst nach ihrem Sinn auch eine bereits erklärte Aufrechnung (BGH, Urteil vom 17. August 2023 - VII ZR 228/22 Rn. 45, juris).

BGH, Urteil vom 26.10.2023, Az.: VII ZR 25/23; BauR 2024, 264 = NJW 2024, 672 = NZBau 2024, 213 = ZfBR 2024, 138

\*\*\*\*\*

## 3. Höhe der geschuldeten Sicherheit nach Kündigung des Auftragnehmers

1. Eine auf § 650f Abs. 5 Satz 1 Fall 2 BGB gestützte Kündigung des Unternehmers beeinflusst den Anspruch auf Gestellung einer Sicherheit gemäß § 650f Abs. 1 BGB dem Grunde nach nicht, sondern nur dessen Höhe.
2. Die vorzeitige Beendigung eines Bauvertrags lässt das Sicherheitsbedürfnis des Unternehmers nicht entfallen, weil dessen Anspruch auf die vereinbarte und nicht gezahlte Vergütung weiterhin der Sicherheit bedarf (Festhaltung BGH, Urteil vom 6. März 2014 - VII ZR 349/12).
3. Eine Sicherung kann in diesem Fall nicht mehr bezogen auf die ursprünglich vertraglich vereinbarte Vergütung gemäß § 631 Abs. 1 BGB, sondern nur noch bezogen auf die Vergütung in der Höhe verlangt werden kann, die als Rechtsfolge der wirksam erfolgten außerordentlichen Kündigung begehrt wird.
4. Gemäß § 650f Abs. 5 Satz 2 BGB kann der Unternehmer die vereinbarte Vergütung verlangen, muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erspart.
5. Haben die Parteien einen Pauschalpreisvertrag geschlossen, bestimmt sich die Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen nach dem Verhältnis des Werts der erbrachten Teilleistungen zum Wert der vereinbarten Gesamtleistung. Der Unternehmer muss deshalb das Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darlegen (Festhaltung BGH, Urteil vom 4. Mai 2000 - VII ZR 53/99).

BGH, Urteil vom 18.01.2024, Az.: VII ZR 34/23; BauR 2024, 929 = NJW 2024, 1501 = NZBau 2024, 263 = ZfBR 2024, 304

\*\*\*\*\*

#### 4. Taggenauer Verjährungsbeginn des Anspruchs auf Bauhandwerkersicherung

1. Die dreijährige Verjährungsfrist des Anspruchs auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung nach § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB (in der Fassung vom 23. Oktober 2008) beginnt in entsprechender Anwendung von § 604 Abs. 5, § 695 Satz 2, § 696 Satz 3 BGB taggenau mit dem Verlangen des Unternehmers nach Sicherheit.
2. Verlangt der Unternehmer nur für einen Teil seiner Vergütungsforderung eine Bauhandwerkersicherung, beginnt die Verjährung nur für diesen geltend gemachten Teil, nicht für den restlichen Vergütungsanspruch.

BGH, Urteil vom 21.11.2024, Az.: VII ZR 245/23; NZBau 2025, 83 = ZfBR 2025, 35 = IBR 2025, 69

\*\*\*\*\*

#### 5. Darlegung des zu sichernden Vergütungsanspruchs

1. Im Hinblick auf den vertraglichen Anspruchsgrund – insbesondere das wirksame Zustandekommen des Bauvertrags – genügt im Rahmen von § 648a BGB a.F. nicht lediglich eine schlüssige Darlegung, sondern hierüber ist ggf. Beweis zu erheben.
2. Hinsichtlich der Höhe des zu sichernden Vergütungsanspruchs reicht eine schlüssige Darlegung des Unternehmers dazu aus, dass ein Vergütungsanspruch bereits besteht oder noch entstehen kann („voraussichtlicher Vergütungsanspruch“). Regelmäßig nicht erforderlich ist, dass der Anspruch fällig oder durchsetzbar ist, es sei denn, aus dem Vertrag bestehen offensichtlich Ansprüche nicht mehr bzw. können offensichtlich nicht mehr entstehen bzw. sind offensichtlich nicht durchsetzbar.
3. Sind die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des dargelegten Vergütungsanspruchs streitig, ist dem Unternehmer für seine schlüssig dargelegte Vergütung eine Sicherheit ohne Klärung der Streitfragen zu gewähren, es sei denn, die Klärung der Streitfragen führt nicht zu einer Verzögerung des Rechtsstreits.
4. Sofern dies den Rechtsstreit verzögert, kann der Besteller nicht mit der streitigen Behauptung gehört werden, es lägen die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund vor bzw. die tatsächlichen Voraussetzungen für die vereinbarte Vergütung (sei es für die erbrachten oder nicht erbrachten Leistungen) lägen nicht vor (z.B. weil die berechneten Mengen nicht geleistet worden seien).
5. Sind bei einem vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrag nur noch ganz geringfügige Leistungen ausstehend, kann der Werklohnanspruch, sofern keine kalkulatorischen Verschiebungen zu Lasten des Auftraggebers verdeckt werden können, auch auf die Weise berechnet werden, dass die nicht erbrachte Leistung bewertet und der so ermittelte Betrag von der Gesamtvergütung abgezogen wird.
6. Wenn die Parteien den Pauschalpreis auf der Grundlage eines nach Einheitspreisen aufgeschlüsselten Angebots des Unternehmers, insbesondere durch Abrundung, vereinbart haben, so kann dies ein brauchbarer Anhaltspunkt für die Berechnung der

Vergütung für die erbrachten Leistungen sein. Ein Nachlass auf den Endpreis des Einheitspreisangebots ist entsprechend zu berücksichtigen.

7. Ein Abzug des Sicherheitseinbehalts, der in der Schlussrechnung berücksichtigt worden ist, ist im Rahmen der vorstehenden Berechnung des Anspruchs gem. § 648a BGB a.F. nicht (zusätzlich) vorzunehmen, da insoweit noch von einem „voraussichtlichen Vergütungsanspruch“ im o.a. Sinne auszugehen ist.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.02.2022, Az.: I-21 U 67/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 30.08.2023, Az.: VII ZR 44/22); BauR 2024, 1048 = IBR 2024, 401 = IBR 2024, 457

\*\*\*\*\*

## 6. *Bankbürgschaft übersendet: Anspruch auf Bauhandwerkersicherheit erfüllt!*

Verlangt der Auftragnehmer vom Auftraggeber die Stellung einer Bauhandwerkersicherheit gem. § 650f BGB, wird der Anspruch auf Sicherheitsleistung durch Übersendung einer Bürgschaftsurkunde und deren Entgegennahme durch den Auftragnehmer erfüllt. Das gilt auch dann, wenn die Vertretungsmacht der Unterzeichner der Bürgschaftsurkunde nicht hinreichend nachgewiesen ist.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 03.03.2023, Az.: 22 U 111/22; IBR 2023, 621

\*\*\*\*\*

## 7. *Scharf, schärfer, Bauhandwerkersicherheit!*

1. Das Sicherungsverlangen ist nicht an eine bestimmte Form gebunden. Dass mit dem Sicherungsverlangen nicht zugleich die Kostenübernahme angeboten wird, ist ebenso unschädlich wie der Umstand, dass die Art der Sicherheit offengelassen wird.
2. Ein überhöhtes Sicherheitsverlangen begründet nicht dessen Unwirksamkeit. Vielmehr ist es dann grundsätzlich am Besteller, eine angemessene Sicherheit zu leisten.
3. Im Regelfall ist eine Frist zur Sicherheitsleistung von sieben bis 10 Kalendertagen als angemessen anzusehen. Eine unangemessen kurze Fristsetzung führt nicht zur Unwirksamkeit des Sicherungsverlangens, sondern setzt eine angemessene Frist in Gang.
4. Verhandlungen über die Art und Höhe einer zu leistenden Sicherheit oder alternativ zu einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung führen weder zur Hemmung der gesetzten Frist, noch begründen sie eine Pflicht, die Verhandlungen eindeutig abzubrechen und eine neue Frist zu setzen. Der Unternehmer muss weder ankündigen noch androhen, ob er von seinen Rechten im Fall einer Nichtleistung der Sicherheit Gebrauch macht.
5. Eine weitere Fristsetzung ist auch dann nicht erforderlich, wenn der Unternehmer zunächst die weitere Leistungserbringung verweigert. Er ist ohne weitere Fristsetzung berechtigt, anschließend die Kündigung auszusprechen.
6. Es stellt keine unzulässige Rechtsausübung und auch keinen Verstoß gegen das bauvertragliche Kooperationsgebot dar, wenn dem Sicherungsverlangen des Unternehmers auch andere Motive als die bloße Erlangung einer Sicherheit zu Grunde liegen.

OLG Köln, Beschluss vom 08.05.2023, Az.: 17 U 70/22 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.04.2024, Az.: VII ZR 110/23); IBR 2024, 515



\*\*\*\*\*

**8. Ist eine befristete Bürgschaft eine geeignete Bauhandwerkersicherheit?**

1. Die Stellung einer befristeten Bauhandwerkersicherheit lässt den fruchtlosen Fristablauf jedenfalls dann unberührt, wenn der Unternehmer die Sicherheit unverzüglich als unzureichend zurückweist.
2. Eine Frist zur Stellung einer Bauhandwerkersicherheit von einer Woche kann zu einem Großauftrag gegenüber einem professionellen Besteller ausnahmsweise angemessen sein.

OLG Hamburg, Urteil vom 23.05.2023, Az.: 4 U 124/22; IBR 2024, 292

\*\*\*\*\*

**9. Trotz doppelter Kündigung: Volle Vergütung nur bei voller Leistung!**

1. Kündigt der Unternehmer den Bauvertrag, nachdem er dem Besteller erfolglos eine Frist zur Stellung einer Bauhandwerkersicherung gesetzt hat, steht ihm eine Vergütung für erbrachte Leistungen nur insoweit zu, als er die Leistung tatsächlich erfüllt, also mangelfrei erbracht hat.
2. Zum Kündigungszeitpunkt vorhandene Mängel beschränken (zunächst) den Umfang des dem Unternehmer für die erbrachten Leistungen zustehenden Vergütungsanspruchs. Er hat insoweit die Wahl, entweder die Mängel zu beseitigen und die volle Vergütung zu erlangen, oder, sich ohne Mängelbeseitigung auf eine gekürzte Vergütung zu beschränken.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.11.2023, Az.: 5 U 33/23; BauR 2024, 1055 = IBR 2024, 403

\*\*\*\*\*

**10. Stellung einer Bauhandwerkersicherheit – Höhe der Vollstreckungssicherheit**

Bei vorläufig vollstreckbarer Verurteilung des Bestellers in Leistung einer Bauhandwerkersicherheit (§ 650f BGB nF/§ 648a BGB aF) bemisst sich die nach § 709 ZPO festzusetzende Sicherheitsleistung des Unternehmers für die Vollstreckung der Hauptsache grundsätzlich nicht nach der vollen Höhe der Bauhandwerkersicherheit, sondern nach den voraussichtlichen Aufwendungen des Bestellers für die Stellung einer Avalbürgschaft.

OLG Frankfurt, Urteil vom 16.02.2024, Az.: 21 U 65/23; BauR 2024, 1545 = NJW 2024, 1823 = NZBau 2024, 471 = IBR 2024, 175

\*\*\*\*\*

**11. Fälligkeit und Höhe des Werklohns – Kündigung wegen fehlender Sicherheit**

1. (...)
4. Ist der Leistungsschuldner des Werklieferungsvertrages Verwender der VOB/B, setzt die Fälligkeit seines Zahlungsanspruchs die Abnahme seiner Leistungen voraus. Die §§ 377, 381 HGB wegen § 307 BGB sind nicht anwendbar. Auf § 650 f BGB kann er nicht zurückgreifen.

5. (...)
6. Soweit eine Kündigung gem. § 650 f Abs. 1 und 5, Satz 1, 2. Alt. BGB wegen einer nicht geleisteten Sicherheit durchgreift, wird der Werklohnanspruch des Unternehmers jedenfalls dann ohne Abnahme fällig, wenn im Zeitpunkt der Kündigung alle Leistungen erbracht sind und Anlass der Kündigung allein der auch die Abnahme verhindernde Streit über deren Mangelhaftigkeit ist.
7. Die Kündigungsvergütung gem. § 650 f Abs. 5 Satz 2 BGB bemisst sich an der vereinbarten Vergütung abzüglich infolge der Vertragsaufhebung ersparter Aufwendungen. Deswegen sind von der vereinbarten Vergütung die Aufwendungen abzuziehen, welche sich der Kläger infolge der durch die Kündigung entfallenen Mängelbeseitigung erspart hat.

OLG Oldenburg, Urteil vom 05.03.2024, Az.: 2 U 115/23; BauR 2025, 108 = NJW 2024, 1663 = NZBau 2024, 548 = IBR 2024, 218

\*\*\*\*\*

### *12. Vorläufige Vollstreckbarkeit von § 650f BGB-Urteil: Sicherheit in Höhe der Avalzinsen erforderlich!*

Die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urteils, das den Besteller zur Stellung einer Sicherheit gem. § 650f BGB verurteilt, darf von einer Sicherheit (nur) in Höhe der üblichen, für die gesamte Dauer des Verfahrens zu erwartenden Avalzinsen für die Stellung einer Bankbürgschaft, der gegebenenfalls für einen Prozess zur Freigabe der Sicherheit anfallenden Kosten und eines Unsicherheitszuschlags abhängig gemacht werden.

OLG Brandenburg, Urteil vom 14.03.2024, Az.: 12 U 210/23; IBR 2024, 293

\*\*\*\*\*

### *13. Bauhandwerkersicherung bei gemischten Verträgen nur, wenn der Schwerpunkt im Bauvertragsrecht liegt*

1. (...)
2. Die Regelung zur Bauhandwerkersicherung gem. § 650f BGB ist auf einen gemischten Vertrag anwendbar, wenn der Schwerpunkt des Vertrags im Bauvertragsrecht liegt, es sei denn die Eigenart des Vertrags wäre hierdurch nicht richtig gewürdigt.
3. (...)

OLG München, Urteil vom 09.04.2024, Az.: 9 U 4221/23; BauR 2025, 128 = ZfBR 2024, 414 = IBR 2024, 352

\*\*\*\*\*

### *14. Bemessung der Sicherheitsleistung bei Stellung einer Bauhandwerkersicherung*

1. Die erstinstanzliche Verurteilung eines Werkbestellers zur Sicherheitsleistung aufgrund von § 650f BGB ist zugunsten des Unternehmers nur gegen Sicherheitsleistung gem. § 709 ZPO für vorläufig vollstreckbar zu erklären.
2. Die Vollstreckungssicherheit gem. § 709 ZPO ist nicht mit dem Betrag der Sicherheit gem. § 650f BGB (eventuell mit einem Zuschlag) anzusetzen. Sie ist an den

geschätzten Kosten zu orientieren, die dem Besteller durch die ausgeurteilte Sicherheitsleistung im Zeitraum ab Erlass des erstinstanzlichen Urteils bis zum rechtskräftigen Abschluss des Sicherungsprozesses entstehen können.

Kammergericht, Urteil vom 07.05.2024, Az.: 21 U 129/23; NJW 2024, 2045 = NZBau 2024, 554 = ZfBR 2024, 529 = IBR 2024, 402

\*\*\*\*\*

### 15. Anforderungen an das Verlangen nach einer Bauhandwerkersicherheit

1. Im Prozess auf Stellung der Sicherheit gem. § 650f Abs. 1 BGB ist ein Streit über die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des Vergütungsanspruchs nicht zugelassen. Sind die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des dargelegten Vergütungsanspruchs streitig, ist dem Unternehmer für seine schlüssig dargelegte Vergütung eine Sicherheit ohne Klärung der Streitfragen zu gewähren (Anschluss an BGH, Urteil vom 6. März 2014 - VII ZR 349/12, BGHZ 200, 274 ff, BauR 2014, 992).
2. Im Falle einer Kündigung eines Bauvertrages gem. § 650f Abs. 5 BGB reicht ebenfalls grundsätzlich der schlüssige Vortrag des Unternehmers zur Höhe der Vergütung aus, um hiernach die Höhe der geforderten Sicherheit gem. § 650f Abs. 1 BGB zu bemessen. Die Vorlage einer prüfbaren Schlussrechnung ist nicht erforderlich.
3. Der Anspruch auf Stellung einer Sicherheit gem. § 650f Abs. 1 BGB geht nach Kündigung des Vertrages nicht unter. Dies gilt insbesondere, wenn der Auftraggeber die Beseitigung von Mängeln fordert.
4. Bei Kündigungserklärungen beider Parteien ist unerheblich, welche Kündigungserklärung den Vertrag beendet hat.

OLG Frankfurt, Urteil vom 24.06.2024, Az.: 29 U 100/22; BauR 2025, 121 = ZfBR 2024, 636

\*\*\*\*\*

### 16. Keine Bauhandwerkersicherheit, keine Mängelbeseitigung!

1. Ein Unternehmer kann grundsätzlich auch dann noch eine Bauhandwerkersicherung verlangen, wenn er nur noch Mängelbeseitigungsmaßnahmen vorzunehmen hat. Wird die Sicherheit nicht gestellt, ist der Unternehmer berechtigt, die Mängelbeseitigung zu verweigern.
2. Nach Beendigung des Nacherfüllungsstadiums besteht der Vergütungsanspruch des Unternehmers jedoch nur, soweit die Leistung mangelfrei erbracht wurde. Ist die Leistung mangelhaft, hat der Unternehmer nur Anspruch auf die um den Minderwert aufgrund der Mängel gekürzte Vergütung.
3. Nach Beendigung des Nacherfüllungsstadiums kann eine Nacherfüllung und folglich auch ein Vorschuss zur Mängelbeseitigung vom Besteller nicht mehr verlangt werden.

OLG Schleswig, Urteil vom 24.07.2024, Az.: 12 U 75/23; NJW-RR 2024, 1529 = NZBau 2025, 27 = IBR 2024, 570

\*\*\*\*\*

## XVI. Rügepflichten nach HGB

### 1. Fälligkeit und Höhe des Werklohns – Kündigung wegen fehlender Sicherheit

1. (...)

4. Ist der Leistungsschuldner des Werklieferungsvertrages Verwender der VOB/B, setzt die Fälligkeit seines Zahlungsanspruchs die Abnahme seiner Leistungen voraus. Die §§ 377, 381 HGB wegen § 307 BGB sind nicht anwendbar. Auf § 650 f BGB kann er nicht zurückgreifen.

5. (...)

OLG Oldenburg, Urteil vom 05.03.2024, Az.: 2 U 115/23; BauR 2025, 108 = NJW 2024, 1663 = NZBau 2024, 548 = IBR 2024, 218

\*\*\*\*\*

## B. Bauvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der VOB

### I. VOB-Anwendungsbereich

#### 1. Auslegung von Klauseln in einem Bauvertrag über die Ausführungszeit und über den Verzugszins

1. Die Bezugnahme im schriftlichen Vertrag auf die VOB/B reicht gegenüber Vertragspartnern, die im Baurecht nicht bewandert sind und bei Vertragsschluss nicht durch einen erfahrenen Fachmann vertreten sind, zur Einbeziehung der VOB/B nicht aus. Auch wenn der Besteller selbst von der Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag ausgegangen ist, reicht dies nicht aus. Vielmehr wird die VOB/B nur dann in den Vertrag wirksam einbezogen, wenn dem Besteller Gelegenheit gegeben wird, den vollständigen Text der VOB/B zur Kenntnis zu nehmen.

2. (...)

OLG Köln, Urteil vom 11.02.2021, Az.: 11 U 128/19 (Nicht-Zul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.02.2023, Az.: VII ZR 174/21); BauR 2024, 659

\*\*\*\*\*

#### 2. VOB/B-Vertrag mit Nicht-Bauunternehmer: Wie ist die VOB/C auszulegen?

1. Wird die VOB/C in einen Vertrag mit einem "Nicht-Bauunternehmer" einbezogen, ist bei der Auslegung der Abrechnungsbestimmungen in Abschnitt 5 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV DIN 18299 ff.) nicht auf die Verkehrssitte unter Vertragspartnern des Baugewerbes abzustellen. Vielmehr ist entscheidend, wie ein verständiger, redlicher und rechtlich nicht vorgebildeter "Nicht-Bauunternehmer" die maßgeblichen Regelungen ausgehend vom Wortlaut sowie von Sinn und Zweck her verstehen muss.

2. Ein als natürliche Person agierender Bauherr eines großflächigen Bürokomplexes, der unter Zuhilfenahme eines Architekturbüros Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, ist nicht ohne Weiteres ein gewerblich handelnder Bauunternehmer.

3. Die gewerbliche Verkehrssitte ist nur dann von entscheidender Bedeutung, wenn der Wortlaut sowie Sinn und Zweck nicht zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis führen.

OLG Köln, Beschluss vom 13.09.2021, Az.: 7 U 128/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 05.07.2023, Az.: VII ZR 853/21); IBR 2024, 447

\*\*\*\*\*

### 3. Reichweite der Anerkennungswirkung eines gemeinsamen Aufmaßes

1. Bei im Bauwesen bewanderten Vertragsparteien kann deren Wille, die VOB/B in den Vertrag einzubeziehen, auch aus weiteren vereinbarten Vertragsbedingungen herzuleiten sein, die sich auf die VOB/B beziehen.
2. Für Rodungsarbeiten zur Vorbereitung baulicher Maßnahmen kann die VOB/B ungeachtet dessen vereinbart werden, dass solche Arbeiten nicht selbst als Bauleistungen zu qualifizieren sind.
3. (...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 20.07.2023, Az.: 10 U 14/23; BauR 2023, 2105 = NJW-RR 2024, 150 = NZBau 2024, 90 = IBR 2023, 446

\*\*\*\*\*

### 4. Fälligkeit und Höhe des Werklohns – Kündigung wegen fehlender Sicherheit

1. (...)
2. Die pauschale Einbeziehung der VOB/B in Werklieferungsverträge zwischen Unternehmen ist möglich. Das Anwendungsprivileg des § 310 I BGB findet in diesen Fällen keine Anwendung.
3. Auf die Unwirksamkeit nach § 305c BGB oder einzelner Regelungen der VOB/B nach § 307 BGB in einem Werklieferungsvertrag kann sich der Verwender der VOB/B nicht berufen, sondern allein sein Vertragspartner.
4. Ist der Leistungsschuldner des Werklieferungsvertrages Verwender der VOB/B, setzt die Fälligkeit seines Zahlungsanspruchs die Abnahme seiner Leistungen voraus. Die §§ 377, 381 HGB wegen § 307 BGB sind nicht anwendbar. Auf § 650 f BGB kann er nicht zurückgreifen.
5. (...)

OLG Oldenburg, Urteil vom 05.03.2024, Az.: 2 U 115/23; BauR 2025, 108 = NJW 2024, 1663 = NZBau 2024, 548 = IBR 2024, 218

\*\*\*\*\*

## II. VOB/AGB-Inhaltskontrolle

### 1. Vortragsanforderungen zu bauzeitbezogenen Ansprüchen des Auftragnehmers

1. Sieht eine vom Auftraggeber in einen Bauvertrag neben der VOB/B einbezogene Klausel vor, dass der Auftragnehmer sich mit weiteren Auftragnehmern abzustimmen hat,

um eine gegenseitige Gefährdung und die Gefährdung Dritter zu vermeiden, liegt eine Abweichung von § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B 2012 vor, die zu Lasten des Auftraggebers als Verwender zu einer Inhaltskontrolle der VOB/B nach § 307 BGB führt.

2. 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand.

3. (...)

OLG Stuttgart, Urteil vom 12.12.2023, Az.: 10 U 22/23; BauR 2024, 803 = NJW-RR 2024, 570 = NZBau 2024, 349 = IBR 2024, 220

\*\*\*\*\*

## 2. Bauvertrag mit Verbraucher: Keine fiktive Abnahme nach VOB/B!

1. Die Abnahmefiktion nach § 12 Abs. 5 VOB/B hält jedenfalls bei Verbraucherverträgen der Inhaltskontrolle nicht stand und ist unwirksam.

2. Die Vertretung durch einen Architekten bei Vertragsschluss ändert nichts an der Verbrauchereigenschaft.

OLG Brandenburg, Urteil vom 15.08.2024, Az.: 10 U 100/23; IBR 2024, 562

\*\*\*\*\*

## 3. 60-tägige Frist für Rechnungsprüfung ist zu lang!

Die Regelung des § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B, wonach sich die Frist für die Fälligkeit des Anspruchs auf Schlusszahlung auf bis zu 60 Tage verlängert, wenn dies vereinbart wurde und aufgrund der besonderen Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist, ist unwirksam, wenn keine die Fristverlängerung rechtfertigenden Umstände (z. B. die besondere Komplexität des Bauvorhabens) vorliegen.

LG Berlin, Urteil vom 07.09.2023, Az.: 12 O 225/20; IBR 2024, 394

\*\*\*\*\*

## III. Leistungsbeschreibung/Leistungssoll

### 1. Was bedeutet "schlüsselfertig"?

Der Begriff "schlüsselfertig" ist die funktionale Beschreibung des Leistungsinhalts. Daher gehen konkrete Leistungsbeschreibungen vor. Nur soweit diese Lücken aufweisen, können diese durch die Schlüsselfertigkeitsklausel gefüllt werden. Eine Lücke liegt aber nicht vor, wenn ausdrücklich bestimmte Leistungen herausgenommen werden.

OLG Braunschweig, Urteil vom 16.01.2020, Az.: 8 U 2/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.11.2022, Az.: VII ZR 22/20); IBR 2024, 6

\*\*\*\*\*

2. *Was in die Einheitspreise einzurechnen ist, kann sich auch aus den LV-Vorbemerkungen ergeben!*

Eine vom Auftraggeber vorformulierte Klausel in den Vorbemerkungen des Leistungsverzeichnisses, wonach die Kosten für die Erstellung der Dokumentation in die Einheitspreise einzurechnen sind, ist nicht intransparent.

OLG Frankfurt, Urteil vom 27.02.2023, Az.: 29 U 117/20; IBR 2024, 161

\*\*\*\*\*

**IV. Preisanpassung bei EP-Vertrag**

1. *Wird die VOB/B nicht vereinbart, gibt es keinen Mindermengenausgleich!*

1. Enthält ein Bau- oder Werkvertrag keine Regelung zu Mengenmehrungen oder -minderungen (wie etwa § 2 Abs. 3 VOB/B), bleibt der vereinbarte (Einheits-)Preis auch bei Mengenabweichungen von über 10 % grundsätzlich unverändert.
2. Mindermengen von 14,2% sind dem Auftragnehmer nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) regelmäßig zumutbar.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.04.2024, Az.: 23 U 86/23; IBR 2024, 392

\*\*\*\*\*

2. *Berechnung der Preisanpassung bei Mindermengen im VOB-Vertrag*

1. Eine Preisanpassung wegen Mindermengen nach § 2 III VOB/B ist durch eine kalkulatorische Fortschreibung der im Leistungsverzeichnis vereinbarten Preise zu ermitteln (Abgrenzung zu BGH NZBau 2019, 706 = NJW 2020, 337).
2. (...)

LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 18.12.2023, Az.: 12 O 8630/20; BauR 2024, 1218 = NJW-RR 2024, 834 = NZBau 2024, 278 = IBR 2024, 344

\*\*\*\*\*

**V. Nachträge**

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

1. *Anordnung und Behinderungsanzeige*

1. Eine Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B erfordert eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Auftraggebers, mit der einseitig eine Änderung der Vertragspflichten des Auftragnehmers herbeigeführt werden soll (Fortführung von BGH, Urteil vom 9. April 1992 - VII ZR 129/91).
- 2a. Ob ein Verhalten oder eine Erklärung des Auftraggebers als Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B auszulegen ist, beurteilt sich nach §§ 133, 157 BGB.
- 2b. Liegt eine Störung des Vertrags aufgrund einer Behinderung vor, die faktisch zu einer Bauzeitverzögerung führt, und teilt der Auftraggeber dem Auftragnehmer den

Behinderungstatbestand und die hieraus resultierende Konsequenz mit, dass die Leistungen derzeit nicht erbracht werden können, liegt nach diesem Maßstab keine Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B vor.

- 2c. Auch die Übermittlung von Bauablaufplänen stellt keine Anordnung des Auftraggebers im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B dar, wenn mit ihnen lediglich auf behinderungsbedingte Störungen des Vertrags reagiert wird. Dies gilt auch, wenn darin im Hinblick auf die Behinderungen und die deshalb gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B verlängerten Ausführungsfristen zeitliche Konkretisierungen erfolgen.
3. Der Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B setzt voraus, dass die Bauzeitverzögerung adäquat-kausal durch hindernde Umstände verursacht worden ist, die auf der Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch den Auftraggeber beruhen. Umstände aus der Risikosphäre des Auftraggebers, die nicht auf einer Pflichtverletzung beruhen, genügen nicht als Voraussetzung dieses Anspruchs (Bestätigung von BGH, Urteil vom 20. Oktober 2005 - VII ZR 190/02; Urteil vom 21. Oktober 1999 - VII ZR 185/98 und Urteil vom 16. Oktober 1997 - VII ZR 64/96).

BGH, Urteil vom 19.09.2024, Az.: VII ZR 10/24; BauR 2025, 102 = NJW 2024, 3716 = ZfBR 2024, 722 = IBR 2024, 614 = IBR 2024, 615 = IBR 2024, 616

\*\*\*\*\*

## 2. *Es gibt sie doch noch, die vorkalkulatorische Preisfortschreibung!*

1. Gehen die Parteien eines VOB/B-Vertrags übereinstimmend davon aus, dass die Berechnung des neuen Einheitspreises bei Mengenänderungen im Wege der sog. vorkalkulatorischen Fortschreibung (und nicht anhand tatsächlicher oder üblicher Kosten) zu erfolgen hat, ist das Gericht daran gebunden.
2. Im Fall der sog. vorkalkulatorischen Preisfortschreibung ist der Preis für die Mehrmengen nicht aus den Preisen herzuleiten, die der Auftragnehmer mit seinen Nachunternehmern tatsächlich vereinbart hat. Die Ermittlung des neuen Einheitspreises für die 110 Prozent übersteigende Menge ist vielmehr so vorzunehmen, wie wenn zur Zeit der Angebotsabgabe die erhöhte Ausführungsmenge bekannt gewesen und der Einheitspreis auf dieser Grundlage kalkuliert worden wäre.
3. Macht der Auftraggeber eine geänderte Vergütung geltend, muss er dies auf der Grundlage der Urkalkulation des Auftragnehmers tun. Ist sie ihm nicht bekannt, ist der Auftragnehmer aus dem Kooperationsgebot verpflichtet, die Urkalkulation vorzulegen.

OLG Hamm, Urteil vom 02.12.2021, Az.: 21 U 68/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 06.12.2023, Az.: VII ZR 6/22); IBR 2024, 221

\*\*\*\*\*

## 3. *Herausnahme von Teilleistungen ist keine Änderung des Bauentwurfs!*

1. Die Regelung des § 1 Abs. 3 VOB/B deckt nur die Anordnung von Änderungen des Bauentwurfs. Der Bauentwurf beinhaltet alles, was nach der gesamten Leistungsbeschreibung in technischer Hinsicht Vertragsinhalt geworden ist.
2. Aus § 1 Abs. 3 VOB/B lässt sich kein Recht zu unmittelbaren, den bautechnischen Leistungsumfang selbst nicht betreffenden Änderungen der vertragsrechtlichen



Rahmenbedingungen herleiten. Nicht von § 1 Abs. 3 VOB/B gedeckt ist auch die Herausnahme von Teilleistungen zur Selbstübernahme oder zur anderweitigen Vergabe.

OLG Hamm, Urteil vom 02.12.2021, Az.: 21 U 68/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 06.12.2023, Az.: VII ZR 6/22); IBR 2024, 279

\*\*\*\*\*

#### 4. Vergütung zusätzlicher Leistungen auf der Basis der Urkalkulation!?

Die Höhe der Vergütung für eine zusätzliche Leistung muss sich im VOB/B-Vertrag an den Preisermittlungsgrundlagen der bisherigen vertraglichen Leistung orientieren. Der für die Nachtragsleistung geforderte Preis muss - soweit das möglich ist - auf der Basis des Hauptangebots kalkuliert werden. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Parteien eine Preisbildung auf Basis der Urkalkulation vereinbart haben.

OLG München, Beschluss vom 28.10.2022, Az.: 27 U 157/22 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.08.2023, Az.: VII ZR 198/22); IBR 2024, 111

\*\*\*\*\*

#### 5. Übergabe geänderter Pläne = Änderung des Bauentwurfs?

1. Die Anordnung einer Änderung des Bauentwurfs kann in der Übergabe geänderter Pläne liegen. Es ist nicht notwendig, dass der Auftraggeber dabei den Willen hat, das beschriebene Leistungssoll zu ändern. Er kann auch davon ausgehen, die geforderte Ausführung gehöre zur vertraglichen Leistung und sei mit den vereinbarten Preisen abgegolten.
2. Notwendig ist jedoch, dass der Auftragnehmer die Erklärung oder das Verhalten des Auftraggebers als Änderungsanordnung auffassen darf. Der Auftragnehmer muss annehmen dürfen, dass dem Auftraggeber bewusst ist, dass er etwas anderes will als ursprünglich vereinbart.
3. Muss der Auftragnehmer erkennen, dass der Auftraggeber die Leistungsbeschreibung anders versteht als er, hat er den Auftraggeber darauf hinzuweisen, dass er bei seiner Kalkulation von anderen Voraussetzungen ausgegangen ist und durch die vorgesehene Ausführung ein Mehraufwand entstehen wird. Nur dann darf er in der Übergabe geänderter Pläne eine Änderungsanordnung sehen.

OLG Schleswig, Urteil vom 09.12.2022, Az.: 1 U 29/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 25.10.2023, Az.: VII ZR 247/22); BauR 2024, 1515 = IBR 2024, 162

\*\*\*\*\*

#### 6. Berechnung des Anspruchs aus § 2 Abs. 6 VOB/B auf der Grundlage der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung

1. Der neue Preis gem. § 2 Abs. 6 VOB/B muss sich an den Preisermittlungsgrundlagen der bisherigen vertraglichen Leistung orientieren. Der für die Nachtragsleistung geforderte Preis muss auf der Basis des Hauptangebots kalkuliert werden, soweit das möglich ist. Die Urkalkulation des Auftragnehmers wird also bei der Ermittlung der Nachtragsvergütung fortgeschrieben.
2. (...)

Kammergericht, Urteil vom 17.01.2023, Az.: 27 U 11/22 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 25.10.2023, Az.: VII ZR 33/23); BauR 2024, 778

\*\*\*\*\*

*7. Zusatzleistung nach § 2 Abs. 6 VOB/B: Vergütung nach tatsächlich erforderlichen Kosten?*

1. Die Höhe der Vergütung für eine zusätzliche Leistung i.S.v. § 2 Abs. 6 VOB/B bemisst sich nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge, wenn sich die Parteien nicht über die Nachtragshöhe einigen können.
2. Der Auftragnehmer muss substantiiert zu den tatsächlich angefallenen Mehrkosten vortragen. Das gilt auch dann, wenn der Auftragnehmer mit seinem Nachunternehmer einen Pauschalpreisvertrag geschlossen hat, der auch andere Arbeiten umfasst.

OLG München, Beschluss vom 03.02.2023, Az.: 28 U 5927/22 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 25.10.2023, Az.: VII ZR 44/23); IBR 2024, 222

\*\*\*\*\*

*8. Bauzeitlich bedingte Mehrkosten als Teil des Anspruchs nach § 2 Abs. 5 VOB/B*

1. Der Anspruch auf Mehrvergütung aus § 2 Abs. 5 VOB/B umfasst auch solche Mehrkosten, die sich aus mittelbaren bauzeitlichen Auswirkungen der Anordnungen nach § 1 Abs. 3 VOB/B ergeben.
2. Im Rahmen der Darlegung eines Anspruchs wegen Bauverzögerung bzw. auf zeitabhängige Mehrkosten ist eine baustellenbezogene Darstellung der Ist- und Sollabläufe notwendig, die die Bauzeitverlängerung nachvollziehbar macht. Seitens des Auftragnehmers muss vorgetragen werden, welche vertragliche, zusätzliche oder geänderte Leistung konkret welche Verlängerung der Bauzeit verursacht hat, um dem Auftraggeber und dem Gericht die Möglichkeit der Nachprüfung des vom Auftragnehmer behaupteten Kausalverlaufs zu eröffnen.
3. Der Empfänger von Nachtragsangeboten darf grundsätzlich davon ausgehen, dass der Anbieter alle mit der Durchführung der Nachtragsarbeiten verbundenen Kosten in seine Nachtragsangebote einkalkuliert hat.

OLG Frankfurt, Urteil vom 09.03.2023, Az.: 15 U 295/21 (Rev. nicht zugel. – BGH, Beschluss vom 02.08.2023, Az.: VII ZR 65/23); BauR 2024, 638 = IBR 2024, 110

\*\*\*\*\*

*9. Anforderungen an einen öffentlichen Auftraggeber im Hinblick auf die Kampfmittelfreiheit einer Baustelle - Kampfmittelerkundung*

1. (...)
3. Der Auftraggeber, der das Vergaberecht zu beachten hat, muss schon bei der Ausschreibung gem. § 7 Abs. 1 Nr. 6 VOB/A die wesentlichen Bodenverhältnisse beschreiben. Aus § 8a Abs. 3 Satz 1 VOB/A, ATV DIN 18299 Abschnitt 0.1.17 folgt, dass die Leistungsbeschreibung grundsätzlich eine Bestätigung enthalten muss, aus der sich ergibt, dass die im jeweiligen Bundesland geltenden Anforderungen zu Erkundungs- und Räumungspflichten erfüllt wurden. Das Fehlen dieser Bestätigung berechtigt den Auftragnehmer nicht schlechthin zur Leistungsverweigerung, soweit die Kampfmittelfreiheit durch andere Umstände hinreichend nachgewiesen wird.

4. (...)

OLG Köln, Urteil vom 25.10.2023, Az.: 16 U 130/22; BauR 2024, 1681 = VergabeR 2024, 187 = IBR 2024, 287 = IBR 2024, 310

\*\*\*\*\*

#### 10. Darlegung einer bauzeitbezogenen Mehrvergütung nach Verzögerungen durch Vorunternehmer und verlängertes Vergabeverfahren

1. Teilt der Auftraggeber dem Auftragnehmer auf einer Baubesprechung mit, dass sich der Beginn seiner Arbeiten infolge einer Behinderung durch einen Vorunternehmer verschieben wird, so kann allein darin weder eine Anordnung im Sinne von § 2 Nr. 5 VOB/B (2002) noch ein Angebot zur Änderung der vertraglichen Vereinbarungen zur Bauzeit gesehen werden.
2. Behält sich der Auftragnehmer im Rahmen der Vereinbarung eines Nachtrags einen bauzeitbezogenen Mehrkostenanspruch nicht ausdrücklich vor, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass das Nachtragsangebot sämtliche Mehrleistungen umfasst und damit zusätzliche, bauzeitbezogene Kosten durch einen späteren Nachtrag nicht mehr nachgeschoben werden können.
3. Im Rahmen der Darlegung eines Anspruchs auf zeitabhängige Mehrkosten ist eine baustellenbezogene Darstellung der Ist- und Sollabläufe notwendig, die die Bauzeitverlängerung nachvollziehbar macht. Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so ist ein Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Nr. 5 VOB/B (2002) nach den tatsächlich erforderlichen Mehrkosten zuzüglich angemessener Zuschläge für Baustellengemeinkosten, allgemeine Gemeinkosten und Gewinn darzulegen und unter Beweis zu stellen. Kalkulatorische Bewertungsverfahren - beispielsweise anhand geschätzter Produktivitätsverluste auf der Grundlage von Erfahrungswerten - können diese Aufgabe nicht erfüllen.

OLG Köln, Urteil vom 21.12.2023, Az.: 7 U 68/22; NZBau 2024, 340 = IBR 2024, 280 = IBR 2024, 282 = IBR 2024, 280, 345

\*\*\*\*\*

#### 11. Zulässigkeit eines Vorbehaltsurteils

1. (...)

3. Das vom Bundesgerichtshof für § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B entwickelte Verständnis dieser Vorschrift ist auf die im Wesentlichen gleichlautende Regelung des § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B zu übertragen. Ebenso liegt es, wenn dem Auftragnehmer Ansprüche aus § 2 Abs. 6 VOB/B zustehen sollten.

OLG Düsseldorf, Vorbehaltsurteil vom 16.02.2024; Az.: 22 U 98/23; BauR 2024, 1835 = IBR 2024, 505

\*\*\*\*\*

#### 12. 80%-Regel beim VOB-Vertrag? Nur unter den Voraussetzungen von § 650b BGB!

1. Zulässigkeit einer negativen Feststellungsverfügung gegen eine Abschlagsrechnung, die auf einen gemäß § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB ermittelten Mehrvergütungsanspruch gestützt wird. Eine vorläufige Berechtigung, die Bezahlung von

Mehrvergütungsansprüchen auf der Grundlage von § 650c Abs. 3 BGB verlangen zu können, ist nach § 256 Abs. 1 ZPO feststellungsfähig. Gegenstand der Feststellung sind Inhalt und Umfang einer Leistungspflicht.

2. § 650c Abs. 3 BGB ist ebenso wie § 650d BGB im VOB-Vertrag anwendbar. Will der Unternehmer nach § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB vorgehen, müssen aber auch im VOB-Vertrag die Voraussetzungen des § 650b BGB gegeben sein.

OLG München, Beschluss vom 12.03.2024, Az.: 9 U 3791/23 Bau e; BauR 2024, 1394 = NJW 2024, 2117 = NZBau 2024, 752 = ZfBR 2024, 408 = IBR 2024, 223

\*\*\*\*\*

### 13. Skonto bei nur teilweise fristgerechter Teilzahlung!

1. Ordnet der Auftraggeber nachträglich den Wegfall einzelner Leistungen eines Einheitspreisvertrages an und kommen diese Leistungen dann letztlich einvernehmlich nicht zur Ausführung, liegt kein der Äquivalenzstörung durch Mengenminderung im Sinne des § 2 VOB/B entsprechender Sachverhalt vor. Für die Abrechnung der nicht unter § 2 VOB/B fallenden Nullpositionen kommt dann nur eine Abrechnung nach § 8 VOB/B bzw. § 648 BGB (analog) in Betracht (Anschluss an OLG München, Beschluss vom 02. April 2019 - 28 U 413/19, juris), sofern sich die Parteien nicht anderweitig geeinigt haben.
2. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 05.07.2024, Az.: 12 U 95/22; BauR 2024, 1691 = NJW 2024, 3233 = NZBau 2024, 673 = ZfBR 2024, 641 = IBR 2024, 450 = IBR 2024, 516

\*\*\*\*\*

### 14. Abgrenzung zwischen Zusatz- und Folgeauftrag – zugehörige Vergütungsregelung

Führt der Auftragnehmer eines Bauvertrags zusätzliche Leistungen aus, so liegt in der Regel eine Erweiterung des bisherigen Auftrags vor. Dann richtet sich die Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B oder § 2 Abs. 6 VOB/B. Nur dann, wenn die Parteien einen gänzlich neuen Vertrag schließen (sog. Anschluss- oder Folgeauftrag), bestimmt sich der Preis mangels Vereinbarung nach § 632 Abs. 2 BGB.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.07.2024, Az.: 22 U 98/23; NZBau 2024, 690 = NJW-RR 2024, 1344 = IBR 2024, 503

\*\*\*\*\*

### 15. Bauzeitverschiebung aufgrund Annahmeverzugs ist "andere Anordnung" des Auftraggebers!

1. Ordnet der Besteller eines VOB-Vertrags gegenüber dem Unternehmer an, seine Leistung vollständig oder in Teilen nicht zur vertraglich vorgesehenen Zeit, sondern später zu erbringen, und ist dem Besteller dabei erkennbar, dass dem Unternehmer dadurch Mehrkosten entstehen können, so liegt hierin eine "andere Anordnung" i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B, die eine Mehrvergütung zu Gunsten des Unternehmers auslösen kann.
2. Dies kann grundsätzlich auch dann gelten, wenn sich die Anordnung der Zeitverschiebung nicht auf den Zeitpunkt der Leistung selbst, sondern auf Vorbereitungshandlungen bezieht.

Kammergericht, Urteil vom 27.08.2024, Az.: 21 U 128/23; BauR 2025, 115 = IBR 2025, 504

\*\*\*\*\*

*16. Nur was vom Vertrag bereits umfasst ist, muss nicht zusätzlich vergütet werden!*

Wird eine bestimmte Leistung bereits nach dem Ursprungsvertrag geschuldet und bezahlt, kann der Auftragnehmer dieselbe Leistung in der Regel nicht ein zweites Mal aufgrund einer Nachtragsvereinbarung bezahlt verlangen. Dafür wäre erforderlich, dass sich der Auftraggeber in vertragsändernder Weise oder durch Anerkenntnis oder Vergleich eindeutig damit einverstanden erklärt, eine zusätzliche Vergütung ohne Rücksicht auf die schon bestehenden Leistungspflichten des Auftragnehmers zu zahlen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 05.09.2024, Az.: 12 U 3/22; IBR 2024, 612

\*\*\*\*\*

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

*1. Pflichten des Architekten bei der Rechnungsprüfung*

1. (...)
2. In der Rechnungsprüfung des Architekten ist kein nachträgliches Anerkenntnis nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 1 VOB/B zu sehen.

OLG Köln, Urteil vom 16.04.2021, Az.: 19 U 56/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.03.2023, Az.: VII ZR 449/21); BauR 2024, 822 = IBR 2023, 608

\*\*\*\*\*

*2. Auch beim Pauschalpreisvertrag gilt: Was nicht beschrieben ist, ist nicht geschuldet!*

1. (...)
3. Es ist davon auszugehen, dass für eine mangelfreie Errichtung des Bauwerks notwendige Leistungen regelmäßig dem Interesse und mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprechen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.10.2022, Az.: 23 U 79/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 22.11.2023, Az.: VII ZR 213/22); IBR 2024, 339, 393

\*\*\*\*\*

*3. Aufwendungsersatz = übliche Vergütung!*

Steht dem Auftragnehmer eines VOB/B-Vertrags wegen einer auftragslos erbrachten Leistung ein Anspruch auf Aufwendungsersatz zu, bestimmt sich dessen Höhe nach der im ausgeübten Gewerbe des Auftragnehmers üblichen Vergütung, soweit der Vertragspreis nicht niedriger ist.

OLG München, Beschluss vom 28.10.2022, Az.: 27 U 157/22 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.08.2023, Az.: VII ZR 198/22); IBR 2024, 112

\*\*\*\*\*

### 3. Mehrkostenansprüche bei Pauschalvertrag (inkl. Baugrund)

#### 1. Auch beim Pauschalpreisvertrag gilt: Was nicht beschrieben ist, ist nicht geschuldet!

1. Wird als Vergütung der Leistung ein Pauschalpreis vereinbart, sind zum Pauschalpreis nur diejenigen Leistungen zu erbringen, die zur Herstellung eines mangelfreien Werks in dem geschuldeten Umfang erforderlich sind.
2. Die Ausführung von Leistungen, die in einem zum Vertragsinhalt gewordenen Leistungsverzeichnis bewusst nicht vorgesehen sind, kann vom Auftraggeber nur gegen zusätzliche Vergütung verlangt werden.
3. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.10.2022, Az.: 23 U 79/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 22.11.2023, Az.: VII ZR 213/22); IBR 2024, 339, 393

\*\*\*\*\*

## VI. Bauverzögerung/Behinderung

### 1. Anordnung und Behinderungsanzeige

1. Eine Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B erfordert eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Auftraggebers, mit der einseitig eine Änderung der Vertragspflichten des Auftragnehmers herbeigeführt werden soll (Fortführung von BGH, Urteil vom 9. April 1992 - VII ZR 129/91).
- 2a. Ob ein Verhalten oder eine Erklärung des Auftraggebers als Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B auszulegen ist, beurteilt sich nach §§ 133, 157 BGB.
- 2b. Liegt eine Störung des Vertrags aufgrund einer Behinderung vor, die faktisch zu einer Bauzeitverzögerung führt, und teilt der Auftraggeber dem Auftragnehmer den Behinderungstatbestand und die hieraus resultierende Konsequenz mit, dass die Leistungen derzeit nicht erbracht werden können, liegt nach diesem Maßstab keine Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B vor.
- 2c. Auch die Übermittlung von Bauablaufplänen stellt keine Anordnung des Auftraggebers im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B dar, wenn mit ihnen lediglich auf behinderungsbedingte Störungen des Vertrags reagiert wird. Dies gilt auch, wenn darin im Hinblick auf die Behinderungen und die deshalb gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B verlängerten Ausführungsfristen zeitliche Konkretisierungen erfolgen.
3. Der Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B setzt voraus, dass die Bauzeitverzögerung adäquat-kausal durch hindernde Umstände verursacht worden ist, die auf der Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch den Auftraggeber beruhen. Umstände aus der Risikosphäre des Auftraggebers, die nicht auf einer Pflichtverletzung beruhen, genügen nicht als Voraussetzung dieses Anspruchs (Bestätigung von BGH, Urteil vom 20. Oktober 2005 - VII ZR 190/02; Urteil vom 21. Oktober 1999 - VII ZR 185/98 und Urteil vom 16. Oktober 1997 - VII ZR 64/96).

BGH, Urteil vom 19.09.2024, Az.: VII ZR 10/24; BauR 2025, 102 = NJW 2024, 3716 = ZfBR 2024, 722 = IBR 2024, 614 = IBR 2024, 615 = IBR 2024, 616

\*\*\*\*\*

## 2. *Behinderungsanzeige ist zu begründen!*

1. Eine unvollständige Ausführungsplanung kann die nicht fristgerechte Leistung nicht rechtfertigen, wenn nicht ersichtlich ist, was an der Ausführungsplanung fehlt und warum dies zu einer Verzögerung führt. Der Auftragnehmer muss Angaben dazu machen, bis wann der Auftraggeber die Ausführungsplanung vorlegen musste und wie sich eine verspätete Planvorlage auf die Leistungserbringung konkret ausgewirkt hat.
2. Der Auftraggeber ist nicht dazu verpflichtet, den Auftragnehmer zur Fertigstellung der Leistung aufzufordern. Vielmehr hat der Auftragnehmer seinen Verzug zu beenden und die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich anzubieten.

OLG Dresden, Urteil vom 16.07.2021, Az.: 13 U 1583/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 05.07.2023, Az.: VII ZR 823/21); IBR 2024, 167

\*\*\*\*\*

## 3. *Beginn der Ausführung der Baumaßnahme*

1. Mit Beginn der Ausführung ist die Aufnahme der Tätigkeit des Auftragnehmers auf der Baustelle gemeint. Dies ist im Regelfall die Einrichtung der Baustelle. Eigenständige Planungsleistungen des Auftragnehmers fallen in die Zeit vor dem vorgesehenen eigentlichen Ausführungsbeginn.
2. Verzögerungen der Aufnahme der Tätigkeit, die ihre Ursache im Risikobereich des Auftraggebers haben, können dem Auftragnehmer nicht zugerechnet werden und rechtfertigen deshalb nicht eine Kündigung nach § 5 Abs. 4 VOB/B.
3. Werden dem Auftragnehmer mehrfach die Ausführungspläne übergeben, besteht für ihn kein Zweifel mehr, dass nach diesen Plänen die Bauleistung erbracht werden soll. Es bedarf dann nicht mehr der zusätzlichen Freigabe dieser Pläne durch den Auftraggeber.
4. Die Übermittlung unvollständiger oder ungenauer Ausführungspläne hindert den Auftragnehmer nicht an der Aufnahme der Bautätigkeit, da hierzu die Einrichtung der Baustelle ausreicht. Diese ist auch ohne mangelfreie oder freigegebene Ausführungsplanung möglich.
5. Die Ausführungsplanung muss vollständig und mangelfrei sein. Die damit auch geforderte bautechnische Mangelfreiheit der Planung ist nicht gegeben, wenn ihre strikte Umsetzung zu einem Mangel führen würde.

OLG Köln, Beschluss vom 31.01.2022, Az.: 19 U 131/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – Beschluss vom 06.06.2023, Az.: VII ZR 39/22); BauR 2024, 130 = IBR 2024, 9

\*\*\*\*\*

## 4. *Klage auf Ausgleich des Vorfinanzierungsschadens schließt spätere Erhöhungen nicht aus*

1. (...)
5. Hinsichtlich des entgangenen Gewinns (Mietausfall) hat der Bauherr gegen die ihm obliegende Schadensminderungspflicht verstoßen, weil es ihm möglich und zumutbar war, die Ferienwohnungen jedenfalls nach Abschluss der gerichtlichen Beweisaufnahme in einen vermietbaren Zustand zu versetzen und die hierfür erforderlichen Kosten vorzufinanzieren.

OLG Hamm, Urteil vom 09.06.2022, Az.: 24 U 38/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew., BGH, Beschluss vom 27.03.2023, Az. VII ZR 123/22); BauR 2024, 1550

\*\*\*\*\*

#### 5. *Auch nachträglich vereinbarte Termine können verbindliche Vertragstermine sein!*

1. Sind Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile so unzureichend, dass die Ausführungsfristen offensichtlich nicht eingehalten werden können, muss der Auftragnehmer auf Verlangen unverzüglich Abhilfe schaffen. Schafft er nicht unverzüglich Abhilfe, kann der Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn er zuvor erfolglos eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung gesetzt und die Kündigung angedroht hat.
2. Die Ausführungsfristen können i.S.d. § 5 Abs. 3 VOB/B offenbar nicht eingehalten werden, wenn der mit den bisher vorhandenen persönlichen und sachlichen Mitteln erreichte Fortgang der Bauherstellung in einem derartigen Missverhältnis steht, dass nach allgemein anerkannter Erfahrung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Gesamtfertigstellung der betreffenden vertraglichen Leistung nicht bis zum Ablauf der Ausführungsfrist zu erwarten ist. Inhaltlich muss auf der Grundlage des bisherigen Baufortschritts eine Prognoseentscheidung getroffen werden
3. Eine Frist von (nur) einem Tag kann angemessen sein, wenn der Auftragnehmer zuvor wiederholt fruchtlos zur unverzüglichen Arbeitsaufnahme aufgefordert wurde.
4. Vertragsfristen können nicht nur bei Abschluss des Bauvertrags, sondern auch während der Bauausführung vereinbart werden. So kann einem gestörten Bauablauf dadurch Rechnung getragen werden, dass überholte oder nicht mehr einhaltbare Fristen durch eine Terminplanfortschreibung einvernehmlich angepasst werden, wobei diese Terminplanfortschreibung wiederum Vertragsfristen beinhalten kann.

Kammergericht, Urteil vom 24.01.2023, Az.: 27 U 154/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 25.10.2023, Az.: VII ZR 20/23); BauR 2024, 1525 = IBR 2024, 166

\*\*\*\*\*

#### 6. *Bauzeitlich bedingte Mehrkosten als Teil des Anspruchs nach § 2 Abs. 5 VOB/B*

1. Der Anspruch auf Mehrvergütung aus § 2 Abs. 5 VOB/B umfasst auch solche Mehrkosten, die sich aus mittelbaren bauzeitlichen Auswirkungen der Anordnungen nach § 1 Abs. 3 VOB/B ergeben.
2. Im Rahmen der Darlegung eines Anspruchs wegen Bauverzögerung bzw. auf zeitabhängige Mehrkosten ist eine baustellenbezogene Darstellung der Ist- und Sollabläufe notwendig, die die Bauzeitverlängerung nachvollziehbar macht. Seitens des Auftragnehmers muss vorgetragen werden, welche vertragliche, zusätzliche oder geänderte Leistung konkret welche Verlängerung der Bauzeit verursacht hat, um dem Auftraggeber und dem Gericht die Möglichkeit der Nachprüfung des vom Auftragnehmer behaupteten Kausalverlaufs zu eröffnen.
3. Der Empfänger von Nachtragsangeboten darf grundsätzlich davon ausgehen, dass der Anbieter alle mit der Durchführung der Nachtragsarbeiten verbundenen Kosten in seine Nachtragsangebote einkalkuliert hat.

OLG Frankfurt, Urteil vom 09.03.2023, Az.: 15 U 295/21 (Rev. nicht zugel. – BGH, Beschluss vom 02.08.2023, Az.: VII ZR 65/23); BauR 2024, 638 = IBR 2024, 110



\*\*\*\*\*

### 7. Vortragsanforderungen zu bauzeitbezogenen Ansprüchen des Auftragnehmers

1. (...)
2. Macht der Auftragnehmer Schadensersatz gem. § 6 Abs. 6 VOB/B 2012 für durch Verzögerungen entstandene zusätzliche Bauleitertätigkeiten geltend, bedarf es zur Schlüssigkeit des anspruchsbegründenden Vortrags einer bauablaufbezogenen Darstellung, dass bei ungestörtem Bauablauf die Arbeiten ohne Zusatzaufwand hätten erledigt werden können und aufgrund welcher Verzögerungen welche vorgesehenen Arbeiten nicht oder später durchgeführt werden konnten und wie sich dies ausgewirkt hat.
3. (...)

OLG Stuttgart, Urteil vom 12.12.2023, Az.: 10 U 22/23; BauR 2024, 803 = NZBau 2024, 349 = NJW-RR 2024, 570 = IBR 2024, 228

\*\*\*\*\*

### 8. Darlegung einer bauzeitbezogenen Mehrvergütung nach Verzögerungen durch Vorunternehmer und verlängertes Vergabeverfahren

1. Teilt der Auftraggeber dem Auftragnehmer auf einer Baubesprechung mit, dass sich der Beginn seiner Arbeiten infolge einer Behinderung durch einen Vorunternehmer verschieben wird, so kann allein darin weder eine Anordnung im Sinne von § 2 Nr. 5 VOB/B (2002) noch ein Angebot zur Änderung der vertraglichen Vereinbarungen zur Bauzeit gesehen werden.
2. Behält sich der Auftragnehmer im Rahmen der Vereinbarung eines Nachtrags einen bauzeitbezogenen Mehrkostenanspruch nicht ausdrücklich vor, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass das Nachtragsangebot sämtliche Mehrleistungen umfasst und damit zusätzliche, bauzeitbezogene Kosten durch einen späteren Nachtrag nicht mehr nachgeschoben werden können.
3. Im Rahmen der Darlegung eines Anspruchs auf zeitabhängige Mehrkosten ist eine baustellenbezogene Darstellung der Ist- und Sollabläufe notwendig, die die Bauzeitverlängerung nachvollziehbar macht. Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so ist ein Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Nr. 5 VOB/B (2002) nach den tatsächlich erforderlichen Mehrkosten zuzüglich angemessener Zuschläge für Baustellengemeinkosten, allgemeine Gemeinkosten und Gewinn darzulegen und unter Beweis zu stellen. Kalkulatorische Bewertungsverfahren - beispielsweise anhand geschätzter Produktivitätsverluste auf der Grundlage von Erfahrungswerten - können diese Aufgabe nicht erfüllen.

OLG Köln, Urteil vom 21.12.2023, Az.: 7 U 68/22; NZBau 2024, 340 = IBR 2024, 280 = IBR 2024, 282 = IBR 2024, 345

\*\*\*\*\*

## VII. Sub-/Nachunternehmer

### 1. *Schadenshöhe bei Inanspruchnahme des Hauptunternehmers auf Vorschusszahlung zur Mangelbeseitigung*

1. In der werkvertraglichen Leistungskette kann der Hauptunternehmer gegenüber dem Nachunternehmer gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB den Schaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch entsteht, dass er wegen der mangelhaften Werkleistung des Nachunternehmers seinerseits Mängelansprüche seines Bestellers ausgesetzt ist. Hat der Hauptunternehmer in diesem Fall einen vom Besteller geltend gemachten Anspruch auf Kostenvorschuss gemäß § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB durch Zahlung erfüllt, kann er im Wege des Schadensersatzes gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB vom Nachunternehmer Zahlung in Höhe des geleisteten Kostenvorschusses verlangen.
2. Der Umstand, dass der vom Hauptunternehmer ersetzt verlangte Schaden darin liegt, dass er mit dem Kostenvorschuss noch keine endgültige, sondern eine zweckgebundene Zahlung an seinen Besteller geleistet hat, über deren Verwendung nach Mängelbeseitigung abzurechnen ist, ist allerdings im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen und kann zu einer Begrenzung des Umfangs seines Schadensersatzanspruchs gegen den Nachunternehmer führen.
3. Ob und in welcher Weise die Vorteilsausgleichung zu erfolgen hat, richtet sich im Grundsatz danach, ob der Besteller dem Hauptunternehmer bereits eine Abrechnung über die Verwendung des Kostenvorschusses erteilt hat.
4. Hat der Besteller dem Hauptunternehmer noch keine Abrechnung erteilt, kann der Nachunternehmer im Wege des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 273 BGB durchsetzen, dass der Schadensersatz an den Hauptunternehmer in entsprechender Anwendung des § 255 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung der aus der Vorschusszahlung folgenden Ansprüche des Hauptunternehmers gegen den Besteller auf Abrechnung sowie gegebenenfalls Rückzahlung zu leisten ist.
5. Hat der Besteller dem Hauptunternehmer dagegen bereits eine inhaltlich zutreffende Abrechnung erteilt und ist der Vorschussbetrag danach vollständig zur Mängelbeseitigung verbraucht worden, kommt eine Vorteilsausgleichung im Verhältnis des Hauptunternehmers zum Nachunternehmer nicht (mehr) in Betracht. Besteht nach erteilter Abrechnung ein noch nicht erfüllter Rückzahlungsanspruch des Hauptunternehmers gegen den Besteller, kann der Nachunternehmer im Wege des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 273 BGB durchsetzen, dass der Schadensersatz an den Hauptunternehmer in entsprechender Anwendung des § 255 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung dieses Anspruchs zu leisten ist. Ist es bereits zu einer vollständigen oder teilweisen Rückzahlung an den Hauptunternehmer gekommen, ist der zurückgezahlte Betrag von Amts wegen auf den vom Nachunternehmer in Geld zu leistenden Schadensersatz anzurechnen und führt zu dessen Verringerung.
7. Den Hauptunternehmer trifft in diesem Fall eine sekundäre Darlegungslast für die anspruchsmindernden Vorteile, die sich daraus ergeben, dass er an seinen Besteller einen Kostenvorschuss wegen der mangelhaften Werkleistung seines Nachunternehmers geleistet hat. Ihm obliegt es deshalb insbesondere darzulegen, ob der Besteller bereits eine Abrechnung über die Verwendung des Kostenvorschusses erteilt hat, und gegebenenfalls nähere Angaben zum Inhalt und Ergebnis der Abrechnung machen.

BGH, Urteil vom 09.11.2023, Az.: VII ZR 92/20; BauR 2024, 268 = NZBau 2024, 85 = NJW 2024, 894 = ZfBR 2024, 217 = IBR 2024, 61 = IBR 2024, 62 = IBR 2024, 63

\*\*\*\*\*

## VIII. Kündigung

### 1. Auftraggeberanweisung sticht Bedenkenanzeige: Arbeitseinstellung ist unzulässig!

1. Der Auftraggeber eines VOB/B-Vertrags kann den Vertrag kündigen, wenn eine verbindliche Vertragsfrist für den Beginn der Ausführung vereinbart wurde, zu der der Auftragnehmer mit den ihm obliegenden Arbeiten nicht begonnen hat, und der Auftraggeber zuvor erfolglos eine Frist zur Vertragserfüllung, verbunden mit der Androhung einer Kündigung des Auftrags, gesetzt hat.
2. Auch wenn der Auftragnehmer mehrfach schriftlich Bedenken gegen die Ausführung der Leistung mitgeteilt hat, scheidet ein Leistungsverweigerungsrecht aus, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer ausdrücklich angewiesen hat, mit den Arbeiten zu beginnen, und der Auftraggeber dadurch das Risiko einer mangelhaften Ausführung übernommen hat.

BGH, Urteil vom 01.02.2024, Az.: VII ZR 171/22; BauR 2024, 1082 = NZBau 2024, 466 = ZfBR 2024, 509 = IBR 2024, 226

\*\*\*\*\*

### 2. Wer Geld einbehalten kann, der braucht keinen Kostenvorschuss!

Der Auftraggeber eines VOB/B-Vertrags kann nach Kündigung des Bauvertrags wegen Mängeln einen Vorschuss für die zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten verlangen. Ein solcher Anspruch besteht nicht, soweit der Auftraggeber den Werklohn einbehalten kann.

OLG Oldenburg, Urteil vom 12.07.2022, Az.: 2 U 247/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.06.2024, Az.: VII ZR 154/22); BauR 2025, 136 = IBR 2024, 512

\*\*\*\*\*

### 3. Zu kurz bemessene Kündigungsfrist und Baustellenverbot

1. Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn er dem Auftragnehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung gesetzt und erklärt hat, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen werde.
2. Die Angemessenheit der Frist richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen. Sie muss im Grundsatz so bemessen sein, dass sie für einen leistungsbereiten und -fähigen Auftragnehmer im Hinblick auf die durchzuführenden Maßnahmen bei größter Anstrengung einhaltbar ist.
3. Eine fünftägige Nachfrist, die nur zwei Werktage enthält, ist nicht angemessen.
4. Das Setzen einer unangemessen kurzen Frist setzt eine angemessene Frist in Gang. Kündigt der Auftraggeber jedoch unmittelbar nach dem Ablauf der zu kurz bemessenen Frist und erteilt er dem Auftragnehmer ein sofortiges Baustellenverbot, setzt er den Auftragnehmer außer Stande, die Arbeiten fortzusetzen.
5. Erklärt der Auftraggeber die Kündigung, ohne dem Auftragnehmer zuvor eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben, steht ihm kein Anspruch auf Ersatz

der durch die Beauftragung eines anderen Unternehmers entstandenen Fertigstellungsmehrkosten zu.

OLG Oldenburg, Urteil vom 14.07.2022, Az.: 14 U 54/18; (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 13.04.2024, Az.: VII ZR 143/22); BauR 2024, 1700 = IBR 2024, 346

\*\*\*\*\*

#### 4. Entfernung von der Baustelle als Erfüllungsverweigerung?

1. Nach der Kündigung des Werkvertrags hat der Auftraggeber gegen den Auftragnehmer Anspruch auf Ersatz der Fertigstellungsmehrkosten. Das setzt voraus, dass er dem Auftragnehmer vor der Kündigung des Werkvertrags eine Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt hat und diese Frist abgelaufen ist, ohne dass der Auftragnehmer tätig geworden ist.
2. Einer Fristsetzung mit Kündigungsandrohung bedarf es nicht, wenn der Auftragnehmer die Erfüllung des Vertrages ernsthaft und endgültig verweigert.
3. Das Verlassen der Baustelle stellt keine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung dar. Aus dem Kooperationsgebot ergibt sich vielmehr, dass der Auftraggeber gehalten ist, sich mit dem Auftragnehmer wegen der Restarbeiten in Verbindung zu setzen, anstatt ohne Rücksprache mit ihm die Arbeiten selbst fertigzustellen.

OLG München, Urteil vom 26.07.2022, Az.: 9 U 7532/21 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 16.08.2023, Az.: VII ZR 160/22); BauR 2024, 642 = IBR 2024, 57

\*\*\*\*\*

#### 5. Unberechtigte Arbeitseinstellung als Grund für eine außerordentliche Kündigung

1. Nach § 8 Abs. 3 VOB/B kann der Auftraggeber dem Auftragnehmer den Auftrag entziehen, wenn eine diesem gesetzte Frist zur Mangelbeseitigung nach § 4 Abs. 7 VOB/B oder eine Frist zur Vertragserfüllung nach § 5 Abs. 4 VOB/B fruchtlos verstrichen ist.
2. Der Auftraggeber ist aber auch zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages berechtigt, wenn durch ein schuldhaftes Verhalten des Auftragnehmers der Vertragszweck so gefährdet ist, dass der vertragstreuen Partei die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, weil hinreichender Anlass für die Annahme besteht, die andere Vertragspartei werde sich auch künftig nicht vertragstreu verhalten.
3. Eine Zerstörung des Vertrauensverhältnisses kann entweder auf einzelnen besonders schwerwiegenden positiven Vertragsverletzungen beruhen oder sich aus einer ganzen Reihe von Pflichtverletzungen, die jeweils für sich genommen zur Rechtfertigung einer außerordentlichen Kündigung nicht ausreichen würden, im Rahmen einer Gesamtabwägung ergeben.
4. Stellt der Auftragnehmer ohne Grund die Arbeiten auf der Baustelle ein, verstößt er gegen seine Verpflichtung, die Baumaßnahme zu fördern. Führt er trotz der Aufforderung, die Arbeiten wieder aufzunehmen, die Arbeiten nicht fort, ist der Auftraggeber zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages berechtigt.

OLG Hamburg, Urteil vom 17.11.2022, Az.: 4 U 110/22 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 31.01.2024, Az.: VII ZR 242/22); BauR 2024, 1392 = IBR 2024, 347 = IBR 2024, 348 = IBR 2024, 349

\*\*\*\*\*

## 6. *Mangelhafte Leistung ist erbracht und (zunächst) voll zu vergüten!*

1. Der Auftraggeber ist auch nach einer Teilkündigung berechtigt, den noch nicht vollendeten Teil der Leistung bzw. die Mängel zu Lasten des Auftragnehmers durch Dritte ausführen zu lassen. Er hat dem Auftragnehmer eine Aufstellung über die entstandenen Mehrkosten und über seine anderen Ansprüche spätestens 12 Werktage nach Abrechnung mit dem Dritten zuzusenden.
2. Die vereinbarte Vergütung wird infolge einer Mangelhaftigkeit nicht automatisch im Umfang der Wertminderung herabgesetzt. Auch eine mangelhafte Werkleistung ist erbracht und damit nach Fälligkeitseintritt zunächst voll vergütungspflichtig.
3. (...)

Kammergericht, Urteil vom 28.02.2023, Az.: 27 U 128/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.05.2024, Az.: VII ZR 52/23); IBR 2024, 511

\*\*\*\*\*

## 7. *Kündigung wg. Insolvenz des Unternehmers trotz Fortführungsanzeige des Insolvenzverwalters*

1. Ein gesondertes Kündigungsrecht wegen der Insolvenz des Auftragnehmers durch den Auftraggeber ist ausgeschlossen, wenn der Insolvenzverwalter der weiteren Durchführung des Vertrages auf Nachfrage zustimmt.
2. Eine Abgrenzung erbrachter Leistungen von den nicht erbrachten Leistungen ist nicht erforderlich, wenn der Auftragnehmer bis zur Kündigung lediglich Bauteile einkaufte, jedoch noch nicht damit begann, das vereinbarte Werk zu erstellen.
3. Materialien, die speziell für das vertraglich geschuldete Bauwerk beschafft wurden und sich nicht anderweitig verwenden lassen, stellen keine ersparten Aufwendungen dar, so dass keine Anrechnung erfolgt. Allerdings ist der Auftragnehmer nach Treu und Glauben verpflichtet, dem Auftraggeber auf dessen Verlangen das Material herauszugeben und zu übereignen oder unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderung die Bauteile anderweitig zu verwerten, beispielsweise durch einen Rückverkauf an die Zulieferer.
4. Der Auftraggeber kann die von ihm geleistete Abschlagszahlung vollständig zurückfordern bzw. entsprechend aufrechnen, wenn die Insolvenzschuldnerin bislang keine Vertragsleistungen erbrachte und eine solche mithin nicht abrechnen kann. Die Aufrechnung des Auftraggebers ist auch keine anfechtbare Rechtshandlung. Denn der Auftraggeber verzögerte nicht die Erfüllung des Anspruchs, bis er selbst einen aufrechenbaren Anspruch erwarb, sondern es entstanden beide Ansprüche zeitgleich mit der Kündigung des Werkvertrages. In diesem Fall stellt eine Aufrechnung kein Verstoß gegen § 95 Abs. 1 Nr. 3 InsO dar.

OLG Dresden, Urteil vom 23.06.2023, Az.: 22 U 2617/22; BauR 2024, 645 = ZfBR 2023, 674

\*\*\*\*\*

## 8. Ersatzfähige Fertigstellungsmehrkosten nach verzugsbedingter Kündigung

1. Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer mit der Vollen-  
dung des Werks in Verzug gerät und ihm der Auftraggeber erfolglos eine angemessene  
Frist zur Vertragserfüllung gesetzt hat. Nach der Kündigung ist der Auftraggeber be-  
rechtigt, den noch nicht vollendeten Teil der Leistung zu Lasten des Auftragnehmers  
durch einen Dritten ausführen zu lassen.
2. Die zu ersetzenden Fertigstellungsmehrkosten muss der Auftraggeber nachvollziehbar  
abrechnen. Dabei hat er das Wirtschaftlichkeitsgebot zu beachten. Der Detaillierungs-  
grad der Abrechnung bestimmt sich nach den Kontroll- und Informationsinteressen des  
Auftragnehmers.
3. Der Auftraggeber darf auch solche Leistungen in die Fertigstellungsmehrkostenabrech-  
nung einstellen, die zwar mit dem Auftragnehmer noch nicht vereinbart waren, jedoch  
vom Auftraggeber gem. § 1 Abs. 3 bzw. § 1 Abs. 4 VOB/B angeordnet worden wären  
und zu deren Ausführung der Auftragnehmer aufgrund des einseitigen Leistungsanord-  
nungsrechtes des Auftraggebers verpflichtet gewesen wäre (Anschluss BGH, Urteil  
vom 25. November 1999 - VII ZR 468/98).
4. Die Ersatzbeauftragung muss sich in den Grenzen des bisherigen Auftrags halten.
5. Der Auftraggeber muss bei der erneuten Beauftragung eines zuvor im Wege des  
Vergabeverfahrens vergebenen Auftrags regelmäßig nicht ein neues Vergabeverfah-  
ren unter Schadensminderungsgesichtspunkten durchführen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 28.11.2023, Az.: 10 U 2/23; BauR 2024, 647 = NJW-RR  
2024, 359 = NZBau 2024, 215 = IBR 2024, 116

\*\*\*\*\*

## IX. Abnahme

### 1. Keine Verjährungsverlängerung durch Mängelrüge per WhatsApp

1. Als schriftliche Mitteilung zur Fertigstellung der Leistung als Grundlage einer fiktiven  
Abnahme nach § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B genügt dabei die Übersendung der Rechnung  
über die ausgeführten Arbeiten, insbesondere einer Schlussrechnung.
2. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 21.02.2023, Az.: 15 U 211/21; BauR 2024, 1058 = NJW 2024,  
1425 = NZBau 2024, 270 = ZfBR 2024, 321 = IBR 2024, 67

\*\*\*\*\*

### 2. Was sind "in sich abgeschlossene Leistungsteile"?

1. Im VOB/B-Vertrag sind in sich abgeschlossene Teile der Leistung auf Verlangen ge-  
sondert abzunehmen (§ 12 Abs. 2 VOB/B).
2. In sich abgeschlossene Teile der Leistung liegen vor, wenn sie nach allgemeiner Ver-  
kehrsauffassung als selbstständig und von den übrigen Teilleistungen aus demselben  
Bauvertrag unabhängig anzusehen sind. Das ist anzunehmen, wenn sie sich in ihrer

Gebrauchsfähigkeit abschließend für sich beurteilen lassen, und zwar sowohl in ihrer technischen Funktionsfähigkeit als auch im Hinblick auf die vorgesehene Nutzung.

3. Leistungsteile innerhalb eines Gewerks können grundsätzlich nicht als in sich abgeschlossen angesehen werden. Ihnen mangelt es regelmäßig an der Selbständigkeit, die eine eigenständige Beurteilung der Teilleistung ermöglicht. Dies kann bei klarer zeitlicher oder räumlicher Trennung anders sein, etwa dann, wenn die Leistungsteile an verschiedenen Bauwerken, z. B. an mehreren zu errichtenden Häusern, zu erbringen sind.

OLG Bamberg, Urteil vom 02.03.2023, Az.: 12 U 48/22 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 13.03.2024, Az.: VII ZR 57/23); IBR 2024, 288

\*\*\*\*\*

### 3. *Bauvertrag mit Verbraucher: Keine fiktive Abnahme nach VOB/B!*

1. Die Abnahmefiktion nach § 12 Abs. 5 VOB/B hält jedenfalls bei Verbraucherverträgen der Inhaltskontrolle nicht stand und ist unwirksam.
2. Die Vertretung durch einen Architekten bei Vertragsschluss ändert nichts an der Verbrauchereigenschaft.

OLG Brandenburg, Urteil vom 15.08.2024, Az.: 10 U 100/23; IBR 2024, 562

\*\*\*\*\*

## X. Vergütung/Zahlung

### 1. *Berechnung des Anspruchs aus § 2 Abs. 6 VOB/B auf der Grundlage der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung*

1. (...)
2. Das Aufmaß ist am Leistungsobjekt zu nehmen. Ein Aufmaß nach den Plänen nach DIN 18299 Abschn. 5 ist nur dann vorzunehmen, wenn die Leistung genau nach der Planung ausgeführt worden ist.
3. Kommt es zu einer vom Auftragnehmer angestrebten Stundenlohnvereinbarung zu dem in § 2 Abs. 10 VOB/B angegebenen Zeitpunkt nicht oder erklärt sich der Auftraggeber hierzu auch später nicht bereit, kann der Auftragnehmer für seine Arbeiten keine Vergütung auf Basis der Stundenlohnberechnung verlangen. Eine Abrechnung auf der Basis der üblichen Vergütung ist beim VOB-Bauvertrag unzulässig. Der Auftragnehmer hat in einem solchen Fall seine Leistung auf der Grundlage der Einheitspreise oder im Rahmen einer im Einzelfall getroffenen Pauschalpreisvereinbarung abzurechnen.

Kammergericht, Urteil vom 27.01.2023, Az.: 27 U 11/22 (Rev. nicht zugel. – BGH, Beschluss vom 25.10.2023, Az.: VII ZR 33/23); BauR 2024, 778

\*\*\*\*\*

2. *"Vergessene" Rechnungspositionen verjähren mit der (ersten) Schlussrechnungsforderung!*

1. Im VOB/B-Vertrag wird die Schlussrechnungsforderung des Auftragnehmers nach der Abnahme der Leistung, der Vorlage einer prüfbaren Schlussrechnung und dem Ablauf der vereinbarten Prüffrist fällig.
2. Die Schlussrechnungsforderung verjährt in drei Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch fällig geworden ist.
3. Die gesamte Schlussrechnungsforderung wird einheitlich fällig und verjährt auch einheitlich. Somit beginnt für eine irrtümlich vergessene unselbstständige Rechnungsposition oder Teilforderung die Verjährung zu laufen, auch wenn sie nicht Gegenstand der Schlussrechnung war. Etwas anderes gilt nur für solche Rechnungsposten und Teilforderungen, die noch nicht in die erste Schlussrechnung eingestellt werden konnten.

Kammergericht, Urteil vom 12.12.2023, Az.: 21 U 47/22; IBR 2024, 165

\*\*\*\*\*

3. *80%-Regel beim VOB-Vertrag? Nur unter den Voraussetzungen von § 650b BGB!*

1. Zulässigkeit einer negativen Feststellungsverfügung gegen eine Abschlagsrechnung, die auf einen gemäß § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB ermittelten Mehrvergütungsanspruch gestützt wird. Eine vorläufige Berechtigung, die Bezahlung von Mehrvergütungsansprüchen auf der Grundlage von § 650c Abs. 3 BGB verlangen zu können, ist nach § 256 Abs. 1 ZPO feststellungsfähig. Gegenstand der Feststellung sind Inhalt und Umfang einer Leistungspflicht.
2. § 650c Abs. 3 BGB ist ebenso wie § 650d BGB im VOB-Vertrag anwendbar. Will der Unternehmer nach § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB vorgehen, müssen aber auch im VOB-Vertrag die Voraussetzungen des § 650b BGB gegeben sein.

OLG München, Beschluss vom 12.03.2024, Az.: 9 U 3791/23 Bau e; BauR 2024, 1394 = NJW 2024, 2117 = NZBau 2024, 753 = ZfBR 2024, 408 = IBR 2024, 223

\*\*\*\*\*

4. *60-tägige Frist für Rechnungsprüfung ist zu lang!*

Die Regelung des § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B, wonach sich die Frist für die Fälligkeit des Anspruchs auf Schlusszahlung auf bis zu 60 Tage verlängert, wenn dies vereinbart wurde und aufgrund der besonderen Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist, ist unwirksam, wenn keine die Fristverlängerung rechtfertigenden Umstände (z. B. die besondere Komplexität des Bauvorhabens) vorliegen.

LG Berlin, Urteil vom 07.09.2023, Az.: 12 O 225/20; IBR 2024, 394

\*\*\*\*\*



## XI. Gewährleistung

### 1. Gesamtunwirksamkeit einer AGB-Sicherungsregelung des Auftraggebers wegen Mängelübersicherung

1. (...)

3. Nicht erledigte, bereits vor Abnahme entstandene, vorbehaltene Ansprüche wegen mangelhafter Leistung, wandeln sich mit der Abnahme in Mängelansprüche um und werden demgemäß von der Mängelsicherung abgedeckt (BGH, NJW 1998, 140).

OLG Hamm, Beschluss vom 02.08.2022, Az.: 21 U 89/21; BauR 2024, 288 = IBR 2024, 174

\*\*\*\*\*

### 2. Keine Verjährungsverlängerung durch Mängelrüge per WhatsApp

1. (...)

2. Die Übersendung einer Mängelrüge an den Auftragnehmer per WhatsApp genügt nicht dem Schriftformerfordernis des § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B mit der Folge, dass sie die Verjährung der Mängelrechte nicht verlängert.

OLG Frankfurt, Urteil vom 21.02.2023, Az.: 15 U 211/21; BauR 2024, 1058 = NJW 2024, 1425 = NZBau 2024, 270 = ZfBR 2024, 321 = IBR 2024, 67

\*\*\*\*\*

### 3. Fälligkeit und Höhe des Werklohns – Kündigung wegen fehlender Sicherheit

1. (...)

5. Dem Geldschuldner des Werklieferungsvertrages stehen nach der Abnahme die Gewährleistungsrechte aus § 13 VOB/B zu, deren Verjährung erst mit der Abnahme beginnt.

6. (...)

OLG Oldenburg, Urteil vom 05.03.2024, Az.: 2 U 115/23; BauR 2025, 108 = NJW 2024, 1663 = NZBau 2024, 548 = IBR 2024, 218

\*\*\*\*\*

## XII. Sicherungsrecht des Auftraggebers

### 1. Sicherungsabrede

#### 1. Gesamtunwirksamkeit einer AGB-Sicherungsregelung des Auftraggebers wegen Mängelübersicherung

1. Der allgemeine Hinweis des Klauselverwenders, die Vertragsparteien hätten in sich über mehrere Tage hinziehenden Verhandlungen jede einzelne vertragliche Bestimmung individuell ausgehandelt, „gerade auch die jeweilige Sicherungshöhe“, enthält nicht die notwendige Konkretisierung zum Aushandeln hinsichtlich der Kerngehalte der einzelnen Klauseln, insbesondere zur Sicherheitsleistung (BGH, Urt. v. 20.03.2014 –

VII ZR 248/13 = BauR 2014, 1145 ff.), wozu auch aufzuzeigen ist, auf welche Weise der AGB-Verwender dem Vertragspartner eine Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt hat (NJW 2015, 3025 ff. [BGH 28.07.2015 - XI ZR 434/14]).

2. Soll nach den Formularsicherungsregelungen des Auftraggebers nicht nur eine Erfüllungssicherheit die bei der Abnahme vorbehaltenen Mängel besichern, sondern sollen diese auch durch eine hier 5 %-ige Gewährleistungssicherheit mitbesichert werden, kann dies zur, hier bejahten, Mängelübersicherung führen, wenn dadurch insgesamt eine 5 % der Netto-(Schluss)Abrechnungssumme übersteigende Gewährleistungssicherheit möglich ist (Fortführung von, u.a., BGH Ur. v. 30.03.2017 – VII ZR 170/16 – = BauR 2017, 1202 ff., Ur. v. 16.07.2020 – VII ZR 159/19 – = BauR 2020, 1933 ff.).
3. Nicht erledigte, bereits vor Abnahme entstandene, vorbehaltene Ansprüche wegen mangelhafter Leistung, wandeln sich mit der Abnahme in Mängelansprüche um und werden demgemäß von der Mängelsicherheit abgedeckt (BGH, NJW 1998, 140).

OLG Hamm, Beschluss vom 02.08.2022, Az.: 21 U 89/21; BauR 2024, 288 = IBR 2024, 174

\*\*\*\*\*

## 2. Bürgschaft + Sicherungsabtretung = unangemessene Benachteiligung?

Eine nach §§ 305, 307 BGB insgesamt unbillige Benachteiligung des Unternehmers ist nicht von vorneherein darin zu sehen, dass der Besteller sich als weitere Erfüllungssicherheit neben einer ihm eingeräumten Vertragserfüllungsbürgschaft die dem Unternehmer gegen seine Nachunternehmer zustehenden Ansprüche und dafür von den Nachunternehmern dem Unternehmer eingeräumte Sicherungsrechte abtreten lässt.

OLG Frankfurt, Urteil vom 24.02.2023, Az.: 21 U 95/21; IBR 2024, 14

\*\*\*\*\*

## 3. "Erhöhte" Abnahme- und Austauschvoraussetzungen: Sicherungsabrede unwirksam!

Eine Sicherungsabrede zur Gestellung einer auch Mängelansprüche sichernden Vertragserfüllungsbürgschaft kann im Zusammenwirken mit einer Abnahmeklausel, nach der die Abnahme von der Übergabe vereinbarter Unterlagen abhängt, und/oder einer Klausel, nach der die Rückgabe der Vertragserfüllungssicherheit von der Vorlage einer prüfbaren Schlussrechnung abhängt, den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben benachteiligen, wenn das Vertragswerk daneben einen 5%igen Mängelansprücheeinbehalt vorsieht.

OLG Stuttgart, Urteil vom 25.04.2024, Az.: 13 U 97/23 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.01.2025, Az.: VII ZR 94/24); ZfBR 2024, 424 = IBR 2024, 291

\*\*\*\*\*

## 4. Skonto bei nur teilweise fristgerechter Teilzahlung!

1. (...)

4. Eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, die als Sicherungsvereinbarung einen Einbehalt von 5% der Auftragssumme vorsieht, ohne den Zeitraum für den Einbehalt zu regeln, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen, weil sie es dem Auftraggeber ermöglicht, die Bürgschaft nach seinem Belieben zu

befristen (Anschluss an BGH, Urteil vom 10. April 2003 - VII ZR 314/01, juris; OLG Köln, Urteil vom 05. April 2012 - I-7 U 195/11, juris).

5. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 05.07.2024, Az.: 12 U 95/22; BauR 2024, 1691 = NJW 2024, 3233 = NZBau 2024, 673 = ZfBR 2024, 641 = IBR 2024, 516

\*\*\*\*\*

## 2. Sicherheit durch Bürgschaft, Bürgschaftsrecht

### 1. Darlegungslastverteilung im Rechtsstreit zwischen dem Besteller und Bürgen für Anspruch auf Rückzahlung der Werklohnvorauszahlung

1. Fordert der Besteller eine Werklohnvorauszahlung zurück, nachdem der Unternehmer Leistungen erbracht hat, muss der Besteller schlüssig die Voraussetzungen eines Saldoüberschusses aus einer Schlussabrechnung vortragen. Ausreichend ist eine Abrechnung, aus der sich ergibt, in welcher Höhe der Besteller Voraus- und Abschlagszahlungen geleistet hat und dass diesen Zahlungen ein entsprechender endgültiger Vergütungsanspruch des Unternehmers nicht gegenübersteht. Der Besteller kann sich auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspricht. Hat der Besteller nach diesen Grundsätzen ausreichend vorgetragen, muss der Unternehmer darlegen und beweisen, dass er berechtigt ist, die Voraus- und Abschlagszahlungen endgültig zu behalten (Bestätigung von BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365, juris Rn. 27 ff.; Urteil vom 24. Januar 2002 - VII ZR 196/00, BauR 2002, 938 = NZBau 2002, 329, juris Rn. 21 und Urteil vom 22. November 2007 - VII ZR 130/06 Rn. 16, 19, BauR 2008, 540 = NZBau 2008, 256).
2. Welcher Vortrag vom Besteller im Fall der Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrags ohne Detailpreisverzeichnis unter zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen verlangt werden kann, um eine Werklohnvorauszahlung zurückzufordern, richtet sich nach den Gesamtumständen, insbesondere nach dem Inhalt des Vertrags und vorvertraglicher Absprachen. Kennt der Besteller die Kalkulation des Unternehmers nicht und kann er nicht aufgrund anderer Umstände das vertragliche Preisniveau darstellen, obliegt dem Unternehmer insoweit die Darlegungslast.
3. Diese Darlegungslastverteilung gilt in einem Rechtsstreit zwischen dem Besteller und einem Bürgen, der sich verpflichtet hat, für einen Anspruch auf Rückzahlung der Werklohnvorauszahlung einzustehen, entsprechend. Der Bürge kann den Besteller nicht darauf verweisen, entsprechende Informationen beim Unternehmer einzufordern.

BGH, Urteil vom 11.07.2024, Az.: VII ZR 127/23; BauR 2024, 1668 = ZfBR 2024, 625 = IBR 2024, 510

\*\*\*\*\*

### 2. Wann ist eine Vertragserfüllungsbürgschaft an den Auftragnehmer zurückzugeben?

1. Eine als Vertragserfüllungsbürgschaft bezeichnete Sicherheit ist in der Regel dahin zu verstehen, dass der Anspruch auf eine fristgerechte, abnahmefähige Herstellung des Werks einschließlich Vertragsstrafen, aber auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Verzug hierdurch abgesichert sind. Eine Vertragserfüllungsbürgschaft sichert regelmäßig auch einen Anspruch des Bestellers auf Rückerstattung von Überzahlungen.

2. Haben die Parteien keine Vereinbarung darüber getroffen, wann die Vertragserfüllungsbürgschaft zurückzugeben ist, ist sie jedenfalls dann zurückzugeben, wenn der Sicherungszweck entfallen ist.

Kammergericht, Urteil vom 17.01.2023, Az.: 21 U 90/22; IBR 2024, 15

\*\*\*\*\*

## C. Vergaberecht/-verfahren (Auswahl)

### I. Allgemein

#### 1. *Preisauflklärung geht auch ohne Bieterbefragung!*

1. Der öffentliche Auftraggeber hat dem betreffenden Bieter grundsätzlich die Möglichkeit zu geben, den Eindruck eines ungewöhnlich niedrigen Angebots zu entkräften oder beachtliche Gründe aufzuzeigen, dass sein Angebot annahmefähig ist. Dafür hat er an den Bieter eine eindeutig formulierte Anforderung zu richten, mit der er Erläuterungen zu den angebotenen Preisen verlangt und Gelegenheit gibt, die "Seriosität" des Angebots nachzuweisen.
2. Sofern der öffentliche Auftraggeber aufgrund anderweitiger gesicherter Erkenntnisse zu der beanstandungsfreien Feststellung gelangt, das Angebot eines Bieters sei nicht ungewöhnlich oder unangemessen niedrig, darf er auf eine Aufklärung durch den betroffenen Bieter verzichten.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.10.2022, Az.: Verg 18/22; IBR 2024, 192

\*\*\*\*\*

#### 2. *Unzumutbarkeit einer Angebotskalkulation – Tragwerksplanung II*

1. Eine kaufmännisch vernünftige Angebotskalkulation ist unzumutbar, wenn Preis- und Kalkulationsrisiken über das Maß hinausgehen, das Bietern typischerweise obliegt, wobei eine die Umstände des jeweiligen Einzelfalls berücksichtigende Abwägung der Interessen der Bieter und des öffentlichen Auftraggebers erforderlich ist. Vertragsbestimmungen, die jeweils für sich genommen eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation nicht unzumutbar machen, können eben diese Wirkung in ihrer Kombination haben (hier bejaht bei der Vorgabe absehbar nicht marktgerechter Maximalstundensätze für den auf Stundenhonorarbasis zu vergütenden Teil des Auftrags bei gleichzeitig mehrjähriger Vertragslaufzeit).
2. Eine kaufmännisch vernünftige Angebotskalkulation kann nicht nur dann als unzumutbar zu werten sein, wenn sich die Gestaltung der Vergabeunterlagen auf die kalkulatorischen Herausforderungen der Bieter ungleich auswirkt; einen Vergaberechtsverstoß stellt es vielmehr auch dar, wenn die Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers bewirken, dass für alle potentiellen Bieter eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar ist.
3. (...)

BayObLG, Beschluss vom 06.12.2023, Az.: Verg 7/23e; NZBau 2024, 566

\*\*\*\*\*

### 3. *Eignungskriterium: Referenz „vergleichbare“ Leistung*

1. Der öffentliche Auftraggeber kann im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter Anforderungen stellen, die sicherstellen, dass der Bieter über die erforderlichen personellen und technischen Mittel sowie ausreichende Erfahrungen verfügt, um den Auftrag in angemessener Qualität ausführen zu können.
2. Es ist nicht zu beanstanden, wenn der Auftraggeber zum Nachweis der Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit verlangt, dass sich die Referenz über eine Leistung verhalten muss, die mit der zu vergebenden Leistung "vergleichbar" ist.
3. Die Formulierung "vergleichbar" bedeutet, dass die referenzierte Leistung mit der ausgedruckten Leistung nicht "gleich" oder gar "identisch" sein muss. Ausreichend ist, dass sie in Bezug auf ihren Umfang und ihre Komplexität in technischer oder organisatorischer Art einen gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad aufweisen muss.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.02.2024, Az.: Verg 23/23; NZBau 2024, 631 = ZfBR 2024, 468

\*\*\*\*\*

### 4. *Restleistungen nach Kündigung sind öffentlich auszuschreiben!*

Nach der Kündigung des ursprünglichen Auftragnehmers sind noch offene Restleistungen erneut öffentlich auszuschreiben. Eine Direktvergabe ist unzulässig.

BayObLG, Beschluss vom 21.02.2024, Az.: Verg 5/23; IBR 2024, 362

\*\*\*\*\*

### 5. *Angebotspreis nach „Kilo“ statt nach „Tonne“ berechnet – kein Ausschlussgrund*

1. Ein nicht zur Irrtumsanfechtung berechtigender Kalkulationsirrtum liegt vor, wenn der Irrtum bei der Kalkulation der Einheitspreise für ein Gebot in einem Vergabeverfahren entstanden ist
2. Kalkulationsfehler stellen für sich allein betrachtet und ohne Hinzutreten weiterer Umstände weder eine fehlende Preisangabe noch einen sonstigen zwingenden Ausschlussgrund dar.
3. Die bloße Möglichkeit, dass eine Preisangabe wegen Irrtums anfechtbar ist, macht die Preisangabe als solche weder unzutreffend noch unbestimmt.

OLG Stuttgart, Urteil vom 16.05.2024, Az.: 2 U 146/22; ZfBR 2024, 460 = VergabeR 2024, 573 = IBR 2024, 337, 367

\*\*\*\*\*

### 6. *Horizontale BIEGE spricht für Wettbewerbsverstoß!*

1. Bilden zwei Unternehmen, die beide hinreichend leistungsfähig sind und die mit Blick auf den Gegenstand der Ausschreibung in unmittelbarer Konkurrenz stehen, eine sog. horizontale Bietergemeinschaft, besteht die Vermutung einer unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Absprache, die von den beteiligten Unternehmen zu entkräften ist.

2. Dient die Beteiligung an einer Bietergemeinschaft lediglich dem Zweck, die Chancen auf einen Zuschlag zu steigern oder mit Hilfe der Bietergemeinschaft Synergiepotenziale oder -effekte zu realisieren, ist eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Absprache zu bejahen.

VGH Bayern, Beschluss vom 26.07.2024, Az.: 12 CE 24.1067; IBR 2024, 535

\*\*\*\*\*

## II. Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte

### 1. *Eignungsleihe: Nachweis der Leistungsfähigkeit vor Auftragsvergabe*

Art. 63 RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG iVm Art. 59 RL 2014/24/EU und dem 84. Erwgr. der RL 2014/24/EU ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Rechtsvorschrift entgegensteht, nach der ein Wirtschaftsteilnehmer, der für die Ausführung eines öffentlichen Auftrags die Kapazitäten eines anderen Unternehmens in Anspruch nehmen möchte, die Unterlagen über die Befähigung dieses Unternehmens und dessen verpflichtende Zusage erst nach der Auftragsvergabe einreichen muss.

EuGH, Urteil vom 10.01.2023, Az.: Rs. C-469/22; NZBau 2023, 747 = VergabeR 2024, 17 = ZfBR 2023, 809

\*\*\*\*\*

### 2. *Mitglieder können Bietergemeinschaft verlassen*

Art. 47 Abs. 3 und Art. 48 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge in Verbindung mit dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die es den ursprünglichen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft verwehrt, aus dieser Bietergemeinschaft auszutreten, wenn die Gültigkeitsdauer des von dieser Bietergemeinschaft eingereichten Angebots abgelaufen ist und der öffentliche Auftraggeber um die Verlängerung der Gültigkeit der bei ihm eingereichten Angebote ersucht, sofern zum einen erwiesen ist, dass die übrigen Mitglieder dieser Bietergemeinschaft die von dem Auftraggeber festgelegten Anforderungen erfüllen, und zum anderen, dass ihre weitere Teilnahme an diesem Verfahren nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter führt.

EuGH, Urteil vom 26.09.2024, Az.: C-403/23; VergabeR 2025, 12 = ZfBR 2023, 669

\*\*\*\*\*

### 3. *Vorliegen einer De-Minimis-Vertragsänderung im Sektorenbereich – Sicherungsmaßnahmen für Gleisbauarbeiten*

1. Für die Frage der Statthaftigkeit des auf § 160 I GWB iVm § 135 GWB gestützten Nachprüfungsantrags kommt es nicht darauf an, ob einer der in § 135 I GWB aufgeführten Vergaberechtsverstöße im Ergebnis zu bejahen ist. 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).

2. Nach § 132 I 2 GWB sind wesentlich nur solche Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet.
3. Dass wesentlich nur solche Änderungen sind, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet, gilt selbstverständlich auch für die Prüfung der Voraussetzungen des § 132 III GWB. Nach § 132 III Nr. 2 GWB ist der Wert der Änderung gerade auf den ursprünglichen Auftragswert bezogen.
4. Machen die vom Auftragsgeber nach Vertragsschluss geänderten Positionen beim Angebot des Bestbieters weit weniger als 10% des ursprünglichen Auftragswerts aus und erreichen diese auch den Schwellenwert nach § 106 II Nr. 2 GWB iVm Art. 15 Buchst. a der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU bei Weitem nicht, so sind die Voraussetzungen des § 132 III GWB erfüllt, weil keine wesentlichen Änderungen vorliegen.
5. Das Kriterium der Veränderung des Gesamtcharakters des Auftrags ist erfüllt, wenn sich zentrale Elemente wie die Auftragsart ändern. Dieses Kriterium ist mit dem der wesentlichen Änderung nach § 132 I GWB gerade nicht identisch, mit der Folge, dass eine Veränderung des Gesamtcharakters des Auftrags auch vorliegen kann, wenn keine wesentliche Änderung des Auftrags anzunehmen ist.
6. War die nachträgliche Auftragsänderung jedenfalls nach § 132 III GWB ohne erneutes Vergabeverfahren zulässig, kann dahinstehen, ob es bereits auch an einer wesentlichen Änderung iSd § 132 I GWB fehlte.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.01.2022, Az.: VII Verg 30/21; VergabeR 2024, 475 = NZBau 2024, 368 = ZfBR 2024, 364

\*\*\*\*\*

#### 4. *Eignungsprüfung – Mehrere Kleinreferenzen ergeben keine Referenz für einen Großauftrag*

1. In Fällen, in denen der Auftraggeber den betreffenden Vergabeverfahrensabschnitt erneut durchführt, hat der Bieter den Vergabefehler ein weiteres Mal zu rügen.
2. Künftige Vergabefehler können nicht vorsorglich gerügt werden.
3. Grundsätzlich kann sich ein Bewerber oder Bieter zum Nachweis seiner Eignung auf andere Unternehmen stützen – ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesem Unternehmen bestehenden Verbindung (Eignungsleihe). Dabei ist eine Eignungsleihe auch für Teilleistungen möglich.
4. Ob die Summe vorgelegter Referenzen für Teilleistungen eine Qualifikation für die ausgeschriebene Gesamtleistung begründen kann, hängt zum einen von der ausgeschriebenen Leistung und zum anderen von den konkret vorgelegten Einzelqualifikationen ab. Im Einzelfall können mehrere sog. Kleinreferenzen, die sich über mehrere kleine und lediglich Teilbereiche umfassende, verhältnismäßig kurzzeitige Aufträge verhalten, nicht mit komplexen Großaufträgen zu vergleichen sein.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.04.2022, Az.: Verg 35/21; ZfBR 2024, 770

\*\*\*\*\*

## 5. Auf Unzulässigkeit der Eignungsleihe muss hingewiesen werden

1. Hat der Bieter ein vorheriges Nachprüfungsverfahren insgesamt für erledigt erklärt, spricht viel für die Begründung eines schützenswerten Vertrauenstatbestands zu Gunsten des Auftraggebers dergestalt, dass der Bieter die nach Einschätzung der Vergabekammer für unbegründet gehaltene Beanstandung bezüglich der Eignungsleihe endgültig fallen gelassen hat. Der erneuten Rüge der Unzulässigkeit der Eignungsleihe in einem weiteren Nachprüfungsverfahren stünde dann der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegen.
2. Im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb prüft der öffentliche Auftraggeber die Eignung der Unternehmen grundsätzlich, bevor er sie zum Verhandlungsverfahren zulässt. Dadurch wird mit der positiven Eignungsprüfung – anders als im offenen Verfahren – ein Vertrauenstatbestand für die zum Verhandlungsverfahren zugelassenen Unternehmen begründet. Etwas anderes gilt, wenn der Bieter bis zum Abschluss des Teilnahmewettbewerbs nicht alle zur abschließenden Prüfung seiner Eignung erforderlichen Unterlagen eingereicht hat (hier: Verpflichtungserklärung des Eignungsleihgebers).
3. Öffentliche Auftraggeber trifft die Pflicht, die Vergabeunterlagen klar und eindeutig zu formulieren und Widersprüchlichkeiten zu vermeiden. Bei der Frage, welcher Erklärungswert den maßgeblichen Teilen der Vergabeunterlagen zukommt, ist im Rahmen einer normativen Auslegung auf den objektiven Empfängerhorizont der potenziellen Bieter bzw. Bewerber, also einen abstrakten Adressatenkreis, abzustellen.
4. Vor diesem Hintergrund wird der durchschnittliche Bieter von einem Ausschluss der üblicherweise zulässigen Eignungsleihe nur dann ausgehen, wenn dies klar und unmissverständlich so in den Vergabeunterlagen erklärt beziehungsweise eine Selbstausführung vorgeschrieben wird. Schweigen die Vergabeunterlagen zur Eignungsleihe, so ist diese zulässig, da nicht auf das Übliche – ihre Zulässigkeit –, sondern auf das Ungewöhnliche – ihren Ausschluss – hingewiesen werden muss.
5. Der Auftraggeber ist verpflichtet, die Gründe für seine Auswahlentscheidung eingehend zu dokumentieren. Die Bewertungsentscheidungen ist daraufhin überprüfbar, ob die jeweilige Bewertung im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden. Es muss nachvollziehbar sein, weshalb ein Mitbewerber besser bewertet wurde; die Wertungen müssen im Quervergleich mit den besser bewerteten Angeboten stimmig sein, insbesondere demjenigen des Zuschlagspräferenten. Dabei dürfen aber im Interesse der Handhabbarkeit keine allzu hohen Anforderungen an die Bewertungsbegründung gestellt werden, eine Nachvollziehbarkeit genügt.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.04.2022, Az.: Verg 47/21; VergabeR 2025, 69 = NZBau 2025, 120= ZfBR 2024, 674

\*\*\*\*\*

## 6. Zumutbare Risikoklauseln in Rahmenvereinbarungen

1. Eine falsche Bezeichnung des Auftraggebers schadet dann nicht, wenn klar erkennbar ist, wer als der eigentliche Adressat des Nachprüfungsantrags gemeint ist. In diesen Fällen kann die Vergabekammer trotz eines anders lautenden Nachprüfungsantrags den eigentlichen Auftraggeber als Beteiligten benennen und das Rubrum entsprechend berichtigen. Dies gilt bei einer fehlerhaften Bezeichnung des Auftraggebers vor allem dann, wenn sich der Nachprüfungsantrag gegen den Vertreter statt gegen den



vertretenen Auftraggeber richtet, aber nach den Umständen die Stellung als Vertreter erkennbar war und der Vertreter prozessführungsbefugt ist.

2. Ist nichts dafür ersichtlich, dass die Antragstellerin die gerügten Vergaberechtsverstöße iSd § 160 III Nr. 1, 3 GWB vor der Beratung durch ihre Verfahrensbevollmächtigten erkannt hätte oder hätte erkennen können, ist die Antragstellerin mit den hierauf geltend gemachten Rügen der Verstöße nicht präkludiert.
3. Die Antragstellerin ist nicht mit der Rüge von Vergabeverstößen nach § 160 III 1 Nr.1, 3 GWB ausgeschlossen, wenn sie einwendet, dass der ausgeschriebene Rahmenvertrag keine garantierten Höchstabnahmemengen enthalte, da die Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstößes insoweit jedoch aufgrund der geänderten Rechtslage nicht gegeben war und der EuGH erst mit Urteil vom 17.6.2021 (EuGH E-CLI:EU:C:2021:490 = NZBau 2021, 541 – Simonsen & Weel) seine Rechtsprechung zu dieser Frage konkretisiert hat.
4. Nach dem Wegfall des in § 8 III VOL/A 2006 normierten Verbots von ungewöhnlichen Wagnissen zu Lasten der Bieter können Vertragsklauseln nur noch unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit einer für den Bieter oder Auftragnehmer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation beanstandet werden, wobei hier dahinstehen kann, ob dies aus dem Rechtsgedanken von Treu und Glauben oder dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herzuleiten ist.
5. Eine Vergaberechtswidrigkeit ergibt sich nicht aus den bestehenden einseitigen Änderungsvorbehalten zugunsten des Auftraggebers betreffend Verfahrensänderungen bei der Vorgangsbearbeitung, betreffend Änderungen bei den Servicezeiten, betreffend der Überarbeitung und Aktualisierung der Arbeitsanweisung und betreffend der Möglichkeit der Einführung eines Sprachdialogsystems und einem sich daraus ergebenden unzumutbaren kalkulatorischen Risiko oder einer fehlenden hinreichenden Bestimmtheit der Leistung. Der Rahmenvertrag bürdet den Bietern mit den bestehenden einseitigen Änderungsmöglichkeiten insoweit kein unzumutbares kalkulatorisches Risiko auf.
6. Es stellt einen vergaberechtlichen Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz (§ 97 I 1 GWB) sowie gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 II GWB) dar, wenn in der Bekanntmachung kein Höchstwert der gemäß der Rahmenvereinbarung zu leistenden Dienste als Gesamtwert enthalten ist.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.09.2022, Az.: VII Verg 2/22; VergabeR 2024, 550 = NZBau 2024, 494

\*\*\*\*\*

## 7. Rechtswirksame Eignungskriterien nur aus Auftragsbekanntmachung - Alttextilienverwertung

1. Ist das Angebot des Bieters nicht das zweit-, sondern das dritt- oder schlechter platzierte, bedarf die Feststellung einer Verschlechterung der Zuschlagschancen gem. § 160 II GWB demzufolge einer über die Vergaberechtswidrigkeit der Auswahl des erstplatzierten Bieters hinausgehenden Darlegung. Insoweit ist für die Darlegung der Antragsbefugnis entweder dahingehender Vortrag erforderlich, dass das eigene, beispielsweise an dritter Stelle der Wertung liegende Angebot deshalb den Zuschlag erhalten müsste, weil auch das auf dem zweiten Platz der Wertung liegende Angebot von der Wertung auszuschließen sei, oder dass sämtliche tatsächlich in die Wertung gelangten Angebote hätten ausgeschlossen werden müssen, weil dann das

eingeleitete Vergabeverfahren in diesem Fall nicht ohne Weiteres durch Zuschlag beendet werden darf und zur Bedarfsdeckung eine Neuausschreibung in Betracht kommt.

2. Zieht eine Bieterin ihre zunächst erklärte Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist für ihr Angebot zurück, ist ihr Angebot erloschen, was nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Dies hat zur Folge, dass der Weg über § 150 BGB, wonach eine verspätete Annahme als neuer Antrag gilt, in diesem Falle vergaberechtlich versperrt ist.
3. Reine Vermutungen zu eventuellen Vergabeverstößen reichen für eine substantiierte Rüge iSv § 160 III 1 GWB nicht aus. Auch wenn es um Vergabeverstöße geht, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen, ist ein Mindestmaß an Substantiierung einzuhalten. Aus Gründen der Beschleunigung wie auch zur Vorbeugung gegen den Missbrauch der Rüge bzw. des Nachprüfungsverfahrens ist dem öffentlichen Auftraggeber in der Regel nicht zuzumuten, auf gänzlich unsubstantiierte Rügen hin in eine ggf. erneute Tatsachenermittlung einzutreten.
4. Sämtliche Eignungskriterien sind gem. § 122 IV 2 GWB in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen. Andere Eignungsanforderungen sind nicht wirksam aufgestellt. Von daher sind bei der Auslegung neben der Bekanntmachung nur solche Umstände relevant, die bis zur Veröffentlichung gegeben und für die Bieter erkennbar waren. Auf die Vergabeunterlagen kommt es insoweit nicht an. Diese können die Bekanntmachung – sofern sie mit dieser übereinstimmen – allenfalls konkretisieren.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.12.2022, Az.: VII Verg 11/22; VergabeR 2024, 463 = NZBau 2024, 362

\*\*\*\*\*

### 8. Keine Nachforderung bei inhaltlicher Unterlagenkorrektur

1. Ein Angebotsausschluss nach § 16 Nr. 3 VOB/A-EU, § 16a III VOB/A-EU, § 8 II Nr. 5 VOB/A-EU wegen bei Angebotsabgabe fehlender Unterlagen scheidet aus, soweit bei Angebotsabgabe zwar Unterlagen fehlten, der öffentliche Auftraggeber jedoch diese nach § 16a I VOB/A-EU nachfordern durfte und musste.
2. Nach § 16a I 1 VOB/A-EU muss der öffentliche Auftraggeber Bieter, die für den Zuschlag in Betracht kommen, unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen – insbesondere Erklärungen, Angaben oder Nachweise – nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen – insbesondere Erklärungen, Produkt- und sonstige Angaben oder Nachweise – nachzureichen oder zu vervollständigen (Nachforderung); es sei denn, er hat von seinem Recht aus § 16a III VOB/A-EU Gebrauch gemacht und in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festgelegt, dass er keine Unterlagen oder Preisangaben nachfordern wird.
3. Auch bei den Bildaufnahmen handelt es sich um „Unterlagen“ iSd § 16a I VOB/A-EU. Diese sind (sonstige) Nachweise iSd § 48 I VgV bzw. § 16a I VOB/A-EU. Der Begriff der Erklärungen und Nachweise ist weit auszulegen.
4. Entsprechend der früheren Rechtslage zu § 16 VOB/A-EG aF und § 19 VOL/A-EG aF stehen fehlende unternehmensbezogene Unterlagen zudem solchen gleich, die physisch vorgelegt worden sind, die aber in formaler Hinsicht von den Anforderungen abweichen, so dass die vorgelegte Unterlage (zB mangels vorgeschriebener

Beglaubigung oder Unterzeichnung) gar nicht geprüft werden kann, wobei die Grenzziehung zwischen formaler Korrektur und materiell-inhaltlicher Korrektur einer Unterlage fließend ist. Daher kann bereits bei ganz geringfügigen materiell-inhaltlichen Auswirkungen eine Unterlage nicht mehr nur als „formal fehlerhaft“ eingestuft werden.

5. Grundsätzlich ist es nicht erforderlich, dass dem Bieter die zur Leistungserbringung erforderlichen Mittel bereits im Zeitpunkt der Angebotsabgabe oder bei Zuschlagserteilung zur Verfügung stehen. Der Auftragnehmer muss, sofern sich der öffentliche Auftraggeber nicht in der Bekanntmachung einen anderen Zeitpunkt vorbehält, in der Regel erst zum Zeitpunkt der Leistungserbringung über die eignungsrelevanten Mittel verfügen und das benötigte Personal einstellen.
6. Bei einem bestehenden Aufklärungsbedarf ist eine Aufklärung des öffentlichen Auftraggebers nach 15 I Nr. 1 VOB/A-EU insoweit möglich, als dass die Maßnahme nicht dazu dienen darf, dem Bieter eine inhaltliche Änderung oder Ergänzung seines Teilnahmeantrags zu ermöglichen. Aufklärungsmaßnahmen dürfen nur zur Abklärung bestehender Zweifelsfragen, nicht aber zur Abänderung des Angebots führen, weil sonst der Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 II GWB) nicht gewahrt werden würde.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.02.2023, Az.: VII Verg 17/22; VergabeR 2023, 632 = NZBau 2024, 170

\*\*\*\*\*

#### 9. *Kein Fortsetzungsfeststellungsverfahren nach wirksamen Zuschlag*

1. Auch für einen Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 168 II 2 GWB ist nach dem Gesetzeswortlaut nur dann Raum, wenn sich ein Nachprüfungsverfahren nach seiner Einleitung erledigt hat. Ein in einem nach wirksamer Zuschlagserteilung eingeleiteten Nachprüfungsverfahren gestellter isolierter Feststellungsantrag ist unzulässig.
2. Mit dem in § 168 II 1 GWB normierten Grundsatz, dass ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden kann, ist ein Grundprinzip des deutschen Vergaberechts festgeschrieben worden, wonach das Vergabeverfahren mit dem Zuschlag beendet wird. Vor der wirksamen Auftragserteilung begangene Verstöße gegen die Bestimmungen über das Vergabeverfahren können in dem gem. §§ 155, 160 GWB eröffneten Nachprüfungsverfahren nicht mehr beseitigt werden.
3. Das Nachprüfungsverfahren ist dann nicht durch einen dem Beigeladenen erteilten Zuschlag erledigt, wenn dieser etwa wegen Verstoßes gegen das Zuschlagsverbot des § 169 II GWB gem. § 134 BGB nichtig ist. Entsprechendes gilt bei einem wegen Verstoßes gegen das für notifizierungspflichtige Beihilfen geltende Durchführungsverbot des Art. 108 III AEUV gem. § 134 BGB nichtigen Vertrag.
4. Der Anspruch des Antragstellers auf Einsichtnahme in die Vergabeakte besteht nicht, wenn der Nachprüfungsantrag zweifelsfrei unzulässig ist.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.04.2023, Az.: VII Verg 27/22; VergabeR 2024, 497 = NZBau 2024, 490

\*\*\*\*\*

### 10. Verzicht auf Teilnahmewettbewerb nicht ohne Markterkundung

1. Eine Vergabe von Aufträgen im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb darf erfolgen, wenn der Auftrag zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, dies darauf beruht, dass aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist, es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist.
2. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Anbieter zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten zur Leistung in der Lage ist, kommt es nicht darauf an, ob die Leistung sofort, also gleichsam auf der Stelle erbracht werden kann. Das zur aktuellen Erfüllung eines Auftrags erforderliche Material herbeischaffen kann auch ein Unternehmen, das sich das Material innerhalb angemessen kurzer Zeit besorgen kann.
3. Eine Vergabe von Aufträgen im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb setzt ein vorheriges Markterkundungsverfahren voraus. Anderenfalls kann der öffentliche Auftraggeber das Nichtvorhandensein vernünftiger Alternativen oder Ersatzlösungen nicht darlegen und beweisen.

OLG Hamburg, Urteil vom 06.04.2023, Az.: 1 Verg 1/23; VergabeR 2024, 728 = ZfBR 2024, 369 = IBR 2024, 533

\*\*\*\*\*

### 11. Verlängerung der Angebotsfrist nach Ablauf der Angebotsfrist

1. Für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter des angesprochenen Personenkreises ist bei Anwendung der üblichen Sorgfalt und üblichen Kenntnis bei laienhafter rechtlicher Bewertung nicht feststellbar, ob die Fristverlängerung nach Ablauf der Angebotsfrist auf einen Vergaberechtsverstoß hindeutet. Vertiefte rechtliche Kenntnisse, die es erlauben, die Vergaberechtskonformität einer Wiedereröffnung der Angebotsphase – einschließlich einer Differenzierung zwischen wirksamer und rechtmäßiger Wiedereröffnung – zu beurteilen, können von einem durchschnittlichen Bieter nicht erwartet werden.
2. Die erst nach Ablauf der ursprünglichen Angebotsfrist mitgeteilte Fristverlängerung stellt vergaberechtlich eine Wiedereröffnung der Angebotsfrist in Form einer Teilrückversetzung des Vergabeverfahrens (horizontale Teilaufhebung) dar.
3. Ein öffentlicher Auftraggeber kann grundsätzlich nicht verpflichtet werden, einen Auftrag auf der Grundlage einer Ausschreibung zu erteilen, die er als fehlerhaft erkannt hat. Eine bereits erfolgte Submission schließt eine solche Fehlerkorrektur nicht aus.
4. Notwendige Voraussetzung für eine vollständige oder auch nur teilweise Aufhebung einer Ausschreibung ist lediglich, dass der öffentliche Auftraggeber für seine (Teil-) Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund hat, so dass eine Diskriminierung einzelner Bieter ausgeschlossen und seine Entscheidung nicht willkürlich ist oder nur zum Schein erfolgt.
5. Gleiches gilt für die Aufhebung einzelner Verfahrensabschnitte des Vergabeverfahrens (horizontale Teilaufhebung), durch die das Vergabeverfahren in einen bestimmten Verfahrensstand zurückversetzt wird.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.05.2023, Az.: Verg 45/22; ZfBR 2024, 775

\*\*\*\*\*

### 12. Wirksamer Zuschlag trotz Kenntnis vom Nachprüfungsantrag

1. (...)
4. Der Umstand, dass ein Nachprüfungsantrag zeitgleich mit seiner Einreichung bei der Vergabekammer auch unmittelbar der Auftraggeberin mit der Anmerkung übersandt worden war, die gesetzlich vorgesehenen Fristen für die Verlängerung des Zuschlags zu beachten, ist geeignet, bei einer dem Vergabeverfahrensrecht unkundigen Beigeladenen den Eindruck zu erwecken, schon diese Übersendung hindere an einer Zuschlagserteilung, zumal nach unzutreffender Auffassung selbst von Vergabeburisten vereinzelt vertreten worden ist, dass der Zuschlag nicht erteilt werden dürfe, wenn der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin die Auftraggeberin von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens in Kenntnis gesetzt hat.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.07.2023, Az.: VII Verg 46/22; VergabeR 2025, 110 = NZBau 2024, 769

\*\*\*\*\*

### 13. Rüge zur unaukömmlichen Kalkulation von Mitbewerberangeboten

1. Rügt der Antragsteller Vergabeverstöße, muss er zumindest tatsächliche Anknüpfungspunkte oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen. Reine Vermutungen zu eventuellen Vergabeverstößen reichen nicht aus.
2. Rügt der Antragsteller die fehlende Aukömmlichkeit des Angebots des Mitbieters, genügt die Vorlage der Eigenkalkulation des Antragstellers nur dann, wenn der Antragsteller darlegt, dass eine Unterschreitung seiner Eigenkalkulation nur auf einer vergaberechtswidrigen Kalkulation des Mitbieters beruhen kann

OLG Frankfurt, Urteil vom 20.07.2023, Az.: 11 Verg 3/23; VergabeR 2024, 48 = ZfBR 2023, 812

\*\*\*\*\*

### 14. Rüge zur unaukömmlichen Kalkulation von Mitbewerberangeboten

1. Soweit eine Ausschreibung aufgehoben werden kann, wenn die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen, kann dieser Aufhebungsgrund nur auf Tatsachen gestützt werden, die erst nach Versendung der Verdingungsunterlagen eingetreten oder dem Auftraggeber bekannt geworden sind, ohne dass eine vorherige Unkenntnis auf mangelhafter Vorbereitung beruht.
2. Bei der Aufhebungsentscheidung ist die Heranziehung von Gründen, die dem Auftraggeber bekannt waren und/oder mit deren Vorliegen oder Eintritt er bei der Vergabeentscheidung rechnen musste, ausgeschlossen. Auch darf der öffentliche Auftraggeber den Aufhebungsgrund nicht selbst schuldhaft herbeigeführt haben.
3. Nach § 160 I GWB ist ein Nachprüfungsantrag grundsätzlich nur so lange der statthafte Rechtsbehelf, wie ein Vergabeverfahren noch nicht abgeschlossen ist.

4. Die Vorschrift des § 168 II 2 GWB ordnet indes nicht an, dass die Aufhebung der Ausschreibung das durch diese eingeleitete Vergabeverfahren endgültig beendet. Die Aufhebung der Ausschreibung kann vielmehr ohne Zustimmung Dritter rückgängig gemacht werden, indem der Ausschreibende das Verfahren wieder aufnimmt und fortführt.
5. Nach der Aufhebung einer Ausschreibung ist ein Nachprüfungsverfahren insoweit statthaft, als die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Aufhebung der Aufhebung und Fortsetzung des Vergabeverfahrens begehrt wird. Dieser Antrag kann mit einem Hilfsantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung verbunden werden.
6. Ein hilfsweise gestellter Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 168 II 2 GWB bzw. § 178 S. 3, 4 GWB iVm § 168 II GWB ist dann zulässig, wenn der damit verbundene Hauptantrag darauf gerichtet ist, die Aufhebung der Aufhebung des Vergabeverfahrens zu erreichen.
7. Das erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben, wenn nach vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falls ein anzuerkennendes Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art anzunehmen ist, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. Dabei genügt für ein auf die Vorbereitung einer Schadensersatzforderung gestütztes Feststellungsinteresse die Absicht, Schadensersatzansprüche gegen den öffentlichen Auftraggeber geltend zu machen, wobei ausreichend ist, dass eine Klageerhebung mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.08.2023, Az.: VII Verg 3/23; VergabeR 2024, 483 = NZBau 2024, 421 = IBR 2024, 368

\*\*\*\*\*

### *15. Kommunales Wohnungsbaununternehmen ist öffentlicher Auftraggeber!*

1. Nach § 99 Nr. 2 GWB sind öffentliche Auftraggeber andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern sie über eine besondere Staatsgebundenheit verfügen, wie sie in § 99 Nr. 2 Hs. 1 Buchst. a-c GWB geregelt ist.
2. Es kann dahinstehen, ob und in welchem Umfang das kommunale Wohnungsbaununternehmen neben der Tätigkeit im Bereich geförderter Wohnungen und von Wohnungen für Haushalte mit geringem Einkommen auch Wohnbau ohne staatliche Förderung betreibt, denn der Annahme der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber steht nicht entgegen, wenn ein Unternehmen nicht ausschließlich im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben verfolgt. Vielmehr genügt es, wenn neben anderen Tätigkeiten jedenfalls auch Aufgaben wahrgenommen werden – und sei es, dass diese nur einen relativ geringen Teil der Gesamttätigkeit ausmachen –, deren Erfüllung wegen der öffentlichen Zwecksetzung eine besondere Pflicht des Unternehmens ist.
3. Der weder gemeinschaftsrechtlich noch nationalrechtlich definierte Begriff der Nichtgewerblichkeit ist im Ergebnis jedenfalls nur dann zu verneinen, wenn das jeweilige Unternehmen sich strategisch und operativ wie ein normaler Marktteilnehmer, dh unter anderem mit der primären Absicht, Gewinne zu erzielen, in einem entwickelten Wettbewerb bewegt, wobei geprüft werden muss, ob die Einrichtung ganz oder zumindest teilweise außerhalb marktmäßiger Mechanismen operiert.

4. Für die Beurteilung der Frage, ob das kommunale Wohnungsbaununternehmen die mit seiner Tätigkeit verbundenen Verluste trägt, kommt es nicht entscheidend darauf an, dass im Gesellschaftsvertrag ein Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste nicht vorgesehen ist. Vielmehr genügt für die Annahme einer nichtgewerblichen Aufgabe, dass die Gebietskörperschaft, der die Gesellschaft gehört, deren Zahlungsunfähigkeit aller Voraussicht nach nicht in Kauf nehmen und soweit erforderlich eine Rekapitalisierung der Gesellschaft durchführen würde, damit diese seine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wahrnehmen kann.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.09.2023, Az.: 15 Verg 5/23; VergabeR 2024, 353  
 NZBau 2024, 430 = IBR 2024, 136

\*\*\*\*\*

#### *16. Handwerkskammer ist kein öffentlicher Auftraggeber!*

1. Eine Handwerkskammer ist zwar eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, aber kein öffentlicher Auftraggeber, weil sie keiner qualifizierten staatlichen Einflussnahmemöglichkeit unterliegt. Die bloße Rechtsaufsicht, Rechtmäßigkeits- oder Rechnungshofkontrolle ist mangels entsprechender Einflussmöglichkeiten nicht ausreichend.
2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung der "überwiegenden Subventionierung" i.S.v. § 99 Nr. 4 GWB ist der Zeitpunkt der Ausschreibung. Entscheidend ist, in welcher Höhe der Auftraggeber mit Fördermitteln bei seiner Gesamtkalkulation gerechnet hat.

OLG Schleswig, Beschluss vom 24.11.2023, Az.: 54 Verg 6/23; VergabeR 2024, 114 =  
 ZfBR 2024, 447 = IBR 2024, 84

\*\*\*\*\*

#### *17. Vermischung von Eignungs- und Wertungskriterien ist zu rügen!*

Die Rügepflicht nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB greift ein, wenn ein durchschnittlicher Bieter im Rahmen seiner laienhaften rechtlichen Wertungsmöglichkeiten erkennen kann, dass es "so nicht geht". Die Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien ist deshalb vor Angebotsabgabe zu rügen.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 04.12.2023, Az.: 11 Verg 5/23; IBR 2024, 137

\*\*\*\*\*

#### *18. Wann ist eine kaufmännisch vernünftige Angebotskalkulation unzumutbar?*

Bieter haben einen Anspruch darauf, dass ihnen im Vergabeverfahren keine unzumutbare Angebotskalkulation auferlegt wird. Vertragsbestimmungen, die jeweils für sich genommen eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation nicht unzumutbar machen, können eben diese Wirkung in ihrer Kombination haben.

BayObLG, Beschluss vom 06.12.2023, Az.: Verg 7/23; VergabeR 2024, 163 = NZBau  
 2024, 566 = IBR 2024, 88

\*\*\*\*\*

### 19. Verstoß gegen UVgO steht Wirksamkeit des Vertrages nicht im Wege

1. Ein öffentlicher Auftrag ist im sog. Oberschwellenbereich von Anfang an unwirksam, wenn dem öffentlichen Auftraggeber ein Vergabeverstoß gem. § 134 GWB oder § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB vorzuwerfen ist und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist, wobei die Geltendmachung in einem Nachprüfungsverfahren nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss erfolgen darf.
2. (...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 21.03.2024, Az.: 12 U 195/22; ZfBR 2024, 462 = IBR 2024, 363

\*\*\*\*\*

### 20. Unterschwellenschutz gegen de facto-Vergabe

1. Eine privatrechtlich organisierte Wohnungsbaugesellschaft kann Auftraggeberin i.S.d. Vergaberechts sein. Dies gilt insbesondere, wenn ihr wesentliche Aufgaben der Daseinsvorsorge übertragen sind und die Gemeinde sämtliche Geschäftsanteile innehat.
2. (...)

OLG Rostock, Urteil vom 22.03.2024, Az.: 2 U 10/23; NZBau 2024, 637 = VergabeR 2024, 756 = IBR 2024, 638

\*\*\*\*\*

### 21. Wirkungslosigkeit des Vergabekammer-Beschlusses

1. Durch die Rücknahme des Nachprüfungsantrags im sofortigen Beschwerdeverfahren wird der angefochtene Beschluss der Vergabekammer, mit dem diese das Verbot, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, ausgesprochen hat, insoweit wirkungslos, als nicht Bestandskraft eingetreten ist.
2. Es ist prozessual zulässig, nur die Gebührenfestsetzung der Vergabekammer isoliert mit der sofortigen Beschwerde anzufechten.
3. Wird mit der sofortigen Beschwerde zulässigerweise die Gebührenfestsetzung der Vergabekammer angegriffen, wird die Gebührenfestsetzung durch die Rücknahme des Nachprüfungsantrags in der Beschwerdeinstanz grundsätzlich nicht berührt.
4. (...)

BayObLG, Beschluss vom 26.03.2024, Az.: Verg 12/23e; VergabeR 2023, 504 = NZBau 2024, 635 = ZfBR 2024, 270

\*\*\*\*\*

### 22. Schwellenwert: Abgrenzung Bau und Montage

1. Ob der Rechtsweg zu der Vergabekammer eröffnet ist, ist von Amts wegen zu prüfen. Eine unterlassene Rüge einer nationalen Ausschreibung statt einer unionsweiten Ausschreibung führt insoweit nicht zur Präklusion.



2. Wird ein Auftrag national statt unionsweit ausgeschrieben, kann ein drohender Schaden eines Bieters wegen eines weiteren Vergabefehlers nicht aus dem Grund ausgeschlossen werden, dass er wegen der fehlerhaften Ausschreibung den Zuschlag ohnehin nicht erhalten könnte, wenn er die unionsweite Ausschreibung weder erreichen kann noch will.
3. Die Natur eines Vertrags, mit dem Leistungen beschafft werden sollen, die verschiedenen Vertragsarten zugehören, richtet sich nach der Hauptleistung. Diese ist wertend unter Berücksichtigung aller Umstände zu bestimmen.
4. Ein Auftrag zur Erstellung eines Systems aus Sensoren zur Parkraumüberwachung und zur Überwachung von Besucherströmen ist kein Bauauftrag.

OLG Schleswig, Beschluss vom 28.03.2024, Az.: 54 Verg 9/23; ZfBR 2024, 780 = IBR 2024, 640

\*\*\*\*\*

### 23. Streichung eines Projektanten bevorteilenden Zuschlagskriteriums – Baustellenlogistik Wilhelmshaven

1. Die für die Bezuschlagung vorgesehene Beigeladene wird durch die Entscheidung einer Vergabekammer auch materiell beschwert, wenn die Vergabekammer eine für die Beigeladene als Zuschlagsprätendentin nachteilige Entscheidung getroffen hat, indem sie eine Neubewertung der Angebote bei geänderten Zuschlagskriterien verlangt hat.
2. Die Antragstellerin eines Nachprüfungsverfahrens ist mit der Rüge, der Auftraggeber habe es vergaberechtswidrig unterlassen, das Angebot der Beigeladenen von der Wertung nach § 124 I Nr. 6 GWB, § 6e VI Nr. 6 VOB/A-VS auszuschließen, nicht nach § 160 III Nr. 1 GWB präkludiert, wenn sie dies rechtzeitig innerhalb der Frist des § 160 III Nr. 1 GWB nach Erhalt der Vorabinformation gerügt und erst aufgrund des Vorabinformationsschreibens Kenntnis von der Beteiligung der vorbefassten Beigeladenen als Bieterin an dem Vergabeverfahren erhalten hat.
3. Hat ein Bieter oder Bewerber vor Einleitung des Vergabeverfahrens nach § 10 II VSVgV beraten oder unterstützt, so hat der Auftraggeber sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bieters nicht verfälscht wird. Gegen diese Vorschrift hat der Auftraggeber verstoßen, wenn er, obwohl die Beigeladene an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt war, nicht ausreichend sichergestellt hat, dass der Wettbewerb um den zu vergebenden Auftrag hierdurch nicht verfälscht wird.
4. Hat der Auftraggeber die Informations- und Wissensvorsprünge, die sich aus den Unterlagen ergaben, die dem Projektanten und damit auch der Beigeladenen zur Vorbereitung der Vergabeunterlagen in Bezug auf die Lph 2-4, 5 und 6 zur Verfügung gestellt worden sind, dadurch ausgeglichen, dass alle Bieter diese Unterlagen zusammen mit den Vergabeunterlagen erhalten haben, so ist die Rüge des Antragstellers, der Beigeladenen müssten zur Erstellung der Planung und Ausschreibung noch weitere Unterlagen zur Verfügung gestanden haben, nicht hinreichend substantiiert, da er vielmehr darüber hinaus auch darzulegen hat, welche Informationen nicht öffentlich gemacht worden sind, und jedenfalls im Ansatz darzutun hat, dass diese Informationen wettbewerbsrelevant sind.
5. Da der öffentliche Auftraggeber dafür Sorge zu tragen hat, dass dem Projektanten im Vergleich zu seinen Wettbewerbern kein überlegenes Angebot ermöglicht wird, hat er Eignungs- und Zuschlagskriterien erforderlichenfalls so neutral zu fassen, dass aus

einem etwaigen Wissensvorsprung des Projektanten keine Wertungsvorteile entstehen. Verwendet der Auftraggeber im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots als Wertungskriterium auch die „Durchdringung des Projektinhalts und Nennung eigener Lösungsansätze“, weist dieses Wertungskriterium die erforderliche Neutralität nicht auf. Es ermöglicht vielmehr, dass das Angebot des vorbefassten Beigeladenen in diesem Punkt besser bewertet werden kann als die Angebote der anderen Bieter.

6. Die Folge eines Verstoßes gegen § 10 II VSVgV ist, dass als milderer Mittel im Verhältnis zu dem seitens des Antragstellers mit dem Nachprüfungsantrag beantragten Ausschluss nach § 124 I Nr. 6 GWB, § 6e VI Nr. b VOB/A-VS eine neue Präsentationsrunde unter geänderten Bewertungskriterien zur Qualitätsbewertung (Streichung des Unterkriteriums „Durchdringung des Projektinhalts und Nennung eigener Lösungsansätze“) durchzuführen ist, wenn dies von den Beteiligten nicht angegriffen worden und nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens geworden ist

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.05.2024, Az.: VII Verg 33/23; NZBau 2024, 696 = VergabeR 2024, 540 = IBR 2024, 414

\*\*\*\*\*

#### 24. Verletzung von Vertragspflichten = schwere berufliche Verfehlung?

1. (...)
- 2a. Die Vorgabe in der Leistungsbeschreibung, wonach der Bieter bei der Erbringung der Leistung alle einschlägigen DIN-Vorschriften und vergleichbaren Vorgaben einzuhalten und sicherzustellen hat, dass sich die eingesetzten Sachmittel in technisch einwandfreien Zustand befinden und einschlägigen Regelwerken entsprechen, verpflichtet die Vergabestelle nicht zu einer lückenlosen, jede Sachverhaltsvariante abdeckenden Überprüfung der Einhaltung aller nur denkbaren Normen und Vorschriften.
- 2b. Die Vergabestelle darf bei der Beurteilung, ob der Bieter sein Leistungsversprechen einhalten kann, dessen plausible Erläuterungen sowie Bescheinigungen bzw. Bestätigungen von Fachunternehmen und Behörden heranziehen, denen sie nicht grundlos misstrauen muss.
3. (...)
4. Auch die Verletzung vertraglicher Verpflichtungen kann eine schwere berufliche Verfehlung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB darstellen, wenn sie eine solche Intensität und Schwere aufweist, dass der öffentliche Auftraggeber berechtigterweise an der Integrität des Unternehmens zweifeln darf.
5. Ob im Zeitpunkt des Ausschlusses nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nachweislich eine schwere berufliche Verfehlung vorlag, ist durch die Nachprüfungsinstanzen voll überprüfbar. Insoweit steht dem Auftraggeber (anders als bei der Prüfung mit prognostischem Charakter, ob die festgestellte schwere Verfehlung die Integrität des Bieters in Frage stellt und eine positive Vertragserfüllung zu erwarten ist) kein Beurteilungsspielraum zu. Zu überprüfen ist dabei, ob im Rahmen der auch dem Auftraggeber zumutbaren Aufklärung unter Berücksichtigung objektiver Anhaltspunkte wie schriftlich fixierter Zeugenaussagen, sonstiger Aufzeichnungen, Belege, Schriftstücke oder ähnlichem von einer nachweisbar schweren Verfehlung auszugehen ist. Regelmäßig sind aber weder der Auftraggeber noch die Nachprüfungsinstanzen verpflichtet, zur Abklärung, ob eine schwere Verfehlung nachweisbar ist, umfassende Beweisaufnahmen durch Zeugenvernehmungen oder Erholung von Sachverständigengutachten durchzuführen.

6. Ein Bieter kann auch dann nicht mehr wegen einer schweren beruflichen Verfehlung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB ausgeschlossen werden, wenn die Frist des § 126 Nr. 2 GWB zwar nicht schon bei Angebotsabgabe verstrichen war, aber während des weiteren Vergabe- bzw. Nachprüfungsverfahrens abläuft.

BayObLG, Beschluss vom 29.05.2024, Az.: Verg 16/23e; NZBau 2024, 707 = IBR 2024, 412

\*\*\*\*\*

### *25. Vorzeitige Zuschlagserteilung; auch im Verhandlungsverfahren fehlt Nichtbieter Antragsbefugnis*

Ist ein Nachprüfungsantrag nach summarischer Prüfung aufgrund fehlender Antragsbefugnis (hier Nichtbestbieter in einem Verhandlungsverfahren) unzulässig und liegt ein besonderes Beschleunigungsinteresse des öffentlichen Auftraggebers (Sicherstellung der ordnungsgemäßen Abfallentsorgung) vor, scheidet eine Wiederherstellung des Zuschlagsverbots nach § 169 Abs. 2 S. 6 GWB aus.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 13.08.2024, Az.: 11 Verg 3/24; VergabeR 2025, 90 = ZfBR 2024, 566

\*\*\*\*\*

### *26. Beschleunigung Autobahnausbau/Gesamtlosvergabe – Technische und wirtschaftliche Gründe*

1. Ist eine Fachlosbildung (hier: Fahrbahnrückhaltesystem, Verkehrssicherung und Weißmarkierung) möglich, weil für diese Leistungen ein eigener Markt besteht, kommt eine Gesamtvergabe nur ausnahmsweise in Betracht. Der gesetzliche Regelfall ist die losweise Vergabe, sie ist grundsätzlich vorrangig.
2. Der öffentliche Auftraggeber hat sich daher, wenn ihm eine Ausnahme von dem Grundsatz der losweisen Vergabe aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen erforderlich erscheint, mit dem Gebot einer Fachlosvergabe und den dagegensprechenden Gründen intensiv auseinanderzusetzen. Er hat eine umfassende Abwägung der widerstrebenden Belange vorzunehmen, als deren Ergebnis die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden Gründen nicht nur aner kennenswert sein, sondern überwiegen müssen.
3. Technische Gründe sind solche, die eine Integration aller Leistungsschritte in einer Hand zur Erreichung des vom Auftraggeber angestrebten Qualitätsniveaus notwendig machen (hier verneint).
4. Wirtschaftliche Gründe liegen vor, wenn eine Aufteilung in Lose mit wirtschaftlich nachteiligen Folgen für den Auftraggeber verbunden ist, die über das übliche in Kauf zu nehmende Maß hinausgehen (hier verneint).
5. Bei seiner Entscheidung hat der öffentliche Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum. Der Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen unterliegt insofern allein, ob die Entscheidung auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung und nicht auf einer Fehlbeurteilung, namentlich auf Willkür, beruht. Dabei müssen die für eine Gesamtlosvergabe angeführten Gründe auf den konkreten Auftrag bezogen und tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sein.

6. Eine nachträgliche Heilung von Dokumentationsmängeln ist nur dann möglich, wenn die Vergabestelle ihre Erwägungen im Laufe des Nachprüfungsverfahrens lediglich ergänzt und präzisiert.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.08.2024, Az.: Verg 6/24; ZfBR 2024, 762

\*\*\*\*\*

### III. Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte

#### 1. *Verstoß gegen UVgO steht Wirksamkeit des Vertrages nicht im Wege*

1. (...)
2. Im Anwendungsbereich der Unterschwellenvergabeverordnung (UVgO) ist ein Verstoß gegen Vergaberechtsvorschriften nach der Erteilung des Auftrags unbeachtlich.

OLG Brandenburg, Urteil vom 21.03.2024, Az.: 12 U 195/22; ZfBR 2024, 462 = IBR 2024, 363

\*\*\*\*\*

### IV. Schadensersatz

#### 1. *Schadensersatz für verlorene Chance an dem Vergabeverfahren teilnehmen zu können*

Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung oder Praxis entgegensteht, nach der es grundsätzlich ausgeschlossen ist, dass ein aufgrund einer rechtswidrigen Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossener Bieter für den Schaden entschädigt wird, der ihm durch den Verlust der Chance entstanden ist, an diesem Verfahren teilzunehmen, um den betreffenden Auftrag zu erhalten.

EuGH, Urteil vom 06.06.2024, Az.: C-547/22; ZfBR 2024, 359 = IBR 2024, 410

\*\*\*\*\*

#### 2. *Nichtiger Vertrag: Rückzahlung*

1. Ist ein Vertrag von Anfang an unwirksam, weil der Auftraggeber entweder gegen seine Informations- und Wartepflicht verstoßen hat oder einen öffentlichen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist, steht dem Auftraggeber ein Anspruch auf Rückzahlung einer an den Unternehmer gezahlten sog. Ausgleichszahlung zu, wenn der Vergaberechtsverstoß in einem Vergabenachprüfungsverfahren festgestellt worden ist.
2. Der Anspruch des öffentlichen Auftraggebers auf Rückerstattung ist mit dem objektiven Wert der von dem Unternehmer im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrags erbrachten Leistungen zu verrechnen, wenn der Auftraggeber die erlangten Leistungen wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht herausgeben kann.

3. Zur Schätzung des Werts erbrachter Verkehrsdienstleistungen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.03.2024, Az.: 18 U 63/23; NZBau 2024, 700 = ZfBR 2024, 555 = IBR 2024, 534

\*\*\*\*\*

## D. Architekten-/Ingenieurrecht (Auswahl)

### I. Allgemein

#### 1. *Bauvertragsentwurf durch Architekten als unerlaubte Rechtsdienstleistung - Skontoklausel*

Eine Vereinbarung, durch die sich ein Architekt verpflichtet, eine von ihm selbst entworfene, der Interessenlage des Bestellers entsprechende Skontoklausel zur Verwendung in den Verträgen mit den bauausführenden Unternehmern zur Verfügung zu stellen, ist wegen eines Verstoßes gegen das in § 3 RDG geregelte gesetzliche Verbot nach § 134 BGB nichtig

BGH, Urteil vom 09.11.2023, Az.: VII ZR 190/22; BGHZ 238, 380 = BauR 2024, 154 = NZBau 2024, 32 = NJW 2024, 1253 = ZfBR 2024, 140 = IBR 2024, 22

\*\*\*\*\*

#### 2. *Vertrag über Dokumentation von Baumängeln ist Werkvertrag!*

1. Ein Vertrag über die Dokumentation von Baumängeln und deren monetärer Bewertung ist als Werkvertrag zu qualifizieren. Das gilt auch dann, wenn es im Angebot heißt, dass auf den Vertrag die Vorschriften über den Dienstvertrag Anwendung finden.

2. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 23.11.2022, Az.: 29 U 108/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.11.2023, Az.: VII ZR 229/22); IBR 2024, 302

\*\*\*\*\*

#### 3. *Beratungsvertrag eines Architekten als Dienstvertrag*

1. Verträge mit Architekten, Bauingenieuren, Statikern usw. sind zwar in der Regel Werkverträge; Abweichendes gilt jedoch dann, wenn die Aufgabe des Architekten oder der anderen Baufachleute sich auf eine bauleitende, überwachende oder beratende Tätigkeit beschränkt und nicht die Bauführung umfasst.

2. Auch der Vertrag mit einem Sachverständigen über die Erstellung eines Gutachtens ist als Werkvertrag zu qualifizieren. Wird der Sachverständige aber über einen längeren Zeitraum hinweg ausschließlich beratend oder überwachend tätig, liegt ein Dienstvertrag vor.

3. Umfasst der überwiegende Teil der beauftragten und erbrachten Leistungen eines Sachverständigen die Beratung des Bauherrn im Hinblick auf Ursachen und erforderliche Maßnahmen zur Beseitigung von Schäden, liegt eine langfristige beratende Tätigkeit vor. Es wurde deshalb kein bestimmter Erfolg geschuldet, so dass ein solcher Auftrag als Dienstvertrag zu qualifizieren ist.

4. Dem Dienstherrn stehen nach den gesetzlichen Bestimmungen des Dienstvertragsrechts keine Gewährleistungsansprüche zu. Insbesondere ist eine Minderleistung nicht als „nicht vertragsgemäße“ Leistung zu sehen, die den Dienstherrn berechtigen würde, die Vergütung nicht zu zahlen. Es besteht allerdings kein Anspruch auf Vergütung, wenn die erbrachten Dienste infolge einer vom Dienstverpflichteten zu vertretenden Schlechtleistung für den Dienstberechtigten ohne Interesse (i.S.v. völlig unbrauchbar) sind. In diesem Falle steht dem Dienstherrn ein Schadensersatzanspruch zu, der auf die Befreiung von der Vergütungspflicht gerichtet ist.

OLG Köln, Beschluss vom 14.02.2023, Az.: 8 U 193/22 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew., BGH, Beschluss vom 06.12.2023, Az.: VII ZR 61/23); BauR 2024, 1847 = IBR 2024, 408

\*\*\*\*\*

#### 4. *Vertrag über Plancontrolling ist Werkvertrag!*

Für die Einstufung der Leistungen eines Architekten als Dienst- oder Werkvertrag kommt es darauf an, ob ein Erfolg oder nur ein für das Arbeitsergebnis mittelbarer bedeutsamer Arbeitseinsatz geschuldet ist.

Kammergericht, Urteil vom 19.12.2023, Az.: 21 U 24/23; IBR 2024, 303

\*\*\*\*\*

## II. Vertragsschluss/Leistungsumfang

### 1. *Akquisitorische Tätigkeiten eines Architekten*

1. Eine vergütungspflichtige Beauftragung ergibt sich nicht allein aus dem Tätigwerden eines Architekten.
2. Eine vergütungsfreie akquisitorische Phase endet spätestens dann, wenn eine Vergütungsvereinbarung getroffen wird. Sie endet auch dann, wenn die Leistung des Architekten angenommen und verwertet wird.
3. Bei Großprojekten ist zu berücksichtigen, dass Architekten häufig bereit sind, auch umfangreiche Architektenleistungen zu erbringen, um eine mögliche, aber noch nicht gesicherte Realisierung zu fördern.
4. Darlegungs- und beweibelastet für den Abschluss eines vergütungspflichtigen Architektenvertrages ist der Architekt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.07.2021, Az.: 5 U 147/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.03.2023, Az.: VII ZR 882/21); BauR 2024, 300 = IBR 2023, 626

\*\*\*\*\*

### 2. *Erfolgshonorar nicht wirksam vereinbart: Ingenieur geht komplett leer aus!*

1. Eine Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) eines Ingenieurs, nach der ihm ein Erfolgshonorar i.H.v. 10% des allein von ihm geschätzten Einsparpotenzials zusteht, räumt dem Ingenieur in unzulässiger Weise ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht ein und ist unwirksam.
2. Ebenfalls unwirksam ist eine Regelung, nach der das Honorar 30 Tage nach Vorlage des Berichts über die vom Ingenieur ermittelten Einsparpotenziale fällig wird.

Kammergericht, Urteil vom 19.12.2023, Az.: 21 U 24/23; IBR 2024, 305

\*\*\*\*\*

### III. Vergütungsrecht/Verjährung

#### 1. Aufstockungsklage eines Architekten gegen die öffentliche Hand

Das richtlinienkonforme zwingende Preisrecht der HOAI 2013 ist auch bei sog. Aufstockungsklagen in Höhe der HOAI-Mindestsätze gegenüber öffentlichen Auftraggebern weiterhin anwendbar.

BGH, Beschluss vom 14.02.2024, Az.: VII ZR 221/22; BauR 2024, 959 = NZBau 2024, 283 = IBR 2024, 240

\*\*\*\*\*

#### 2. Umbauszuschlag nicht nur auf den Umbauanteil!

1. Sofern kein (Umbau-)Zuschlag schriftlich vereinbart ist, fällt für Leistungen ab der Honorarzone II ein Zuschlag von 20% an (§ 35 Abs. 1 Satz 2 HOAI 2009).
2. Der Umbauszuschlag ist nicht nur auf den Umbauanteil zu berechnen.

OLG Köln, Beschluss vom 04.05.2021, Az.: 16 U 63/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 10.05.2023, Az.: VII ZR 443/21); IBR 2023, 627

\*\*\*\*\*

#### 3. Wenn's gerade mal wieder etwas länger dauert ...

1. Bei schwer wiegenden, unvorhersehbaren und nicht vom Architekten zu vertretenden Bauzeitverzögerungen besteht ein Anspruch auf Anpassung des Architektenhonorars nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (hier verneint).
2. Die Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sind für jede einzelne Störung gesondert zu prüfen.
3. Die konkrete bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Verzögerungen unter Gegenüberstellung der Ist- und Soll-Abläufe ist auch Voraussetzung für die schlüssige Darlegung eines Honoraranpassungsanspruchs wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

OLG Köln, Beschluss vom 22.12.2021, Az.: 16 U 182/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.11.2023, Az.: VII ZR 16/22); IBR 2024, 306

\*\*\*\*\*

#### 4. Erbringung der Leistungsphasen 1 bis 4 bei Beantragung einer Genehmigungsplanung

1. Bei Fehlen einer schriftlichen Honorarvereinbarung wird nach § 7 Abs. 5 HOAI unwiderleglich vermutet, dass die Mindestsätze der HOAI vereinbart sind.
2. Es kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, die Beauftragung mit der Genehmigungsplanung bedeute in der Regel, dass auch die übrigen Leistungen der

Leistungsphasen 1-4 erbracht werden sollten. Entscheidend ist vielmehr, was die Parteien tatsächlich als Leistungen vereinbart haben.

3. In der Regel ist die Genehmigungsplanung nicht zu erstellen, wenn nicht die Planungsschritte der Grundlagenermittlung, Vor- und Entwurfsplanung vom Architekten erbracht wurden. Ohne diese Vorarbeiten ist es nicht möglich, festzustellen, ob ein Baugenehmigungsverfahren erfolversprechend ausgeführt werden kann.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.10.2022, Az.: 4 U 142/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 14.02.2024, Az.: VII ZR 221/21); BauR 2024, 1713 = IBR 2024, 577

\*\*\*\*\*

#### 5. Keine Mindestsatzunterschreitung nach neuer HOAI

1. Bei seit dem 1.1.2021 geschlossenen Architekten- und Ingenieurverträgen besteht keine Bindung an die Mindest- und Höchstsätze der HOAI mehr.
2. Der Auftragnehmer, dessen Honorar im Vertrag durch mehrere Pauschalen bestimmt worden ist, hat im Falle einer Kündigung des Auftraggebers nach den Grundsätzen zu vorzeitig beendeten Pauschalpreisverträgen abzurechnen.
3. Fehlen beim Vertragsschluss die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele, hat der Auftragnehmer nach Abschluss der Zielfindungsphase die von ihm erarbeitete Planungsgrundlage dem Auftraggeber zur Zustimmung vorzulegen. Unterlässt er dies, kann er keine Vergütung für solche Leistungen verlangen, die erst nach Abschluss der Zielfindungsphase zu erbringen waren (Anschluss an OLG Frankfurt a. M. NJW 2022, 3516).
4. (...)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.12.2023, Az.: 22 U 153/23; NJW-RR 2024, 220 = NZBau 2024, 292

\*\*\*\*\*

#### 6. Welche Leistungen schuldet ein Planer?

1. Im Bereich der Grundlagenermittlung und Vorplanung (Leistungsphasen 1 und 2 gem. § 34 HOAI) hat der Architekt zunächst die Wünsche des Bauherrn auszuloten, diesen zu beraten und ein Konzept zu erstellen.
2. Eine baurechtliche Genehmigungsfähigkeit der Grundlagenermittlung und Vorplanung ist in der Regel aber keine Voraussetzung für den Honoraranspruch des Architekten für diese Leistungsphasen.
3. Erst ab der Entwurfsplanung (Leistungsphase 3 gem. § 34 HOAI) hat der Architekt eine genehmigungsfähige Planung zu erstellen. Die rechtliche Vertretung der Genehmigungsplanung gegenüber Behörden und Gerichten befreit den Architekten regelmäßig nicht von dieser vertraglichen Pflicht.
4. Der Architekt, der für ein Vorhaben i.S.d. § 34 BauGB eine genehmigungsfähige Planung verspricht, hat seine Planung so zu erstellen, dass sie als zulässig i.S.d. § 34 Abs. 1 BauGB beurteilt werden kann, also innerhalb eines etwaigen Beurteilungsspielraums liegt. Erst dann erfüllt er seine vertragliche Pflicht (vgl. BGH, Urteil vom 25. März



1999 - VII ZR 397/97, Rn. 17, juris). Dafür muss der Architekt die zur Lösung dieser Aufgabe notwendigen Kenntnisse auf dem Gebiet des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts besitzen (vgl. BGH, Urteile vom 17. April 1980 - III ZR 167/78; vom 25. Oktober 1984 - III ZR 80/83; vom 19. März 1992 - III ZR 117/90, Rn. 18; alle juris).

5. Der Architekt kann sich von der vertraglichen Pflicht, eine genehmigungsfähige Planung zu erstellen, ausnahmsweise befreien lassen, wenn der Bauherr ausdrücklich das Risiko einer Versagung der Baugenehmigung auf sich nimmt oder dem Architekten eine Haftungsbefreiung erteilt (Ausnahmefall hier verneint).
6. Welche Leistungen der Architekt oder Ingenieur zu erbringen hat, ergibt sich aus dem geschlossenen Vertrag, in der Regel aus dem Recht des Werkvertrags.
7. Die HOAI enthält keine Leitbilder für den Inhalt von Architekten- und Ingenieurverträgen. Die in der HOAI geregelten "Leistungsbilder" sind Gebührentatbestände für die Berechnung der Honorarhöhe. Ob ein Honoraranspruch dem Grunde nach gegeben oder nicht gegeben ist, lässt sich nicht mit Gebührentatbeständen der HOAI begründen (BGH, IBR 1997, 110).
8. Die in der Anlage 10.1 HOAI aufgeführten Grundleistungen sind nicht alle zwingend für einen vollständigen Honoraranspruch zu erbringen, wenn dies für den vereinbarten Leistungsumfang nicht erforderlich ist.
9. Hält der Besteller die Leistungen des Architekten oder Ingenieurs für nicht ausreichend, muss er dies zum Zeitpunkt des Ausbleibens der Leistungen rügen und ihm die Möglichkeit zur Nachbesserung geben.
10. In einem laufenden Planungsprozess hat der Architekt Alternativleistungen zu erbringen, ohne dass hierfür ein gesondertes Honorar verlangt werden kann (OLG Stuttgart, IBR 2018, 150).
11. Zusätzlich zu vergüten sind derartige Planungsanpassungen erst dann, wenn es sich nicht mehr um alternative Lösungsmöglichkeiten nach gleichen Anforderungen handelt, sondern um wesentliche Änderungen (OLG Oldenburg, IBR 2022, 467).

OLG Celle, Urteil vom 07.02.2024, Az.: 14 U 12/23; BauR 2025, 146 = NJW 2024, 2542 = NZBau 2024, 477 = ZfBR 2024, 231 = IBR 2024, 241, 178, 243

\*\*\*\*\*

## 7. Vereinbarung eines die Basishonorarsätze unterschreitenden Architektenhonorars!

1. Die gegenüber einem Verbraucher bestehende Belehrungspflicht des § 7 Abs. 2 HOAI auf die Möglichkeit der Vereinbarung eines über oder unter dem Basishonorarsatz liegenden Honorars gilt auch bei Vereinbarung eines Zeithonorars oder Pauschalhonorars.
2. Belehrt der Architekt oder Ingenieur den Verbraucher nicht ordnungsgemäß gem. § 7 Abs. 2 HOAI über die Möglichkeit, ein höheres oder niedrigeres Honorar als die in den Honorartafeln vereinbarten Werte zu vereinbaren, führt dieser Verstoß nicht zur Unwirksamkeit der Honorarvereinbarung, sondern nur dazu, dass das Honorar nach oben durch das Honorar nach den Basishonorarsätzen der HOAI begrenzt ist.

3. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass im Falle eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht des § 7 Abs. 2 HOAI das vereinbarte Honorar unter dem sich aus den Basishonorarsätzen ergebenden Honorar liegt, trägt der Architekt bzw. Ingenieur.
4. Die auf das vereinbarte Honorar gestützte Klage ist nur schlüssig, wenn der Architekt oder Ingenieur neben dem vereinbarten Honorar auch das sich aus den Basishonorarsätzen ergebende Honorar schlüssig darlegt

OLG Köln, Urteil vom 10.04.2024, Az.: 11 U 215/22; BauR 2024, 1414 = NJW 2024, 2697 = NZBau 2024, 556 = ZfBR 2024, 329 = IBR 2024, 304

\*\*\*\*\*

#### 8. *Nicht alle Grundleistungen erbracht: Trotzdem volle Vergütung für eine Leistungsphase?*

1. Die volle Vergütung für eine Leistungsphase kann auch dann geschuldet sein, wenn nicht alle Teilleistungen der jeweiligen Leistungsphase erbracht wurden. Denn ein funktionstaugliches, zweckentsprechendes Werk setzt nicht zwingend die Erbringung aller Teilleistungen voraus.
2. Eine Honorarminderung kommt nur in Betracht, wenn ein selbstständiger Arbeitserfolg nicht erbracht wird und der Tatbestand einer Regelung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts oder des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts erfüllt ist.

OLG Schleswig, Urteil vom 17.07.2024, Az.: 12 U 149/20; IBR 2024, 579

\*\*\*\*\*

### IV. Haftungsrecht

#### 1. *Darlegungslast bei Behauptung fehlerhafter Anweisungen eines Architekten*

1. (...)
2. Der Vortrag der Klagepartei, dass der beauftragte Architekt durch konkrete fehlerhafte Anweisungen an den ausführenden Unternehmer einen Mangel der Lüftungsanlage (mit)verursacht habe, ist hinreichend substantiiert.

BGH, Beschluss vom 24.04.2024, Az.: VII ZR 871/21; ZfBR 2024, 316

\*\*\*\*\*

#### 2. *Führt der Architekt kein Bautagebuch, wird sein Honorar gemindert!*

1. Eine an den Leistungsphasen der HOAI orientierte vertragliche Vereinbarung begründet im Regelfall, dass der Architekt die vereinbarten Arbeitsschritte als Teilerfolg des geschuldeten Gesamterfolgs schuldet.
2. Der Auftraggeber kann ohne vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung Minderung verlangen, wenn vereinbarte Grundleistungen nicht oder völlig unbrauchbar erbracht wurden und deren Nacherfüllung für den Auftraggeber nicht mehr von Interesse ist.
3. Eine Minderung scheidet aus, wenn der Bauherr einen behebbaren Mangel rechtzeitig erkennt und ohne vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung selbst beseitigt.

4. Die Bewertung erfolgt, sofern sie sich nicht aus dem Architektenvertrag ergibt, nach den von der Rechtspraxis zu § 5 Abs. 2 HOAI 1996 entwickelten Bewertungstabellen.
5. Die Abnahme ist bei Architektenverträgen, die vor dem Inkrafttreten der HOAI 2013 geschlossen wurden, keine Fälligkeitsvoraussetzung.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.01.2021, Az.: 8 U 109/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.03.2023, Az.: VII ZR 91/21); IBR 2024, 472

\*\*\*\*\*

### 3. *Rechnungsprüfender Architekt ist kein "Sonderfachmann Recht"!*

1. Der mit der Bauüberwachung beauftragte Architekt ist verpflichtet, Abschlagsrechnungen von Bauunternehmern daraufhin zu überprüfen, ob sie fachtechnisch und rechnerisch richtig sowie ob die zu Grunde gelegten Leistungen erbracht sind und ob sie der vertraglichen Vereinbarung entsprechen.
2. Die Abgrenzung zwischen einer Mengenabweichung nach § 2 Abs. 3 VOB/B und einer Ausführungsabweichung nach § 2 Abs. 8 VOB/B ist ebenso wie die korrekte Berechnung der Vergütung für 10% übersteigende Mehrmengen nach § 2 Abs. 3 VOB/B als Rechtsfrage zu klassifizieren.
3. Es würde die Anforderungen an das Maß der im Rahmen eines Architektenvertrags bei der Rechnungsprüfung anzuwendenden Sorgfalt erheblich überspannen, wollte man dem Architekten einen Sorgfaltspflichtverstoß vorwerfen, wenn er in einer komplexen Konstellation eine der vorstehend dargestellten Rechtsfragen unzureichend erfasst und/oder unrichtig beantwortet.

OLG Köln, Urteil vom 16.04.2021, Az.: 19 U 56/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.03.2023, Az.: VII ZR 449/21); BauR 2024, 822 = IBR 2024, 23

\*\*\*\*\*

### 4. *Fehler bei der Rechnungsprüfung: Architektenhaftung trotz Rückzahlungsanspruchs!*

Ein Schaden des Auftraggebers entsteht bei einem Fehler des Architekten bei der Rechnungsprüfung nicht erst dann, wenn feststeht, dass das Rückzahlungsbegehren gegenüber dem Unternehmer gescheitert ist. Der Architekt kann vom Auftraggeber unmittelbar in Anspruch genommen werden, allerdings nur Zug um Zug gegen Abtretung des Herausgabeanspruchs gegenüber dem Bauunternehmer.

OLG Köln, Urteil vom 16.04.2021, Az.: 19 U 56/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.03.2023, Az.: VII ZR 449/21); IBR 2024, 24

\*\*\*\*\*

### 5. *Honorar nur für genehmigungsfähige Varianten!*

1. Ein Architekt, der sich zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet, schuldet als Werkerfolg eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung. Andernfalls ist das Architektenwerk mangelhaft. Die Mangelhaftigkeit erfasst das gesamte Architektenwerk, d. h. auch die Leistungsphasen, die der Genehmigungsplanung vorausgehen.
2. Der Architekt hat zwar ein Recht zur Nachbesserung der nicht genehmigungsfähigen Planung. Eine Nachbesserung kommt aber nur in Betracht, wenn die Planung in der

beantragten Form dauerhaft genehmigungsfähig hergestellt werden kann. Auf grundlegende Änderungen der Planung zwecks Herstellung der Genehmigungsfähigkeit muss der Auftraggeber sich nachträglich nicht einlassen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.12.2021, Az.: 23 U 81/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.04.2024, Az.: VII ZR 886/21); IBR 2024, 580

\*\*\*\*\*

### 6. *Architekt muss weder ideal noch optimal planen!*

1. Der Architekt schuldet keine optimale Planung. Er muss nicht die Lösung wählen, die am besten geeignet ist.
2. Macht der Bauherr bestimmte Vorgaben (hier: Höhenlage des Gebäudes), sind diese für den Architekten verbindlich; eine Abweichung hiervon führt regelmäßig zu einem Mangel des Architektenwerks.
3. Hat die vom Architekten vorgeschlagene und realisierte Planungsvariante zu Mehrkosten geführt, kann eine Pflichtverletzung nicht angenommen werden, wenn sich die Mehrkosten in einem Toleranzrahmen von 30% halten.
4. Bei Verletzung von Aufklärungspflichten kann nicht ohne Weiteres ein beratungsgerechtes Handeln unterstellt werden.

OLG Schleswig, Urteil vom 09.03.2022, Az.: 12 U 16/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.04.2024, Az.: VII ZR 53/22); IBR 2024, 469

\*\*\*\*\*

### 7. *Baukostenobergrenze muss vereinbart werden!*

1. Der Architekt ist nicht gehalten, in der Grundlagenermittlung die Kostenvorstellung zu erfragen oder in der Vor- und Entwurfsplanung Kostenkontrollen durchzuführen, wenn dem Unternehmer-Auftraggeber aufgrund einer vorangegangenen, bereits als Bauvoranfrage eingereichten Planung eines anderen Architekturbüros die finanzielle Dimension des Vorhabens bekannt ist.
2. Dem Auftraggeber können gegenüber dem Architekten nur dann Rechte wegen Kostenüberschreitung zustehen, wenn zwischen den Parteien eine Baukostenobergrenze vereinbart wurde (hier verneint).
3. Bei Annahme eines Kostenrahmens steht dem Architekten eine Toleranz jedenfalls i.H.v. 30% zu.

OLG München, Beschluss vom 23.05.2022, Az.: 20 U 6700/21 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 10.04.2024, Az.: VII ZR 116/22); IBR 2024, 631

\*\*\*\*\*

### 8. *Klage auf Ausgleich des Vorfinanzierungsschadens schließt spätere Erhöhungen nicht aus*

1. Der auf einer Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beruhende Wechsel von einem Vorschussanspruch auf einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes (und umgekehrt) ist nicht als Klageänderung anzusehen, sofern der Lebenssachverhalt im Übrigen unverändert ist.

2. Die auf Ausgleich des Vorfinanzierungsschadens gerichtete Klage deckt auch spätere Erhöhungen ab, so dass ein Feststellungsantrag zwar nicht ausdrücklich gestellt werden muss, er aber aus Gründen der Klarstellung in zulässiger Weise gestellt werden kann.
3. Auch Architektenleistungen können konkludent abgenommen werden. Eine Billigung der Architektenleistung als im Wesentlichen vertragsgerecht kann grundsätzlich nur in Betracht kommen, wenn das Werk fertiggestellt ist.
4. Ein Anspruch des Bauherrn wegen der Rückbaukosten ist wegen eines weit überwiegenden Mitverschuldens ausgeschlossen, weil dieser ohne Vorliegen einer Baugenehmigung und damit formell baurechtswidrig mit der Ausführung der Arbeiten begonnen hat. Hätte der Bauherr nicht ohne Genehmigung eigenmächtig "drauflos" gebaut, sich rechtmäßig verhalten und vor Beginn der Arbeiten den erforderlichen Standsicherheitsnachweis eingeholt, wäre im vorliegenden Fall aufgefallen, dass die Geschossdecke nicht für eine entsprechende Auflastung infolge Wohnnutzung ausgelegt ist, so dass die tatsächlich ausgeführten Arbeiten bereits aufgrund der dann zu Tage getretenen Uneignung der Geschossdecke unterblieben wären.
5. Hinsichtlich des entgangenen Gewinns (Mietausfall) hat der Bauherr gegen die ihm obliegende Schadensminderungspflicht verstoßen, weil es ihm möglich und zumutbar war, die Ferienwohnungen jedenfalls nach Abschluss der gerichtlichen Beweisaufnahme in einen vermietbaren Zustand zu versetzen und die hierfür erforderlichen Kosten vorzufinanzieren.

OLG Hamm, Urteil vom 09.06.2022, Az.: 24 U 38/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew., BGH, Beschl. v. 27.03.2023, Az. VII ZR 123/22); BauR 2024, 1550

\*\*\*\*\*

### 9. Rechnung enthält Nachträge: Architekt muss nur das Zahlenwerk prüfen!

1. Der Architekt hat bei der Schlussrechnung grundsätzlich nur die bautechnischen und baubetrieblich-kalkulatorischen Voraussetzungen für die Berechtigung der geltend gemachten Werklohnforderung zu prüfen. Geprüft werden muss allein das Zahlenwerk, nicht das Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen für einen möglichen Anspruch des Unternehmers.
2. Von einem Architekten sind allenfalls Grundkenntnisse des privaten Baurechts, aber keine vertieften Spezialkenntnisse zu erwarten.
3. Es liegt grundsätzlich außerhalb der Prüfungspflicht des Architekten, ob dem Nachtrag nach dem Ergebnis der erforderlichen Vertragsauslegung eine Mehrvergütungsansprüche rechtfertigende Änderung des Bauentwurfs zu Grunde gelegen hat und die übrigen rechtlichen Voraussetzungen für einen solchen Mehrvergütungsanspruch vorgelegen haben.
4. Den Architekten trifft in Bezug auf zweifelhafte Rechtsfragen allenfalls eine Verpflichtung, dem nicht anwaltlich vertretenen Auftraggeber die Einholung von Rechtsrat bei einem dafür kompetenten Anwalt anzuraten.
5. Ein gegen den Architekten gerichteter Schadensersatzanspruch kann bestehen, wenn der Architekt die Schlussrechnung des ausführenden Unternehmens zu Unrecht um objektiv berechnete Anspruchsteile gekürzt hat und es der Auftraggeber sodann im

Vertrauen auf die Richtigkeit der Rechnungsprüfung auf einen Rechtsstreit mit dem ausführenden Unternehmen über die Berechtigung dieser Kürzungen ankommen lässt.

6. Es ist Sache des Auftraggebers, konkret darzulegen und zu beweisen, hinsichtlich welcher Positionen die Rechnungsprüfung des Architekten fehlerhaft gewesen sein soll und welche Massen und Preise von ihm richtigerweise in Ansatz zu bringen gewesen wären.
7. (...)

OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.03.2023, Az.: 21 U 69/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 11.10.2023, Az.: VII ZR 64/23); IBR 2024, 182, 183

\*\*\*\*\*

### *10. Auch ein Ingenieur muss die wirtschaftlichen Belange des Bauherrn berücksichtigen!*

1. Ingenieure haben, wie Architekten, im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen die wirtschaftlichen Gesichtspunkte des Auftraggebers zu berücksichtigen. Dabei haben sie darauf zu achten, dass übermäßiger und nicht erforderlicher Aufwand vermieden wird.
2. Diese Verpflichtung ist verletzt, wenn bei der Planung des Einbaus einer neuen Heizungsanlage der Einbau eines Blockheizkraftwerkes empfohlen wird, obwohl dieses nicht notwendig ist.
3. Der zu ersetzende Schaden besteht in den Mehrkosten, die bei pflichtgemäßer Erfüllung des Vertrags vermieden worden wären.

OLG Stuttgart, Urteil vom 21.03.2023, Az.: 12 U 312/20; BauR 2024, 960 = IBR 2024, 26

\*\*\*\*\*

### *11. Bauherr haftet für unaufgefordert überlassene Hinweise eines Sonderfachmanns!*

1. Fehlerhafte Auskünfte eines Sonderfachmanns zur Planung führen nur dann zu einem Mitverschulden des Bauherrn, wenn ihr Gegenstand über den normalen Wissensbereich des Architekten hinausgeht.
2. Überlässt der Bauherr dem planenden Architekten, wenn auch nur überobligatorisch, fachliche Hinweise und Auskünfte eines Sonderfachmanns zu einem Einzelaspekt der (Dach-)Konstruktion, kann ihm dessen Verstoß gegen Aufklärungspflichten über einen eventuellen Planungsmangel als Mitverschulden entgegengehalten werden.

OLG Stuttgart, Urteil vom 28.03.2023, Az.: 10 U 29/22; IBR 2024, 29

\*\*\*\*\*

### *12. Garantiert ist garantiert!*

1. Verspricht ein Projektbetreuer gegenüber dem Bauherrn, für die Einhaltung einer bestimmten Bausumme einzustehen, kann seine Erklärung einen unterschiedlichen Inhalt haben, der stets im Einzelfall durch Auslegung festzustellen ist.

2. Für die Annahme einer selbstständigen Garantie, bei der der Auftragnehmer verschuldensunabhängig - auch bei unvorhersehbaren Geschehensabläufen - für sämtliche die Garantiesumme übersteigenden Kosten haftet, sind hohe Anforderungen zu stellen.
3. Eine Baukostengarantie wird gegenstandslos, wenn die ursprüngliche Planung einvernehmlich geändert und in erweitertem Umfang ausgeführt wird.

OLG Bamberg, Beschluss vom 10.07.2023, Az.: 12 U 24/23; IBR 2024, 526

\*\*\*\*\*

### *13. Eintritt des Abrechnungsverhältnisses der Architektenleistung bei fehlender Genehmigungsfähigkeit des Bauvorhabens*

Ein zum Beginn der Verjährungsfrist analog § 634a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 BGB führendes Abrechnungsverhältnis tritt ein mit der Unmöglichkeit der von einem Architekten übernommenen Planungsleistung aufgrund einer fehlenden Genehmigungsfähigkeit des Bauvorhabens wegen eines Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften und einer nicht zu erlangenden Nachbarzustimmung.

OLG Rostock, Urteil vom 19.09.2023, Az.: 4 U 141/19; BauR 2024, 1849 = ZfBR 2024, 31

\*\*\*\*\*

## **E. Bauträgerrecht**

### *1. Rechtsfolgen AGB-rechtlicher Unwirksamkeit der Abnahmeklausel in einem Bauträgervertrag*

1. Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrags verwendete Klausel, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch eine von ihm als Erstverwalter bestimmte, mit ihm wirtschaftlich verbundene (Tochter-)Gesellschaft ermöglicht, ist unwirksam (Anschluss an BGH, Beschluss vom 12. September 2013 - VII ZR 308/12, BauR 2013, 2020).
2. Macht eine Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE) als Prozessstandschafterin der Erwerber Mängelansprüche wegen Mängeln an der Bausubstanz des Gemeinschaftseigentums gegen den Bauträger geltend, so ist es diesem als Verwender der genannten unwirksamen Formulklausel nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich darauf zu berufen, dass sich der Vertrag mangels wirksamer Abnahme des Gemeinschaftseigentums insoweit noch im Erfüllungsstadium befinde, weshalb im Rahmen der Anspruchsbegründung die Abnahme des Gemeinschaftseigentums als Voraussetzung für die Geltendmachung von Mängelansprüchen zu unterstellen ist (Anschluss an BGH, Urteil vom 30. Juni 2016 - VII ZR 188/13, BauR 2016, 1771 = NZBau 2016, 629; Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15, BGHZ 210, 206; Urteil vom 25. Februar 2016 - VII ZR 49/15, BGHZ 209, 128).
3. Es liegt kein rechtsmissbräuchliches widersprüchliches Verhalten der GdWE vor, wenn diese - als Prozessstandschafterin der Erwerber - in der Vergangenheit zweimal Mängelansprüche wegen Mängeln der Bausubstanz des Gemeinschaftseigentums geltend gemacht hat, die von dem in Anspruch genommenen Bauträger jeweils reguliert wurden, und sie sich später bei der klageweisen Geltendmachung weiterer Mängelansprüche gegenüber der vom Bauträger erhobenen Einrede der Verjährung auf das Fehlen einer wirksamen Abnahme des Gemeinschaftseigentums beruft.

BGH, Urteil vom 09.11.2023, Az.: VII ZR 241/22; BauR 2024, 273 = NZBau 2024, 144 = ZfBR 2024, 221 = IBR 2024, 72 = IBR 2024, 73

\*\*\*\*\*

## 2. Zehnjährige Verjährungsfrist für den Anspruch auf Bauträgervergütung

Verpflichtet sich der Veräußerer eines Grundstücksanteils in einem Bauträgervertrag zur Errichtung einer Eigentumswohnung, verjährt sein einheitlich für Grundstücksanteil und Eigentumswohnung vereinbarter Vergütungsanspruch gemäß § 196 BGB in zehn Jahren.

BGH, Urteil vom 07.12.2023, Az.: VII ZR 231/22; BGHZ 239, 181 = BauR 2024, 273 = NJW 2024, 674 = NZBau 2024, 331 = ZfBR 2024, 225 = IBR 2024, 126

\*\*\*\*\*

## 3. Einrede der Verjährung ist nur ausnahmsweise missbräuchlich!

1. Ein die Verjährung hemmendes Stillhalteabkommen zwischen Erwerber und Bauträger liegt nicht deshalb vor, weil die Wohnungseigentümergeinschaft im Hinblick auf die Erklärung des Bauträgers, Ansprüche wegen Mängeln gegen Nachunternehmer verfolgen zu wollen, davon absieht, die Verfolgung von Mängelansprüchen gegen den Bauträger an sich zu ziehen.
2. Die Erhebung der Verjährungseinrede gegenüber Mängelansprüchen des Erwerbers ist nicht deshalb treuwidrig, weil der Bauträger mit Erfolg Nachunternehmer wegen der Mängel in Anspruch genommen hat.

OLG Bamberg, Urteil vom 29.06.2021, Az.: 5 U 429/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 11.10.2023, Az.: VII ZR 746/21); IBR 2024, 127

\*\*\*\*\*

## 4. Bauträger trägt das Baugrundrisiko!

1. Um einen Annahmeverzug des Erwerbers mit einer fertig gestellten Leistung darzulegen, muss der Bauträger vortragen, wann welcher Leistungsstand erreicht wurde. Der Vortrag, die Leistung sei abnahmereif, reicht jedenfalls dann nicht aus, wenn der Erwerber durch Privatgutachten zahlreiche Mängel der Bauleistung dokumentiert hat.
2. Im Bauträgervertrag trägt der Bauträger das Baugrundrisiko. Wird das Bauvorhaben nicht termingerecht fertig gestellt, entlastet das Vorhandensein von felsigem Baugrund den Bauträger deshalb nicht.

OLG Frankfurt, Urteil vom 26.10.2022, Az.: 29 U 62/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.04.2024, Az.: VII ZR 205/22); IBR 2024, 519

\*\*\*\*\*

## 5. Ungenehmigte Umplanung ist MaBV-Verstoß!

1. Ein Bauträger verstößt gegen § 3 Abs. 1 MaBV, wenn er vor Entgegennahme der Zahlungen der Käufer für eine nach Genehmigungserteilung umgeplante tragende Wand keine Nachtragsgenehmigung bzw. eine Erklärung des zuständigen Bauamts eingeholt hat, dass unter Ermessensgesichtspunkten von der Durchführung eines Genehmigungsverfahrens abgesehen werden soll.



2. Besteht ein Bauvorhaben aus einem genehmigungspflichtigen Teil (hier: Einfamilienhaus) und einem für sich genommen genehmigungsfreien Teil (hier: Umplanung einer tragenden Wand), ist das Vorhaben insgesamt genehmigungspflichtig, wenn beide Teile im Zusammenhang stehen.
3. Die MaBV gebietet nicht die Einholung einer Baugenehmigung oder der Bestätigung, sondern verbietet lediglich die Entgegennahme von Vermögenswerten ohne Vorliegen der in § 3 Abs. 1 Nr. 4 MaBV geregelten Voraussetzungen.
4. Hätte den Käufer derselbe Finanzierungsaufwand getroffen, wenn der Bauträger seiner Verpflichtung, vor Entgegennahme der Kaufpreistraten eine Bestätigung des Bauamts einzuholen, nachgekommen wäre, fehlt es an einem kausalen Schaden.

OLG Frankfurt, Urteil vom 09.01.2023, Az.: 29 U 176/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 17.01.2024, Az.: VII ZR 77/23); IBR 2024, 520

\*\*\*\*\*

## 6. *Mängel am Gemeinschaftseigentum: Einzelerwerber hat Zurückbehaltungsrecht!*

1. Der Erwerber einer Teileigentumseinheit kann gegenüber der (Werklohn-)Forderung des Veräußerers auch wegen eines das Gemeinschaftseigentum betreffenden Nacherfüllungsanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht nach §§ 320, 641 Abs. 3 BGB geltend machen. Dies gilt in jedem Fall dann, wenn die Eigentümergemeinschaft die Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs nicht an sich gezogen hat.
2. Macht nur ein Erwerber wegen eines Mangels Ansprüche geltend, kann er seine Leistung in Höhe der (gesamten) Mängelbeseitigungskosten unter Berücksichtigung des Druckzuschlags verweigern. Machen dagegen mehrere Eigentümer wegen eines Mangels Zurückbehaltungsrechte geltend, ist das Leistungsverweigerungsrecht nach § 242 BGB insgesamt auf die angemessene Höhe begrenzt, wobei den einzelnen Eigentümern in diesem Fall das Zurückbehaltungsrecht regelmäßig nur quotaal in Höhe ihrer jeweiligen Miteigentumsanteile bzw. bis zur Ausschöpfung des durch § 641 Abs. 3 BGB gesteckten Rahmens zusteht.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 27.04.2023, Az.: 12 U 114/22; IBR 2024, 299

\*\*\*\*\*

## 7. *Irgendwann ist Schluss!*

1. Allein ein erheblicher Zeitablauf reicht nicht aus, um von einer Verwirkung der Mängelansprüche auszugehen. Maßgeblich ist jeweils eine Gesamtschau der konkreten Umstände des Einzelfalls.
2. Dass im Hinblick auf eine fehlgeschlagene Abnahme Mängelansprüche zeitlich unbeschränkt fortbestehen, ist mit den Gründen der Rechtssicherheit und der Billigkeit nicht in jedem Fall zu vereinbaren. Die Wertungsentscheidungen des Gesetzgebers, welche Vertragsseite das Risiko der Lebensdauer von Wirtschaftsgütern tragen muss, müssen bei der Anwendung des § 242 BGB einfließen, um unbillige Ergebnisse zu korrigieren.
3. Die Verwendung einer unwirksamen Abnahmeklausel steht der Geltendmachung des Einwands der Verwirkung der Mängelansprüche nicht entgegen.

OLG München, Beschluss vom 19.10.2023, Az.: 28 U 3344/23 Bau; ZfBR 2024, 402 = IBR 2024, 624

\*\*\*\*\*

### 8. *Kein einfaches Bestreiten detailliert dargelegter Baumängel durch den Bauträger*

1. (...)
2. Der einzelne Wohnungseigentümer kann wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum zwar selbst auf Kostenvorschuss klagen, er muss Leistung aber an die Gemeinschaft verlangen. An dieser Rechtslage hat sich auch durch die Novellierung des WEG-Rechts, namentlich die Neufassung des § 9a WEG, im Ergebnis nichts geändert.
3. Übernimmt der Bauträger vertraglich Bauleistungen, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung mit 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
4. (...)

OLG Hamburg, Urteil vom 05.02.2024, Az.: 4 U 44/22; BauR 2024, 1225 = NJW 2024, 1753 = NZBau 2024, 406 = IBR 2024, 239

\*\*\*\*\*

### 9. *Geltendmachung von Ansprüchen der WEG; kein Abzug neu für alt*

1. Für die Geltendmachung von Ansprüchen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer genügt es, wenn die Ansprüche eines Erwerbers auf Herstellung/Nachbesserung des Gemeinschaftseigentums bestehen und unverjährt sind. Wurden die Erwerbsverträge an verschiedenen Zeitpunkten abgeschlossen, die aufgrund des Übergangsrechts zu unterschiedlichen Rechtslagen hinsichtlich der Voraussetzungen, Rechtsfolgen oder Verjährung von Gewährleistungsansprüchen führen, dann ist im Ergebnis das für die klagende Gemeinschaft der Wohnungseigentümer günstigste Recht zu Grunde zu legen.
2. Ein Abzug „neu für alt“ kommt auch bei werkvertraglichen Mängelhaftungsansprüchen nicht in Betracht, sofern sich der Vorteil des Bestellers darin erschöpft, dass das Werk durch den zur Mangelbeseitigung erforderlichen Ersatz eines mangelhaften Teils durch ein neues Teil einen Wertzuwachs erfährt oder dass der Besteller durch die längere Lebensdauer des ersetzten Teils Aufwendungen erspart (Anschluss an BGH, Urteil vom 13. Mai 2022 - V ZR 231/20 -, juris Rn. 16).
3. Dem Bauträger ist es als Verwender einer von ihm gestellten und der Inhaltskontrolle nicht Stand haltenden Abnahmeklausel nach Treu und Glauben verwehrt, sich darauf zu berufen, dass sich der Vertrag noch im Erfüllungsstadium befinde und deshalb ein Anspruch aus § 637 Abs. 3 BGB nicht bestehe. Die Gewährleistungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB beginnt in einem solchen Fall mangels wirksamer Abnahme grundsätzlich nicht zu laufen (Anschluss BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 - VII ZR 49/15 -, BGHZ 209, 128; Urteil vom 12. Mai 2016 - Az. VII ZR 171/15 -, juris; Urteil vom 9. November 2023 - VII ZR 241/22 -, juris).
4. Kenntnisse der Verwaltung, die im Hinblick auf die Frage relevant sind, ob eine konkludente Abnahme durch die Erwerber gegenüber dem Bauträger vorliegt, sind den

einzelnen Erwerber erst zuzurechnen, nachdem ein Vergemeinschaftungsbeschluss über die Geltendmachung der Mängel durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ergangen ist.

5. Die Haftung des Bauträgers wegen der Verwendung einer unwirksamen Abnahmeklausel reicht nicht weiter als eine Haftung wegen Arglist. In einem solchen Fall sind Mängelansprüche spätestens dann nicht mehr durchsetzbar, wenn hinsichtlich des Herstellungsanspruchs des Erwerbers die maximale Verjährungsfrist des § 199 Abs. 4 BGB von 10 Jahren und eine sich anschließende 5-jährige Gewährleistungsfrist abgelaufen sind.
6. Nach Verjährung des Herstellungsanspruchs aus § 633 Abs. 1 BGB kann der Besteller nicht dadurch unverjährte Mängelansprüche herbeiführen, dass er die Abnahme erklärt.

OLG Stuttgart, Urteil vom 02.04.2024, Az.: 10 U 13/23 (Nichtzul.-Beschw. anhängig. – BGH, Az.: VII ZR 68/24); BauR 2024, 1230 = ZfBR 2024, 515 = IBR 2024, 301

\*\*\*\*\*

### 10. Unwirksame Abnahmeklausel und die Folgen für die Mängelhaftung

1. Eine vom Bauträger verwendete Abnahmeklausel, wonach das gemeinschaftliche Eigentum für die Wohnungseigentümer durch einen von der Wohnungseigentümersammlung zu wählenden vereidigten Sachverständigen abgenommen wird, verstößt gegen § 9 Abs. 1 AGBG a.F. (Anschluss OLG Stuttgart, Urteil vom 31. März 2015 - 10 U 46/14).
2. Im Falle einer in Folge der Nichtigkeit der Abnahmeklausel unwirksamen Abnahme beginnt die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen regelmäßig erst mit der Abnahme. Die Verjährungsfrist endet nicht spätestens mit der Verjährung des Erfüllungsanspruchs (entgegen OLG Stuttgart, Urteil vom 2. April 2024 - 10 U 13/23).
3. Der Annahme einer Verwirkung von Gewährleistungsansprüchen steht regelmäßig entgegen, dass der Bauträger als Verwender einer unwirksamen Abnahmeklausel kein schutzwürdiges Vertrauen auf die Wirksamkeit der Abnahme haben kann. Dies gilt auch dann, wenn er zum Zeitpunkt der Verwendung nicht ohne weiteres mit einem Verstoß gegen § 9 Abs. 1 AGBG a.F. rechnen musste (entgegen OLG München, Beschluss vom 1. Dezember 2023 - 28 U 3344/23).

OLG Stuttgart, Urteil vom 06.06.2024, Az.: 13 U 419/19; BauR 2024, 1842 = ZfBR 2024, 532 = IBR 2024, 460

\*\*\*\*\*

### 11. Anspruch des Erwerbers einer Eigentumswohnung auf Eigentumsumschreibung bei den Kaufpreis übersteigenden eigenen Forderungen

1. (...)
2. Dem Erwerber einer Eigentumswohnung steht gegen den Bauträger, dessen Verpflichtung zur Eigentumsumschreibung vertraglich durch die Zahlung des vollen Kaufpreises bedingt ist, auch für den Fall, dass nur noch ein geringfügiger Teil des Kaufpreises offensteht und Mängel vorliegen, regelmäßig kein Anspruch auf Eigentumsverschaffung aufgrund von § 242 oder § 320 Abs. 2 BGB zu, wenn er die Möglichkeit hat, mit

eigenen Forderungen in den Kaufpreis übersteigender Höhe aufzurechnen und damit die Eintragungsvoraussetzungen herbeizuführen.

3. Der Erwerber kann von dem Bauträger nicht verlangen, eine – aus seiner Sicht unter Überschreitung der Miteigentumsordnung – im Zuge der Errichtung angebrachte Abluftanlage an der Außenfassade zu entfernen, wenn deren Errichtung nicht zur vertraglichen Leistungen des Bauträgers ihm gegenüber zur Herstellung des Gemeinschaftseigentums und seines Sondereigentums gehört, sondern durch den begünstigten Sondereigentümer veranlasst wurde.

OLG Köln, Urteil vom 19.06.2024, Az.: 11 U 73/23; BauR 2024, 1707 = IBR 2024, 521

\*\*\*\*\*

## 12. Fertigstellungsklage gegen Bauträger

1. Stellt ein Bauträger eine in Eigentumswohnungen aufgeteilte Wohnanlage nicht fertig, können ihn die Erwerber der Wohnungen auf Herbeiführung dieses Erfolgs in Natur in Anspruch nehmen.
2. Für die Zulässigkeit und Bestimmtheit eines solchen Klageantrags genügt es, wenn das vom Bauträger geforderte Endergebnis durch Bezugnahme auf die Vertragsbestandteile, insbesondere die Baubeschreibung und die Teilungserklärung, definiert wird. Der aktuelle Bautenstand des Vorhabens muss jedenfalls im Erkenntnisverfahren nicht vorgetragen werden.
3. Eine Klage auf Fertigstellung in Natur muss nicht zwingend sämtliche noch fehlende Bauleistungen umfassen. Die Erwerber können auch eine Teilklage gegen den Bauträger erheben, die sich auf einzelne abtrennbare Leistungen beschränkt.

Kammergericht, Urteil vom 16.07.2024, Az.: 21 U 131/23; NJW-RR 2024, 1276 = NZBau 2024, 750 = ZfBR 2024, 733 = IBR 2024, 605

\*\*\*\*\*

## F. Wohnungseigentumsrecht

### 1. Haftung des Verwalters für von ihm (pflichtwidrig) vorgenommene Abschlagszahlungen gemäß Bauvertrag (hier beschlossene Dachsanierung)

1. Hat eine Gemeinschaft der Wohnungseigentümer mit einem Werkunternehmer einen Vertrag zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums geschlossen, gehört es zu den Pflichten des Verwalters, Erhaltungsmaßnahmen am Gemeinschaftseigentum wie ein Bauherr zu überwachen. Bei der Bewirkung von Zahlungen ist er verpflichtet, wie ein Bauherr im Interesse der Wohnungseigentümer sorgfältig zu prüfen, ob bestimmte Leistungen erbracht und Abschlags- oder Schlusszahlungen gerechtfertigt sind (im Anschluss an Senat, Urteil vom 19. Juli 2019 - V ZR 75/18, ZWE 2020, 44 Rn. 16).
- 2a. Zahlt der Verwalter im Zuge der Vornahme von Erhaltungsmaßnahmen pflichtwidrig Abschläge, kann für die Ermittlung des Schadens der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nicht allein auf die durch die Abschlagszahlungen hervorgerufene Minderung des Gemeinschaftsvermögens abgestellt werden. In den Gesamtvermögensvergleich einzubeziehen ist vielmehr auch, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Werkleistungen vertragsgerecht erbracht worden sind. Die Beweislast dafür, dass den

gezahlten Abschlägen keine werthaltigen Leistungen gegenüberstehen, trifft die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer.

- 2b. Eine Haftung des Verwalters wegen pflichtwidriger Abschlagszahlungen scheidet aus, solange eine vertragsgerechte Leistung noch im Wege der (Nach-)Erfüllung durch den Werkunternehmer herbeigeführt werden kann.
- 2c. Ist dagegen die (Nach-)Erfüllung ausgeschlossen und das Vertragsverhältnis zwischen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und dem Werkunternehmer in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen, haftet der Verwalter für die durch die pflichtwidrigen Abschlagszahlungen entstandenen Schäden neben dem Werkunternehmer. Der Verwalter ist in diesem Fall aber nur Zug um Zug gegen Abtretung der auf Geldzahlung gerichteten Ansprüche der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gegen den Werkunternehmer zu Schadensersatz verpflichtet.

BGH, Urteil vom 26.01.2024, Az.: V ZR 162/22; BauR 2024, 765 = NZBau 2024, 266 = NJW-RR 2024, 499 = IBR 2024, 200 = IBR 2024, 201

\*\*\*\*\*

## 2. Aufzugseinbau in denkmalgeschütztem Jugendstil-Anwesen zwecks Barrierefreiheit

1. Die Wohnungseigentümer können nach dem seit dem 1. Dezember 2020 geltenden Wohnungseigentumsrecht eine bauliche Veränderung grundsätzlich auch dann beschließen, wenn die Beschlussfassung die Zuweisung einer ausschließlichen Nutzungsbefugnis an dem dafür vorgesehenen Gemeinschaftseigentum zur Folge hat; einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer bedarf es hierfür nicht mehr (Abgrenzung zu Senat, Urteil vom 13. Januar 2017 - V ZR 96/16, ZWE 2017, 224 Rn. 30 ff.).
- 2a. Eine bauliche Veränderung, die einem der in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 WEG aufgeführten Zwecke dient, ist regelmäßig angemessen. Die Angemessenheit ist nur ausnahmsweise aufgrund außergewöhnlicher baulicher Gegebenheiten oder eines außergewöhnlichen Begehrens zu verneinen, wenn die bauliche Veränderung bei der Gesamtheit der Wohnungseigentümer zu Nachteilen führt, die bei wertender Betrachtung außer Verhältnis zu ihrem Zweck stehen. Nachteile, die typischerweise aufgrund einer privilegierten baulichen Veränderung eintreten, begründen regelmäßig nicht deren Unangemessenheit.
- 2b. Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Umstände der Angemessenheit einer baulichen Veränderung i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 WEG trägt der klagende Wohnungseigentümer; verlangt ein Wohnungseigentümer gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 WEG die Ersetzung eines Grundlagenbeschlusses, muss er zur Begründung des Anspruchs darlegen, dass die bauliche Veränderung einem der gesetzlich privilegierten Zwecke dient. Berufet sich die Gemeinschaft auf die Unangemessenheit der Maßnahme, trifft sie eine sekundäre Darlegungslast für nachteilige Umstände, die sich nicht bereits aus dem Begehren selbst ergeben.
3. Eine grundlegende Umgestaltung der Wohnanlage ist bei einer Maßnahme, die der Verwirklichung eines Zweckes i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 WEG dient, zumindest typischerweise nicht anzunehmen; der von dem Gesetzgeber im gesamtgesellschaftlichen Interesse erstrebten Privilegierung bestimmter Kategorien von Maßnahmen ist bei der Prüfung, ob eine grundlegende Umgestaltung vorliegt, im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses Rechnung zu tragen.

4. Eine unbillige Benachteiligung eines Wohnungseigentümers setzt voraus, dass die beabsichtigte Maßnahme bei wertender Betrachtung und in Abwägung mit den mit der baulichen Veränderung verfolgten Vorteilen einem verständigen Wohnungseigentümer in zumutbarer Weise nicht abverlangt werden dürfte (Fortführung von Senat, Urteil vom 15. Mai 2020 - V ZR 64/19, NJW-RR 2020, 1022 Rn. 14).

BGH, Urteil vom 09.02.2024, Az.: V ZR 244/22; BauR 2024, 770 = NJW 2024, 1030 = NZBau 2024, 334

\*\*\*\*\*

### 3. *Ansichziehen von Mängelrechten durch GdWE bei „unterteilter“ Mehrhausanlage*

- 1a. Sind nach der Gemeinschaftsordnung einer Mehrhausanlage weitgehend verselbstständigte Untergemeinschaften gebildet, kann nur die Gesamtgemeinschaft der Wohnungseigentümer die den einzelnen Erwerbern aus den jeweiligen Verträgen mit dem Veräußerer wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums zustehenden Rechte auf ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums durch Mehrheitsbeschluss zur alleinigen Durchsetzung an sich ziehen; dies gilt auch dann, wenn die Mängel nur den einer Untergemeinschaft zugeordneten Teil der Anlage betreffen.
- 1b. Die Kompetenz, durch Beschluss über die gerichtliche Geltendmachung der vergemeinschafteten Ansprüche und die mit der Prozessführung im Zusammenhang stehenden Fragen (hier: Aufnahme von Vergleichsverhandlungen und Erhebung einer Sonderumlage zur Finanzierung der Prozesskosten) zu entscheiden, steht ebenfalls allein der Gesamtgemeinschaft der Wohnungseigentümer zu.
2. Grundsätzlich muss in einem Beschluss über die Erhebung einer Sonderumlage die auf den einzelnen Eigentümer entfallende Summe betragsmäßig bestimmt sein. Es reicht aber aus, wenn der geschuldete Einzelbetrag objektiv eindeutig bestimmbar ist und von den Wohnungseigentümern selbst ohne Weiteres errechnet werden kann.

BGH, Urteil vom 23.02.2024, Az.: V ZR 132/23; BauR 2024, 1372 = NJW 2024, 2039 = NZBau 2024, 468

\*\*\*\*\*

### 4. *Gestattung baulicher Veränderungen - Gartenhütten*

1. Die Wohnungseigentümer können seit dem 1. Dezember 2020 eine bauliche Veränderung auch dann beschließen, wenn die Nutzungsbefugnis an dem dafür vorgesehenen Gemeinschaftseigentum dauerhaft nur dem bauwilligen Wohnungseigentümer zustehen soll (Fortführung von Senat, Urteil vom 9. Februar 2024 - V ZR 244/22, NJW 2024, 1030 Rn. 14).
2. Die Beschlusskompetenz für die Gestattung einer baulichen Veränderung besteht auch dann, wenn die Beschlussfassung dazu führt, dass die in einer Vereinbarung vorgesehene Nutzung des Gemeinschaftseigentums faktisch nicht mehr möglich ist.
3. Den Wohnungseigentümern fehlt die Kompetenz, durch Beschluss Kompensationszahlungen festzulegen, die die Wohnungseigentümer, denen eine bauliche Veränderung gestattet wird, an die übrigen Wohnungseigentümer leisten sollen

BGH, Urteil vom 19.07.2024, Az.: V ZR 226/23; NJW-RR 2024, 1333 = NZBau 2024, 744 = ZfBR 2024, 715

\*\*\*\*\*

## G. AGB-Recht

### 1. Rechtsfolgen AGB-rechtlicher Unwirksamkeit der Abnahmeklausel in einem Bauträgervertrag

1. Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrags verwendete Klausel, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch eine von ihm als Erstverwalter bestimmte, mit ihm wirtschaftlich verbundene (Tochter-)Gesellschaft ermöglicht, ist unwirksam (Anschluss an BGH, Beschluss vom 12. September 2013 - VII ZR 308/12, BauR 2013, 2020).
2. Macht eine Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE) als Prozessstandschafterin der Erwerber Mängelansprüche wegen Mängeln an der Bausubstanz des Gemeinschaftseigentums gegen den Bauträger geltend, so ist es diesem als Verwender der genannten unwirksamen Formulklausel nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich darauf zu berufen, dass sich der Vertrag mangels wirksamer Abnahme des Gemeinschaftseigentums insoweit noch im Erfüllungsstadium befinde, weshalb im Rahmen der Anspruchsbegründung die Abnahme des Gemeinschaftseigentums als Voraussetzung für die Geltendmachung von Mängelansprüchen zu unterstellen ist (Anschluss an BGH, Urteil vom 30. Juni 2016 - VII ZR 188/13, BauR 2016, 1771 = NZBau 2016, 629; Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15, BGHZ 210, 206; Urteil vom 25. Februar 2016 - VII ZR 49/15, BGHZ 209, 128).
3. Es liegt kein rechtsmissbräuchliches widersprüchliches Verhalten der GdWE vor, wenn diese - als Prozessstandschafterin der Erwerber - in der Vergangenheit zweimal Mängelansprüche wegen Mängeln der Bausubstanz des Gemeinschaftseigentums geltend gemacht hat, die von dem in Anspruch genommenen Bauträger jeweils reguliert wurden, und sie sich später bei der klageweisen Geltendmachung weiterer Mängelansprüche gegenüber der vom Bauträger erhobenen Einrede der Verjährung auf das Fehlen einer wirksamen Abnahme des Gemeinschaftseigentums beruft

BGH, Urteil vom 09.11.2023, Az.: VII ZR 241/22; BauR 2024, 273 = NZBau 2024, 144 = ZfBR 2024, 221 = IBR 2024, 72 = IBR 2024, 73

\*\*\*\*\*

### 2. (Un-)wirksamkeit einer vom AG in einem Einheitspreisvertrag verwendeten Vertragsstrafenklausel

Zur Unwirksamkeit der vom Auftraggeber in einem Einheitspreisvertrag verwendeten Vertragsstrafenklausel:

*"2.1 Der Auftragnehmer hat bei Überschreitung ... der Frist für die Vollendung als Vertragsstrafe für jeden Werktag des Verzugs zu zahlen:*

*[...]*

*0,2 v.H. der im Auftragschreiben genannten Auftragssumme ohne Umsatzsteuer;*

*[...]*

*2.2 Die Vertragsstrafe wird auf insgesamt 5 v. H. der im Auftragschreiben genannten Auftragssumme (ohne Umsatzsteuer) begrenzt."*

nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (Fortführung von BGH, Versäumnisurteil vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, juris Rn. 58 ff).

BGH, Urteil vom 15.02.2024, Az.: VII ZR 42/22; BGHZ 239, 300 = BauR 2024, 1039 = NJW 2024, 1413 = NZBau 2024, 399 = ZfBR 2024, 308 = IBR 2024, 227

\*\*\*\*\*

### 3. *Öffentliche Auftraggeber verhandeln nicht!, Nettoauftragssumme*

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen im Einzelnen ausgehandelt sind. An ein Aushandeln sind hohe Anforderungen zu stellen. Im Kern muss der Verwender zum einen den gesetzesfremden Kerngehalt ernsthaft zur Disposition stellen und zum anderen dem Partner reale Einflussmöglichkeiten einräumen.
2. Ein Aushandeln schlägt sich in aller Regel in Änderungen nieder. Fehlende Änderungen begründen eine (kaum widerlegbare) Vermutung, dass dem Vertragspartner keine reale Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt wurde.
3. Bei öffentlichen Auftraggebern besteht regelmäßig keine echte Verhandlungschance.
4. Eine Bemessung der Vertragsstrafe nach der "Nettoauftragssumme" ist nicht intransparent, wenn sich aus einer weiteren Regelung zur Vertragserfüllungssicherheit ergibt, dass damit die bei Vertragsschluss vereinbarte Vergütung gemeint ist.
5. Die Unwirksamkeit einer Regelung zur Erhöhung der Vertragsstrafe lässt die Vertragsstrafenregelung im Übrigen unberührt, wenn sie inhaltlich trennbar ist.

OLG Köln, Urteil vom 23.06.2021, Az.: 16 U 10/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.04.2023, Az.: VII ZR 770/21); IBR 2023, 607, 613

\*\*\*\*\*

### 4. *Abzug für Kosten der Bauleistungsversicherung ist AGB-fest!*

Eine vom Auftraggeber eines Bauvertrags formulierte Klausel, wonach von der Schlussrechnung des Auftragnehmers ein Betrag i.H.v. 0,27% der Netto-Abrechnungssumme für die Kosten der Bauleistungsversicherung in Abzug gebracht wird, ist keine Preisnebenabrede und daher der AGB-Kontrolle entzogen.

Kammergericht, Urteil vom 24.09.2021, Az.: 7 U 35/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 19.10.2022, Az.: VII ZR 852/21); IBR 2024, 113

\*\*\*\*\*

### 5. *Wirksamkeit einer Preisanpassungsklausel bei Wartungsvertrag zu Windenergieanlage*

Eine Preisanpassungsklausel in einem Wartungsvertrag, nach der sich die Erhöhung des Leistungsentgelts an dem Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte und dem Tarifindex für Arbeitnehmer des Deutschen Statistischen Bundesamts orientiert, kann bei ihrer Verwendung im unternehmerischen Geschäftsverkehr der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB standhalten, auch wenn für den (nicht zu erwartenden) Fall des Absinkens der Indices eine Preisanpassung nicht vorgesehen ist.



OLG Bremen, Urteil vom 01.04.2022, Az.: 2 U 40/21 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 14.02.2024, Az. VII ZR 89/22); BauR 2024, 1510 = IBR 2024, 426

\*\*\*\*\*

### 6. *Vorauselender Gehorsam! Skontofrist kann nicht an Rechnungsprüfung geknüpft werden!*

1. Hat eine Vertragspartei einen Vertrag unter Einbeziehung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen geschlossen, ist sie auch dann als Verwender anzusehen, wenn der Vertragspartner diese Vertragsbedingungen in "vorauselendem Gehorsam" in sein Angebot aufgenommen und damit formal in den Vertragsabschluss eingeführt hat (Anschluss an BGH, IBR 2006, 271).
2. Eine vom Auftraggeber vorformulierte Skontoregelung, wonach für den Beginn der Skontofrist die Rechnungsprüfung des Architekten des Auftraggebers maßgeblich ist, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.
3. Nachverhandlungen zur Höhe des Skontos machen das Vertragswerk nicht zu einer Individualvereinbarung.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.04.2022, Az.: 23 U 196/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 01.02.2023, Az.: VII ZR 109/22); IBR 2024, 4, 7

\*\*\*\*\*

### 7. *Gesamtunwirksamkeit einer AGB-Sicherungsregelung des Auftraggebers wegen Mängelübersicherung*

1. Der allgemeine Hinweis des Klauselverwenders, die Vertragsparteien hätten in sich über mehrere Tage hinziehenden Verhandlungen jede einzelne vertragliche Bestimmung individuell ausgehandelt, „gerade auch die jeweilige Sicherungshöhe“, enthält nicht die notwendige Konkretisierung zum Aushandeln hinsichtlich der Kerngehalte der einzelnen Klauseln, insbesondere zur Sicherheitsleistung (BGH, Ur. v. 20.03.2014 – VII ZR 248/13 = BauR 2014, 1145 ff.), wozu auch aufzuzeigen ist, auf welche Weise der AGB-Verwender dem Vertragspartner eine Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt hat (NJW 2015, 3025 ff. [BGH 28.07.2015 - XI ZR 434/14]).
2. Soll nach den Formularsicherungsregelungen des Auftraggebers nicht nur eine Erfüllungssicherheit die bei der Abnahme vorbehaltenen Mängel besichern, sondern sollen diese auch durch eine hier 5 %-ige Gewährleistungssicherheit mitbesichert werden, kann dies zur, hier bejahten, Mängelübersicherung führen, wenn dadurch insgesamt eine 5 % der Netto-(Schluss)Abrechnungssumme übersteigende Gewährleistungssicherheit möglich ist (Fortführung von, u.a., BGH Ur. v. 30.03.2017 – VII ZR 170/16 – = BauR 2017, 1202 ff., Ur. v. 16.07.2020 – VII ZR 159/19 – = BauR 2020, 1933 ff.).
3. (...)

OLG Hamm, Beschluss vom 02.08.2022, Az.: 21 U 89/21; BauR 2024, 288 = IBR 2024, 174

\*\*\*\*\*

### 8. *Bürgschaft + Sicherungsabtretung = unangemessene Benachteiligung?*

Eine nach §§ 305, 307 BGB insgesamt unbillige Benachteiligung des Unternehmers ist nicht von vorneherein darin zu sehen, dass der Besteller sich als weitere

Erfüllungssicherheit neben einer ihm eingeräumten Vertragserfüllungsbürgschaft die dem Unternehmer gegen seine Nachunternehmer zustehenden Ansprüche und dafür von den Nachunternehmern dem Unternehmer eingeräumte Sicherungsrechte abtreten lässt.

OLG Frankfurt, Urteil vom 24.02.2023, Az.: 21 U 95/21; IBR 2024, 14

\*\*\*\*\*

**9. Was in die Einheitspreise einzurechnen ist, kann sich auch aus den LV-Vorbemerkungen ergeben!**

Eine vom Auftraggeber vorformulierte Klausel in den Vorbemerkungen des Leistungsverzeichnisses, wonach die Kosten für die Erstellung der Dokumentation in die Einheitspreise einzurechnen sind, ist nicht intransparent.

OLG Frankfurt, Urteil vom 27.02.2023, Az.: 29 U 117/20; IBR 2024, 161

\*\*\*\*\*

**10. Rücktritt vom Verbrauchervertrag**

1. (...)
2. Fehlt in einer Klausel über die Abschlagsregelung ein Hinweis auf die Sicherheit, die dem Verbraucher bei der ersten Abschlagszahlung zu leisten ist, führt dies zur Unwirksamkeit der Abschlagszahlungsregelung. Die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen (hier: Intransparenz der Klauseln zur Abschlagszahlung) verpflichtet den Verwender zum Schadensersatz in Höhe der geleisteten Abschlagszahlungen.
3. (...)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.06.2023, Az.: 22 U 100/23; BauR 2023, 2081 = NZBau 2024, 28 = NJW-RR 2023, 1132

\*\*\*\*\*

**11. Pauschalpreis vereinbart: Keine Preisanpassung wegen höherer Kosten!**

1. Ein Pauschalpreis ist ein grundsätzlich unveränderlicher Festpreis. Etwas anderes gilt, wenn eine Preisgleitklausel wirksam vereinbart wurde.
2. Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauunternehmens, wonach "beide Parteien (...) ab Vertragsunterzeichnung bis Ablauf eines Jahres an den vereinbarten Preis gebunden (sind), vorausgesetzt, die Bauarbeiten werden innerhalb von drei Monaten nach Vertragsabschluss begonnen. Ist dies nicht möglich, gilt der neue Listenpreis.", benachteiligt den Besteller unangemessen und ist unwirksam.
3. (...)

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 13.07.2023, Az.: 5 U 188/22; IBR 2024, 281

\*\*\*\*\*

## 12. Auslegung von Klauseln in einem Bauvertrag über die Ausführungszeit und über den Verzugszins

1. Eine Klausel in einem Bauvertrag, die vorsieht, dass die Ausführungszeit 12 Monate beträgt und 4 Wochen nach Erteilung der Baugenehmigung, spätestens 4 Wochen nach Abruf der Leistung durch den Bauherrn beginnt, beinhaltet keine den Anforderungen des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB genügende Leistungszeitbestimmung.
2. Eine Klausel, wonach der Verzugszins zu Lasten des Auftraggebers auf "4% über dem Lombardsatz der Deutschen Bundesbank" festgelegt wird, ist in Anbetracht der Regelung in Art. 229 § 7 Abs. 1 Nr. 4 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) dahin auszulegen, dass der Zinssatz der Spitzenrefinanzierungsfazilität der Europäischen Zentralbank (SRF-Zinssatz) gemeint ist. Eine entsprechende formularmäßige Klausel in einem durch den Auftragnehmer gestellten Bauvertrag mit einem Verbraucher ist nach § 309 Nr. 5 BGB (analog) insoweit unwirksam, als sie zu einer gegenüber § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB erhöhten Verzinsung führt

OLG Saarbrücken, Urteil vom 11.10.2023, Az.: 2 U 196/22; BauR 2024, 284 = NZBau 2024, 148 = NJW-RR 2024, 290 = ZfBR 2024, 42 = IBR 2023, 609 = IBR 2023, 612

\*\*\*\*\*

## 13. Vortragsanforderungen zu bauzeitbezogenen Ansprüchen des Auftragnehmers

1. Sieht eine vom Auftraggeber in einen Bauvertrag neben der VOB/B einbezogene Klausel vor, dass der Auftragnehmer sich mit weiteren Auftragnehmern abzustimmen hat, um eine gegenseitige Gefährdung und die Gefährdung Dritter zu vermeiden, liegt eine Abweichung von § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B 2012 vor, die zu Lasten des Auftraggebers als Verwender zu einer Inhaltskontrolle der VOB/B nach § 307 BGB führt.
2. 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand.
3. (...)

OLG Stuttgart, Urteil vom 12.12.2023, Az.: 10 U 22/23; BauR 2024, 803 = NZBau 2024, 349 = NJW-RR 2024, 570

\*\*\*\*\*

## 14. Fälligkeit und Höhe des Werklohns – Kündigung wegen fehlender Sicherheit

1. (...)
2. Die pauschale Einbeziehung der VOB/B in Werklieferungsverträge zwischen Unternehmen ist möglich. Das Anwendungsprivileg des § 310 I BGB findet in diesen Fällen keine Anwendung.
3. Auf die Unwirksamkeit nach § 305c BGB oder einzelner Regelungen der VOB/B nach § 307 BGB in einem Werklieferungsvertrag kann sich der Verwender der VOB/B nicht berufen, sondern allein sein Vertragspartner.
4. (...)

OLG Oldenburg, Urteil vom 05.03.2024, Az.: 2 U 115/23; BauR 2025, 108 = NJW 2024, 1663 = NZBau 2024, 548 = IBR 2024, 218

\*\*\*\*\*

### 15. Geltendmachung von Ansprüchen der WEG; kein Abzug neu für alt

1. (...)
3. Dem Bauträger ist es als Verwender einer von ihm gestellten und der Inhaltskontrolle nicht Stand haltenden Abnahmeklausel nach Treu und Glauben verwehrt, sich darauf zu berufen, dass sich der Vertrag noch im Erfüllungsstadium befinde und deshalb ein Anspruch aus § 637 Abs. 3 BGB nicht bestehe. Die Gewährleistungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB beginnt in einem solchen Fall mangels wirksamer Abnahme grundsätzlich nicht zu laufen (Anschluss BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 - VII ZR 49/15 -, BGHZ 209, 128; Urteil vom 12. Mai 2016 - Az. VII ZR 171/15 -, juris; Urteil vom 9. November 2023 - VII ZR 241/22 -, juris).
4. (...)
5. Die Haftung des Bauträgers wegen der Verwendung einer unwirksamen Abnahmeklausel reicht nicht weiter als eine Haftung wegen Arglist. In einem solchen Fall sind Mängelansprüche spätestens dann nicht mehr durchsetzbar, wenn hinsichtlich des Herstellungsanspruchs des Erwerbers die maximale Verjährungsfrist des § 199 Abs. 4 BGB von 10 Jahren und eine sich anschließende 5-jährige Gewährleistungsfrist abgelaufen sind.
6. (...)

OLG Stuttgart, Urteil vom 02.04.2024, Az.: 10 U 13/23; (Nichtzul.-Beschw. anhängig. – BGH, Az.: VII ZR 68/24); BauR 2024, 1230 = ZfBR 2024, 515= IBR 2024, 301

\*\*\*\*\*

### 16. Unwirksame Abnahmeklausel und die Folgen für die Mängelhaftung

1. Eine vom Bauträger verwendete Abnahmeklausel, wonach das gemeinschaftliche Eigentum für die Wohnungseigentümer durch einen von der Wohnungseigentümerversammlung zu wählenden vereidigten Sachverständigen abgenommen wird, verstößt gegen § 9 Abs. 1 AGBG a.F. (Anschluss OLG Stuttgart, Urteil vom 31. März 2015 - 10 U 46/14).
2. (...)

OLG Stuttgart, Urteil vom 06.06.2024, Az.: 13 U 419/19; BauR 2024, 1842 = ZfBR 2024, 532

\*\*\*\*\*

### 17. Unwirksamkeit einer atypischen Skontoklausel - Küchenstudio

1. (...)
2. Eine formularmäßige „Skontovereinbarung“, wonach der gesamte Zahlbetrag „fällig bis zum Tage der Lieferung und Rechnungsstellung“ ist, ist unwirksam.
3. Die Klausel schränkt das dem Kunden nach § 320 BGB zustehende Zurückbehaltungsrecht in unzulässiger Weise ein, was einen Verstoß gegen § 309 Nr. 2 lit. b BGB (Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit) darstellt. Eine Rechnung unabhängig von deren

Zugang zahlen zu müssen, ist gleichzusetzen mit der Fiktion des Zugangs der Rechnung und verstößt damit gegen § 308 Nr. 6 BGB.

4. Die zeitliche Einschränkung der Zahlung benachteiligt den Kunden unangemessen, da hierdurch die Notwendigkeit einer Mahnung entfällt, § 309 Nr. 4 BGB. Dies gilt unabhängig von dem Umstand, dass eine Bar- oder Sofortzahlung dem Kunden auch nicht zumutbar ist, wobei sich die faktische Einschränkung der Zahlungsmethode sowohl als eine unangemessene Benachteiligung iSd § 307 Abs. 1 BGB darstellt als auch – selbst bei Individualabreden – nach § 312 a Abs. 4 Nr. 1 BGB unwirksam ist.
5. Die Zahlung eines „Skontobetrags“, der mehr als 20 % des „Küchengesamtpreises“ ausmacht, ist als Vertragsstrafe zu werten und damit nach § 309 Nr. 6 BGB unzulässig bzw. als kurzfristige Preiserhöhung iSd § 309 Nr. 1 BGB verboten.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 25.06.2024, Az.: 5 U 38/23; NJW-RR 2024, 1477 = NZBau 2025, 33

\*\*\*\*\*

### 18. Skonto bei nur teilweise fristgerechter Teilzahlung!

1. (...)
2. Eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach welcher die Vertragsstrafe für die Überschreitung der Frist für die Vollendung auf insgesamt 5% der vor der Ausführung des Auftrags vereinbarten Nettoauftragssumme begrenzt ist, beeinträchtigt bei einem Einheitspreisvertrag den Auftragnehmer als Vertragspartner des Verwenders nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (Anschluss an BGH, Urteil vom 15. Februar 2024 - VII ZR 42/22, juris).
3. Dies gilt auch dann, wenn unklar bleibt, ob mit der Klausel auf die Nettoangebotssumme oder die korrekte Nettoschlussrechnungssumme Bezug genommen wird. Diese Unklarheit geht gemäß § 305c Abs. 2 BGB bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders.
4. Eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, die als Sicherungsvereinbarung einen Einbehalt von 5% der Auftragssumme vorsieht, ohne den Zeitraum für den Einbehalt zu regeln, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen, weil sie es dem Auftraggeber ermöglicht, die Bürgschaft nach seinem Belieben zu befristen (Anschluss an BGH, Urteil vom 10. April 2003 - VII ZR 314/01, juris; OLG Köln, Urteil vom 05. April 2012 - I-7 U 195/11, juris).
5. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 05.07.2024, Az.: 12 U 95/22; BauR 2024, 1691 = NJW 2024, 3233 = NZBau 2024, 673 = ZfBR 2024, 641 = IBR 2024, 516

\*\*\*\*\*

### 19. 60-tägige Frist für Rechnungsprüfung ist zu lang!

Die Regelung des § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B, wonach sich die Frist für die Fälligkeit des Anspruchs auf Schlusszahlung auf bis zu 60 Tage verlängert, wenn dies vereinbart wurde und aufgrund der besonderen Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt

ist, ist unwirksam, wenn keine die Fristverlängerung rechtfertigenden Umstände (z. B. die besondere Komplexität des Bauvorhabens) vorliegen.

LG Berlin, Urteil vom 07.09.2023, Az.: 12 O 225/20; IBR 2024, 394

\*\*\*\*\*

## H. Prozessrecht (einschließlich Schiedsgutachtenverfahren)

### 1. *Erforderlichkeit eines Sachverständigengutachtens bei Prüfung der Ausführungsplanung*

1. Wenn es um die Beurteilung einer Fachwissen voraussetzenden Frage geht, darf der Tatrichter auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens nur dann verzichten, wenn er entsprechende eigene besondere Sachkunde aufzuweisen vermag.
2. Will das Gericht bei seiner Entscheidung eigene Sachkunde in Anspruch nehmen, muss es den Parteien zuvor einen entsprechenden Hinweis erteilen und ihnen Gelegenheit geben, auf den Hinweis zu reagieren und ihren Tatsachenvortrag zu ergänzen.
3. Grundsätzlich kann eine längere Tätigkeit in einem Bausektor allein nicht ohne weiteres zuverlässige Kenntnisse über das – für die Prüfung der vorgelegten Ausführungsplanung auf Vollständigkeit – erforderliche bautechnische Fachwissen verschaffen.

BGH, Beschluss vom 25.10.2023, Az.: VII ZR 17/23; BauR 2024, 550 = NJW-RR 2024, 148 = NZBau 2024, 104 = ZfBR 2024, 215 = IBR 2024, 101

\*\*\*\*\*

## I. Selbständiges Beweisverfahren

### I. Verfahrensrecht (bis Beweisbeschluss) einschl. Verjährung

#### 1. *Substantiierung des Beweisantrags im Beweisverfahren*

1. Das geforderte Minimum an Substantiierung bei der Symptomtheorie ist nicht erreicht, wenn ein Antragsteller im selbstständigen Beweisverfahren in lediglich formelhafter und pauschaler Weise Tatsachenbehauptungen aufstellt, ohne diese zu dem zugrundeliegenden Sachverhalt in Beziehung zu setzen oder die unter Beweis gestellten Tatsachen so ungenau und pauschal bezeichnet werden, dass sie weder eine sachgerechte Stellungnahme des Antragsgegners ermöglichen noch einem Sachverständigen im Fall der Beweisanordnung konkrete Anhaltspunkte für die durchzuführenden Prüfungen geben.
2. Die Formulierung der Beweisbehauptungen in Frageform – anstelle tatsächlicher steht einer Beweiserhebung nicht entgegen und macht den Beweisantrag nicht zum Ausforschungsbeweis.
3. Zur Zustandsfeststellung einer Sache i.S.d. § 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO gehört auch die fachtechnische Einordnung einer sich in einem Bauwerk zeigenden Leistung als den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechend oder widersprechend.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 04.09.2023, Az.: 8 W 6/23; BauR 2024, 832 = NJW-RR 2023, 1512 = IBR 2023, 659

\*\*\*\*\*

## 2. Zurückweisen eines nach Ablauf der Beibringungsfrist gestellten Beweisantrags

1. (...)
3. Auch unter Beachtung der insoweit zugunsten des Bestellers unter dem Schlagwort der „Symptomtheorie“ eingreifenden Erleichterungen genügt es für die Zulässigkeit des selbständigen Beweisverfahrens nicht, wenn der Antragsteller in seiner Antragschrift ohne jede weitere Qualifizierung lediglich von „Mängeln der Sache“ spricht. Ein Ausforschungsbeweis im Sinne einer erstmaligen Bestandsaufnahme von Mängeln ist im selbständigen Beweisverfahren nicht zu erheben.

OLG Hamburg, Beschluss vom 15.02.2024, Az.: 4 W 15/24; BauR 2025, 293 = NZBau 2024, 409 = IBR 2024, 386

\*\*\*\*\*

## 3. Gegenanträge im Beweisverfahren

1. Gegenanträge sind im selbständigen Beweisverfahren nur zulässig, wenn sie rechtzeitig gestellt werden und nicht zu einer wesentlichen Verzögerung des Verfahrens führen (Anschluss OLG Nürnberg, Beschluss vom 30. September 2002 - 13 W 2914/02).
2. Eine Beweisanordnung kommt - auch im selbständigen Beweisverfahren - nicht in Betracht, wenn sie eine Bauteilöffnung in einer Wohnung erfordert, der der Berechtigte nicht zustimmt.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.04.2024, Az.: 8 W 7/24; BauR 2024, 1260 = NZBau 2024, 702 = NJW-RR 2024, 702 = IBR 2024, 331

\*\*\*\*\*

## II. Durchführung und Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens

### 1. Antrag einer Partei auf mündliche Anhörung des Sachverständigen

1. Läuft das Hauptsacheverfahren gegen andere/weitere Parteien als diejenigen des vorgeschalteten selbständigen Beweisverfahrens, ist das eingeholte Beweisverfahren-Gutachten zwar nicht nach § 493 ZPO, aber gem. § 411a ZPO in diesem Hauptsacheverfahren benutzbar. Bei dieser Zweitverwertung ist die mündliche Sachverständigenanhörung nach § 411 Abs. 3 Satz 1 ZPO statthaft.
2. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Die Vorschrift verlangt auch die Berücksichtigung erheblicher Beweisanträge. Dazu gehört der Antrag einer Partei auf mündliche Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen, und zwar auch des Sachverständigen aus einem vorausgegangenem selbständigen Beweisverfahren.

BGH, Beschluss vom 28.09.2023, Az.: V ZR 3/23; ZfBR 2024, 135 = IBR 2024, 102, 210

\*\*\*\*\*

### 2. Zurückweisen eines nach Ablauf der Beibringungsfrist gestellten Beweisantrags

1. Bei der verfahrensleitenden Entscheidung des LG nach § 492 I ZPO, § 411 III ZPO handelt es sich um eine Zwischenentscheidung, die nicht isoliert anfechtbar ist. Allerdings kann auch bei derartigen das Verfahren betreffenden Zwischenentscheidungen

das Gebot effektiven Rechtsschutzes dazu zwingen, eine isolierte Anfechtung zu ermöglichen, wenn die Zwischenentscheidung für eine Partei einen bleibenden rechtlichen Nachteil zur Folge hat, der sich im weiteren Verfahren nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr vollständig beheben lässt.

2. Hinsichtlich der Möglichkeit des Zugangs zu einer Wohnung zwecks Begutachtung durch einen Sachverständigen im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens kann das Gericht nach § 356 ZPO vorgehen, da es sich bei dem nicht möglichen Zugang um einen der Beweisaufnahme entgegenstehenden Umstand handelt, der in die Risikosphäre der Antragstellerin fällt.
3. (...)

OLG Hamburg, Beschluss vom 15.02.2024, Az.: 4 W 15/24; BauR 2025, 293 = NZBau 2024, 409 = IBR 2024, 386

\*\*\*\*\*

### 3. *Ablehnung neuen Gutachtens im selbständigen Beweisverfahren – Beschwerde*

Die Ablehnung eines Antrags auf ergänzende oder erläuternde schriftliche Begutachtung ist nicht beschwerdefähig, weil der entsprechenden Entscheidung des Gerichts kein Gesuch i.S.v. § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO zugrunde liegt (Aufgabe Rechtsprechung des Senats, Beschluss v. 02.01.2014 – 10 W 34/13).

OLG Stuttgart, Beschluss vom 08.05.2024, Az.: 10 W 22/24; BauR 2024, 1863 = NJW 2024, 2774 = NZBau 2025, 31 = ZfBR 2024, 135 = IBR 2024, 102

\*\*\*\*\*

### 4. *Stellungnahmefrist zum Gutachten versäumt: Antrag auf ergänzende Begutachtung zulässig?*

Der auf ergänzende Begutachtung gerichtete Antrag einer Partei im selbständigen Beweisverfahren darf nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, dass die zur Stellungnahme zum Sachverständigengutachten gesetzte Frist abgelaufen ist.

OLG Hamm, Beschluss vom 07.10.2024, Az.: 12 W 21/24; IBR 2024, 657

\*\*\*\*\*

## III. **Kosten**

### 1. *Kosten des selbständigen Beweisverfahrens*

1. Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens werden von der Kostenentscheidung eines anschließenden Klageverfahrens nur mit umfasst, wenn die Parteien der beiden Verfahren identisch sind.
2. An der erforderlichen Parteiidentität fehlt es insbesondere dann, wenn ein Antragsgegner des selbständigen Beweisverfahrens im anschließenden Hauptsacheverfahren lediglich als Streithelfer einer Partei beteiligt ist

BGH, Beschluss vom 06.06.2024, Az.: V ZB 67/23; BauR 2024, 1717 = NJW 2024, 2403 = NZBau 2025, 15



\*\*\*\*\*

## 2. *Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren nach außergerichtlicher Einigung*

1. Eine Erledigungserklärung des Antragstellers im selbständigen Beweisverfahren ist regelmäßig in eine Antragsrücknahme mit der Kostenfolge des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO umzudeuten (Anschluss an BGH, Beschluss vom 24. Februar 2011 – VII ZB 20/09).
2. Liegt der Erledigungserklärung ein außergerichtlicher Vergleich zugrunde, in dem sich Antragsteller und Antragsgegner auf eine Kostenaufhebung geeinigt haben, dann liegt darin eine nach § 269 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abweichende Regelung, die für die Kostentragungspflicht in ihrem Prozessrechtsverhältnis maßgebend ist.

OLG Bremen, Beschluss vom 23.05.2023, Az.: 2 W 41/22; BauR 2024, 177

\*\*\*\*\*

## 3. *Kosten des selbständigen Beweisverfahrens*

1. Die zur Festsetzung angemeldeten Kosten des selbständigen Beweisverfahrens sind notwendige Kosten des Hauptsacheverfahrens, sofern die Parteien und der Streitgegenstand beider Verfahren identisch oder teildentisch sind.
2. Im selbständigen Beweisverfahren ergeht grundsätzlich keine Kostenentscheidung, weshalb über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens im Hauptsacheverfahren zu entscheiden ist.
3. Eine sachbezogene abschließende Entscheidung in der Hauptsache ist nicht Voraussetzung für eine Einbeziehung der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens. Diese werden vielmehr auch von Kostenentscheidungen nach § 269 Abs. 3 ZPO oder in einem Vergleich getroffenen Kostenregelungen im Hauptsacheverfahren umfasst.

OLG Brandenburg, Urteil vom 16.08.2023, Az.: 6 W 21/23; BauR 2024, 676

\*\*\*\*\*

## IV. **Streitwert**

### 1. *Gebührenstreitwert eines selbständigen Beweisverfahrens*

1. Bei der Bemessung des Gebührenstreitwerts des selbständigen Beweisverfahrens ist auch die auf die Mangelbeseitigungskosten entfallende Umsatzsteuer zu berücksichtigen; dies gilt unabhängig davon, ob die Mehrwertsteuer bei dem Antragsteller schon angefallen ist.
2. Mögliche Sowiesokosten sind vom Gebührenstreitwert des selbständigen Beweisverfahrens nur abzusetzen, wenn der Antragsteller von vornherein zu erkennen gibt, dass er sich diese entgegenhalten lassen möchte, etwa wenn er diese von sich aus mit ermitteln lässt.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 31.05.2024, Az.: 19 W 20/24; NJW-RR 2024, 998

\*\*\*\*\*

## J. Insolvenzrecht

### 1. *Insolvenzrechtliche Unzulässigkeit der Herstellung der Aufrechnungslage durch eine auf § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B gestützte Kündigung des Bauvertrags*

1. Führt eine vom Besteller ausgesprochene Kündigung eines Bauvertrags aus wichtigem Grund dazu, dass sich die Forderung des Schuldners auf Werklohn und eine Gegenforderung auf Schadensersatz wegen Fertigstellungsmehrkosten aus einem anderen Vertragsverhältnis aufrechenbar gegenüberstehen, ist die Herstellung der Aufrechnungslage gläubigerbenachteiligend.
2. Die Wirksamkeit der Kündigung steht der Anfechtbarkeit der Herstellung der Aufrechnungslage nicht entgegen.

BGH, Urteil vom 19.10.2023, Az.: IX ZR 249/22; BauR 2024, 507 = NJW 2024, 212 = NZBau 2024, 88 = ZfBR 2024, 136 = IBR 2024, 16

\*\*\*\*\*

### 2. *Kein Anspruch des Bestellers gegen Insolvenzverwalter des Bauunternehmers auf Erteilung einer Schlussrechnung ohne Anmeldung der Forderung zur Tabelle*

Steht dem Besteller aufgrund von Voraus- oder Abschlagszahlungen aus einem Werkvertrag eine Insolvenzforderung zu, kann er die den Unternehmer treffende nebenvertragliche Pflicht, seine Leistungen in einer Schlussrechnung abzurechnen, nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmers im Insolvenzverfahren nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen. In diesem Fall hat der Gläubiger seine Forderung auf Rückzahlung eines etwaigen Überschusses im Wege der Schätzung zur Tabelle anzumelden.

BGH, Urteil vom 07.11.2024, Az.: IX ZR 179/23; NJW 2025, 294 = ZIP 2024, 2889

\*\*\*\*\*

### 3. *Kündigung wg. Insolvenz des Unternehmers trotz Fortführungsanzeige des Insolvenzverwalters*

1. Ein gesondertes Kündigungsrecht wegen der Insolvenz des Auftragnehmers durch den Auftraggeber ist ausgeschlossen, wenn der Insolvenzverwalter der weiteren Durchführung des Vertrages auf Nachfrage zustimmt.
2. (...)
4. Der Auftraggeber kann die von ihm geleistete Abschlagszahlung vollständig zurückfordern bzw. entsprechend aufrechnen, wenn die Insolvenzschuldnerin bislang keine Vertragsleistungen erbrachte und eine solche mithin nicht abrechnen kann. Die Aufrechnung des Auftraggebers ist auch keine anfechtbare Rechtshandlung. Denn der Auftraggeber verzögerte nicht die Erfüllung des Anspruchs, bis er selbst einen aufrechenbaren Anspruch erwarb, sondern es entstanden beide Ansprüche zeitgleich mit der Kündigung des Werkvertrages. In diesem Fall stellt eine Aufrechnung kein Verstoß gegen § 95 Abs. 1 Nr. 3 InsO dar

OLG Dresden, Urteil vom 23.06.2023, Az.: 22 U 2617/22; BauR 2024, 645 = ZfBR 2023, 674

\*\*\*\*\*

4. *Konkludente Erklärung der Zahlungsunfähigkeit bei Übernahme eines Bauauftrages?*

1. Bei Abschluss des Werkvertrages erklärt der später insolvente Werkunternehmer nicht konkludent, nicht zahlungsunfähig zu sein. Eine solche konkludente Erklärung scheidet schon deshalb aus, weil der Unternehmer einen Werkvertrag erfüllen und keine Zahlungen leisten soll. Die Erfüllung des Werkvertrages kann auch gelingen, wenn der Unternehmer nicht alle seine Schulden bedienen kann.
2. Vereinbart der Besteller einen Werkvertrag mit Vorauszahlungen, hat er selbst Anlass, die damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken einzuschätzen. Thematisiert er diese bei Vertragsschluss nicht und stellt er auch keine Erkundigungen zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit seines Vertragspartners an, kann er nicht erwarten, dass dieser eine konkludente Erklärung zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen abgibt. Dementsprechend wird bei Abschluss eines Vertrages allein die Erfüllungsbereitschaft konkludent erklärt, nicht jedoch die Zahlungsfähigkeit.

OLG Düsseldorf, Hinweisbeschluss vom 08.02.2024, Az.: I-22 U 212/23; BauR 2024, 1676 = IBR 2024, 294

\*\*\*\*\*

**K. Strafrecht/Schmiergeldzahlungen**

1. *Zum durch die unerlaubte Handlung Erlangten im Fall von Schmiergeldzahlungen*

1. (...)
3. Bei der Bestimmung des vom Schädiger aufgrund derselben unerlaubten Handlung Erlangten im Sinne des § 852 Satz 1 BGB ist jeder dem Ersatzpflichtigen zugeflossene Gegenstand - dem Umfang nach beschränkt durch den Schaden des Verletzten - anzusehen. Insoweit kommt als erlangtes Etwas die zugeflossene Auftragsvergütung in Betracht. Regelmäßig können im Rahmen einer möglichen Schmälerung der Bereicherung des Schuldners ausgeschlossen

BGH, Beschluss vom 12.03.2024, Az.: VI ZR 166/22; BauR 2024, 1210 = ZIP 2024, 1335

\*\*\*\*\*

**L. Sozialversicherungsrecht**

1. *Ein-Mann-GmbH schützt nicht vor Scheinselbstständigkeit!*

Die Tätigkeit eines Alleingesellschafter-Geschäftsführers einer Ein-Mann-GmbH für einen Dritten kann ein Beschäftigungsverhältnis zwischen dem Einsatzunternehmen und dem Geschäftsführer begründen, auch wenn die Vertragsbeziehung ausschließlich zwischen der GmbH und dem Einsatzunternehmen besteht. Entscheidend ist eine Beurteilung anhand der Gesamtumstände.

BSG, Urteil vom 20.07.2023, Az.: B 12 R 15/21 R; IBR 2024, 354

\*\*\*\*\*

2. *Ein-Mann-Nachunternehmer: Beschäftigter oder Selbstständiger?*

1. Maßgeblich für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit sind das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die

Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit.

2. Ob jemand beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen, und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.

LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 22.01.2024, Az.: L 8 R 335/17; IBR 2024, 407

\*\*\*\*\*