

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

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

**Aktuelle Rechtsprechung**

**im Zeitraum von Januar 2021-Dezember 2021**

*von Rechtsanwälten*

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

**Inhaltsverzeichnis**

A. Allgemeines Bauvertragsrecht .....	4
I. Allgemeines Vertragsrecht.....	4
II. Vollmacht bei Abschluss des Bauvertrages und Nachträgen, Vertretung.....	7
III. Bauleistung.....	8
IV. Formvorgaben .....	9
V. Abgrenzung Werkvertrag/Werklieferungsvertrag u.a.....	10
VI. Vertragsart: Pauschal/EP-Vertrag.....	11
VII. Kostenanschlag.....	11
VIII. Leistungsänderungen/Nachträge .....	12
1. Anordnungen.....	12
2. Vergütung.....	12
3. Einstweilige Verfügung .....	12
IX. Kündigung .....	14
X. Mängel vor der Abnahme.....	15
XI. Vergütung/Zahlung .....	16
1. Allgemein/Fälligkeit .....	16
2. Stundenlohn .....	18
3. Abschlagszahlung .....	19
4. Kündigung .....	21
XII. Abnahme .....	24
XIII. Bauverzögerung/Vertragsstrafe .....	26
XIV. Gewährleistung.....	35
1. Mangel einer Bauleistung .....	35
2. Leistungsverweigerungsrecht/Aufrechnung .....	37
3. Nacherfüllung .....	38
4. Fristsetzung.....	38
5. Minderung .....	40
6. Ersatzvornahme/Kostenerstattung/Vorschuss .....	41
7. Schadensersatz.....	43
8. Beschränkung von Gewährleistungsrechten; Haftungsausschluss des AN .....	45
9. Prüf- und Hinweispflichten .....	45
10. Mitverschulden des AG .....	48
11. Gewährleistungsfristen/Verjährung.....	50
XV. Verjährung (allgemein) .....	51
XVI. Allgemeine Schadensersatzansprüche .....	52
XVII. Gesamtschuldner(ausgleich) .....	52

XVIII. Deliktische Ansprüche .....	53
XIX. Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 650e BGB/§ 648 BGB a.F.) .....	53
XX. Bauhandwerkersicherheitsleistung (§ 650f BGB/648a BGB a.F.).....	54
B. Bauvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der VOB .....	58
I. VOB/AGB-Inhaltskontrolle .....	58
II. Leistungsbeschreibung/Leistungssoll .....	59
III. Preisanpassung bei EP-Vertrag.....	61
IV. Nachträge.....	62
1. Mehrkosten wegen Verzögerungen im Vergabeverfahren .....	62
2. Mehrkostenansprüche nach Leistungsänderungsanordnungen des AG nach § 2 Abs. 5 und Abs. 6 .....	63
3. Nachtragsvergütung nach § 2 Abs. 8 VOB/B.....	66
4. Mehrkostenansprüche bei Pauschalvertrag (inkl. Baugrund) .....	67
V. Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers .....	68
VI. Behinderung/Bauverzögerung .....	68
VII. Sub-/Nachunternehmer .....	70
VIII. Kündigung .....	70
IX. Abnahme .....	72
X. Gewährleistung.....	73
XI. Sicherungsrecht des Auftraggebers.....	73
1. Sicherungsabrede .....	73
2. Sicherheitseinbehalt .....	75
3. Sicherheit durch Bürgschaft, Bürgschaftsrecht .....	75
C. Vergaberecht/-verfahren (Auswahl) .....	77
I. Allgemein.....	77
II. Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte .....	79
III. Schadensersatz.....	84
D. GSB/BauFordSiG .....	85
E. Architekten-/Ingenieurrecht (Auswahl) .....	86
I. Allgemein.....	86
II. Vertragsschluss/Leistungsumfang .....	86
III. Vergütungsrecht/Verjährung.....	87
IV. Haftungsrecht .....	90
F. Bauträgerrecht.....	94
G. Wohnungseigentumsrecht .....	97
H. AGB-Recht .....	99
I. Prozessrecht (einschließlich Schiedsgutachtenverfahren) .....	108
I. Allgemeines Prozessrecht .....	108
II. Gutachten im Prozess/Schiedsgutachten .....	109

J. Selbständiges Beweisverfahren.....	109
I.    Verfahrensrecht (bis Beweisbeschluss) einschl. Verjährung.....	109
II.   Durchführung und Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens .....	110
III.  Kosten .....	110
K. Insolvenzrecht .....	110
L. Strafrecht/Schmiergeldzahlungen/Kartellrecht .....	111
M. Bauprodukte .....	111

**A.    Allgemeines Bauvertragsrecht**

**I.    Allgemeines Vertragsrecht**

*1.  Beginn der Widerrufsfrist bei Außergeschäftsraumverträgen*

1. Der Beginn der Widerrufsfrist bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen setzt nicht nur voraus, dass der Unternehmer den Verbraucher entsprechend den Anforderungen des Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB über die Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts informiert hat, sondern erfordert darüber hinaus, dass der Unternehmer dem Verbraucher diese Informationen gemäß Art. 246a § 4 Abs. 2 Satz 1 EGBGB auf Papier oder, wenn der Verbraucher zustimmt, auf einem anderen dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt hat. Zu diesen Informationen gehört auch diejenige über das Muster-Widerrufsformular in der Anlage 2 zum EGBGB.
2. § 356 Abs. 4 Satz 1 BGB fordert für den Verlust des Widerrufsrechts eine Erklärung des Verbrauchers, dass er Kenntnis vom Verlust seines Widerrufsrechts bei vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer hat. Das Widerrufsrecht erlischt nicht, wenn der Unternehmer dem Verbraucher eine Widerrufsbelehrung bei Vertragsschluss zwar erteilt, die Widerrufsbelehrung und das Muster-Widerrufsformular in der Anlage 2 zum EGBGB jedoch nicht ausgehändigt hat.
3. Hat der Unternehmer dem Verbraucher die Widerrufsbelehrung und das Muster-Widerrufsformular in der Anlage 2 zum EGBGB nicht ausgehändigt, steht ihm kein Anspruch gemäß § 357 Abs. 8 BGB auf Wertersatz für die bis zum Widerruf erbrachte Leistung zu

BGH, Urteil vom 26.11.2020, Az.: I ZR 169/19; NJW-RR 2021, 177 = IBR 2021, 101

\*\*\*\*\*

*2.  Verbrauchereigenschaft eines Tischlers bei Kauf zu Privatzwecken*

1. Schließt eine natürliche Person ein Rechtsgeschäft objektiv zu einem Zweck ab, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, so kommt eine Zurechnung entgegen dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten privaten Zweck nur dann in Betracht, wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt (Bestätigung von Senatsurteile vom 30. September 2009 - VIII ZR 7/09, NJW 2009, 3780 Rn. 11 und vom 13. März 2013 - VIII ZR 186/12, NJW 2013, 2107 Rn. 18).

2. (...)

BGH, Urteil vom 07.04.2021, Az.: VIII ZR 191/19; BauR 2021, 1461 = NJW 2021, 2277 = ZfBR 2021, 644 = IBR 2021, 412

\*\*\*\*\*

### 3. Darlegungslast bei Scheingeschäft

1. (...)

2. Wer sich – im Rahmen von § 117 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB – auf die Wirksamkeit eines durch ein Scheingeschäft verdeckten Rechtsgeschäfts beruft, muss das Zustandekommen eines derartigen Rechtsgeschäfts darlegen und ggf. beweisen.

3. Auch wenn das Motiv für das Scheingeschäft auch darin bestanden hat, sich durch das Scheingeschäft (durch entsprechend unrichtige Rechnungen) finanzielle bzw. steuerliche Vorteile zu verschaffen, genügt ein solches steuerrechtliches Motiv regelmäßig nicht, um das verdeckte Geschäft deswegen als i.S.v. §§ 134, 138 BGB nichtig zu erachten.

4. Die Nichtigkeit eines solchen verdeckten Geschäfts über Werkleistungen an einem – zumindest überwiegend – privat genutzten Objekt folgt auch nicht ohne weiteres aus der Rechtsprechung des BGH zu sog. „Ohne-Rechnung-Geschäften“ bzw. zu Werkverträgen unter Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.04.2019, Az.: I-22 U 63/18; BauR 2021, 77

\*\*\*\*\*

### 4. Feststellung der Nichtigkeit eines Werkvertrages von Amts wegen

Das Gericht kann auch ohne dass sich eine Vertragspartei darauf beruft feststellen, dass eine zur Nichtigkeit des Werkvertrages führende Schwarzgeldabrede getroffen worden ist. Die Überzeugung von einer solchen (stillschweigend) zustande gekommene Schwarzgeldvereinbarung kann sich aus der Auswertung schriftlichen Kommunikation zwischen den Parteien (hier: per WhatsApp) ergeben.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.01.2020, Az.: I-21 U 34/19; BauR 2021, 543 = NJW 2020, 1746 = NZBau 2020, 576 = ZfBR 2020, 370 = IBR 2020, 165

\*\*\*\*\*

### 5. Bieter nutzt Ausschreibungsfehler aus: Auftraggeber kann Bauvertrag anfechten!

1. Im Vergaberecht haben die Vertragsparteien ungeachtet der Kündigungsmöglichkeiten auch die Möglichkeit der Anfechtung ihrer Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung. Bei der Frage der (Un-)Wirksamkeit des Bauvertrags sind alle bürgerlich-rechtlichen Unwirksamkeitsgründe zu berücksichtigen.

2. Eine arglistige Täuschung des Auftraggebers kann darin liegen, dass der Auftragnehmer bei Vertragsabschluss beabsichtigt, den zu schließenden Vertrag nicht ordnungsgemäß zu erfüllen.

3. Erkennt der (spätere) Auftragnehmer bereits bei der Abgabe seines Angebots die Ungeeignetheit einer im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Teilleistung und legt er seinem Angebot eine andere Teilleistung zu Grunde, um den Zuschlag zu erhalten,

ist ihm eine arglistige Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Umstands zur Last zu legen.

OLG Naumburg, Urteil vom 13.07.2020, Az.: 12 U 147/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 23.06.2021, Az.: VII ZR 142/20); IBR 2021, 570

\*\*\*\*\*

## 6. *Indizienschluss zu Architektenleistungen in Schwarzarbeit*

1. Vereinbart ein Planer mit seinem Auftraggeber einen Aufschub der Rechnungsstellung für seine Leistungen, bis der Auftraggeber seinerseits Leistungen für ein Bauvorhaben des Planers erbracht hat, ist der Vertrag nichtig.
2. Wenn schwerwiegende Indizien vorliegen, die den Schluss auf den Verstoß gegen ein Verbotsgesetz (hier: Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit) erlauben, kann allein durch die Äußerung der Rechtsansicht, ein Verstoß gegen das Verbotsgesetz liege nicht vor, dessen Anwendung nicht ausgeschlossen sein.
3. Eine Häufung von Indizien kann dazu Anlass geben, einen Verstoß gegen das Schwarzarbeitsverbot auch dann anzunehmen, wenn keine Partei sich auf eine solche Abrede beruft.
4. Einem nichtigen Vertrag kann nicht dadurch zur Wirksamkeit verholfen werden, dass nachträglich Rechnungen gestellt werden.
5. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.11.2020, Az.: I-22 U 73/20; BauR 2021, 1489 = NZBau 2021, 265 = IBR 2021, 135

\*\*\*\*\*

## 7. *Verbraucherschutz ist nicht verhandelbar!*

1. Ein in der Wohnung eines Verbrauchers geschlossener Werkvertrag über den Ausbau einer alten und den Einbau einer neuen Treppe kann vom Verbraucher ohne Begründung widerrufen werden. Der Verbraucher ist über sein Widerrufsrecht zu informieren.
2. Das Widerrufsrecht besteht auch dann, wenn die Veranlassung zum Vertragschluss vom Verbraucher ausging.
3. Wird der Verbraucher nicht ordnungsgemäß belehrt, beträgt die Widerrufsfrist ein Jahr.
4. Auf die gesetzlichen Verbraucherschutzrechte kann der Verbraucher nicht wirksam verzichten.

OLG München, Beschluss vom 24.03.2021, Az.: 28 U 7186/20 Bau; IBR 2021, 339

\*\*\*\*\*

## 8. *Verbrauchergeschäft*

1. Soweit ein Auftragnehmer Verzugszinsen für eine Entgeltforderung von seinem Auftraggeber begehrt, der einen zugleich seinen unternehmerischen als auch seinen

privaten Zwecken dienenden Werkvertrag („dual use“) geschlossen hat, ist der höhere Zinssatz § 288 Abs. 2 BGB nur gerechtfertigt, wenn der unternehmerische Zweck überwiegt.

2. Das Handeln als Unternehmer folgt nicht allein daraus, dass der Auftraggeber bei Vertragsschluss eine selbständige berufliche Tätigkeit als Architekt ausgeübt hat.
3. Die Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist kein zwingendes Kriterium für unternehmerisches Handeln i.S.v. § 288 Abs. 2 BGB.
4. Eine Vermutung dafür, dass alle Rechtsgeschäfte eines Freiberuflers „im Zweifel“ seinem geschäftlichen Bereich zuzuordnen sind, besteht nicht.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.06.2021, Az.: I-5 U 268/20; BauR 2021, 1655 = NZBau 2021, 678 = NJW 2022, 336 = IBR 2021, 508

\*\*\*\*\*

### 9. *Kein Fernabsatzgeschäft bei vertragsvorbereitendem Ortstermin*

1. Haben die Parteien einen Vertrag über Gartenbauarbeiten durch schriftliches Angebot des Unternehmers und telefonische Annahme des Kunden geschlossen, ist dem Vertrag zur Vorbereitung des Angebots aber ein gemeinsamer Ortstermin vorangegangen, ist er nicht ausschließlich unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln zustande gekommen.
2. Gibt der Unternehmer Angebote regelmäßig erst nach vorhergehendem Ortstermin ab, so ist sein Geschäftsbetrieb auch nicht auf den Fernabsatz ausgerichtet.
3. In diesen Fällen liegt kein Fernabsatzvertrag nach § 312c BGB vor.

OLG Schleswig, Urteil vom 15.10.2021, Az.: 1 U 122/20; ZfBR 2022, 58

\*\*\*\*\*

## II. **Vollmacht bei Abschluss des Bauvertrages und Nachträgen, Vertretung**

### 1. *Ehemann erteilt Bauauftrag über 34.000 Euro: Muss (auch) die Ehefrau zahlen?*

Ein von einem Ehepartner erteilter Auftrag über die Renovierung eines Bads und eines Schlafzimmers mit einem Auftragswert von über 34.000 Euro stellt ein auch den anderen Ehegatten verpflichtendes Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs dar, wenn der Vertragsabschluss erkennbar auf einer vorher getroffenen Absprache zwischen den Eheleuten beruht.

OLG Frankfurt, Urteil vom 10.08.2018, Az.: 8 U 109/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.02.2021, Az.: VII ZR 178/18; IBR 2021, 395

\*\*\*\*\*

### 2. *Abnahmeprotokoll mit "i. A." unterschrieben: Keine Abnahme erfolgt!*

1. Unterzeichnet ein Mitarbeiter des Auftraggebers das Abnahmeprotokoll mit "i. A.", bringt er dadurch zum Ausdruck, dass er keine Verantwortung für den Inhalt des Abnahmeprotokolls übernimmt.

2. In einem solchen Fall erfolgt die Abnahme erst durch die Abnahmeerklärung bzw. -bestätigung des Auftraggebers.

OLG Celle, Urteil vom 19.09.2019, Az.: 6 U 37/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. - BGH, Beschluss vom 26.08.2020, Az.: VII ZR 226/19); IBR 2021, 290

\*\*\*\*\*

### 3. Organigramm ist kein Vollmachtsnachweis!

1. Auch bei einem Vertrag mit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts sind die zivilrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen zu beachten, z. B. die Vollmacht des Unterzeichners.
2. Der Hinweis auf ein im Internet eingestelltes Organigramm ist kein ausreichender Nachweis einer Vollmacht und ersetzt die Vorlage einer Vollmachtsurkunde nicht.
3. Die bloße Stellung als Abteilungsleiter - und sei es auch als Leiter der Rechtsabteilung - ist kein sicherer Hinweis auf eine bestehende zivilrechtliche Vollmacht für das Aussprechen der Kündigung eines Bauvertrags.

OLG München, Urteil vom 11.05.2021, Az.: 9 U 4822/20 Bau; IBR 2021, 613

\*\*\*\*\*

## III. Bauleistung

### 1. Ausführung von Malerarbeiten: Bauvertrag oder Werkvertrag mit Bauwerksbezug?

Ein Vertrag über die Ausführung von Spachtel- und Malerarbeiten ist ein Bauvertrag i.S.d. § 650a BGB, auf den nicht nur die Vorschriften über den Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB), sondern auch die über den Bauvertrag (§§ 650a ff. BGB) Anwendung finden.

KG, Urteil vom 02.03.2021, Az.: 21 U 1098/20; BauR 2021, 823 = NZBau 2021, 523 = ZfBR 2021, 434 = IBR 2021, 227

\*\*\*\*\*

### 2. Teilurteil, Widerklage, Verbraucherbauvertrag

1. (...)
3. Ein Verbraucherbauvertrag im Sinne des § 650i Abs. 1, 1. Alt. BGB kann auch bei gewerkeweiser Vergabe vorliegen, wenn die Beauftragung zeitgleich oder in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Erstellung eines neuen Gebäudes erfolgt, die Erstellung eines neuen Gebäudes für den Unternehmer ersichtlich ist und die Gewerke zum Bau des neuen Gebäudes selbst beitragen.

OLG Hamm, Urteil vom 27.04.2021, Az.: 24 U 198/20, NZBau 2021, 664 = ZfBR 2021, 745 = IBR 2021, 351

\*\*\*\*\*

### 3. Bauhandwerkersicherung für isoliert beauftragte Gerüstarbeiten

1. Ein Gerüstbau- und -überlassungsvertrag, aufgrund dessen ein Gerüst nicht nur vermietet, sondern ein individuell bemessenes und zusammengestelltes Gerüst



montiert, am Gebäude fest verankert und wieder demontiert wird sowie der Gerüstbauer in eigener Verantwortung über die Art der Gerüstgruppe und die Konstruktion im Einzelnen entscheidet, ist nach Werkvertragsrecht zu beurteilen.

2. (...)

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

\*\*\*\*\*

#### IV. Formvorgaben

##### 1. *Formwirksamkeit des Vertrages unter der beurkundeten aufschiebenden Bedingung der Wirksamkeit eines nicht beurkundeten Durchführungsvertrages; Verjährung von Besitzübertragungsansprüchen*

1a. Dass ein beurkundungsbedürftiges Grundstücksgeschäft unter der Bedingung des Zustandekommens oder des Fortbestands eines anderen Rechtsgeschäfts vorgenommen wird, rechtfertigt für sich genommen nicht die Annahme, dass die Rechtsgeschäfte nach dem Willen der Parteien eine Einheit bilden und daher beide beurkundungsbedürftig sind. Eine Geschäftseinheit liegt nur vor, wenn Teile des anderen Rechtsgeschäfts Inhalt des Grundstücksgeschäfts sein sollen

1b. Ein notarieller Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, ein Grundstück an eine Gemeinde zu übereignen, ist daher nicht deshalb formunwirksam, weil er unter der (beurkundeten) aufschiebenden Bedingung der Wirksamkeit eines nicht beurkundeten Durchführungsvertrages i.S.v. § 12 Abs. 1 BauGB steht.

2. (...)

BGH, Urteil vom 29.01.2021, Az.: V ZR 139/19; BGHZ 228, 338 = NJW 2021, 2510 = ZfIR 2021, 321 = IBR 2021, 490

\*\*\*\*\*

##### 2. *Heilung von Schriftformmängeln*

1. (...)

2. Für die Einhaltung der Schriftform ist es nicht erforderlich, dass schon die erste Vertragsurkunde selbst alle Schriftformvoraussetzungen erfüllt. Vielmehr genügt es, wenn diese Voraussetzungen durch eine nachfolgende Änderungsvereinbarung gemeinsam mit der in Bezug genommenen ersten Vertragsurkunde erfüllt werden (im Anschluss an Senatsurteil vom 4. November 2020 - XII ZR 104/19, NZM 2020, 1111).

3. Dabei kann es im Einzelfall auch genügen, wenn lediglich eine dem Vertrag beigelegte Anlage.

BGH, Urteil vom 10.02.2021, Az.: XII ZR 26/20; NJW-RR 2021, 801

\*\*\*\*\*

*3. Hinweispflicht des Unternehmers auch bezüglich von Nachfolgegewerken*

1. Ein Bedenkenhinweis gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B per E-Mail erfüllt die Voraussetzungen der Schriftform, wenn der Hinweis eindeutig, inhaltlich klar und vollständig ist.
2. (...)

OLG Koblenz, Urteil vom 08.10.2020, Az.: 6 U 1945/19; BauR 2021, 693 = ZfBR 2021, 265 = IBR 2021, 10

\*\*\*\*\*

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

*1. Anwendung von Kaufrecht auf den Erwerb von teilsaniertem Altbau*

1. Im Zusammenhang mit dem Erwerb eines sanierten Altbaus ist insgesamt Werkvertragsrecht anzuwenden, wenn der Erwerb des Grundstücks mit einer umfassenden Herstellungsverpflichtung hinsichtlich des Gebäudes verbunden ist. Die vertraglich übernommenen Bauleistungen müssen nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar sein.
2. Die Wiederinstandsetzung des Gebäudes unter weitgehender Beibehaltung des ursprünglichen Raum- und Nutzungskonzepts ohne Veränderung des Gebäudecharakters erfüllt nicht die Voraussetzungen einer Neuerrichtung. Sind die vertraglich übernommenen Bauleistungen nicht einer Neuerrichtung vergleichbar, findet Kaufrecht Anwendung.
3. (...)

OLG Jena, Urteil vom 30.04.2020, Az.: 8 U 674/19; BauR 2021, 720 = IBR 2021, 77

\*\*\*\*\*

*2. Lieferung standardisierter Türen eher als Werklieferungsvertrag*

1. (...)
4. Bei der Lieferung standardisierter Türen mit Einbauverpflichtung dürfte es sich eher um einen Werklieferungsvertrag handeln.

OLG Brandenburg, Urteil vom 20.08.2020, Az.: 12 U 34/20; BauR 2021, 833 = NJW-RR 2021, 92 = NZBau 2021, 186 = NJW-RR 2021, 92

\*\*\*\*\*

*3. Tragrohr individuell angefertigt: Einbau von Kurventreppenlift ist Werkvertrag!*

1. Beinhaltet ein Vertrag die Verpflichtung sowohl zur Lieferung zu montierender Einzelteile als auch zur Montage derselben, kommt es für die Frage, ob dieser Vertrag als Werkvertrag oder als Werklieferungs- bzw. Kaufvertrag anzusehen ist, darauf an, auf welcher Leistung bei der gebotenen Gesamtbetrachtung des Vertrags der Schwerpunkt liegt.
2. Liegt der Schwerpunkt des Vertrags auf der mit dem Warenumsatz verbundenen Übertragung von Eigentum und Besitz, liegt ein Kauf- oder Werklieferungsvertrag vor. Liegt der Schwerpunkt des Vertrags dagegen nicht auf dem Warenumsatz,

sondern schuldet der Unternehmer die Herstellung eines funktionstauglichen Werks, ist ein Werkvertrag anzunehmen.

3. Ein Vertrag über die Lieferung und Montage eines Kurventreppenlifts, für den eine individuelle Gestaltung des Tragrohrs geplant und angefertigt wird, ist ein Werkvertrag.

OLG Hamm, Urteil vom 10.12.2020, Az.: 4 U 81/20; IBR 2021, 357

\*\*\*\*\*

#### *4. Für die Lieferung und Montage von Standardtüren und -türzargen gilt Kaufrecht!*

1. Ein Vertrag über die Lieferung und Montage von Standardtüren und -zargen ist ein Werklieferungsvertrag mit der Folge, dass Kaufrecht anzuwenden ist und den Käufer - wenn die Parteien Kaufleute sind - Untersuchungs- und Rügepflichten treffen.
2. Etwas anderes gilt nicht aufgrund des Einbezugs der VOB/B. Die Vertragsparteien haben kein Wahlrecht zwischen Werkvertragsrecht und Kaufrecht.

LG Frankenthal, Beschluss vom 02.09.2021, Az.: 8 O 162/20; IBR 2021, 631

\*\*\*\*\*

### **VI. Vertragsart: Pauschal/EP-Vertrag**

#### *1. Festpreis = Pauschalpreis?*

1. Die Vereinbarung einer Festvergütung ist nicht mit der Vereinbarung einer Pauschalvergütung gleichzusetzen. Eine Festvergütung kann auch in dem Sinn verstanden werden, dass der Auftragnehmer selbst bei unerwarteten Preissteigerungen an die vereinbarten Einheitspreise gebunden ist.
2. Rechnet der Auftragnehmer seine Leistung nach Einheitspreisen ab und beruft sich der Auftraggeber auf die Vereinbarung einer geringeren Pauschalvergütung, muss der Auftragnehmer die Vereinbarung einer Abrechnung nach Einheitspreisen darlegen und beweisen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 18.02.2021, Az.: 12 U 114/19; NZBau 2021, 534 = NJW-RR 2021, 597 = IBR 2021, 284

\*\*\*\*\*

### **VII. Kostenanschlag**

#### *1. Wann ist Mangelbeseitigung nur gegen Mehrvergütung zu leisten*

1. (...)
2. Bei dem Leistungsverzeichnis, das Grundlage des Vertrags wird, handelt es sich um einen Kostenanschlag im Sinne von § 649 BGB n.F. (bzw. § 650 BGB a.F.; vgl. von Rintelen in: Kniffka, Bauvertragsrecht, 3. Auflage, 2018, § 649 BGB n.F., Rn. 9).
3. (...)

KG, Urteil vom 13.04.2021, Az.: 21 U 45/19; NJW 2021, 2662 = NZBau 2021, 606 = ZfBR 2021, 652

\*\*\*\*\*

## VIII. Leistungsänderungen/Nachträge

### 1. Anordnungen

#### 1. *Einstweilige Zahlungsverfügung*

1. (...)
2. Führt ein Bauunternehmer eine geänderte Leistung aus, für die aus objektiver Sicht ein technisches Bedürfnis bestand und die nicht in den Bauvertrag eingepreist war, kann sich der Besteller nicht darauf berufen, diese Änderung nicht begehrt oder angeordnet zu haben, sofern der Unternehmer zuvor Bedenken gegen die ungeänderte Ausführung angemeldet hatte.
3. Anderes gilt nur, wenn der Besteller unmissverständlich erklärt, für ihn sei im Konfliktfall die Vermeidung einer Mehrvergütung vorrangig gegenüber der Funktions-tauglichkeit des Werks.
4. (...)

KG, Urteil vom 07.09.2021, Az.: 21 U 86/21; BauR 2022, 106 = NJW 2021, 3198 = NZBau 2021, 782 = IBR 2021, 564

\*\*\*\*\*

### 2. Vergütung

#### 1. *Einstweilige Verfügung bei Zahlungen*

1. (...)
3. Nach § 650c Abs. 2 S. 2 BGB wird nur vermutet, dass die in einer Urkalkulation enthaltenen Rechnungsansätze den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen. Auf die Mehrvergütung als solche, die der Unternehmer als Endergebnis der Preisfortschreibung unter Verwendung der Urkalkulation ermittelt hat, erstreckt sich die Richtigkeitsvermutung nicht.
4. § 650c Abs. 3 BGB enthält keine gesetzliche Vermutung, wonach 80 % der vom Unternehmer wegen einer Leistungsänderung beanspruchten Mehrvergütung in einem gerichtlichen Verfahren als zutreffend ermittelt gilt.
5. (...)

KG, Urteil vom 02.03.2021, Az.: 21 U 1098/20; BauR 2021, 823 = NZBau 2021, 523 = ZfBR 2021, 434 = IBR 2021, 230

\*\*\*\*\*

### 3. Einstweilige Verfügung

#### 1. *Einstweilige Verfügung bei Zahlungen*

1. (...)

3. Berühmt sich ein Auftragnehmer einer Nachtragsforderung und verlangt er hierfür eine Sicherheit und hält er auch nach vorprozessualen Schriftverkehr an dieser Forderung fest, so gibt er Veranlassung für die Beantragung einer einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB, mit der der Antragsteller die Feststellung begehrt, dass die Nachtragsforderung nicht besteht.
4. Dabei kann dahinstehen, ob § 650d BGB auch auf den Fall anwendbar ist, dass der Besteller gar keine Anordnung getroffen hat, weil diese Frage aufgrund der reziproken Anwendung des Grundgedankens von § 93 ZPO im Rahmen der summarischen Prüfung nicht abschließend entschieden werden muss, denn jedenfalls hat der Antragsgegner durch sein vorprozessuales Verhalten ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung Veranlassung zur Antragstellung gegeben.

KG, Urteil vom 22.12.2020, Az.: 7 W 4/20; BauR 2021, 1350

\*\*\*\*\*

## 2. *Einstweilige Verfügung bei Zahlungen*

1. Die Dringlichkeitsvermutung von § 650d BGB begünstigt auch Verfügungsanträge, die auf einstweilige Zahlungen an den Unternehmer gerichtet sind.
2. Die Dringlichkeitsvermutung entfällt nicht, wenn der Unternehmer seine Leistungen abgeschlossen hat und Schlussrechnungsreife eingetreten ist.
3. (...)
4. § 650c Abs. 3 BGB enthält keine gesetzliche Vermutung, wonach 80 % der vom Unternehmer wegen einer Leistungsänderung beanspruchten Mehrvergütung in einem gerichtlichen Verfahren als zutreffend ermittelt gilt.
5. Verrechnet der Besteller eine Zahlung, die er auf eine einstweilige Zahlungsverfügung geleistet hat, im Rahmen der weiteren Vertragsdurchführung zu Unrecht mit anderen Vergütungspositionen, kann der Unternehmer gemäß § 650d BGB eine erneute einstweilige Verfügung gegen ihn beantragen.

KG, Urteil vom 02.03.2021, Az.: 21 U 1098/20; BauR 2021, 823 = NZBau 2021, 523 = ZfBR 2021, 434 = IBR 2021, 229 = IBR 2021, 230, 231

\*\*\*\*\*

## 3. *Einstweilige Zahlungsverfügung*

1. Eine einstweilige Verfügung nach § 650d BGB kommt auch bei Streitigkeiten zu einem VOB-Vertrag in Betracht.
2. Führt ein Bauunternehmer eine geänderte Leistung aus, für die aus objektiver Sicht ein technisches Bedürfnis bestand und die nicht in den Bauvertrag eingepreist war, kann sich der Besteller nicht darauf berufen, diese Änderung nicht begehrt oder angeordnet zu haben, sofern der Unternehmer zuvor Bedenken gegen die ungeänderte Ausführung angemeldet hatte.
3. Anderes gilt nur, wenn der Besteller unmissverständlich erklärt, für ihn sei im Konfliktfall die Vermeidung einer Mehrvergütung vorrangig gegenüber der Funktionstauglichkeit des Werks.

4. Der Antrag eines Bauunternehmers auf Erlass einer einstweiligen Verfügungsanordnung verliert nicht seine gemäß § 650d BGB vermutete Dringlichkeit, weil er in guter wirtschaftlicher Verfassung und zur Sicherung seiner Liquidität nicht auf die Zahlung angewiesen ist.
5. Beantragt ein Bauunternehmer eine einstweilige Verfügung nicht zu einem möglichst frühen Zeitpunkt, sondern erst nach einiger Zeit, hat er die Dringlichkeit seines Anliegens durch solches Abwarten im Zweifel nicht selbst widerlegt.

KG, Urteil vom 07.09.2021, Az.: 21 U 86/21; BauR 2022, 106 = NJW 2021, 3198 = NZBau 2021, 782 = IBR 2021, 564, 667

\*\*\*\*\*

## IX. Kündigung

### 1. *Auftragnehmer kann oder will nicht leisten: Auftraggeber darf fristlos kündigen!*

Ein Bauvertrag kann vom Auftraggeber fristlos gekündigt werden, wenn der Auftragnehmer nicht willens oder nicht in der Lage ist, die Leistung vertragsgemäß auszuführen.

OLG Celle, Urteil vom 26.09.2019, Az.: 5 U 40/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.12.2020, Az.: VII ZR 231/19); IBR 2021, 289

\*\*\*\*\*

### 2. *Weiterarbeit an Vorschusszahlung geknüpft: Auftraggeber kann kündigen!*

1. Eine Werklohnforderung wird grundsätzlich erst mit der Abnahme fällig. Der Auftragnehmer kann die weitere Ausführung seiner Arbeiten nicht von einer Zahlung (hier: i.H.v. 20.000 Euro) abhängig machen.

2. Die unberechtigte Einstellung der Arbeiten berechtigt den Auftraggeber zur Kündigung des Bauvertrags aus wichtigem Grund.

OLG Koblenz, Beschluss vom 21.09.2020, Az.: 3 U 490/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 05.05.2021, Az.: VII ZR 156/20); IBR 2021, 571

\*\*\*\*\*

### 3. *Auftragnehmer muss notwendige Sicherheitsüberprüfung rechtzeitig beantragen!*

1. (...)

3. Eine Kündigungsandrohung verliert ihre Warnfunktion, wenn aus dem nachträglichen Verhalten des Auftraggebers für den Auftragnehmer erkennbar wird, der Auftraggeber werde nicht mehr an seiner Kündigungsandrohung festhalten (hier verneint).

OLG Köln, Beschluss vom 01.10.2019, Az.: 19 U 46/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.10.2021, Az.: VII ZR 227/19); IBR 2021, 287

\*\*\*\*\*

4. *Keine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt: Kein Ersatz der Selbstvornahmekosten!*

Der Auftraggeber muss dem Auftragnehmer auch im Falle der Kündigung des Werkvertrags die Möglichkeit geben, selbst schwer wiegende und zur Unbrauchbarkeit der Leistung führende Mängel nachzubessern. Etwas anderes gilt nur, wenn die Mängel der Leistung der Kündigungsgrund waren.

OLG Oldenburg, Urteil vom 13.10.2020, Az.: 2 U 87/20; IBR 2021, 410

\*\*\*\*\*

5. *Wie werden die Kosten einer Ersatzvornahme abgerechnet?*

1. Die nach einer Auftraggeberkündigung aus wichtigem Grund erstattungsfähigen Mehrkosten einer Ersatzvornahme errechnen sich als Differenz zwischen der bei vollständiger Erfüllung der vertraglich vereinbarten Leistung geschuldeten Vergütung und dem Betrag, den der Auftraggeber an den gekündigten Auftragnehmer für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen und zusätzlich an den Dritten für die von diesem ausgeführten, aber ursprünglich vom gekündigten Auftragnehmer geschuldeten Leistungen gezahlt hat oder zu zahlen gehalten ist.
2. Der Auftraggeber hat, um die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs schlüssig vorzutragen, in der Regel die anderweitig als Ersatzvornahme erbrachten Leistungen, die dadurch entstandenen Kosten, die infolge der Kündigung nicht mehr an den Auftragnehmer zu zahlende Vergütung sowie die Berechnung der sich daraus ergebenden Differenz darzulegen.

OLG Dresden, Urteil vom 17.11.2020, Az.: 6 U 349/20; IBR 2021, 121

\*\*\*\*\*

6. *Wann ist Mängelbeseitigung nur gegen Mehrvergütung zu leisten*

1. (...)
2. Bei dem Leistungsverzeichnis, das Grundlage des Vertrags wird, handelt es sich um einen Kostenanschlag im Sinne von § 649 BGB n.F. (bzw. § 650 BGB a.F.; vgl. von Rintelen in: Kniffka, Bauvertragsrecht, 3. Auflage, 2018, § 649 BGB n.F., Rn. 9). Wenn sich also die darin aufgeführte Vergütung wegen des Erfordernisses weiterer Leistungen als nicht auskömmlich erweisen sollte, ist der Besteller zur Kündigung des Vertrages berechtigt.
3. (...)

KG, Urteil vom 13.04.2021, Az.: 21 U 45/19; NJW 2021, 2662 = NZBau 2021, 606 = ZfBR 2021, 652 = IBR 2021, 340

\*\*\*\*\*

**X. Mängel vor der Abnahme**

1. *Erfüllungsanspruch verjährt vor Mängelbeseitigungsanspruch!*

1. Der werkvertragliche Erfüllungsanspruch kann vor dem nach der Abnahme bestehenden Nacherfüllungsanspruch verjähren (entgegen OLG Hamm, IBR 2019, 425).
2. (...)

OLG Rostock, Urteil vom 02.02.2021, Az.: 4 U 70/19; NZBau 2021, 540 = IBR 2021, 234

\*\*\*\*\*

*2. Koordinierungsfehler, Mängelhaftung und Mitverschuldensabzug im Schnittpunkt zweier Gewerke*

1. (...)

5. Der Besteller hat gegen den Bauunternehmer für anlässlich der von diesem ausgeführten Bauarbeiten verschuldeten Schäden an der bereits vorhandenen Bausubstanz einen Schadensersatzanspruch unabhängig davon, ob er die Bauarbeiten abgenommen hat.

6. (...)

OLG Oldenburg, Urteil vom 14.05.2021, Az.: 2 U 122/20; NZBau 2021, 594

\*\*\*\*\*

*3. Verjährungsbeginn bei vor der Abnahme entstandenen Schadensersatzansprüchen*

1. Die Frage, ob der Bauherr im Falle korrekter Berechnung der Energieersparnis von der Beauftragung einer Solaranlage Abstand genommen hätte oder diese gleichwohl in Auftrag gegeben hätte, gehört zur haftungsausfüllenden Kausalität.

2. Auch für die Haftung wegen der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten eines Planers gilt die Verjährungsregelung gemäß § 634a BGB. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme, auch wenn die Mängelansprüche bereits vor der Abnahme entstanden sind.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.10.2021, Az.: 22 U 66/21; ZfBR 2022, 54 = IBR 2021, 638

\*\*\*\*\*

**XI. Vergütung/Zahlung**

**1. Allgemein/Fälligkeit**

*1. Zahlung von Mindestlohn ist keine Fälligkeitsvoraussetzung!*

Eine Klausel in einem vom Auftraggeber vorformulierten Bauvertrag, wonach die Vorlage von (Unbedenklichkeits-)Bescheinigungen Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung ist, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.

OLG Jena, Urteil vom 09.01.2020, Az.: 8 U 176/19; IBR 2021, 62

\*\*\*\*\*

*2. Abweichende Abrechnungspraxis akzeptiert: Ausschluss von Nachforderungen!*

1. Vereinbaren die Parteien die gemeinsame Erstellung eines Aufmaßes, ist das Aufmaß Voraussetzung einer prüfaren Abrechnung der Leistungen.



2. Widersetzt sich der Auftraggeber einem gemeinsamen Aufmaß, muss der Auftragnehmer ein einseitiges Aufmaß nehmen und dessen Richtigkeit im Prozess beweisen.
3. Verlangt der Auftragnehmer kein gemeinsames Aufmaß und akzeptiert er über Jahre hinweg die Abrechnungspraxis des Auftraggebers, ist er gehindert, im Nachhinein Nachforderungen geltend zu machen.

OLG Oldenburg, Urteil vom 17.03.2020, Az.: 2 U 226/19; IBR 2021, 133

\*\*\*\*\*

### 3. Abnahme der Hauptunternehmer-Leistung im NU-Verhältnis

1. Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller seinerseits einem Dritten versprochen hat, wird im Rahmen einer vertikalen Leistungskette, selbst wenn nur eine partielle Leistungsidentität besteht, spätestens fällig, soweit das Werk des Bestellers von dem Dritten abgenommen worden ist oder als abgenommen gilt.
2. Die sog. Durchgriffsfälligkeit tritt unabhängig davon ein, ob die Abnahme im Verhältnis zwischen Besteller und Unternehmer stattgefunden hat und ob dort Abnahmereife zu bejahen ist (Anschluss OLG Düsseldorf, 8. April 2011, 22 U 165/10, BauR 2013, 1688).
3. Auch in einer viergliedrigen Leistungskette reicht es aus, wenn der Bauherr selbst, für den das Werk letztlich bestimmt ist, im Verhältnis zum Generalunternehmer die Abnahme erklärt. Ein Besteller, der dessen Nachunternehmer ist, hat dann gemäß § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB seinerseits eine fällige Vergütungsforderung.
4. Vorbehalte im Abnahmeprotokoll hindern den Eintritt der Fälligkeit der Vergütung des Unternehmers nicht.
5. Nimmt der Auftraggeber die Leistung pflichtwidrig nicht ab oder verweigert er sie missbräuchlich, genügt für die Fälligkeit des Werklohns die Abnahmereife.

OLG Brandenburg, Urteil vom 10.06.2020, Az.: 11 U 120/17; BauR 2021, 1820 = IBR 2020, 452

\*\*\*\*\*

### 4. Welche Folgen haben im Abnahmeprotokoll vorbehaltene Mängel?

Die im Abnahmeprotokoll vorbehaltenen Mängel hindern den Eintritt der Fälligkeit der Forderung nicht, sondern begründen nur ein Zurückbehaltungsrecht. Der Vorbehalt bewirkt lediglich, dass der Auftragnehmer auch nach der Abnahme insoweit die Beweislast für die Mängelfreiheit trägt.

OLG Köln, Urteil vom 06.08.2020, Az.: 24 U 29/16; IBR 2021, 405

\*\*\*\*\*

### 5. Wenn der Auftraggeber den Baugrund "liefert" ...

1. Der Baugrund ist ein vom Auftraggeber gelieferter Baustoff i.S.v. § 645 BGB, so dass der Auftragnehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangen kann, wenn der werkvertraglich geschuldete Erfolg (hier:

Grundwasserabsenkung) nicht erreicht wird, weil das vom Auftraggeber zur Verfügung gestellte Baugrundgutachten einen zu geringen Kf-Wert vorgibt.

2. Das gilt nicht, wenn die Unausführbarkeit durch einen Umstand (mit-)verursacht wird, den der Auftragnehmer zu vertreten hat. Dazu gehört eine Verletzung der Prüf- und Hinweispflichten.

OLG Hamburg, Urteil vom 22.01.2021, Az.: 6 U 197/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 09.06.2021, Az.: VII 167/14); IBR 2021, 511

\*\*\*\*\*

## 6. *Keine Einbeziehung der VOB/B in Vertrag bei zufälliger, aber nicht erkennbarer Kenntnis des AG von VOB/B*

1. (...)
4. Ein Abrechnungsverhältnis entsteht auch, wenn der Auftraggeber zu Unrecht die Minderung der Vergütung erklärt.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.02.2021, Az.: 22 U 245/20, BauR 2021, 1812

\*\*\*\*\*

## 2. **Stundenlohn**

### 1. *Wann werden Stundenlohnarbeiten nicht wirtschaftlich erbracht?*

1. (...)
2. Eine Tätigkeit auf Stundenbasis ist mit der Kündigung beendet; erbrachte Leistungen sind abzurechnen.
3. Der Auftragnehmer hat für einen schlüssigen Anspruch auf Vergütung bei Stundenhonorarvereinbarung nur vorzutragen, dass die Leistungen erbracht wurden. Voraussetzung ist nicht, dass die Stunden wirtschaftlich eingesetzt wurden.
4. Die Verletzung einer vertraglichen Pflicht zur wirtschaftlichen Betriebsführung wirkt sich nicht unmittelbar vergütungsmindernd aus, sondern lässt gegebenenfalls einen vom Auftraggeber geltend zu machenden Gegenanspruch entstehen, dessen tatsächliche Voraussetzungen der Auftraggeber darlegen und beweisen muss.
5. Dem Auftragnehmer ist ein gewisser Beurteilungsspielraum für die Erbringung seiner Leistung einzuräumen. Für eine Unwirtschaftlichkeit wird man eine Sicherheitsmarge von 20% anzunehmen haben.

OLG München, Urteil vom 04.07.2017, Az.: 9 U 4117/15 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.07.2020, Az.: VII ZR 173/17); IBR 2021, 360

\*\*\*\*\*

### 3. Abschlagszahlung

#### 1. Abschlagsrechnung bezahlt: (Bauzeiten-)Nachtrag nicht anerkannt!

1. Dem Auftraggeber eines VOB-Vertrags steht ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch zu, wenn durch erbrachte Abschlagszahlungen letztlich eine zu verzeichnende Überzahlung vorliegt.
2. In der Prüfung und Zahlung von Abschlagsrechnungen liegt kein "Anerkenntnis" des Auftraggebers, weil hierfür eine schriftliche Erklärung erforderlich ist. In schriftlichen Anmerkungen auf den Abschlagsrechnungen liegt keine derartige Erklärung, da solche Anmerkungen vorbehaltlich zu verstehen sind.

OLG Frankfurt, Urteil vom 04.03.2019, Az.: 29 U 7/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.03.2021, Az.: VII ZR 67/19); IBR 2021, 398

\*\*\*\*\*

#### 2. AGB-Klauseln im Schlüsselertigbau

1. Nachfolgende Klauseln halten einer AGB-Kontrolle nicht stand:

a. (...)

- h. „Der Auftraggeber verpflichtet sich, Abschlagszahlungen nach den Bestimmungen dieses Zahlungsplans zu leisten. Abschlagszahlungen sind in Höhe des folgenden prozentualen Anteils des Pauschalpreises gem. Ziffer 7.1 des Vertrags und jeweils zu folgenden Zeitpunkten an den Arbeitnehmer zu leisten:

1. Aushändigung der Bauantragsunterlagen: 10 % des Pauschalpreises

Die weiteren Abschlagszahlungen des nach Zahlung gemäß vorstehender Ziffer 1 noch verbleibenden Rest-Pauschalpreises einschließlich Bemusterung (d.h. 100 % der Differenz zwischen dem Pauschalpreis und dem gemäß Ziffer 1 bereits gezahlten Betrag) werden bei Fertigstellung folgender Baustufen in folgender prozentualer Verteilung zur Zahlung fällig:

2. Baugrubenaushub 5 % des Rest-Pauschalpreises
3. Bodenplatte 5 % des Rest-Pauschalpreises
4. Erdgeschossdecke 10 % des Rest-Pauschalpreises
5. Richten des Dachstuhls 15 % des Rest-Pauschalpreises
6. Fenster 15 % des Rest-Pauschalpreises
7. Rohinstallation Sanitär + Heizung 10 % des Rest-Pauschalpreises
8. Innenputz 15 % des Rest-Pauschalpreises
9. Estrich 10 % des Rest-Pauschalpreises
10. Fliesen 10 % des Rest-Pauschalpreises
11. Abnahme 5 % des Rest-Pauschalpreises“

- i. „Der AG leistet Abschlagszahlungen nach Maßgabe des als Anlage 4 beigefügten Zahlungsplans.“
- j. „AG und AN verzichten wechselseitig auf die Stellung von Sicherheiten für die rechtzeitige Stellung des Werks und für die Zahlung der vereinbarten Vergütung.“
- k. „Der AN ist nicht berechtigt, von Abschlags- oder Schlusszahlungen Einbehalte vorzunehmen, es sei denn, der Einbehalt beruht auf einem unstreitig bestehenden oder rechtskräftig festgestellten Mangel.“
- l. „§ 650m BGB ist auf diesen Vertrag nicht anwendbar.“
- m. (...)
- 2. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 28.10.2020, Az.: 29 U 146/19; BauR 2021, 554 = NZBau 2021, 328 = ZfBR 2021, 251

\*\*\*\*\*

### 3. Rückforderung einzelner Teilzahlungen: Vorsicht Verjährungsfalle!

1. Eine Teilschlussrechnung kommt im Anwendungsbereich der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) nur in Betracht, wenn die Parteien eine entsprechende Vereinbarung getroffen haben.
2. Der Anspruch auf Rückzahlung überzahlten Architektenhonorars verjährt in der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren. Die Frist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorliegen.
3. Bei den Rückforderungen geleisteter Zahlungen aus einzelnen Teilrechnungen handelt es sich um jeweils eigenständige Forderungen, für die jeweils eigenständige Verjährungsfristen gelten, so wie auch Abschlagsforderungen selbstständig verjähren.

KG, Urteil vom 15.12.2020, Az.: 7 U 89/19; IBR 2021, 580

\*\*\*\*\*

### 4. Schadensersatzanspruch des Verbrauchers bei ohne Erfüllungssicherheit geleisteten Abschlagszahlungen

1. Ein Verbraucher, in dessen BGB-Bauvertrag im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen (vorzeitige) Abschlagszahlungen vereinbart werden sollten, hatte gem. § 632a Abs. 3 BGB aF bzw. hat heute gem. § 650m Abs. 2 BGB einen gesetzlichen Anspruch auf eine Vertragserfüllungssicherheit in Höhe von 5% der gesamten vereinbarten Vergütung.
2. Sieht ein Zahlungsplan in einem BGB-Bauvertrag Abschlagszahlungen nach Baufortschritt, aber keine Sicherheitengestellung vor, ist ein solcher Zahlungsplan gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam (BGH, Urteil vom 8. November 2012 – VII ZR 191/12).
3. Die Klausel ist darüber hinaus auch nach § 309 Nr. 3 BGB unwirksam, da sie dem Verbraucher auch die Befugnis nimmt, mit einer ihm zustehenden Forderung

gegenüber dem Bauunternehmer aufzurechnen und damit den Restvergütungsanspruch zum Erlöschen zu bringen. Außerdem werden auch seine Leistungsverweigerungsrechte aus § 320 BGB unterlaufen, so dass die Klausel auch gem. § 309 Nr. 2 BGB unwirksam ist.

4. Dem Vortrag des Bauunternehmers, dass die wegen nachträglicher Eigenleistungen erfolgte vertragliche Abänderung im Hinblick auf die Höhe der Abschlagszahlungen eine individuelle Vereinbarung darstelle, ist nicht zu folgen, da die „alte“ Regelung lediglich rechnerisch abwandelt wurde. Insbesondere wurde die in § 632a Abs. 3 BGB aF zwingend vorgesehene Sicherheitengestellung zwischen den Parteien auch im Rahmen der nachträglichen Änderung weder vorgesehen noch individuell abbedungen (vgl. zum „Kerngehalt“ einer AGB-Klausel: BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 162/12).
5. Die in der Vereinbarung einer unwirksamen AGB-Klausel über Abschlagszahlungen liegende Pflichtverletzung iSv § 241 Abs. 2 BGB hat der Bauunternehmer gegenüber dem Verbraucher auch zu vertreten, sei es in Form von Fahrlässigkeit oder Vorsatz.
6. In der Rechtsfolge ist ein Unternehmer, der seinen Kunden Bedingungen stellt, die diese im Sinne der §§ 305ff. BGB unangemessen benachteiligen, gem. § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Der Schaden für den Verbraucher liegt hier darin, dass er durch die vorzeitige vollständige Zahlung der gesamten Werkvergütung entgegen § 632a Abs. 3 BGB aF ohne Sicherheitsleistung seitens des Bauunternehmers aufgrund der unwirksamen Zahlungsregelung im BGB-Bauvertrag ein Druckmittel verloren hat, mit dem er noch auf den Bauunternehmer einwirken könnte, fehlende oder nicht ordnungsgemäße Leistungen zügig und vollständig zu erbringen.
7. Die gesetzliche Wertung des § 632a Abs. 3 BGB aF führt aber nicht dazu, dass der Verbraucher seine ohne Erfüllungssicherheit geleisteten Abschlagszahlungen in Höhe von 5% direkt als Zahlung(en) zurückverlangen kann. Denn dann würde er mehr erhalten, als ihm nach § 632a Abs. 3 BGB aF zusteht, der lediglich eine Sicherheitsleistung des Unternehmers vorsieht. In welcher Form die Sicherheit zu stellen ist, obliegt allein der Auswahl des Unternehmers (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 80. Aufl., § 650 m Rdnr. 3). Die Sicherheit kann nach Wahl des Unternehmers entweder gem. § 232 BGB, durch Einbehalt des Verbrauchers oder durch Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines in Deutschland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden (vgl. § 632a Abs. 3 und 4 BGB aF). Dieses Wahlrecht, wie die Sicherheit zu leisten ist, muss der Beklagten auch bei einer nachträglichen Sicherheitengewährung erhalten bleiben. Damit kann der Verbraucher im Zuge der Rückabwicklung der Leistungen maximal eine Verurteilung des Bauunternehmers erlangen, wie ihn die Klägerin hier in ihrem Hilfsantrag zu 1) geltend gemacht hat, nämlich in Form einer Sicherheitengestellung in Höhe von 5% der vereinbarten Werkvergütung.

OLG Schleswig, Urteil vom 07.04.2021, Az.: 12 U 147/20; ZfBR 2021, 740 = IBR 2021, 399

\*\*\*\*\*

#### 4. Kündigung

##### 1. *Bedürfnis nach getrennter Abrechnung kann Feststellungsklage rechtfertigen*

1. Ist Gegenstand des Feststellungsbegehrens nicht ein unselbstständiger Rechnungsposten im Rahmen einer Schlussrechnung, sondern der allein noch

offenstehende Vergütungsanspruch, so handelt es sich bei diesem Vergütungsanspruch um ein subjektives Recht des Unternehmers im Rahmen des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrags und dementsprechend um ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis

2. Sind in die Vergütung für nicht erbrachte Leistungen auch noch nicht bezifferbare Kosten wegen einer möglichen Inanspruchnahme durch den Nachunternehmer einzustellen, besteht ein unabweisbares Bedürfnis für eine getrennte Abrechnung, die es dem Auftragnehmer ermöglicht, wegen es vom Nachunternehmer geltend zu machenden Anspruchs die Zahlungspflicht des Auftraggebers feststellen zu lassen.

BGH, Urteil vom 02.09.2021, Az.: VII ZR 124/20; BauR 2022, 142 = NZBau 2022, 20 = ZfBR 2022, 37

\*\*\*\*\*

## 2. Keine Kostenerstattung ohne Aufforderung zur Mängelbeseitigung!

1. Dem Auftraggeber steht kein Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Fertigstellung des Bauvorhabens durch einen Drittunternehmer zu, wenn er dem Auftragnehmer keine Frist zur Abhilfe bzw. Nacherfüllung gesetzt hat und die Fristsetzung auch nicht ausnahmsweise entbehrlich gewesen ist.
2. Eine endgültige Verweigerung der Nacherfüllung liegt nicht ohne Weiteres in dem Bestreiten von Mängeln. Hinzukommen müssen weitere Umstände, die eindeutig zum Ausdruck bringen, dass der Auftragnehmer seinen Vertragspflichten nicht nachkommen wird und es ausgeschlossen erscheint, dass er sich von einer Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung noch umstimmen lässt.

OLG Köln, Urteil vom 22.08.2018, Az.: 17 U 57/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.02.2021, Az.: VII ZR 186/16); IBR 2021, 512

\*\*\*\*\*

## 3. Vergütung nach sog. freier Kündigung ≠ entgangener Gewinn!

1. Kündigt der Besteller den Werkvertrag "frei", ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen und anderweitigem Erwerb zu verlangen.
2. Die nach Abzug der ersparten Aufwendungen verbleibende Restvergütung kann nicht mit dem Gewinn aus dem Vertrag gleichgesetzt werden. Der Anspruch ist deshalb auch bei einem Verlustgeschäft begründet, soweit die Abzüge geringer sind als der vereinbarte Vergütungsanspruch.
3. Der Unternehmer kann die tatsächliche Ersparnis auf der Grundlage der Vergaben an seine Nachunternehmer abrechnen. Wurden noch keine Nachunternehmer beauftragt, kann er hypothetische Beauftragungen in Ansatz bringen.

OLG Hamburg, Urteil vom 26.04.2019, Az.: 11 U 46/11 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 05.05.2021, Az.: VII ZR 107/19); IBR 2021, 619

\*\*\*\*\*

## 4. Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrages

1. (...)

2. Beim gekündigten Pauschalpreisvertrag hat der Unternehmer die erbrachten Leistungen darzulegen und von dem nicht ausgeführten Teil abzugrenzen. Die Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen ist nach dem Verhältnis des Wertes der erbrachten Teilleistung zum Wert der nach dem Pauschalvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu errechnen. Der Unternehmer muss deshalb das Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darlegen.
3. Es kommt nicht darauf an, dass der Unternehmer bereits bei Vertragsschluss eine Kalkulation der auszuführenden Leistungen erstellt hat. Vielmehr reicht es aus, dass der Unternehmer diese nachträglich erarbeitet oder in anderer Weise darlegt, wie die erbrachten Leistungen bei Vertragsschluss zu bewerten sind.

OLG Hamburg, Urteil vom 08.01.2020, Az.: 4 U 134/18; rkr. durch Beschluss des BGH vom 18.11.2020, Az.: VII ZR 20/20; BauR 2021, 983 = IBR 2021, 177

\*\*\*\*\*

**5. Vertrag in Abrechnungsverhältnis übergegangen: Keine Mängelansprüche ohne Fristsetzung!**

1. Auch nach einer Kündigung des Werkvertrags durch den Besteller wird der Vergütungsanspruch des Unternehmers für das bereits erstellte Teilwerk erst mit der Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen fällig.
2. Verlangt der Besteller nach der Kündigung wegen Mängeln Zahlung von Schadensersatz anstelle von Erfüllung bzw. Mängelbeseitigung und hat der Unternehmer dem Besteller das Teilwerk seinerseits als fertig gestellt angeboten, entsteht ein Abrechnungsverhältnis und der Vergütungsanspruch des Unternehmers wird auch ohne Abnahme fällig.
3. In der Schlussrechnung liegt regelmäßig zugleich die Erklärung des Unternehmers, die geschuldeten Arbeiten (vollständig) ausgeführt zu haben.
4. Ist das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen, findet das werkvertragliche Gewährleistungsrecht Anwendung.
5. Alle über die Nacherfüllung und Schadensersatz neben der Leistung hinausgehenden Mängelrechte können grundsätzlich erst ausgeübt werden, nachdem der Besteller dem Unternehmer zuvor eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bzw. Mängelbeseitigung gesetzt hat. Das gilt auch dann, wenn der Werkvertrag in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist.

OLG Celle, Urteil vom 06.02.2020, Az.: 8 U 133/19; IBR 2021, 409

\*\*\*\*\*

**6. Bis zur Kündigung erbrachte Leistungen sind zu vergüten!**

1. Der Auftragnehmer hat nach der Kündigung Anspruch auf Vergütung seiner erbrachten Leistungen. Bei einem Einheitspreisvertrag sind danach die ausgeführten Leistungen nach dem vertraglich zu Grunde gelegten Leistungsverzeichnis abzurechnen. Maßgeblich sind die bis zur Kündigung tatsächlich erbrachten Mengen.
2. Mängel der Leistung stehen der Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers nicht entgegen. Die Kündigung des Bauvertrags führt zu einem

Abrechnungsverhältnis, mit dem der Auftraggeber seinerseits seine Gegenansprüche beziffern und geltend machen kann.

3. (...)

OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.08.2020, Az.: 11 U 75/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 23.06.2021, Az.: VII ZR 150/20); IBR 2021, 618

\*\*\*\*\*

### 7. Vergütung nach Kündigung: Was sind „erbrachte Leistungen“?

1. Zu den nach vorzeitiger Beendigung eines Bauvertrages zu vergütenden "erbrachten Leistungen" gehören nur diejenigen Arbeiten, die sich zum Zeitpunkt der Kündigung im Bauwerk verkörpern, bzw. die schon in das "Werk" eingeflossen sind.
2. Für die Annahme einer erbrachten Leistung genügt nicht, dass dem Unternehmer ein entsprechender Aufwand entstanden ist. Hierfür ist vielmehr erforderlich, dass der Besteller den mit dem Vertrag geschuldeten Werkerfolg zumindest teilweise erhalten hat.
3. Für Planungen, die keine eigenständige Leistung darstellen und deren Vergütung in die Baupreise eingerechnet ist, kann der Unternehmer keine Vergütung verlangen, wenn die Bauleistung selbst nicht ausgeführt worden ist. Das gilt auch für ein sog. Pflichtenheft, welches die technischen Anforderungen und Spezifika der zu erbringenden Leistung enthält.

OLG Köln, Urteil vom 17.03.2021, Az.: 11 U 281/19; NZBau 2021, 605 = NJW-RR 2021, 877 = ZfBR 2021, 648 = IBR 2021, 232

\*\*\*\*\*

## XII. Abnahme

### 1. Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist und bleibt Erwerbersache!

Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrags verwendete Klausel ist nicht nur dann unwirksam, wenn die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Bauträger selbst als Erstverwalter erfolgen kann, sondern auch dann, wenn die Abnahme durch einen Sachverständigen ermöglicht wird, der durch den Bauträger selbst oder eine in seinem Lager stehende Person benannt und beauftragt wird.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.04.2018, Az.: 12 U 197/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.12.2020, Az.: VII ZR 113/18); IBR 2021, 130

\*\*\*\*\*

### 2. Honorarschlussrechnung bezahlt: Tragwerksplanerleistung abgenommen?

1. Beim Werk eines Tragwerksplaners liegt eine konkludente Abnahme vor, wenn der Auftraggeber dessen Pläne entgegennimmt und ihm gegenüber zu erkennen gibt, er wolle die Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht billigen.
2. Die schnelle Bezahlung der - nicht als solche bezeichneten - Honorarschlussrechnung lässt vor allem bei Laien nicht auf den erforderlichen Abnahmewillen schließen. Dem Auftraggeber ist vielmehr eine angemessene Prüffrist zuzugestehen.



3. Bei der Leistung eines Tragwerksplaners beträgt die angemessene Prüffrist mindestens drei Monate ab Rechnungsstellung.

OLG Frankfurt, Urteil vom 29.07.2019, Az.: 29 U 201/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.10.2020, Az.: VII ZR 201/19); IBR 2021, 418

\*\*\*\*\*

### 3. *Abnahmeprotokoll mit "i. A." unterschrieben: Keine Abnahme erfolgt!*

1. Unterzeichnet ein Mitarbeiter des Auftraggebers das Abnahmeprotokoll mit "i. A.", bringt er dadurch zum Ausdruck, dass er keine Verantwortung für den Inhalt des Abnahmeprotokolls übernimmt.
2. In einem solchen Fall erfolgt die Abnahme erst durch die Abnahmeerklärung bzw. -bestätigung des Auftraggebers.

OLG Celle, Urteil vom 19.09.2019, Az.: 6 U 37/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. - BGH, Beschluss vom 26.08.2020, Az.: VII ZR 226/19); IBR 2021, 290

\*\*\*\*\*

### 4. *Heizungsanlage wird erst nach einer Heizperiode schlüssig abgenommen!*

1. In der Trocknung des Estrichs mittels der eingebauten Heizanlage liegt nicht die Erklärung, dass die Heizanlage als vertragsmäßig akzeptiert wird.
2. Die Abnahme einer Heizanlage durch schlüssiges Verhalten kommt erst nach einer Heizperiode in Betracht.
3. Aus einem tatsächlichen Verhalten können nur dann Rückschlüsse auf ein rechtsgeschäftliches Verhalten gezogen werden, wenn die Leistung als vertragsmäßig erkannt wird. Das setzt voraus, dass der Auftraggeber hierzu tatsächlich in der Lage ist.

OLG München, Beschluss vom 16.10.2019, Az.: 28 U 1733/19 Bau; IBR 2021, 69

\*\*\*\*\*

### 5. *Keine Doppelvergütung bei Doppelbeauftragung*

1. (...)
5. Übersendet der Auftragnehmer die Schlussrechnung an den Auftraggeber, ohne die förmliche Abnahme zu fordern, und prüft der Auftraggeber diese, ohne auf die unterbliebene förmliche Abnahme einzugehen, kann hierin die konkludente Erklärung der Parteien zu sehen sein, von der vereinbarten förmlichen Abnahme abzusehen

OLG Naumburg, Urteil vom 16.12.2019, Az.: 12 U 114/19; BauR 2021, 965 = NZBau 2020, 504

\*\*\*\*\*

### 6. *Welche Folgen haben im Abnahmeprotokoll vorbehaltene Mängel?*

Die im Abnahmeprotokoll vorbehaltenen Mängel hindern den Eintritt der Fälligkeit der Forderung nicht, sondern begründen nur ein Zurückbehaltungsrecht. Der Vorbehalt

bewirkt lediglich, dass der Auftragnehmer auch nach der Abnahme insoweit die Beweislast für die Mängelfreiheit trägt.

OLG Köln, Urteil vom 06.08.2020, Az.: 24 U 29/16; IBR 2021, 405

\*\*\*\*\*

## 7. AGB-Klauseln im Schlüsselfertigbau

1. Nachfolgende Klauseln halten einer AGB-Kontrolle nicht stand:

a. (...)

m. „Als abgenommen gilt das Werk auch, wenn der AN nach Fertigstellung eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der AG die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe wesentlicher Mängel verweigert hat.“

n. (...)

2. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 28.10.2020, Az.: 29 U 146/19; BauR 2021, 554 = NZBau 2021, 328 = ZfBR 2021, 251 = IBR 2021, 20

\*\*\*\*\*

## 8. Werklohnklage bei Abnahmereife möglich

Im Falle der Abnahmereife kann unmittelbar auf Zahlung des Werklohns geklagt werden, wenn der Werkbesteller die Abnahme zu Unrecht verweigert; im Zahlungsantrag liegt ein konkludentes Abnahmeverlangen.

OLG Nürnberg, Hinweisbeschluss vom 17.05.2021, Az.: 13 U 365/21; NZBau 2021, 539 = NJW-RR 2021, 948 = IBR 2021, 458

\*\*\*\*\*

## XIII. Bauverzögerung/Vertragsstrafe

### 1. Schadensersatz wegen rechtswidriger Aufhebung eines Vergabeverfahrens - Flüchtlingsunterkunft

1. (...)

2. Dieser zu ersetzende Schaden [wegen rechtswidriger Aufhebung des Vergabeverfahrens] besteht grundsätzlich in den Aufwendungen, die der Bieter zur Wahrnehmung seiner Chance auf einen Zuschlag vorgenommen hat und hierzu für erforderlich halten durfte. Personalkosten für die Angebotserstellung sind dabei auch ohne konkreten Nachweis des Bieters, dass er ohne diesen Aufwand durch deren Tätigkeit anderweitig Einnahmen erwirtschaftet hätte, ersatzfähig.

3. (...)

BGH, Urteil vom 08.12.2020, Az.: XIII ZR 19/19; BGHZ 228, 15 = BauR 2021, 817 = NZBau 2021, 279 = ZfBR 2021, 461 = VergabeR 2021, 295 = IBR 2021, 195

\*\*\*\*\*

*2. Aufforderung zur „kurzfristigen Fertigstellung“ ist keine ausreichende Fristsetzung*

1. (...)
2. Überschreitet der Auftragnehmer die als angemessen anzusehende Fertigstellungsfrist, setzt ein Anspruch auf Schadenersatz statt der Leistung grundsätzlich voraus, dass zusätzlich eine vom Auftraggeber gesetzte angemessenen Frist zur (Nach-)Erfüllung abgelaufen ist.
3. Ein in § 281 Abs. 1 BGB geregelter Anspruch auf Schadenersatz statt der Leistung ist ebenso wie der mangelbedingte Schadenersatzanspruch nach §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB u.a. davon abhängig, dass eine vom Gläubiger gesetzte Nachfrist zur Erfüllung bzw. Nacherfüllung ergebnislos abgelaufen ist. Dabei erfordert eine wirksame Fristsetzung in der Regel entweder die Angabe einer bestimmten Zeitspanne oder eines bestimmten Termins, innerhalb dessen oder bis zu dem die Leistung zu erbringen ist. Ob auch das Verlangen, die geschuldete Leistung zu erbringen oder Mängel umgehend bzw. unverzüglich zu beheben, genügt, ist eine Frage des Einzelfalls (hier verneint).
4. Die Aufforderung an einen Unternehmer, innerhalb einer Frist mit bestimmten Nacherfüllungsarbeiten zu beginnen, ist keine Fristsetzung i.S.d § 281 BGB (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 23. Februar 2006, VII ZR 84/05).

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2017, Az.: 21 U 4/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew., - BGH, Beschluss vom 15.04.2020, Az.: VII ZR 149/17); IBR 2021, 65

\*\*\*\*\*

*3. Ansprüche aus Bauablaufstörungen erfordern eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung*

1. Macht der Auftragnehmer einen Behinderungsschaden geltend, hat er in einem ersten Schritt das vertragliche Soll zum Bauablauf aus technischer und baubetrieblicher Sicht darzulegen. In einem zweiten Schritt ist dann der tatsächliche Ablauf zu rekonstruieren. In einem dritten Schritt hat der Auftragnehmer die Folgen der im Ist dargestellten Ereignisse bezogen auf das Soll darzulegen.
2. Die Bautagesberichte müssen so gestaltet werden, dass feststellbar ist, wie viele Arbeitskräfte an diesem oder jenem Tag in einem bestimmten Arbeitspaket in welchem zeitlichem Umfang Leistungen erbracht hätten. So könne von Sachverständigen untersucht werden, wie sich Leistungsänderungen auswirken.
3. Die Bautagesberichte müssen nicht nur die Anzahl der auf der Baustelle eingesetzten Arbeiter erfassen, sondern auch den konkreten Arbeitsbereich.
4. Mehrkosten infolge von Bauablaufstörungen können grundsätzlich auch im Rahmen von Ansprüchen nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B eine Rolle spielen. Macht der Unternehmer über die im Nachtrag vereinbarte Vergütung Forderungen wegen nachtragsbedingter Verzögerungen geltend, muss diese Forderung im Nachtrag erkennbar vorbehalten werden. Ansonsten sind bei vereinbarten Nachträgen etwaige Kosten einer verlängerten Bauzeit in der Regel als mit der Nachtragsvereinbarung abgegolten anzusehen.

OLG München, Teilurteil vom 26.09.2017, Az.: 28 U 2834/09; BauR 2021, 266

\*\*\*\*\*

#### 4. Fertigstellung/Mangelfreiheit

1. (...)
4. Fertigstellung kann auch heißen, dass ein Werk lediglich abnahmereif sein muss, wobei nicht jede Nutzungsbeeinträchtigung oder sonstige Beeinträchtigung im mietrechtlichen Sinne einer werkvertraglichen Abnahmereife entgegensteht.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.12.2017, Az.: 5 U 124/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 17.06.2020, Az.: VII ZR 294/17); IBR 2021, 67

\*\*\*\*\*

#### 5. Entschädigung aus § 642 BGB: Wann sind Pläne zu übergeben?

1. Unterlässt der Auftraggeber eine ihm obliegende, bei der Herstellung des Bauwerks erforderliche Mitwirkungshandlung und gerät er hierdurch in Annahmeverzug, steht dem Auftragnehmer aus § 642 BGB ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch zu.
2. Die dem Auftraggeber obliegende Mitwirkungsleistung bei Bauverträgen besteht u. a. darin, dass er das Baugrundstück als für die Leistung des Auftragnehmers aufnahmebereit zur Verfügung stellt, die erforderlichen Vorunternehmerleistungen insoweit also erbracht sind und die erforderlichen Pläne vorgelegt werden.
3. Die Frage, zu welchem Zeitpunkt einzelne Mitwirkungshandlungen zu erbringen sind, richtet sich nach dem Bauablauf, wie er vom Auftragnehmer in den Grenzen der vertraglichen Terminvereinbarungen nach seinen bautechnischen und baubetrieblichen Anforderungen vorgesehen ist. Bei ungestörtem Bauablauf kann dies dem aufgestellten Bauablauf- oder Terminplan zu entnehmen sein. Etwas anderes gilt, wenn der tatsächliche Bauablauf von Verzögerungen und zahlreichen Umplanungen geprägt ist.

OLG Hamburg, Urteil vom 16.11.2018, Az.: 1 U 40/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 05.05.2021, Az.: VII ZR 251/18); IBR 2021, 569

\*\*\*\*\*

#### 6. Nicht jede Änderung führt zu einer Terminverschiebung!

1. Unwesentliche Änderungsleistungen (hier: Verlegung eines Schaltschranks) führen nicht zu einer Verschiebung des vereinbarten Einbautermins.
2. Beginnt der Auftragnehmer mit der Ausführung seiner Leistung nicht zum vereinbarten Termin, muss ihm der Auftraggeber eine angemessene Frist zur Leistung setzen, wenn er vom Vertrag zurücktreten will.
3. Fehlt es an einer Vereinbarung über die Länge der Frist, beurteilt sich die Angemessenheit der Fristlänge aufgrund der Umstände des Einzelfalls nach objektiven Maßstäben. Auszugehen ist in erster Linie von der Natur des fraglichen Geschäfts, so dass die Nachfrist umso kürzer sein kann, je dringlicher nach dem Vertrag das Interesse des Auftraggebers an einer pünktlichen Leistung des Auftragnehmers ist.

OLG Nürnberg, Urteil vom 20.12.2018, Az.: 13 U 427/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 13.01.2021, Az.: VII ZR 5/19); IBR 2021, 402

\*\*\*\*\*

*7. Bis zur Kündigung erbrachte Leistungen sind zu vergüten!*

1. (...)
3. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen benachteiligt eine Regelung, die dem Auftraggeber die Geltendmachung einer Vertragsstrafe zu einem beliebigen Zeitpunkt gestattet, den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.08.2020, Az.: 11 U 75/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 23.06.2021, Az.: VII ZR 150/20); IBR 2021, 618

\*\*\*\*\*

*8. Kein Fluchtwegekonzept, kein Verzug!*

1. Auf eine Überschreitung der in einem Bauvertrag genannten Vertragsfristen kann eine Kündigung wegen Verzugs nicht gestützt werden, wenn sich die Vertragsparteien nach Vertragsschluss auf neue Vertragsfristen verständigt haben.
2. Regeln die Parteien ausdrücklich, welche Maßnahmen der Auftragnehmer als "Beginn der Ausführung" durchführen muss, ist diese Vereinbarung vorrangig vor einer allgemein gültigen Definition des Begriffs "Beginn der Ausführung".
3. Der Auftragnehmer gerät nicht in Verzug, wenn ihm der Auftraggeber kein (überarbeitetes) Fluchtwegekonzept zur Verfügung stellt und es dem Auftragnehmer deshalb aufgrund zwingender Brandschutzvorschriften nicht möglich ist, seine Leistung auszuführen.
4. Eine Kündigung wegen Verzugs ist mangels Vorliegens der Voraussetzungen für eine Auftragsentziehung in eine sog. freie Kündigung umzudeuten, wenn anzunehmen ist, dass dies dem Willen des Auftraggebers entspricht und dieser Wille in seiner Erklärung gegenüber dem Auftragnehmer zum Ausdruck gekommen ist.

OLG Braunschweig, Urteil vom 07.03.2019, Az.: 8 U 11/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.03.2021, Az.: VII ZR 74/19); IBR 2021, 400

\*\*\*\*\*

*9. Vergütung zeitabhängiger Mehrkosten: Bauablaufbezogene Darstellung erforderlich!*

1. Eine Leistungsverzeichnisposition, nach der der Auftragnehmer im Fall einer Bauzeitverzögerung eine Mehrvergütung erhält, ist dahingehend auszulegen, dass dem Auftragnehmer keine Vergütung für solche Verlängerungszeiträume zusteht, für die er selbst die Verantwortung trägt.
2. Der Auftragnehmer ist für die Tatsache, dass die Bauzeitverlängerung nicht auf von ihm zu vertretenden Umständen beruht, darlegungs- und beweispflichtig.
3. Macht der Auftragnehmer einen Anspruch auf zeitabhängige Mehrkosten geltend, ist eine baustellenbezogene Darstellung der Ist- und Sollabläufe notwendig, die die Bauzeitverlängerung nachvollziehbar macht.
4. Dies gilt nicht nur für Schadensersatzansprüche aus § 6 Abs. 6 VOB/B, sondern auch für Vergütungsansprüche nach § 2 VOB/B, mit denen zeitabhängige Mehrkosten geltend gemacht werden.

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

\*\*\*\*\*

### 10. Auftragnehmer muss notwendige Sicherheitsüberprüfung rechtzeitig beantragen!

1. (...)
2. Kann mit der Ausführung der Arbeiten nur nach einer erfolgreichen Sicherheitsüberprüfung der Mitarbeiter des Auftragnehmers begonnen werden, hat der Auftragnehmer die Überprüfungen so rechtzeitig zu beantragen, dass sie rechtzeitig vorliegen.
3. Eine Kündigungsandrohung verliert ihre Warnfunktion, wenn aus dem nachträglichen Verhalten des Auftraggebers für den Auftragnehmer erkennbar wird, der Auftraggeber werde nicht mehr an seiner Kündigungsandrohung festhalten (hier verneint).

OLG Köln, Beschluss vom 01.10.2019, Az.: 19 U 46/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.10.2021, Az.: VII ZR 227/19); IBR 2021, 287

\*\*\*\*\*

### 11. Kein Nachtrag für Trocknungs- und Aushärungszeiten

1. In der Vorschrift des § 6 VOB/B werden außergewöhnliche Sachverhalte und Störungen in der Zeit des vertraglich vorgesehenen Bauablaufs geregelt. Es handelt sich dabei um den Eintritt von Ereignissen, die beim Vertragsabschluss jedenfalls für den Auftragnehmer weder bekannt noch hinreichend vorhersehbar waren, wenn auch die dafür maßgebenden Ursachen bereits vorgelegen haben mögen.
2. Ergibt sich aus dem Leistungsverzeichnis, dass Deckschichten aus Gussasphalt, Betonpflasterdecken sowie Betonpflasterstreifen zu erstellen sind, muss sich einem Fachunternehmer im Bereich des Straßenbaus aufdrängen, dass im Hinblick auf die Auswahl des Materials Trocknungs- und Aushärtungsarbeiten anfallen und es bei einer anspruchsvollen Baustelle dadurch möglicherweise zu Verzögerungen kommt. Ein Fachunternehmen im Bereich des Straßenbaus muss daher diese Trocknungs- und Aushärtungszeiten in seine Preise einkalkulieren.
3. Rügt der Unternehmer im Rahmen der Ausschreibung nicht eine zu kurze Ausführungsfrist und leitet dazu kein Nachprüfungsverfahren ein, darf der Auftraggeber davon ausgehen, dass der Unternehmer die Arbeiten innerhalb der angegebenen Ausführungsfristen ausführen kann.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.12.2019, Az.: 5 U 236/18; BauR 2021, 980 = IBR 2021, 59

\*\*\*\*\*

### 12. Darlegung des Schadens bei Anspruch aus § 642 BGB

1. Stellt der Auftragnehmer infolge der Störung des Arbeitsablaufs Mitarbeiter von der Arbeit frei, zahlt den Arbeitslohn aber weiter, stellen die von ihm (ohne Erhalt einer Gegenleistung) aufgewandten Lohnkosten den über § 6 Abs. 6 VOB/B zu erstattenden Schaden dar.

2. Macht der Auftragnehmer einen Stillstands Schaden geltend, weil Geräte infolge der Störung des Arbeitsablaufs nicht auf der Baustelle einsetzen konnten, muss er darlegen, welche konkreten Nachteile es für ihn mit sich gebracht hatte, dass die auf der Baustelle stillgestandenen Geräte in dem Zeitraum der Störung nicht genutzt werden konnten. Dabei kommt als möglicher Nachteil in Betracht, dass die Geräte nicht rechtzeitig anderweitig eingesetzt werden konnten.
3. Bei einem Anspruch aus § 642 BGB, mit dem dem Auftragnehmer eine Entschädigung dafür gewährt wird, dass er während der Dauer des Verzugs Kapital und Arbeitskräfte vorhalten muss, ohne dass der Werklohn dafür einen Ausgleich verschafft, ist für die Höhe der Entschädigung grundsätzlich die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation maßgeblich, d.h. die für die betroffene Teilleistung, deren Ausführung sich verzögert hat, kalkulierten Lohn- und Gerätekosten sowie auch anteilig die kalkulierten Geschäftskosten nebst den kalkulierten Zuschlägen für Wagnis und Gewinn.
4. Die Berechnung der Entschädigung aus § 642 BGB hat auf der Basis der Ursprungskalkulation zu erfolgen, die um den zusätzlichen Aufwand, bedingt durch die Vorhaltung von Arbeitskräften, Geräten etc., fortzuschreiben ist

OLG Celle, Urteil vom 04.03.2020, Az.: 7 U 334/18; BauR 2021, 1308 = IBR 2021, 173 = IBR 2021, 174

\*\*\*\*\*

### 13. Nutzungsausfall bei verspäteter Fertigstellung einer Eigentumswohnung

1. Der Erwerber einer Eigentumswohnung hat bei verspäteter Fertigstellung grundsätzlich Anspruch auf Nutzungsausfall. Voraussetzung ist allerdings, dass der Erwerber das erworbene Objekt eigenwirtschaftlich nutzt und es sich nicht um einen lediglich kurzfristigen Nutzungsausfall handelt. Ein Nutzungsausfall Schaden kommt auch nicht in Betracht, wenn dem Erwerber vergleichbarer Wohnraum zur Verfügung steht und ihm die Kosten der Miete ersetzt werden.
2. Die Vergleichbarkeit der Ersatzwohnung ist durch einen Vergleich der erworbenen Wohnung mit dem Ersatzwohnraum zu ermitteln. Dabei wird vornehmlich auf die Größe des zur Verfügung stehenden Wohnraums abgestellt. Standard-Hotelzimmer von 18–25 m<sup>2</sup> und Ferienwohnungen von 65 m<sup>2</sup> sind mit einer 140 m<sup>2</sup> großen Eigentumswohnung nicht vergleichbar.
3. Als Ausgangspunkt für die Berechnung des Nutzungswerts der vorenthaltenen Eigentumswohnung können entweder die anteiligen Vorhaltekosten oder die ortsübliche Vergleichsmiete herangezogen werden. Wird als Maßstab der fiktive Mietpreis angesetzt, ist er von allen auf Gewinnerzielung gerichteten und sonstigen, eine erwerbswirtschaftliche Nutzung betreffenden Wertfaktoren zu bereinigen.
4. Kosten der Miete einer Ersatzwohnung sowie Kosten der bisherigen Mietwohnung sind in voller Höhe auf den Wert des Nutzungsausfalls anzurechnen.
5. Bei der verbleibenden subjektiven Beeinträchtigung der Erwerber wegen des fehlenden Komforts einer eigenen Wohnung und „des Lebens aus dem Koffer“ im Hotel oder einer Ferienwohnung handelt es sich um einen immateriellen Schaden, der nicht ersetzt wird.

OLG Brandenburg, Urteil vom 27.05.2020, Az.: 4 U 87/19; BauR 2021, 294 = IBR 2020, 461

\*\*\*\*\*

#### 14. Kein Nutzungsausfall für Kellerräume!

1. Ein Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung besteht nur für solche Lebensgüter, deren ständige Verfügbarkeit von zentraler Bedeutung sind. Hierzu zählen grundsätzlich nicht Kellerräume, die für Abstellzwecke vorgesehen sind, weil der betroffene Auftraggeber typischerweise auf ihre ständige Verfügbarkeit für seine eigenwirtschaftliche Lebenshaltung nicht nachhaltig angewiesen ist.
2. Auch für einen Raum im Keller, der als Büroraum eingerichtet ist bzw. werden soll, kann der Auftraggeber keine Nutzungsausfallentschädigung beanspruchen, wenn es an einer fühlbaren Nutzungsbeeinträchtigung fehlt.

OLG München, Beschluss vom 19.06.2020, Az.: 20 U 6219/19 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 27.01.2021, Az.: VII ZR 116/20; IBR 2021, 513

\*\*\*\*\*

#### 15. Berechnung des Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB

1. Ein produktionsloses Bereithalten von Produktionsmitteln erfordert nicht, dass die Produktionsmittel auf der Baustelle brachliegen. § 642 BGB gewährt dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür, dass er während des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält. Sinn und Zweck des § 642 BGB ist es, dass der Unternehmer die Produktionsmittel für das konkrete Bauvorhaben des Bestellers so bereithält, dass sie dort jederzeit eingesetzt werden können, nicht aber, dass die Produktionsmittel während der Dauer des Annahmeverzugs auf die Baustelle verbracht und ausschließlich dort bereitgehalten werden.
2. Die Höhe der angemessenen Entschädigung bestimmt sich nach tatrichterlicher Schätzung unter Zugrundelegung der in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien. Ausgangspunkt sind die auf die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallenden Vergütungsanteile einschließlich der Anteile für allgemeine Geschäftskosten sowie für Wagnis und Gewinn (Anschluss BGH, 30. Januar 2020, VII ZR 33/19, IBR 2020, 229).
3. Der Entschädigungsanspruch ist nach §§ 286, 288 Abs. 2 BGB zu verzinsen, da ihm ein Entgeltcharakter zukommt.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.08.2020, Az.: 8 U 49/19; BauR 2021, 1618 = ZfBR 2021, 55 = IBR 2020, 512 = IBR 2020, 513

\*\*\*\*\*

#### 16. Keine weitere Leistungspflicht nach Änderungen des Werks

1. Ein produktionsloses Bereithalten von Produktionsmitteln erfordert nicht, dass die Produktionsmittel auf der Baustelle brachliegen. § 642 BGB gewährt dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür, dass er während des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält. Sinn und Zweck des § 642 BGB ist es, dass der Unternehmer die Produktionsmittel für das konkrete Bauvorhaben des Bestellers so bereithält, dass sie dort jederzeit eingesetzt werden können, nicht aber, dass die



Produktionsmittel während der Dauer des Annahmeverzugs auf die Baustelle verbracht und ausschließlich dort bereitgehalten werden.

2. Die Höhe der angemessenen Entschädigung bestimmt sich nach tatrichterlicher Schätzung unter Zugrundelegung der in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien. Ausgangspunkt sind die auf die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallenden Vergütungsanteile einschließlich der Anteile für allgemeine Geschäftskosten sowie für Wagnis und Gewinn (Anschluss BGH, 30. Januar 2020, VII ZR 33/19, IBR 2020, 229).

OLG Schleswig, Urteil vom 04.09.2020, Az.: 1 U 48/18; BauR 2021, 579 = NZBau 2021, 179 = NJW-RR 2021, 209

\*\*\*\*\*

### 17. Der Teufel liegt im Detail

1. In einer Vertragsstrafenklausel muss nicht ausdrücklich klargestellt werden, dass die Vertragsstrafe auf den konkret berechneten Schadensersatz anzurechnen ist.
2. Der Begriff "Abrechnungssumme" in einer Vertragsstrafenklausel ist nicht intransparent; er ist dahin auszulegen, dass die Netto-Abrechnungssumme der Berechnung der Vertragsstrafe zu Grunde zu legen ist.

OLG Zweibrücken, Urteil vom 06.10.2020, Az.: 8 U 71/17; IBR 2021, 403

\*\*\*\*\*

### 18. AGB-Klauseln im Schlüsselfertigbau

1. Nachfolgende Klauseln halten einer AGB-Kontrolle nicht stand:
  - a. (...)
  - d. „Der AN wird nach erfolgter technischer Bemusterung die Ausführungsplanung erstellen und diese dem AG zur Freigabe zur Ausführung vorlegen. Erteilt der AG die Freigabe nicht und fordert stattdessen eine wesentliche Änderung der Planung, werden AG und AN vor Beginn der Bauausführung über eine Anpassung des Fertigstellungstermins gem. Ziffer 5.3 und des Pauschalpreises gem. Ziffer 7.1 verhandeln und eine entsprechende Nachtragsvereinbarung abschließen.“
  - e. (...)
  - f. „AG und AN streben einen Baubeginn innerhalb von sechs Monaten nach Unterzeichnung dieses Vertrages an. Voraussetzung für den Baubeginn sind die Erteilung der bestandskräftigen Baugenehmigung, die Vorlage der Finanzierungsbestätigung gemäß Ziffer 3.1, die Fertigstellung der technischen Bemusterung gem. Ziffer 3.3, die Freigabe der vom AN erstellten Ausführungsplanung durch den AG gem. Ziffer 3.4 und - sofern und soweit erforderlich - die Vorlage der geprüften statischen Berechnung. Spätestens sechs Wochen, nachdem die vorstehend genannten Voraussetzungen vorliegen, wird der AN mit den Bauleistungen beginnen.“
  - g. „Der Fertigstellungstermin verlängert sich automatisch um den Zeitraum der Angebots- und der Einigungsfrist gem. Ziffer 4.1 dieses Vertrages sowie um den Ausführungszeitraum für Leistungsänderungen. Der Fertigstellungstermin

verlängert sich darüber hinaus automatisch um den Zeitraum, in dem der AG gem. Ziffer 3.6 dieses Vertrages Eigenleistungen erbringt und der AN insofern keine Leistungen erbringen kann.“

h. (...)

2. Unwirksam ist ebenso (s. unterstrichen):

a. „Vor Unterzeichnung dieses Vertrages hat keine eingehende Besichtigung oder Untersuchung des Grundstücks stattgefunden. Dies wird erst im Nachgang zur Unterzeichnung dieses Vertrages erfolgen. Der vereinbarte Fertigstellungstermin gem. Ziffer 5.3 und der vereinbarte Pauschalpreis gem. Ziffer 7.1 beruhen auf der Annahme, dass ein ebenes Grundstück vorliegt und keine unüblichen Grundstücksgegebenheiten bestehen. Wenn sich bei der eingehenden Besichtigung des Baugrundstücks herausstellen sollte, dass ein unebenes Grundstück oder unübliche Gegebenheiten vorliegen sollten, werden AN und AG in einer Nachtragsvereinbarung zu diesem Planungs- und Bauvertrag eine Vereinbarung treffen, in der die dann erforderlichen Planungs- und Bauleistungen beschrieben und der Fertigstellungstermin sowie der Pauschalpreis angepasst werden.“

b. „Der AG wird dem AN das Grundstück so zur Verfügung stellen, dass der AN die Bauleistungen ungehindert und wie vertraglich vereinbart herstellen kann. Der AG wird dem AN ferner die notwendigen Ver- und Entsorgungsleitungen, Bausstrom und Bauwasser bereitstellen, sofern und soweit er nicht den AN gesondert mit der entsprechenden Bereitstellung beauftragt. Er wird dem AN außerdem während der gesamten Vertragslaufzeit ungehinderten Zugang zum Baugrundstück gewähren und dafür Sorge tragen, dass es mit schweren Baufahrzeugen mit einem Gesamtgewicht von 40 Tonnen befahren werden kann.“

3. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 28.10.2020, Az.: 29 U 146/19; BauR 2021, 554 = NZBau 2021, 328 = ZfBR 2021, 251 = IBR 2021, 21, 76

\*\*\*\*\*

### *19. Unterscheidung bei Bauzeitverlängerungsansprüchen zwischen vertragsgemäßen Anordnungen und vertragswidrigen Eingriffen des AG*

Macht der Auftragnehmer Ansprüche wegen Verlängerung der Bauzeit geltend, die sowohl auf vertragsgemäßen Anordnungen als auch vertragswidrigen Eingriffen des Auftraggebers beruhen, ist es im Hinblick auf die unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen erforderlich, dass die vertragsgemäßen und vertragswidrigen Bauzeitverlängerungen hinsichtlich ihres jeweiligen Umfangs deutlich getrennt voneinander dargelegt werden. Nur dann sind die Voraussetzungen für die verschiedenen Ansprüche schlüssig dargelegt und die behaupteten Tatsachen gegebenenfalls einer Beweisaufnahme zugänglich.

OLG Zweibrücken, Hinweisbeschl. vom 03.12.2020, Az.: 5 U 62/20; BauR 2021, 1471 = IBR 2021, 341

\*\*\*\*\*

### *20. Erfüllungsanspruch verjährt vor Mängelbeseitigungsanspruch!*

1. (...)

2. Hinsichtlich eines Vertragsstrafenversprechens besteht eine Akzessorietät im Verhältnis zu der solchermaßen bewehrten Hauptverbindlichkeit allenfalls in eingeschränkter Form, nämlich zeitlich bis zu einer Verwirkung der Vertragsstrafe; damit teilt die Vertragsstrafe in Verjährungsfragen nicht das Schicksal des Hauptanspruchs und ein Gleichlauf der betreffenden Fristen scheidet aus.

OLG Rostock, Urteil vom 02.02.2021, Az.: 4 U 70/19; NZBau 2021, 540 = IBR 2021, 234

\*\*\*\*\*

### *21. Auslegung eines Globalpauschalvertrages zur Entsorgung von Asbest*

1. (...)
2. Werden bei Abrissarbeiten Schadstoffe gefunden und ist der Abrissunternehmer nach dem Vertrag nicht verpflichtet, diese zu beseitigen, so ist der Auftraggeber i.S.d. § 642 Abs. 1 BGB verpflichtet, an der Beseitigung der Schadstoffe mitzuwirken, indem er den Abrissunternehmer oder einen anderen Unternehmer mit der Beseitigung beauftragt.

OLG Schleswig, Urteil vom 12.03.2021, Az.: 1 U 81/20; NZBau 2021, 530 = NJW 2021, 2369 = IBR 2021, 505

\*\*\*\*\*

## **XIV. Gewährleistung**

### **1. Mangel einer Bauleistung**

#### *1. Zumutbare Mängelbeseitigung wird verweigert: Auftraggeber kann mindern!*

1. Bei einer abredewidrigen Verwendung von Baumaterialien kommt es für die Frage der Wesentlichkeit eines Mangels darauf an, ob dennoch der vereinbarte Vertragszweck erreicht wurde.
2. Ein die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigender wesentlicher Mangel kann auch insoweit gegeben sein, als dieser einen erheblichen merkantilen Minderwert begründet.
3. Begründet ein Mangel bei der Veräußerung des Gebäudes einen erheblichen Abzug vom marktüblichen Kaufpreis, ist der Mangel wesentlich.
4. Als anerkannte Regeln der Technik sind sämtliche Vorschriften und Bestimmungen anzusehen, die sich in der Theorie als richtig erwiesen und in der Praxis bewährt haben.
5. Zu den anerkannten Regeln der Technik können auch Herstellerrichtlinien gehören, sofern der Auftraggeber erkennbar auf deren Einhaltung besonderen Wert legt.
6. Entspricht das Werk nicht den anerkannten Regeln der Technik, ist die Leistung als mangelhaft anzusehen, ohne dass es darauf ankommt, ob der Verstoß auch zu einer Gebrauchsbeeinträchtigung führt. Der Mangel besteht bereits in der Nichteinhaltung der anerkannten Regeln der Technik als solcher.

7. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.10.2018, Az.: 23 U 43/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.07.2020, Az.: VII ZR 210/18); BauR 2021, 1158 = IBR 2021, 125

\*\*\*\*\*

## 2. *Symptomrechtsprechung rechtfertigt keinen Vortrag ins Blaue hinein!*

Die Symptomrechtsprechung (BGH, IBR 1992, 224) entbindet den Kläger nicht davon, konkret und substantiiert hinsichtlich der behaupteten Mängel vorzutragen. Insbesondere kann mit der Symptomrechtsprechung nicht ein Vortrag ins Blaue hinein gerechtfertigt werden.

OLG München, Beschluss vom 28.03.2019, Az.: 27 U 213/19 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 25.03.2020, Az.: VII ZR 94/19); IBR 2021, 164

\*\*\*\*\*

## 3. *Verstoß gegen anerkannte Regeln der Technik wird durch Zustimmung im Einzelfall nicht geheilt!*

1. (...)
2. Durch die Bezahlung einer Abschlagsrechnung nach Prüfung und Freigabe durch den bauleitenden Architekten wird eine Materialabweichung nicht nachträglich genehmigt.
3. Ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik wird durch eine nachträglich erteilte Zustimmung im Einzelfall nicht geheilt.

OLG Stuttgart, Urteil vom 09.07.2019, Az.: 10 U 14/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.04.2020, Az.: VII ZR 164/19); IBR 2021, 348

\*\*\*\*\*

## 4. *Verstoß gegen EnEV = Verstoß gegen anerkannte Regeln der Technik!*

1. Ein Verstoß gegen die Vorgaben der Energieeinsparverordnung (EnEV) stellt gleichzeitig einen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik dar.
2. Die Nachbesserung kann nicht wegen hoher Kosten verweigert werden, wenn die Funktionsfähigkeit des Werks spürbar beeinträchtigt ist.

OLG Stuttgart, Urteil vom 30.04.2020, Az.: 13 U 261/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 16.12.2020, Az.: VII ZR 77/20); IBR 2021, 347

\*\*\*\*\*

## 5. *Voraussetzung einer anerkannten Regel der Technik*

1. Eine technische Regel ist allgemein anerkannt, wenn sie der Richtigkeitsüberzeugung der technischen Fachleute im Sinne einer allgemeinen wissenschaftlichen Anerkennung entspricht und darüber hinaus in der Praxis erprobt und bewährt ist; auf beiden Stufen muss die technische Regel der überwiegenden Ansicht (Mehrheit) der technischen Fachleute entsprechen.

2. Diese Feststellung bedingt eine Auswertung des jeweiligen Meinungsstandes, während die Bewertung einer bestimmten Art der Bauausführung allein durch den beauftragten Gerichtssachverständigen unter Bezugnahme auf lediglich zwei Werke der Fachliteratur nicht ausreicht.

OLG Rostock, Beschluss vom 23.09.2020, Az.: 4 U 86/19; BauR 2021, 1479 = IBR 2021, 235

\*\*\*\*\*

## 6. Wann ist Mangelbeseitigung nur gegen Mehrvergütung zu leisten

1. (...)
2. Ist ein Werkunternehmer aufgrund eines von ihm erstellten Leistungsverzeichnisses nach Einheitspreisen mit punktuellen Reparaturen oder Sanierungsmaßnahmen in einer Bestandsimmobilie beauftragt, dann sind die Kosten nicht erwähnter weiterer Baumaßnahmen, auch wenn sie für die Funktionstauglichkeit der Leistung erforderlich sind, hiervon in der Regel nicht umfasst.
3. (...)

KG, Urteil vom 13.04.2021, Az.: 21 U 45/19; NJW 2021, 2662 = NZBau 2021, 606 = ZfBR 2021, 652 = IBR 2021, 340

\*\*\*\*\*

## 7. Erwerber will alle Pläne und Unterlagen: Nur Gebrauchsanleitung muss übergeben werden!

1. Der Anspruch der Erwerber auf Herausgabe von Unterlagen zum Bauvorhaben setzt ohne ausdrückliche vertragliche Regelung voraus, dass die Unterlagen für die Nutzung des Objekts tatsächlich benötigt werden. Es muss ein besonderes, konkret begründetes Interesse bestehen.
2. Einweisungen in die Haustechnik samt Bedienungsanleitungen sind als betriebs- und wartungsrelevante Unterlagen als vertragliche Nebenpflicht zu übergeben.

LG Baden-Baden, Urteil vom 21.06.2021, Az.: 3 O 344/20; IBR 2021, 465

\*\*\*\*\*

## 2. Leistungsverweigerungsrecht/Aufrechnung

### 1. Keine Einschränkung oder gar Ausschluss des Rechts auf Mängeleinbehalt in AGB

Eine Klausel in einem vom Auftragnehmer vorformulierten Abnahmeprotokoll, wonach dem Auftraggeber wegen Mängel kein Zurückbehaltungsrecht zusteht, benachteiligt den Auftraggeber unangemessen und ist daher unwirksam. Dies gilt auch, wenn die Klausel dem Auftraggeber lediglich ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des Mangelwerts gewährt. Damit entfernt sich die Klausel von der gesetzlichen Wertung des § 320 Abs. 2 BGB i.V.m. § 641 Abs. 3 BGB, die dem Bauherrn einen Druckzuschlag gewähren. Danach kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen und nach der Fälligkeit die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern. Angemessen ist in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.

OLG Brandenburg, Urteil vom 27.08.2020, Az.: 12 U 28/20; BauR 2021, 1951 = NZBau 2021, 111 = NJW-RR 2021, 1472 = IBR 2020, 585

\*\*\*\*\*

### 3. Nacherfüllung

#### 1. *Baustellenverbot führt nicht zum Verlust der Mängelansprüche!*

1. Ein Baustellenverbot des Auftraggebers begründet keinen Verlust des Nacherfüllungsanspruchs, insbesondere wenn der Auftraggeber später nochmals zur Mängelbeseitigung auffordert und den Zutritt gewährt.
2. Bietet der Auftragnehmer ungeeignete Maßnahmen zur Mängelbeseitigung an, muss der Auftraggeber diese nicht dulden. Er darf das Angebot ablehnen und nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist seine Mängelrechte geltend machen.

OLG Schleswig, Beschluss vom 29.07.2020, Az.: 12 U 23/20; IBR 2021, 625

\*\*\*\*\*

### 4. Fristsetzung

#### 1. *Auftraggeber kann (auch) Frist für Nachbesserungsbeginn setzen!*

1. Stehen umfangreiche, zeitlich schwer abzuschätzende Mängelbeseitigungsmaßnahmen in Rede, genügt es für eine Mängelbeseitigungsaufforderung mit Fristsetzung, eine Frist für den Nachbesserungsbeginn zu setzen.
2. Einem Mängelbeseitigungsverlangen kommt nur dann eine "Verlängerungswirkung" zu, wenn es dem Auftragnehmer vor dem Ablauf der Gewährleistungsfrist zugeht.

OLG Zweibrücken, Urteil vom 07.05.2019, Az.: 8 U 57/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 10.03.2021, Az.: VII ZR 121/19); IBR 2021, 408

\*\*\*\*\*

#### 2. *Schallschutzwerte im Fahrstuhlschacht*

1. (...)
4. Liegt die Ursache für die fehlende Funktionalität in der vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Bausubstanz, ist eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung wirkungslos, wenn der Auftraggeber nicht seinerseits diejenigen Mitwirkungshandlungen vorgenommen oder jedenfalls angeboten hat, die eine funktionierende Ausführung des Werks ermöglichen

OLG Oldenburg, Urteil vom 19.08.2019, Az.: 13 U 69/19; rkr. durch BGH, Beschl. v. 4.11.2020 – VII ZR 63/19, BauR 2021, 986

\*\*\*\*\*

#### 3. *Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt: Untaugliches Sanierungskonzept ist kein Hinderungsgrund!*

Legt der Auftraggeber dem Auftragnehmer im Zusammenhang mit einer Mängelrüge ein Sanierungskonzept vor, so kann sich der Auftragnehmer auf die unwirksame

Fristsetzung wegen einer nicht umsetzbaren Sanierungsplanung jedenfalls dann nicht berufen, wenn er, ohne Bedenken anzumelden, die gesetzte Frist untätig hat verstreichen lassen.

OLG Köln, Beschluss vom 23.06.2020, Az.: 7 U 242/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.09.2021, Az.: VII ZR 117/20); IBR 2021, 624

\*\*\*\*\*

#### 4. Wann ist Mangelbeseitigung nur gegen Mehrvergütung zu leisten

1. Ist die Leistung eines Werkunternehmers zwar mangelhaft, kann der Unternehmer den Mangel aber nur beseitigen, wenn der Besteller zuvor eine Mitwirkungshandlung vornimmt, ist die Nacherfüllungsfrist unwirksam, wenn der Besteller nicht zugleich auch die erforderliche Mitwirkungshandlung anbietet (BGH, Urteil vom 8. November 2007, VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, Rn. 36). Wenn der Auftragnehmer somit nicht verpflichtet ist, die Mangelbeseitigung ohne Mehrvergütung auszuführen, kann der Beklagte ihr keine wirksame Frist setzen, wenn er zugleich die Zahlung der Mehrvergütung ablehnt (BGH, Urteil vom 13. März 2008, VII ZR 194/06, BGHZ 176, 23, Rn. 45)

2. (...)

KG, Urteil vom 13.04.2021, Az.: 21 U 45/19; NJW 2021, 2662 = NZBau 2021, 606 = ZfBR 2021, 652

\*\*\*\*\*

#### 5. Koordinierungsfehler, Mängelhaftung und Mitverschuldensabzug im Schnittpunkt zweier Gewerke

1. (...)

6. Grundsätzlich erlöschen infolge einer erfolglos abgelaufenen Frist zur Nacherfüllung entstandene Rechte des Bestellers nicht durch eine weitere Fristsetzung des Bestellers gegenüber dem Unternehmer. Der Besteller ist lediglich nach Treu und Glauben daran gehindert, diese Rechte auszuüben, wenn der Unternehmer auf eine weitere Fristsetzung zur Nacherfüllung durch den Besteller seine ernstliche Bereitschaft zeigte, die Mängel zu beseitigen.

7. Bei der Frist des § 637 Abs. 1 BGB handelt es sich nicht um eine Beginnfrist, sondern um eine Vornahmefrist. Mithin ist eine angemessene Frist erfolglos abgelaufen, wenn der Mangel bis zum Ablauf der angemessenen Frist nicht vollständig beseitigt worden ist. Angemessen ist die Frist, wenn während ihrer Dauer die Mängel unter größten Anstrengungen des Auftragnehmers beseitigt werden können.

8. Eine Fristsetzung ist nicht wegen unterlassener, erforderlicher Mitwirkung des Bestellers unwirksam, wenn der Unternehmer diese nicht verlangt hat und ihre Erforderlichkeit auch nicht ersichtlich war.

9. (...)

OLG Oldenburg, Urteil vom 14.05.2021, Az.: 2 U 122/20; NZBau 2021, 594 = NJW 2022, 73 = IBR 2021, 461

\*\*\*\*\*

## 5. Minderung

### 1. *Bau einer Sonderkonstruktion erforderlich: Mängelbeseitigung unmöglich!*

1. Das Dach eines Wintergartens, das nicht dicht an die vorhandene Unterkonstruktion anschließt, so dass es von außen zu Wassereintritten kommt, entspricht nicht der vereinbarten Beschaffenheit und ist mangelhaft.
2. Kann ein dichter Anschluss mittels der Montage vereinbarter System-Bauteile nicht erreicht werden, sondern bedarf es hierfür einer von einem Zimmermann oder Dachdecker herzustellenden Dachkonstruktion, ist die Mängelbeseitigung unmöglich und kann vom Auftragnehmer verweigert werden.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.05.2021, Az.: 23 U 81/20; IBR 2021, 574

\*\*\*\*\*

### 2. *Zumutbare Mängelbeseitigung wird verweigert: Auftraggeber kann mindern!*

1. (...)
8. Gem. § 638 Abs. 3 BGB ist die Vergütung des Bauunternehmers im Falle einer Minderung in dem Maße herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Werks in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Unzulässig ist es danach, die Minderung nach den fiktiven Kosten der Mängelbeseitigung zu bemessen. Das schließt aber nicht aus, für den Minderwert auf die Nachteile abzustellen, die sich konkret aus dem Mangel ergeben.
9. Maßstab für die Berechnung des technischen Minderwerts ist die Beeinträchtigung der Nutzbarkeit und damit des Ertrags- und Veräußerungswerts des Gebäudes.
10. Erklärt ein Auftraggeber im Rahmen eines Werklohnprozesses wegen von ihm behaupteter Mängel der Werkleistung die Minderung in Höhe des restlichen Vergütungsanspruchs, wird das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 235/15), wobei diese Rechtsprechung auf § 13 VOB/B übertragbar ist.
11. Ein Auftraggeber kann die Minderung erklären, wenn sich ein Auftragnehmer auf die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung beruft.
12. Eine Gewerbeimmobilie weist einen technischen Minderwert auf, wenn eine eingebaute Mauerwerksperrfolie nicht die vertraglich vereinbarte Dicke aufweist und nicht nach den anerkannten Regeln der Technik eingebaut worden ist.
13. Die Minderung des Vergütungsanspruchs nach §§ 634 Nr. 3, 638 BGB schließt einen Schadenersatzanspruch des Bestellers statt der Leistung nach §§ 634 Nr. 4, 281 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1 BGB nicht aus, wenn mit diesem Schadenersatz statt der Leistung als kleiner Schadenersatz begehrt wird (vgl. BGH, a.a.O.). Dies gilt auch für den Schadenersatzanspruch gemäß § 13 Abs. 7 VOB/B

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.10.2018, Az.: 23 U 43/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.07.2020, Az.: VII ZR 210/18); BauR 2021, 1158 = IBR 2021, 125

\*\*\*\*\*



## 6. Ersatzvornahme/Kostenerstattung/Vorschuss

### 1. Verbrauchereigenschaft eines Tischlers bei Kauf zu Privatzwecken

1. (...)
2. Zu den Voraussetzungen eines im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs in Betracht kommenden Anspruchs des Verbrauchers auf einen Kostenvorschuss für noch nicht angefallene Kosten des Ausbaus einer mangelhaften Kaufsache und des Einbaus einer als Ersatz gelieferten Sache (Bestätigung von Senatsurteil vom 21. Dezember 2011 - VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 Rn. 27, 35, 53 f.).
3. Ein Anspruch des Käufers auf Vorschuss für die Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache besteht nicht (Bestätigung von Senatsurteil vom 21. Dezember 2011 - VIII ZR 70/08, aaO Rn. 49 f.).
4. Der Verkäufer kann unter der Voraussetzung, dass er den Ausbau einer mangelhaften Kaufsache und den Einbau einer als Ersatz gelieferten Sache im Fall von Unverhältnismäßigkeit der Kosten verweigern darf, den Käufer darauf verweisen, dass dieser den Aus- und Einbau gegen eine angemessene Kostenerstattung durch den Verkäufer selbst vornimmt. Nur diesbezüglich kann der Käufer einen (abrechenbaren) Vorschussanspruch geltend machen

BGH, Urteil vom 07.04.2021, Az.: VIII ZR 191/19; BauR 2021, 1461 = NJW 2021, 2277 = ZfBR 2021, 644 = IBR 2021, 413

\*\*\*\*\*

### 2. Zumutbare Mängelbeseitigung wird verweigert: Auftraggeber kann mindern!

1. (...)
7. Verweigert der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismäßigen Aufwands, obwohl ein solcher nicht gegeben ist, kann der Auftraggeber nach seiner Wahl entweder den Auftragnehmer an seiner Erklärung festhalten und die Minderung erklären oder seinen Nachbesserungsanspruch - gegebenenfalls im Wege der Ersatzvornahme - weiterverfolgen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.10.2018, Az.: 23 U 43/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.07.2020, Az.: VII ZR 210/18); BauR 2021, 1158 = IBR 2021, 125

\*\*\*\*\*

### 3. Bloßes Bestreiten im Prozess lässt Rückschlüsse auf eine endgültige Nacherfüllungsverweigerung nicht zu

1. Voraussetzung für die Geltendmachung des Vorschussanspruchs gem. § 637 Abs. 1 BGB ist, dass der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen muss, bevor er den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der hierfür erforderlichen Aufwendungen verlangen kann. Die Aufforderung zur Mängelbeseitigung muss mit einer Fristbestimmung verbunden sein.
2. Für die Annahme einer die Fristsetzung entbehrlich machenden endgültigen Erfüllungsverweigerung des Unternehmers muss dessen Verhalten die Annahme rechtfertigen, dass es ausgeschlossen erscheint, er werde sich von einer Fristsetzung zur Mängelbeseitigung bewegen lassen.

3. Im bloßen Bestreiten von Mängeln liegt nicht ohne Weiteres eine endgültige Nacherfüllungsverweigerung, denn das Bestreiten ist ein prozessuales Recht des Schuldners.

OLG Braunschweig, Urteil vom 19.09.2019, Az.: 8 U 74/18; (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.12.2020, Az.: VII ZR 235/19); BauR 2021, 1155 = IBR 2021, 294

\*\*\*\*\*

#### 4. *Der Vorschuss ist ein flüchtig Ding oder: Abgerechnet wird zum Schluss!*

1. Der Kostenvorschuss gem. § 637 Abs. 3 BGB hat nur vorläufigen Charakter, denn über ihn muss in angemessener Frist abgerechnet werden.
2. Eine Vorschussklage beinhaltet zugleich die Feststellung einer eventuellen Nachschusspflicht und unterbricht damit auch insoweit die Verjährung.
3. Die Rechtskraft eines Vorschussurteils bezieht sich immer nur auf den Mangel und auf den Sachverhalt, über den das Gericht entscheidet.
4. Ein auf die Nachzahlung gerichteter Schadensersatzanspruch setzt die tatsächliche Durchführung der Ersatzvornahme voraus.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 18.08.2020, Az.: 6 U 60/18; IBR 2021, 111

\*\*\*\*\*

#### 5. *Wann ist Mangelbeseitigung nur gegen Mehrvergütung zu leisten*

1. Ist die Leistung eines Werkunternehmers zwar mangelhaft, kann der Unternehmer den Mangel aber nur beseitigen, wenn der Besteller zuvor eine Mitwirkungshandlung vornimmt, ist die Nacherfüllungsfrist unwirksam, wenn der Besteller nicht zugleich auch die erforderliche Mitwirkungshandlung anbietet (BGH, Urteil vom 8. November 2007, VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, Rn. 36). Wenn der Auftragnehmer somit nicht verpflichtet ist, die Mangelbeseitigung ohne Mehrvergütung auszuführen, kann der Beklagte ihr keine wirksame Frist setzen, wenn er zugleich die Zahlung der Mehrvergütung ablehnt (BGH, Urteil vom 13. März 2008, VII ZR 194/06, BGHZ 176, 23, Rn. 45)
2. Ist ein Werkunternehmer aufgrund eines von ihm erstellten Leistungsverzeichnisses nach Einheitspreisen mit punktuellen Reparaturen oder Sanierungsmaßnahmen in einer Bestandsimmobilie beauftragt, dann sind die Kosten nicht erwähnter weiterer Baumaßnahmen, auch wenn sie für die Funktionstauglichkeit der Leistung erforderlich sind, hiervon in der Regel nicht umfasst.
3. Ist ein Werkunternehmer nur gegen Zahlung einer Mehrvergütung zur Mängelbeseitigung verpflichtet, hat der Besteller nur dann einen durchsetzbaren Vorschussanspruch gegen ihn, wenn er eine eventuelle Auswahl über die Nachbesserungsmaßnahme trifft, die Mehrvergütung des Unternehmers nicht in Abrede stellt und auf Anforderung des Unternehmers ihm für seine Mehrvergütung nach § 648a BGB a.F. (§ 650f BGB n.F.) Sicherheit leistet.
4. Ist für einen Werkunternehmer erkennbar, dass mit den Leistungen, die er für die vereinbarte Vergütung zu erbringen hat, kein funktionstauglicher Erfolg zu erzielen ist, und weist er den Besteller nicht darauf hin, kann dies einen Schadensersatzanspruch begründen, den der Besteller im Wege der dolo-agit-Einrede gegen den

Vergütungsanspruch des Unternehmers geltend machen kann. Dies setzt allerdings weiter voraus, dass der Besteller im Falle des Hinweises den Unternehmer nicht oder jedenfalls nicht in diesem Umfang beauftragt hätte.

5. Eine „doppelte Zug-um-Zug-Verurteilung“ nach dem Muster „Vergütung gegen Mängelbeseitigung gegen Mehrvergütung hierfür“ kommt nur in Betracht, wenn die Höhe der Mehrvergütung feststeht.
6. Für eine „doppelte Zug-um-Zug-Verurteilung“ besteht kein Bedürfnis, wenn neben einer einfachen Zug-um-Zug-Verurteilung festgestellt werden kann, dass sich der Besteller in Verzug mit der Annahme der Mängelbeseitigung befindet.

KG, Urteil vom 13.04.2021, Az.: 21 U 45/19; NJW 2021, 2662 = NZBau 2021, 606 = ZfBR 2021, 652 = IBR 2021, 340 = IBR 2021, 445

\*\*\*\*\*

## 6. *Koordinierungsfehler, Mängelhaftung und Mitverschuldensabzug im Schnittpunkt zweier Gewerke*

1. (...)

11. Der Vorschussanspruch des Bestellers ist gemäß § 242 BGB in dem Umfang reduziert, in dem er Werklohn zurückhält.

OLG Oldenburg, Urteil vom 14.05.2021, Az.: 2 U 122/20; NJW 2022, 73 = NZBau 2021, 594

\*\*\*\*\*

## 7. *Der Vorschuss ist ein flüchtig Ding oder: Abgerechnet wird zum Schluss!*

1. (...)

3. Ein Vorschussanspruch besteht nach Treu und Glauben insoweit nicht, als der Auftraggeber noch Werklohn einbehalten hat, den er zur Finanzierung der Mängelbeseitigung verwenden kann.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.07.2021, Az.: 12 U 230/20; NJW-RR 2021, 1600

\*\*\*\*\*

## 7. **Schadensersatz**

### 1. *Keine Einigung der Senat zum fiktiven Schadensersatz*

Die Anfrage des V. Zivilsenats nach § 132 Abs. 3 GVG vom 13. März 2020 - V ZR 33/19 - wird wie folgt beantwortet:

1. Der VII. Zivilsenat hält an der in dem Urteil vom 22. Februar 2018 (VII ZR 46/17 Rn. 31 ff., BGHZ 218, 1) vertretenen Rechtsauffassung fest, wonach der Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 Abs. 1 BGB nicht anhand der voraussichtlich erforderlichen, aber (noch) nicht aufgewendeten ("fiktiven") Mängelbeseitigungskosten bemessen werden darf.
2. Der VII. Zivilsenat hält daran fest, dass sich der Schadensersatzanspruch des Bestellers gegen den Architekten gemäß § 634 Nr. 4, § 280 BGB bei Planungs- und

Überwachungsfehlern, die sich im Bauwerk realisiert haben, auf Vorfinanzierung "in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags" richten kann (Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17 Rn. 67, BGHZ 218, 1).

BGH, Beschluss vom 08.10.2020, Az.: VII ARZ 1/20; BauR 2021, 225 = NJW 2021, 53 = NZBau 2021, 29 = ZfBR 2021, 45 = IBR 2020, 636 = IBR 2020, 644

\*\*\*\*\*

## 2. Erforderliche Einhaltung der Frist zur Leistung vor Rücktritt vom Kaufvertrag

1. Rechtswirkungen eines Schadensersatzverlangens nach § 281 Abs. 4 und 5 BGB treten nur ein, wenn die Voraussetzungen des § 281 Abs. 1 bis 3 BGB vorliegen.
2. An dem auch für ein Schadensersatzverlangen nach § 281 Abs. 4 und 5 BGB erforderlichen fruchtlosen Ablauf einer angemessenen Frist zur Leistung fehlt es, wenn der Gläubiger während des Laufs der von ihm gesetzten Frist seinerseits vom Vertrag zurücktritt und damit zeigt, dass er an seiner Leistungsaufforderung nicht mehr festhält und auch zur eigenen Mitwirkung nicht mehr bereit ist

BGH, Urteil vom 14.10.2020, Az.: VIII ZR 318/19; NJW 2021, 464 = IBR 2020, 666

\*\*\*\*\*

## 3. Bemessung des kaufvertraglichen Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung anhand der „fiktiver“ Mängelbeseitigungskosten

Der kaufvertragliche Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gemäß § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB kann anhand der voraussichtlich erforderlichen, aber (noch) nicht aufgewendeten („fiktiven“) Mängelbeseitigungskosten bemessen werden (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 und Beschluss vom 8. Oktober 2020 - VII ARZ 1/20, NJW 2021, 53).(Rn.7) Allerdings muss die Umsatzsteuer nur ersetzt werden, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist.

BGH, Urteil vom 12.03.2021, Az.: V ZR 33/19; BGHZ 229, 115 = BauR 2021, 1134 = NZBau 2021, 320 = NJW 2021, 153 = ZfBR 2021, 542 = IBR 2021, 266

\*\*\*\*\*

## 4. Keine Haftung des Bodenlegers für ungeeigneten Untergrund

1. (...)
4. Soweit Mangelfolgeschäden betroffen sind, die sich in der Sache manifestiert haben, kann der Besteller eines Werkes seinen Vermögensschaden auch anhand einer Vermögensbilanz zwischen dem hypothetischen Wert der durch das Werk geschaffenen bzw. bearbeiteten Sache ohne den Mangel und dem tatsächlichen Wert der Sache infolge des Mangels einschließlich der Mangelfolgeschäden berechnen.
5. Im Rahmen der Berechnung der Vermögensbilanz ist bei Arbeiten an Gebäuden auf den Wert des Grundbesitzes abzustellen. Allein auf den Gebäudewert abzustellen, ist weder rechtlich noch aus Billigkeitsgründen geboten. Die durch den Werkunternehmer bearbeitete und im Eigentum des Bestellers stehende Sache ist gemäß § 94 BGB das Grundstück

OLG Oldenburg, Urteil vom 20.11.2018, Az.: 2 U 37/18; BauR 2021, 1600

\*\*\*\*\*

### 5. *Hinweispflicht gegenüber dem Nachfolgeunternehmer*

1. Zwar ist es in der Regel nicht die Aufgabe des Vorunternehmers, auf eine ausreichende Koordinierung der Arbeiten hinzuwirken. Anderes gilt hingegen, wenn der Vorunternehmer mit eventuellen Risiken rechnen muss, bspw. weil dem nachfolgenden Unternehmer nicht hinreichend bekannt ist, welche Materialien von dem Vorunternehmer verwandt worden sind oder seine Leistung als Grundlage für die auf ihr aufbauenden Nachfolgeleistungen nicht geeignet ist.
2. In diesem Fall kann schon hierin ein Mangel in Form der Funktionsuntauglichkeit seines Werkes liegen. Der Auftragnehmer ist dann nach Treu und Glauben ausnahmsweise verpflichtet, den nachfolgenden Handwerker oder den Architekten darauf hinzuweisen, wie bei den nachfolgenden Arbeiten verfahren werden muss.
3. Eine Hinweispflicht ist dabei immer dann anzunehmen, wenn erkennbar die Gefahr besteht, dass der zweite Unternehmer auch bei Anwendung der anerkannten Regeln der Technik nicht zu erkennen vermag, ob die Vorleistung des anderen Unternehmers für ihn eine geeignete Arbeitsgrundlage ist und in welcher Weise er seine eigene Leistung fachgerecht der Vorleistung anzupassen hat, um Mängel zu vermeiden.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.11.2019, Az.: I-23 U 208/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 17.06.2020, Az.: VII ZR 272/19); BauR 2021, 574 = IBR 2021, 63

\*\*\*\*\*

## 8. **Beschränkung von Gewährleistungsrechten; Haftungsausschluss des AN**

### 1. *Anwendung von Kaufrecht auf den Erwerb von teilsaniertem Altbau*

1. (...)
3. In einem Individualvertrag können die Parteien wirksam den Ausschluss der verschuldensunabhängigen Sachmängelgewährleistung für Mängel der von der Modernisierung unberührt gebliebenen Altbausubstanz vereinbaren. Eine notarielle Belehrung über Umfang und Bedeutung des Gewährleistungsausschlusses ist auch dann nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses, wenn dieser in einer formelhaften Klausel enthalten ist (BGH, Urt. v. 06.10.2005 – VII ZR 117/04, BauR 2006, 99).

OLG Jena, Urteil vom 30.04.2020, Az.: 8 U 674/19; BauR 2021, 720 = IBR 2021, 77

\*\*\*\*\*

## 9. **Prüf- und Hinweispflichten**

### 1. *Bedenkenhinweis gegenüber angestellten Bauleiter*

1. Wenn ein Mangel aus der Sphäre des Bauherrn stammt, weil es auf den Vorleistungen eines anderen Unternehmers beruht, bleibt der Unternehmer verantwortlich. Er kann sich in diesem Fall von der Verantwortung befreien, wenn er den Bauherrn auf

die bestehenden Bedenken hinweist. Hat der Bauherr einen bauleitenden Architekten eingesetzt, kann der Hinweis auch diesem erteilt werden.

2. Das gilt jedoch nicht ausnahmslos. Der Unternehmer muss den Bauherrn selbst informieren, wenn er Bedenken gegen Anordnungen oder Planungen des Architekten hat. Dasselbe gilt, wenn der Architekt sich der Bedenkenanmeldung durch den Unternehmer verschließt, also keine Anweisungen gibt, die zu einer mangelfreien Ausführung führen. Dasselbe gilt auch bei einem nur angestellten Bauleiter.

OLG Oldenburg, Urteil vom 24.05.2019, Az.: 1 U 71/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 27.05.2020, Az.: VII ZR 126/19); IBR 2020, 576

\*\*\*\*\*

## 2. Prüfungs- und Hinweispflicht ist nicht grenzenlos!

1. Die Verletzung der Prüfungs- und Hinweispflicht kann nicht selbst haftungsbegründend sein.
2. Baut die Leistung des Auftragnehmers nicht in dem Sinne auf der Leistung eines Vorunternehmers auf, dass sie diese ergänzt, sondern ist sie von dieser unabhängig, kann ein Mangel der Vorunternehmerleistung nicht zu einem Mangel in der Leistung des Auftragnehmers führen. Dementsprechend bestehen auch keine Prüfungs- und Hinweispflichten.

OLG Schleswig, Urteil vom 28.06.2019, Az.: 1 U 41/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 10.03.2021, Az.: VII ZR 163/19); IBR 2021, 411

\*\*\*\*\*

## 3. Mündlicher Bedenkenhinweis an den Bauleiter des Auftraggebers reicht!

1. Der Auftragnehmer haftet nicht für eine Abweichung der Ausführung von den anerkannten Regeln der Technik, wenn er rechtzeitig Bedenken angemeldet hat.
2. Eine Bedenkenanzeige gegenüber dem Bauleiter des Auftraggebers ist ausreichend. Etwas anderes gilt nur, wenn sich der Bauleiter den Bedenken verschließt.
3. Ein mündlicher Bedenkenhinweis genügt auch im VOB-Vertrag, wenn er eindeutig, d. h. inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend ist. Entscheidend ist, dass eine ausreichende Warnung erfolgt.
4. Bedenkenhinweis im Baustellenprotokoll ist Urkundsbeweis.

OLG Jena, Urteil vom 09.01.2020, Az.: 8 U 176/19; IBR 2021, 64

\*\*\*\*\*

## 4. Gesamtschuldnerausgleich zwischen Bauunternehmer und Architekt

1. (...)
3. Den Auftragnehmer trifft hinsichtlich der verbindlichen Vorgaben und Vorleistungen des Auftraggebers eine Prüfung und Bedenkenhinweispflicht. Die Erfüllung dieser Pflicht schafft einen Befreiungstatbestand, für den der Unternehmer die Darlegungs- und Beweislast trägt. Der Unternehmer wird von der Verpflichtung zu einer eigenen Prüfung der verbindlichen Vorgaben des Auftraggebers und der sich daraus

ergebenden Mitteilung etwaiger Bedenken jedoch frei, wenn er auf die größere Fachkenntnis des ihn Anweisenden vertrauen darf. Der Umstand, dass eine Fachplanung vorliegt oder eine sachkundige Bauleitung eingesetzt ist, genügt hierfür indes nicht.

4. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 08.07.2020, Az.: 12 U 74/19; BauR 2021, 1971 = NZBau 2021, 120

\*\*\*\*\*

#### 5. Keine Haftung des Bodenlegers für ungeeigneten Untergrund

1. Ein Fußbodenbelag in einem Ladenlokal, der einige Monate nach der Verlegung auswölbt und beim Begehen Knackgeräusche von sich gibt, ist mangelhaft.
2. Das gilt auch dann, wenn die Mangelerscheinung darauf beruht, dass der Bodenbelag auf einem im wesentlichen vorgespachtelten Walzasphaltestrich aufgebracht wurde, der für eine vollflächige Verspachtelung ungeeignet ist, und der in Anspruch genommene Unternehmer nur noch ergänzende Spachtelarbeiten sowie die Fußbodenverlegung durchführte.
3. Der Fußbodenverleger kann von der Mängelhaftung entlastet sein, wenn er seiner Prüfpflicht nachgekommen ist und bei deren Erfüllung die Fehlerhaftigkeit der Vorleistung nicht erkennen konnte.
4. Das ist der Fall, wenn der Fußbodenverleger für ein Ladenlokal beauftragt ist, eine Kratzprobe auf der vorhandenen Spachtelmasse vornimmt und diese ergibt, dass die Spachtelmasse fest und trocken ist. Einer weitergehenden Überprüfung, ob es sich bei dem teilweise sichtbaren Estrich um einen für die Verspachtelung geeigneten Gussasphalt-Estrich oder einen ungeeigneten Walzasphalt-Estrich handelt, bedarf es nicht, wenn aufgrund sachverständiger Feststellung feststeht, dass Walzasphalt-Estrich lediglich in Fabrik- bzw. Tennishallen sowie im Straßenbau zur Verwendung kommt, während in Ladenlokalen regelmäßig Gussasphalt-Estrich verbaut wird, und beide optisch nicht zu unterscheiden sind. In diesem Fall muss der Fußbodenverleger in einem Ladenlokal nicht damit rechnen, dass dort ein Walzasphalt-Estrich verbaut ist. Einer Bohrkernentnahme sowie der technischen Untersuchung gezogener Bohrkern, mit der allein der Unterschied erkennbar gewesen wäre, bedarf es zur Erfüllung der Prüfpflicht nicht.
5. Der Werkunternehmer wird von der Mängelhaftung frei, wenn er bei gebotener Prüfung die Fehlerhaftigkeit bzw. Ungeeignetheit einer Leistungsbeschreibung, einer verbindlichen Anordnung des Auftraggebers, vorgeschriebener Stoffe oder Bauteile oder einer Vorleistung nicht erkennen konnte. Der Unternehmer trägt dabei die Beweislast für die Behauptung, er habe bei der gebotenen Prüfung der Anordnungen des Bestellers oder der Vorleistung des Unternehmers einen Mangel nicht entdeckt und auch nicht entdecken können.
6. Jeder Werkunternehmer, der seine Arbeit auf der Grundlage von fremden Vorgaben, Planungen oder Vorleistungen auszuführen hat, muss prüfen und ggf. auch geeignete Grundlage für sein Werk bieten und keine Eigenschaft besitzen, die den Erfolg seiner Arbeit infrage stellen können. Der Rahmen dieser Verpflichtung und ihre Grenzen ergeben sich aus dem Grundsatz der Zumutbarkeit, wie sie sich nach den besonderen Umständen des Einzelfalls darstellt. Kommt der Unternehmer seinen hiernach bestehenden Verpflichtungen nicht nach und wird dadurch das Gesamtwerk beeinträchtigt, so ist er gewährleistungspflichtig.

OLG Oldenburg, Urteil vom 01.09.2020, Az.: 2 U 43/20; NZBau 2021, 247 = NJW-RR 2021, 22 = ZfBR 2020, 848 = IBR 2020, 579

\*\*\*\*\*

## 6. *Hinweispflicht des Unternehmers auch bezüglich von Nachfolgegewerken*

1. Ein Bedenkenhinweis per E-Mail erfüllt die Voraussetzungen der Schriftform.
2. Eine Bedenkenanmeldung gegenüber dem bauleitenden Architekten ist dann ausreichend, wenn er sich den Bedenken nicht verschließt oder sie nicht von ihm selbst zu verantwortende Fehler betrifft.
3. Es ist anerkannt, dass der Unternehmer, wenn er nach Ausführung oder sogar nach Abnahme seiner Werkleistung erkennt, dass deren Funktionstauglichkeit durch die Aktivitäten anderer Unternehmer gefährdet ist, im Rahmen des ihm Zumutbaren eine Vereitelung oder Gefährdung des Vertragszwecks verhindern muss.
4. Der Unternehmer ist nicht verpflichtet, innerhalb seiner Bedenkenanmeldung Lösungsvorschläge zu unterbreiten.
5. (...)

OLG Koblenz, Urteil vom 08.10.2020, Az.: 6 U 1945/19; BauR 2021, 693 = ZfBR 2021, 265 = IBR 2021, 9 = IBR 2021, 10

\*\*\*\*\*

## 10. **Mitverschulden des AG**

### 1. *Gesamtschuldnerausgleich zwischen Bauunternehmer und Architekt*

1. (...)
3. (...)
4. Der Unternehmer haftet im Verhältnis zum bauaufsichtsführenden Architekten in der Regel allein oder überwiegend, wenn ein Baumangel auf einen Ausführungsfehler zurückzuführen ist, den der Architekt im Rahmen der Objektüberwachung lediglich nicht erkannt hat. Eine Mithaftung des Architekten kommt ausnahmsweise in Betracht, wenn der bauausführende Unternehmer gegen den bauaufsichtsführenden Architekten einen vertraglichen Anspruch auf Aufsicht oder Kontrolle hat oder wenn eine Überwachung in besonderem Maße geboten gewesen wäre, zusätzlich besondere Umstände im Verhältnis der Gesamtschuldner zueinander die wertende Zuordnung des Schadens nach Grund oder Höhe zum Architekten ausnahmsweise begründen und der Überwachungsfehler insoweit kausal geworden ist.
5. Planungsfehler fallen hingegen grundsätzlich in den Verantwortungsbereich des planenden Architekten. Führt allerdings ein Unternehmer einen fehlerhaften Plan oder eine mangelhafte Ausschreibung eines Architekten aus, obwohl er erkennt, dass der Planungs- oder Ausschreibungsfehler, der dem Architekten unterlaufen ist, mit Sicherheit zu einem Mangel des Bauwerks führen muss, ohne den Bauherrn selbst vorher darauf hingewiesen zu haben, kann den Bauunternehmer im Innenverhältnis die alleinige oder zumindest die überwiegende Schadensersatzverpflichtung treffen. Erkennt der Unternehmer zwar die fehlerhafte Planung im Rahmen der Bauausführung nicht, hätte er sie aber pflichtgemäß erkennen können, trifft ihn zumindest ein Haftungsanteil.



OLG Hamm, Urteil vom 08.07.2020, Az.: 12 U 74/19; BauR 2021, 1971 = NZBau 2021, 120

\*\*\*\*\*

## 2. Anforderungen an die Prüfungs- und Hinweispflicht

1. Hängen die an die Prüfungs- und Anzeigepflicht des Unternehmers zu stellenden Anforderungen unter anderem von seiner Sachkunde, können nicht allein die bei ihm tatsächlich vorhandenen Kenntnisse und Fähigkeiten maßgeblich sein; notfalls muss sich der Unternehmer die erforderliche Sachkunde verschaffen.
2. Es ist nicht gerechtfertigt, dem Besteller einer Werkleistung schon dann eine Mitverantwortung an der Entstehung von Mängeln zuzurechnen, wenn der Unternehmer seiner Pflicht zur Anzeige von Bedenken nur inhaltlich nicht ausreichend nachgekommen ist.

OLG Rostock, Urteil vom 15.09.2020, Az.: 4 U 16/20; BauR 2021, 276 = NJW-RR 2020, 1404 = NZBau 2020, 773 = IBR 2020, 638

\*\*\*\*\*

## 3. Mitverschuldensabzug für spätere Mangelbeseitigung

1. (...)
3. Der Besteller ist im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht nicht gehalten, die vorhandenen Mängel zu beseitigen, um eine Schadensvertiefung zu verhindern, wenn er hierdurch seine Beweisposition in einem späteren Rechtsstreit erheblich schwächen würde. Er ist zudem auch nicht zur Aufnahme eines Kredits verpflichtet, um die Beseitigung der Mängel vornehmen zu können.

OLG München, Urteil vom 20.01.2021, Az.: 20 U 2534/20; BauR 2021, 1001 = NZBau 2021, 395 = NJW-RR 2021, 530

\*\*\*\*\*

## 4. Mitverschulden bei unterlassener Planung

1. (...)
4. Zwar kann den Besteller ein Mitverschulden treffen, wenn er Mängel erst nach längerer Zeit zu dann gestiegenen Kosten beseitigen lässt. Allein der Umstand, dass die Baukosten bis zur Mängelbeseitigung gestiegen sind, begründet ein Mitverschulden jedoch nicht, besonders dann nicht, wenn ein Abwarten mit der Mängelbeseitigung gerechtfertigt war.
5. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.04.2021, Az.: 23 U 106/20; BauR 2021, 1329

\*\*\*\*\*

5. *Koordinierungsfehler, Mängelhaftung und Mitverschuldensabzug im Schnittpunkt zweier Gewerke*

1. Zur Reichweite des Funktionalitätsversprechens des Auftragnehmers, wenn mehrere Unternehmer mit gesonderten werkvertraglichen Beziehungen zum Besteller an der Herstellung eines Bauwerks beteiligt sind und ihre Leistungen aufeinander aufbauen. Übernimmt ein Hallenbauer vertraglich die Planung und Ausführung einer Metallbauhalle, aber nicht die Planung und Ausführung der für diese Halle vorgesehenen Glasfassade, kann die Auslegung ergeben, dass er dem Besteller die ordnungsgemäße Montage einer zu der Glasfassade passenden Tropfkante nach vorheriger Abstimmung mit dem die Glasfassade herstellenden Unternehmer schuldet (eingeschränkte Funktionalität des Gesamtgewerks).
2. Den Besteller trifft eine Obliegenheit, die Herstellung der Glasfassade und insbesondere die Schnittstelle beider Gewerke an der Tropfkante mit dem Hallenbauer abzustimmen. Beauftragt der Besteller einen Glasbauer mit der Herstellung der Glasfassade, ergibt die Auslegung regelmäßig, dass der Glasbauer im Verhältnis zum Besteller die Einhaltung dieser Obliegenheit werkvertraglich übernommen hat.
3. Nimmt der Glasbauer diese Abstimmung nicht vor, sondern baut eine nicht zu seinem Gewerk passende Tropfkante des Metallbauers aus und setzt seine Glasfassade ohne taugliche Abdichtung ein, ist sein Werk im Verhältnis zum Besteller mangelhaft.
4. Wenn die dem Glasbauer übertragene Mitwirkungsobliegenheit bezweckte, einen wasserdichten Anschluss seines sich mit dem Hallenbauer überschneidenden Gewerks zu ermöglichen und darauf ausgerichtet war, einen eingetretenen Wasserschaden zu vermeiden, ist dem Besteller dessen Versäumnis als Verschulden gegen sich selbst über die §§ 278, 254 Abs. 1 und 2 Satz 1, 1. Alt. und Satz 2 BGB zuzurechnen. Dieses kann der Metallbauer dem gegen ihn gerichteten Gewährleistungsanspruch des Bestellers anspruchsmindernd entgegenhalten.
5. (...)
9. Bei der arbeitsteiligen Erstellung eines Bauteils durch verschiedene Bauunternehmer ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, inwieweit der jeweilige Unternehmer für die Funktion des Gesamtwerks verantwortlich ist. Die Auslegung kann ergeben, dass der vom Unternehmer eine mit dem Nachfolgeunternehmer abgestimmte, für dessen Teilleistung geeignete Vorleistung schuldet.
10. Die auch vom Nachfolgeunternehmer versäumte Abstimmung beider Teilleistungen kann einen Mitverschuldensabzug zulasten des Bauherrn begründen.
11. (...)

OLG Oldenburg, Urteil vom 14.05.2021, Az.: 2 U 122/20; NJW 2022, 73 = NZBau 2021, 594 = IBR 2021, 461

\*\*\*\*\*

## 11. Gewährleistungsfristen/Verjährung

### 1. *Reichweite der Verjährungshemmung*

1. Nach § 213 BGB erstreckt sich die Hemmung der Verjährung eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen des Mangels eines Werks gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB auch auf einen Vorschussanspruch gemäß § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3

BGB (Anschluss an BGH, Urteil vom 8. Dezember 2009 - XI ZR 181/08, BauR 2010, 765 = NZBau 2010, 426).

2. Diese Hemmung ist auch dann nicht auf die Höhe des Schadensersatzanspruchs beschränkt, wenn dessen Verjährungshemmung durch die Geltendmachung einer Aufrechnung des Anspruchs im Prozess herbeigeführt wurde (Anschluss an BGH, Urteil vom 29. April 2015 - VIII ZR 180/14, BGHZ 205, 151).

BGH, Urteil vom 19.11.2020, Az.: VII ZR 193/19; BauR 2021, 535 = ZfBR 2021, 150 = IBR 2021, 70

\*\*\*\*\*

## 2. *Mitverschulden bei unterlassener Planung*

1. (...)
5. Dem Grunde nach wird durch ein Vorschussurteil rechtskräftig festgestellt, dass der Unternehmer verpflichtet ist, die gesamten, den Vorschuss gegebenenfalls übersteigenden, Beseitigungskosten für den betreffenden Mangel zu tragen. Die Verjährungsfrist auch für höhere Mängelbeseitigungskosten als im Vorschussurteil festgestellt beträgt deshalb gem. § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB 30 Jahre.
6. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.04.2021, Az.: 23 U 106/20; BauR 2021, 1329

\*\*\*\*\*

## XV. Verjährung (allgemein)

### 1. *Leistungsverweigerungsrecht des Bauträgers bei Verjährung der Erfüllungsansprüche der Erwerber*

1. Der Bauträger ist zur Leistungsverweigerung berechtigt, wenn die Erfüllungsansprüche der Miteigentümer aus den Bauträgerverträgen verjährt sind.
2. Ist eine Abnahme des Werks des Bauträgers nicht erfolgt, verjährt der Primärleistungsanspruch der Erwerber gem. § 199 Abs. 4 BGB in 10 Jahren.

OLG Köln, Urteil vom 21.08.2020, Az.: 19 U 5/20; BauR 2021, 1486 = ZfBR 2021, 263 = IBR 2021, 131

\*\*\*\*\*

### 2. *Erfüllungsanspruch verjährt vor Mängelbeseitigungsanspruch!*

1. (...).
2. Hinsichtlich eines Vertragsstrafenversprechens besteht eine Akzessorietät im Verhältnis zu der solchermaßen bewehrten Hauptverbindlichkeit allenfalls in eingeschränkter Form, nämlich zeitlich bis zu einer Verwirkung der Vertragsstrafe; damit teilt die Vertragsstrafe in Verjährungsfragen nicht das Schicksal des Hauptanspruchs und ein Gleichlauf der betreffenden Fristen scheidet aus.

OLG Rostock, Urteil vom 02.02.2021, Az.: 4 U 70/19; NZBau 2021, 540 = IBR 2021, 234

\*\*\*\*\*

## XVI. Allgemeine Schadensersatzansprüche

### 1. *Kein Schadensersatz bei Beschädigung von Baumaterialien durch Mitarbeiter eines anderen Unternehmens*

Werden die Materialien eines Bauunternehmers auf einer Baustelle durch Mitarbeiter eines anderen Unternehmers, zu dem er nicht in einer Vertragsbeziehung steht, beschädigt, so steht dem Geschädigten grundsätzlich kein Schadensersatzanspruch aus eigenem Recht gegen den anderen Unternehmer zu. Diese scheiden sowohl aus § 823 Abs. 1 als auch nach § 831 BGB. In Betracht käme allenfalls ein vertraglicher Schadensersatzanspruch nach einer Abtretung im Wege der Drittschadensliquidation.

KG, Beschluss vom 08.01.2021, Az.: 21 U 1064/20, BauR 2021, 988

\*\*\*\*\*

## XVII. Gesamtschuldner(ausgleich)

### 1. *Gesamtschuldnerausgleich zwischen Bauunternehmer und Architekt*

1. Die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis aller Umstände, die einen Ausgleichsanspruch nach § 426 I BGB begründen, setzt voraus, dass der Ausgleichsberechtigte Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis von den Umständen hat, die einen Anspruch des Gläubigers gegen den Ausgleichsverpflichteten begründen, von denjenigen, die einen Anspruch des Gläubigers gegen ihn selbst begründen, von denjenigen, die das Gesamtschuldverhältnis begründen, und schließlich von den Umständen, die im Innenverhältnis eine Ausgleichspflicht begründen (vgl. BGHZ 181, 310 = NZBau 2010, 43 = NJW 2010, 60 Rn. 21).
2. Die Rüge von Mangelsymptomen allein begründet nicht die grob fahrlässige Unkenntnis eines Baubeteiligten von den eine Haftung begründenden Tatsachen. Dazu ist auch die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der Mangelursache erforderlich. Erst wenn bei einem Baubeteiligten die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den Mangelursachen vorliegt, kann dieser erkennen, ob er selbst für den Mangel haftet und/oder ein anderer Baubeteiligter.
3. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 08.07.2020, Az.: 12 U 74/19; BauR 2021, 1971 = NZBau 2021, 120 = IBR 2020, 536

\*\*\*\*\*

### 2. *Koordinierungsfehler, Mängelhaftung und Mitverschuldensabzug im Schnittpunkt zweier Gewerke*

1. (...)
9. Bei der arbeitsteiligen Erstellung eines Bauteils durch verschiedene Bauunternehmer ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, inwieweit der jeweilige Unternehmer für die Funktion des Gesamtwerks verantwortlich ist. Die Auslegung kann ergeben, dass der vom Unternehmer eine mit dem Nachfolgeunternehmer abgestimmte, für dessen Teilleistung geeignete Vorleistung schuldet.
10. (...)

OLG Oldenburg, Urteil vom 14.05.2021, Az.: 2 U 122/20; NJW 2022, 73 = NZBau 2021, 594

\*\*\*\*\*

## XVIII. Deliktische Ansprüche

### 1. *Deliktische Haftung des Installateurs für Wasserschäden an anderen Bauteilen*

1. Deliktische Verkehrspflichten haben nicht - wie etwa die Gewährleistungspflichten - zum Inhalt, auf den Erwerb einer mangelfreien Sache gerichtete Vertragserwartungen, insbesondere Nutzungs- und Werterwartungen, zu schützen (Nutzungs- und Äquivalenzinteresse). Sie sind vielmehr auf das Interesse gerichtet, das der Rechtsverkehr daran hat, durch die in Verkehr gegebene Sache nicht in Eigentum oder Besitz verletzt zu werden (Integritätsinteresse).
2. Deckt sich der geltend gemachte Schaden mit dem Unwert, welcher der Sache wegen ihrer Mangelhaftigkeit von Anfang an schon bei ihrem Erwerb anhaftete, dann ist er allein auf enttäuschte Vertragserwartungen zurückzuführen, und es ist insoweit für deliktische Schadensersatzansprüche kein Raum.
3. Wo dagegen der Schaden nicht mit der im Mangel verkörperten Entwertung der Sache für das Äquivalenz- und Nutzungsinteresse "stoffgleich" ist, kann sich im Schaden (auch) das verletzte Integritätsinteresse des Eigentümers oder Besitzers niederschlagen; dieser kann dann grundsätzlich auch von der deliktischen Haftung aufgefangen werden, selbst wenn mit dieser vertragliches Gewährleistungs- oder Ersatzrecht konkurriert.
4. "Stoffgleich" mit dem anfänglich bestehenden Mangelunwert ist der wirtschaftliche Niederschlag des schon beim Erwerb enttäuschten Interesses. Deshalb liegt "Stoffgleichheit" vor, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise der Fehler von Anfang an die Gesamtsache, für deren Beeinträchtigung Schadensersatz begehrt wird, ergreift, etwa weil die Sache als Ganzes wegen des Mangels von vornherein nicht oder nur in sehr eingeschränktem Maße zum vorgesehenen Zweck verwendbar war. Hierher gehören auch die Fälle, bei denen eine Beseitigung des (wenn auch nur einem Teil der Sache anhaftenden) Fehlers technisch nicht möglich ist oder ein Mangel nicht in wirtschaftlich vertretbarer Weise behoben werden kann.
5. Ist hingegen der Mangel zunächst nur auf einen Teil der Sache beschränkt und behubar und führt er erst später zu einer Zerstörung der Sache oder zur Beschädigung anderer Teile derselben, dann hat der von dem Fehler zunächst nicht erfasste Teil der Sache einen eigenen Wert; der Mangelunwert deckt sich dann nicht mit dem Schaden.

BGH, Urteil vom 23.02.2021, Az.: VI ZR 21/20; BauR 2021, 962 = NJW 2021, 1883 = NZBau 2021, 452 = ZfBR 2021, 406 = IBR 2021, 233

\*\*\*\*\*

## XIX. Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 650e BGB/§ 648 BGB a.F.)

### 1. *Sicherungshypothek erfordert keine Wertsteigerung*

1. Dem Architekten steht gemäß §§ 650q, 650e Abs. 1 Satz 1 BGB unabhängig vom Baubeginn und damit unabhängig von einer eingetretenen Wertsteigerung des Grundstücks dem Grunde nach ein Anspruch auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek zur Sicherung seines Honoraranspruchs zu (entgegen OLG

Celle, Urteil vom 6. Februar 2020 - 14 U 160/19, NJW 2020, 1075, zitiert nach juris, dort Rdz. 38).

2. Im Falle der vorzeitigen Beendigung des Architektenvertrages (hier durch berechnigte Kündigung seitens des AN) ist der Sicherungsanspruch jedoch der Höhe nach gemäß §§ 650q, 650e Abs. 1 Satz 2 BGB auf den Honoraranspruch für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen begrenzt; ein Anspruch auf Sicherung des „großen Kündigungsschadens“ insgesamt, mithin auch des Honoraranspruchs wegen der nicht erbrachten Leistungen besteht nicht (vgl. Kammergericht, Urteil vom 24. Juli 2018 - 7 U 134/17, NJW 2019, 314, zitiert nach juris, dort Rdz. 14; entgegen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. November 2006 - 22 U 83/06, BauR 2007, 1784, zitiert nach juris, dort Rdz. 51).

3. (...)

KG, Beschluss vom 05.01.2021, Az.: 27 W 1054/20; BauR 2021, 1636 = NZBau 2021, 620 [Ls.] = ZfBR 2021, 426

\*\*\*\*\*

## XX. Bauhandwerkersicherheitsleistung (§ 650f BGB/648a BGB a.F.)

### 1. *Teilurteil bei Klagehäufung von Vergütungs- und Sicherungsklage*

1. Ein Teilurteil über eine Widerklage, mit der ein Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäß § 648a BGB a.F. geltend gemacht wird, ist nicht deshalb unzulässig, weil die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen in Bezug auf den Gegenstand der Klage besteht.
2. Zur Erreichung des Gesetzeszwecks ist wegen der Eilbedürftigkeit des Sicherungsanspruchs ein Ausnahmefall von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anzunehmen, der es rechtfertigt, einen etwaigen Widerspruch zwischen Teilurteil und Endurteil hinzunehmen.

BGH, Urteil vom 20.05.2021, Az.: VII ZR 14/20; BauR 2021, 1514 = NJW 2021, 2438 = NZBau 2021, 675 = ZfBR 2021, 737 = IBR 2021, 443

\*\*\*\*\*

### 2. *Beginn der Verjährungsfrist für Anspruch auf Bauhandwerkersicherung*

Die Verjährungsfrist des Anspruchs auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung nach § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB i.d.F. vom 23. Oktober 2008 [jetzt § 650f Abs. 1 Satz 1 BGB] beginnt nicht vor dem Verlangen des Unternehmers nach Sicherheit.

BGH, Urteil vom 25.03.2021, Az.: VII ZR 94/20; BauR 2021, 1139 = NZBau 2021, 376 = NJW 2021, 2112 = ZfBR 2021, 546 = IBR 2021, 296

\*\*\*\*\*

### 3. *Bauhandwerkersicherung von WEG gefordert: Welche Frist ist angemessen?*

Welche Frist zur Leistung einer Bauhandwerkersicherung gem. § 648a BGB a.F. angemessen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (hier: gegenüber einer Wohnungseigentümergeinschaft u. a. unter Berücksichtigung von Osterfeiertagen acht Wochen).

OLG München, Beschluss vom 22.05.2017, Az.: 28 U 4449/16 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.01.2020, Az.: VII ZR 137/17); IBR 2021, 73

\*\*\*\*\*

#### 4. *AGB-Klauseln im Schlüsselfertigbau*

1. Nachfolgende Klauseln halten einer AGB-Kontrolle nicht stand:

a. (...)

j. „AG und AN verzichten wechselseitig auf die Stellung von Sicherheiten für die rechtzeitige Stellung des Werks und für die Zahlung der vereinbarten Vergütung.“

k. (...)

2. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 28.10.2020, Az.: 29 U 146/19; BauR 2021, 554 = NZBau 2021, 328 = ZfBR 2021, 251

\*\*\*\*\*

#### 5. *Sicherungshypothek "an rangbereiter Stelle" ist keine ausreichende Bauhandwerkersicherung!*

1. Eine für die Beibringung einer Bauhandwerkersicherung gesetzte Frist von zwei Wochen ist nicht zu kurz bemessen.

2. Die Bestellung einer Sicherungshypothek "an rangbereiter Stelle" ist kein ausreichendes Sicherungsmittel, wenn vorrangige Belastungen eine Absicherung ausschließen.

3. Es stellt keine unzulässige Rechtsausübung und auch keinen Verstoß gegen das bauvertragliche Kooperationsgebot dar, wenn dem Sicherungsverlangen des Auftragnehmers auch andere Motive als die bloße Erlangung einer Sicherheit zu Grunde liegen (Anschluss an BGH, IBR 2018, 74).

OLG Dresden, Urteil vom 11.11.2020, Az.: 1 U 722/20; IBR 2021, 516

\*\*\*\*\*

#### 6. *Sicherungshypothek erfordert keine Wertsteigerung*

1. (...)

3. Eine Frist zur Anforderung einer Bauhandwerkersicherheit von 12 Tagen ist bei einer erfahrenen Projektgesellschaft in jedem Fall ausreichend.

KG, Beschluss vom 05.01.2021, Az.: 27 W 1054/20; BauR 2021, 1636 = NZBau 2021, 620 [Ls.] = ZfBR 2021, 426

\*\*\*\*\*

7. *Verjährung, Widerklage*

1. Die Verjährung des Anspruchs des Unternehmers auf Stellung einer Bauhandwerkersicherheit nach § 648a BGB a.F. (jetzt § 650f BGB) beginnt nicht bereits mit Abschluss des Bauvertrages, sondern mit dem erstmaligen Verlangen nach Sicherheit.
2. Wegen § 650f Abs. 1 Satz 4 BGB scheidet aber im Sicherungsverfahren die auf streitige Gegenansprüche gestützte Widerklage aus
3. (...)

OLG Köln, Urt. vom 17.06.2020, Az.: 11 U 186/19; BauR 2020, 1952 = IBR 2020, 402

\*\*\*\*\*

8. *Streitwert bei Klage auf Werklohn und Sicherungsklage*

1. Bei gleichzeitiger Geltendmachung eines Anspruchs auf Zahlung von Werklohn und auf Leistung einer Sicherheit nach § 650f BGB bemisst sich der Streitwert nach der Höhe der Werklohnforderung zuzüglich eines Betrags von 1/3 des Wert der zu sichernden Forderung.
2. Gleiches gilt, wenn neben dem Anspruch auf Zahlung von Werklohn ein Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 650e BGB geltend gemacht wird.
3. Der Streitwert des Anspruchs auf Leistung einer Sicherheit nach § 650f BGB ist mit dem vollen Wert der zu sichernden Forderung anzusetzen.
4. (...).

OLG Hamburg, Beschluss vom 01.03.2021, Az.: 4 U 90/19, BauR 2021, 1347 = NZBau 2021, 387

\*\*\*\*\*

9. *Einstweilige Verfügung gegen Vorauszahlungsbürgschaft auf erstes Anfordern*

1. Beabsichtigt ein Gläubiger, eine ihm als Sicherheit übergebene Bürgschaft auf erstes Anfordern in Anspruch zu nehmen, so kann ihm der Hauptschuldner dies im Wege der einstweiligen Verfügung mit der Maßgabe untersagen lassen, dass der Gläubiger zuvor eine zugunsten des Hauptschuldners bestehende und liquide feststellbare Einrede auszuräumen hat.
2. Wenn und soweit die Rückerstattung einer Vorauszahlung auf den Werklohn dazu führt, dass der Werklohnanspruch des Unternehmers offen und unbesichert ist, kann ein Bauunternehmer seinen Sicherungsanspruch aus § 650f I BGB gegenüber dem Rückerstattungsgläubiger im Wege der Einrede geltend machen.
3. Die Höhe des Sicherungsanspruchs aus § 650f I BGB ist in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes in freier Überzeugung ohne Beweisaufnahme, also „liquide“ feststellbar.

KG, Urteil vom 30.03.2021, Az.: 21 W 4/21; BauR 2021, 1343 = NZBau 2021, 457 = NJW-RR 2021, 949 = IBR 2021, 353

\*\*\*\*\*



10. *Teilurteil, Widerklage, Verbraucherbaupertrag*

1. Ein Teilurteil darf nicht erlassen werden, wenn es die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen schafft. Eine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen ist gegeben, wenn in einem Teilurteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht oder Rechtsmittelgericht im weiteren Verfahren über andere Ansprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann. Dies gilt auch dann, wenn mit dem Hauptantrag eine Bauhandwerkersicherung im Sinne des § 650f BGB und mit dem Hilfsantrag Zahlung restlichen Werklohns begehrt wird, wenn wegen der Ausnahmeregelung des § 650f Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 BGB im Rahmen des Hilfsantrages über die Verbraucherbaupertrageigenschaft des geschlossenen Werkvertrages zu entscheiden ist und im Rahmen des Hilfsantrages im Hinblick auf die Frage des vertraglich vereinbarten Vertragszolls die Auslegungsregel des § 650k Abs. 2 BGB Anwendung finden kann.
2. Wegen § 650f Abs. 1 Satz 4 BGB scheidet aber im Sicherungsverfahren die auf streitige Gegenansprüche gestützte Widerklage aus.
3. (...)

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

\*\*\*\*\*

11. *Bauhandwerkersicherung für isoliert beauftragte Gerüstarbeiten*

1. Ein Gerüstbau- und -überlassungsvertrag, aufgrund dessen ein Gerüst nicht nur vermietet, sondern ein individuell bemessenes und zusammengestelltes Gerüst montiert, am Gebäude fest verankert und wieder demontiert wird sowie der Gerüstbauer in eigener Verantwortung über die Art der Gerüstgruppe und die Konstruktion im Einzelnen entscheidet, ist nach Werkvertragsrecht zu beurteilen.
2. Eine Bauhandwerkersicherung nach § 648a Abs. 1 BGB a.F. kann auch für isoliert beauftragte Gerüstbauarbeiten jedenfalls dann verlangt werden, wenn diese Arbeiten direkt baubegleitend die unmittelbar bauwerkerrichtende Tätigkeit unterstützen.
3. Die Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB a.F. kann auch nach der Kündigung noch verlangt werden, wobei es für einen Anspruch des Unternehmers gegen den Besteller auf Leistung einer Sicherheit ausreicht, dass dem Unternehmer noch ein Vergütungsanspruch zusteht. Bei der Berechnung der dem Sicherungsverlangen zu Grunde liegenden Vergütung bleiben Ansprüche unberücksichtigt, mit denen der Besteller gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechnen kann, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt.

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

\*\*\*\*\*

12. *Kann ein nicht rechtskräftiger Titel auf Leistung einer § 648a BGB-Sicherheit vollstreckt werden?*

1. Die Verpflichtung, eine Bauhandwerkersicherung zu stellen, ist eine vertretbare Handlung.

2. Leistet der Auftraggeber trotz Titulierung seiner Verpflichtung keine Sicherheit, geht sein Wahlrecht hinsichtlich der Art der Sicherheitsleistung auf den Auftragnehmer über. Die fehlende Rechtskraft des Titels steht dem nicht entgegen, wenn die sonstigen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung vorliegen.

LG Köln, Beschluss vom 07.08.2019, Az.: 37 O 294/18; IBR 2021, 157

\*\*\*\*\*

## **B. Bauvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der VOB**

### **I. VOB/AGB-Inhaltskontrolle**

#### **1. Erhalt der VOB/B bestätigt: Kein Schadensersatz wegen Verzugs ohne vorherige Fristsetzung!**

1. Ein bloßer Hinweis auf die VOB/B in einem Bauvertrag mit einem Verbraucher reicht nicht aus, damit die VOB/B Bestandteil des Vertrags wird. Erforderlich ist vielmehr, dass der die VOB/B stellende Auftragnehmer dem Verbraucher den Text der VOB/B aushändigt oder ihm übersendet oder ihm auf sonstige Weise die Kenntnis vom Inhalt der Bestimmungen verschafft.
2. Befindet sich im Vertragstext unmittelbar über der Unterschrift der Vertragsparteien der Passus, "Die VOB Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B wurde mir/uns ausgehändigt", trägt der Verbraucher die Beweislast dafür, dass ihm der Text der VOB/B nicht übergeben worden ist.
3. Die Bestimmungen der § 8 Abs. 3 Nr. 2 und § 5 Abs. 4 VOB/B halten einer Inhaltskontrolle stand. Setzt der Auftraggeber dem Auftragnehmer vor einer Kündigung wegen Verzugs keine Frist zur Fertigstellung, steht ihm kein Anspruch auf Schadensersatz zu.

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

\*\*\*\*\*

#### **2. Kündigung wegen Mängeln vor Abnahme: § 4 Abs. 7 VOB/B ist nicht AGB-widrig!**

1. Wird die Leistung erst ab einer Auftragssumme von 10.000 Euro förmlich abgenommen, liegt darin ein Eingriff in die VOB/B, so dass sie nicht mehr "als Ganzes" vereinbart ist.
2. Die Klausel des § 4 Abs. 7 VOB/B, wonach der Auftraggeber den Bauvertrag kündigen kann, wenn die Leistung mangelhaft ist und der Auftragnehmer seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung nicht innerhalb einer angemessenen Frist nachkommt, hält einer isolierten AGB-Kontrolle stand und ist wirksam.

OLG Koblenz, Urteil vom 28.07.2020, Az.: 4 U 1282/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.03.2021, Az.: VII ZR 136/20); IBR 2021, 342

\*\*\*\*\*

3. *Keine Einbeziehung der VOB/B in Vertrag bei zufälliger, aber nicht erkennbarer Kenntnis des AG von VOB/B*

1. Gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB muss der Text der VOB/B übergeben werden, wenn sie in einen Vertrag einbezogen werden soll, es sei denn der Verwender kann mit Sicherheit erwarten, dass der Vertragspartner die Bestimmungen der VOB/B bereits kennt. Das kann bei einer Tätigkeit im Bereich Arbeitssicherheit, Technik, Bekleidung nicht angenommen werden.
2. Nicht gerechtfertigt ist es, vom Erfordernis der Kenntniserlangung schon dann abzusehen, wenn der Verwendungsgegner zwar Kenntnis von der VOB/B hat, dies aber nach Art und Umfang der Beauftragung nicht hervortritt. Denn andernfalls wäre die Anwendung der VOB/B im Einzelfall vom zufälligen Kenntnisstand des Verwendungsgegners abhängig.
3. (...)

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

\*\*\*\*\*

**II. Leistungsbeschreibung/Leistungssoll**

1. *Vorvertragliche Prüfungspflicht ist auf erkennbare Erschwernisse begrenzt!*

1. Eine detaillierte Leistungsbeschreibung erweckt Vertrauen in die Richtigkeit ihrer Angaben. Eine Aussage dahingehend, dass Positionen vor Angebotsübernahme zu überprüfen sind, hat nicht die Bedeutung, dass das Risiko einer Abweichung vollständig vom Auftragnehmer übernommen werden soll.
2. Die Formulierung in einem Bauvertrag, wonach der Auftragnehmer "als Fachunternehmen durch eigene Besichtigungen und Untersuchungen ausreichend Gelegenheit hatte, den erforderlichen Leistungsumfang zu ermitteln", betrifft nur Offenliegendes, wie etwa die Angaben zu Flächen oder sichtbaren Materialien.
3. Auch wenn es keinen Erfahrungssatz dahingehend gibt, dass ein Auftragnehmer nur kalkulierbare Verpflichtungen eingeht, sind Mehraufwendungen, die auf falschen Angaben des Auftraggebers beruhen, durch den vereinbarten Preis nicht abgegolten. Das gilt auch bei Vereinbarung eines Pauschalpreises.
4. Hat der Auftragnehmer über die in der Leistungsbeschreibung genannten Materialien hinaus nicht beschriebene Schadstoffe gesondert zu entsorgen, steht ihm hierfür ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung zu.

OLG Frankfurt, Urteil vom 29.03.2018, Az.: 22 U 104/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.07.2020, Az.: VII ZR 104/18); IBR 2021, 115

\*\*\*\*\*

2. *Auslegung und Risikoverteilung bei erkennbar fehlerhafter Ausschreibung*

1. Bei der Auslegung der Baubeschreibung und der Prüfung der Frage, ob eine mangelhafte Ausschreibung vorliegt, sind in erster Linie der Wortlaut, sodann die besonderen Umstände des Einzelfalles, die Verkehrssitte und die Grundsätze von Treu und Glauben heranzuziehen. Die Auslegung hat dabei gemäß §§ 133, 157 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont der potentiellen Bieter oder Auftragnehmer zu erfolgen.

2. Eine Pflicht des Bieters im Ausschreibungs- und Angebotsstadium, auf im Leistungsverzeichnis enthaltene Fehler hinzuweisen, besteht grundsätzlich nicht. Allerdings folgt aus dem Grundsatz des Gebots zu korrektem Verhalten bei Vertragsverhandlungen dann eine Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers, wenn die Verdingungsunterlagen offensichtlich falsch sind (OLG Celle, Urteil vom 31. Januar 2017 - 14 U 200/15 -, juris).
3. Trotz der Pflicht des Auftraggebers aus § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, darf der Auftragnehmer also ein erkennbar (oder erkanntes) lücken- oder fehlerhaftes Leistungsverzeichnis nicht einfach hinnehmen; er muss sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe seines Angebots klären und sich insbesondere ausreichende Erkenntnisse über die vorgesehene Bauweise (Art und Umfang) verschaffen.
4. Unterlässt der Auftragnehmer in einem solchen Fall den gebotenen Hinweis und legt seiner Kalkulation gewissermaßen „ins Blaue“ oder sogar "spekulativ" die für ihn günstigste Leistung zugrunde, um so ein entsprechend attraktives Angebot abzugeben, ist er nicht im Sinne eines enttäuschten Vertrauens schutzwürdig und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gehindert, Zusatzforderungen zu stellen (OLG Celle, Urteil vom 31. Januar 2017 - 14 U 200/15 -, juris).
5. Im Falle einer fehlerhaften Ausschreibung ist auch ein treuwidriges Verhalten des Auftraggebers in Betracht zu ziehen (hier verneint).
6. (...)

OLG Celle, Urteil vom 20.11.2019, Az.: 14 U 191/13; BauR 2021, 250 = ZfBR 2020, 562 = IBR 2020, 281

\*\*\*\*\*

### 3. *Kein Nachtrag für Trocknungs- und Aushärtungszeiten*

1. (...)
2. Ergibt sich aus dem Leistungsverzeichnis, dass Deckschichten aus Gussasphalt, Betonpflasterdecken sowie Betonpflasterstreifen zu erstellen sind, muss sich einem Fachunternehmer im Bereich des Straßenbaus aufdrängen, dass im Hinblick auf die Auswahl des Materials Trocknungs- und Aushärtungsarbeiten anfallen und es bei einer anspruchsvollen Baustelle dadurch möglicherweise zu Verzögerungen kommt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.12.2019, Az.: 5 U 236/18; IBR 2021, 59

\*\*\*\*\*

### 4. *AGB-Klauseln im Schlüsselfertigbau*

1. Nachfolgende Klauseln halten einer AGB-Kontrolle nicht stand:
  - a. (...)
  - b. „Die Reihenfolge der Vertragsbestandteile in Ziffer 2.1 bestimmt zugleich ihre rechtliche Rangfolge. Bei Widersprüchen innerhalb der Vertragsunterlagen werden AG und AN den Widerspruch gemeinsam aufklären. Erzielen AG und AN hierzu innerhalb von 12 Werktagen nach Bemerken des Widerspruchs keine Einigung, bestimmt

der AN die Leistung innerhalb des sich aus den weiteren Vertragsbestandteilen ergebenden Rahmens nach billigem Ermessen (§§ 315 ff. BGB).“

c. „AG und AN sind sich darüber einig, dass die als Anlage 1 beigefügte Baubeschreibung so ausführlich und hinreichend gefasst ist, dass das Bauvorhaben nach den Bestimmungen dieses Vertrages hergestellt werden kann und sie damit auch den Anforderungen gem. §§ 650j, 650k BGB entspricht.“

d. (...)

2. Unwirksam ist ebenso (s. unterstrichen):

a. „Vor Unterzeichnung dieses Vertrages hat keine eingehende Besichtigung oder Untersuchung des Grundstücks stattgefunden. Dies wird erst im Nachgang zur Unterzeichnung dieses Vertrages erfolgen. Der vereinbarte Fertigstellungstermin gem. Ziffer 5.3 und der vereinbarte Pauschalpreis gem. Ziffer 7.1 beruhen auf der Annahme, dass ein ebenes Grundstück vorliegt und keine unüblichen Grundstücksgegebenheiten bestehen. Wenn sich bei der eingehenden Besichtigung des Baugrundstücks herausstellen sollte, dass ein unebenes Grundstück oder unübliche Gegebenheiten vorliegen sollten, werden AN und AG in einer Nachtragsvereinbarung zu diesem Planungs- und Bauvertrag eine Vereinbarung treffen, in der die dann erforderlichen Planungs- und Bauleistungen beschrieben und der Fertigstellungstermin sowie der Pauschalpreis angepasst werden.“

b. „Der AG wird dem AN das Grundstück so zur Verfügung stellen, dass der AN die Bauleistungen ungehindert und wie vertraglich vereinbart herstellen kann. Der AG wird dem AN ferner die notwendigen Ver- und Entsorgungsleitungen, Baustrom und Bauwasser bereitstellen, sofern und soweit er nicht den AN gesondert mit der entsprechenden Bereitstellung beauftragt. Er wird dem AN außerdem während der gesamten Vertragslaufzeit ungehinderten Zugang zum Baugrundstück gewähren und dafür Sorge tragen, dass es mit schweren Baufahrzeugen mit einem Gesamtgewicht von 40 Tonnen befahren werden kann.“

3. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 28.10.2020, Az.: 29 U 146/19; BauR 2021, 554 = NZBau 2021, 328 = ZfBR 2021, 251

\*\*\*\*\*

### III. Preisanpassung bei EP-Vertrag

#### 1. Einheitspreisanpassung bei Mengenminderung und geringerer Verwertung

Faktoren, die nicht Bestandteil der Berechnung des ursprünglichen Einheitspreises sind, bleiben bei dessen Anpassung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (2012) unberücksichtigt

BGH, Urteil vom 10.06.2021, Az.: VII ZR 157/20; BauR 2022, 102 = NJW 2021, 3393 = NZBau 2021, 725 = ZfBR 2021, 867

\*\*\*\*\*

#### 2. Störung der Geschäftsgrundlage durch Mengenänderungen beim Pauschalpreisvertrag

1. Die Grundlagen der Preisermittlung, wozu beim Pauschalpreisvertrag auch die Mengen gehören, sind grundsätzlich keine Geschäftsgrundlage des Vertrages. Es ist

Sache des Unternehmers, wie er den Preis eines Bauvertrages kalkuliert. Er trägt das allgemeine Risiko einer unauskömmlichen Kalkulation.

2. Macht der Auftraggeber in einer Leistungsbeschreibung zum Pauschalvertrag detaillierte Angaben zu den Mengen oder die Mengen beeinflussende Faktoren, die erhebliche Bedeutung für die Kalkulation des Pauschalpreises haben, wird das häufig nach Treu und Glauben dahin zu verstehen sein, dass diese Angaben auch nach seinem Willen zur Geschäftsgrundlage des Vertrages erhoben werden sollen.
3. Weichen die Mehrmengen und der damit verbundene Aufwand von der Ausgangsmenge der in Auftrag gegebenen Leistungen erheblich ab, ist dem Auftragnehmer ein Festhalten an dem ursprünglich vereinbarten Pauschalpreis nicht mehr zuzumuten.

OLG Dresden, Urteil vom 01.10.2019, Az.: 6 U 1275/19; BauR 2021, 259

\*\*\*\*\*

### 3. *Preisanpassung bei Mehrmengen auch bei Bedarfspositionen?*

1. Auch ein Mietvertrag (hier: Gerüstbauvertrag) lässt eine Vereinbarung zu, nach der der Mieter eine Anpassung der Miete unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten verlangen kann, wenn der vertragliche Zeitansatz für die Überlassung um 10% überschritten wird.
2. Bedarfspositionen enthalten keine Begrenzung der Höchstmengen und sind deshalb einer Preisanpassung nicht zugänglich, es sei denn die Parteien sind bezüglich dieser Position, bei der sich der Auftraggeber ein Wahlrecht vorbehält, ob sie ausgeführt werden soll oder nicht, von einer bestimmten zu erwartenden Mehrmenge ausgegangen.
3. Verständigen sich die Parteien nicht über Teilelemente der Preisbildung, erfolgt die Preisanpassung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten (im Anschluss an BGH, Urteil vom 8. August 2019 - VII ZR 34/18 = BauR 2019, 1766).

OLG Jena, Urteil vom 10.01.2020, Az.: 4 U 812/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.07.2020, Az.: VII ZR 18/20); BauR 2021, 548 = IBR 2020, 628

\*\*\*\*\*

## IV. **Nachträge**

### 1. **Mehrkosten wegen Verzögerungen im Vergabeverfahren**

#### 1. *Grundlage einer Erstattungsfähigkeit von Nachtragsermittlungskosten*

1. (...)
2. Entsprechendes gilt für die Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Privatgutachtens, das der Auftragnehmer zur Ermittlung der Mehrvergütung in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B aufgrund einer verzögerten Vergabe eingeholt hat.
3. Wenn neben dem materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch ein sich mit ihm deckender, im Kostenfestsetzungsverfahren verfolgbar prozessualer Erstattungsanspruch besteht, ist stets zu prüfen, ob für die selbständige Geltendmachung des (materiell-rechtlichen) Anspruchs ein Rechtsschutzbedürfnis vorhanden ist.

4. Ein Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers nach Vergabe Verzögerungen in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B (2006) besteht nicht, wenn sich die behauptete Preissteigerung nicht durch eine Verschiebung der Ausführungsfristen, sondern lediglich durch eine Verschiebung des Zuschlags ergeben hat.

BGH, Urteil vom 22.10.2020, Az.: VII ZR 10/17; BauR 2021, 239 = NJW 2021, 468 = NZBau 2021, 24 = ZfBR 2021, 146 = IBR 2021, 3

\*\*\*\*\*

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

### 1. Grundlage einer Erstattungsfähigkeit von Nachtragsermittlungskosten

1. Die Kosten eines Privatgutachtens, die der Auftragnehmer zur Ermittlung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B aufwendet, sind vom Auftraggeber nicht nach dieser Bestimmung als Teil der Mehrkosten zu erstatten.

2. (...)

BGH, Urteil vom 22.10.2020, Az.: VII ZR 10/17; BauR 2021, 239 = NJW 2021, 468 = NZBau 2021, 24 = ZfBR 2021, 146 = IBR 2021, 3

\*\*\*\*\*

### 2. Ansprüche aus Bauablaufstörungen erfordern eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung

1. (...)

4. Mehrkosten infolge von Bauablaufstörungen können grundsätzlich auch im Rahmen von Ansprüchen nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B eine Rolle spielen. Macht der Unternehmer über die im Nachtrag vereinbarte Vergütung Forderungen wegen nachtragsbedingter Verzögerungen geltend, muss diese Forderung im Nachtrag erkennbar vorbehalten werden. Ansonsten sind bei vereinbarten Nachträgen etwaige Kosten einer verlängerten Bauzeit in der Regel als mit der Nachtragsvereinbarung abgegolten anzusehen.

OLG München, Teilurteil vom 26.09.2017, Az.: 28 U 2834/09; BauR 2021, 266

\*\*\*\*\*

### 3. Abschlagsrechnung bezahlt: (Bauzeiten-)Nachtrag nicht anerkannt!

1. Dem Auftraggeber eines VOB-Vertrags steht ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch zu, wenn durch erbrachte Abschlagszahlungen letztlich eine zu verzeichnende Überzahlung vorliegt.
2. In der Prüfung und Zahlung von Abschlagsrechnungen liegt kein "Anerkenntnis" des Auftraggebers [zu einem Bauzeitennachtrag], weil hierfür eine schriftliche Erklärung erforderlich ist. In schriftlichen Anmerkungen auf den Abschlagsrechnungen liegt keine derartige Erklärung, da solche Anmerkungen vorbehaltlich zu verstehen sind.

OLG Frankfurt, Urteil vom 04.03.2019, Az.: 29 U 7/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.03.2021, Az.: VII ZR 67/19); IBR 2021, 398

\*\*\*\*\*

*4. Im Erdreich enthaltenen Müll entsorgt: Geänderte oder zusätzliche Leistung?*

Hat der Auftragnehmer nach dem Leistungsverzeichnis als Material Boden und Fels abzutragen und zu verwerten, stellt das Separieren und Entsorgen des im Erdreich enthaltenen Mülls keine zusätzliche Leistung nach § 2 Abs. 6 VOB/B, sondern eine geänderte Leistung i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B dar. Der Auftragnehmer muss seinen Mehrvergütungsanspruch deshalb nicht vor der Ausführung ankündigen.

OLG Hamm, Urteil vom 27.03.2019, Az.: 12 U 66/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.04.2021, Az.: VII ZR 78/19); IBR 2021, 614

\*\*\*\*\*

*5. Vergütung zeitabhängiger Mehrkosten: Bauablaufbezogene Darstellung erforderlich!*

1. Eine Leistungsverzeichnisposition, nach der der Auftragnehmer im Fall einer Bauzeitverzögerung eine Mehrvergütung erhält, ist dahingehend auszulegen, dass dem Auftragnehmer keine Vergütung für solche Verlängerungszeiträume zusteht, für die er selbst die Verantwortung trägt.
2. Der Auftragnehmer ist für die Tatsache, dass die Bauzeitverlängerung nicht auf von ihm zu vertretenden Umständen beruht, darlegungs- und beweispflichtig.
3. Macht der Auftragnehmer einen Anspruch auf zeitabhängige Mehrkosten geltend, ist eine baustellenbezogene Darstellung der Ist- und Sollabläufe notwendig, die die Bauzeitverlängerung nachvollziehbar macht.
4. Dies gilt nicht nur für Schadensersatzansprüche aus § 6 Abs. 6 VOB/B, sondern auch für Vergütungsansprüche nach § 2 VOB/B, mit denen zeitabhängige Mehrkosten geltend gemacht werden.

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

\*\*\*\*\*

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

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

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



\*\*\*\*\*

### 7. Berechnung des Nachtragspreises nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B

1. Zu den Mehr- und Minderkosten einer geänderten oder zusätzlichen Leistung gehören auch die Kosten eines Stillstands von Baugeräten, die zur Ausführung anderer Leistungspositionen (Folgegewerke) benötigt werden, wenn sich diese aufgrund der geänderten oder zusätzlichen Leistung zeitlich verschieben. Dagegen ist ein Schadensersatzanspruch gem. § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B in Fällen wie dem vorliegenden nur dann gegeben, wenn die Bauzeitverlängerung auf einer vertragswidrigen Anordnung des Auftraggebers beruht.
2. Auch in § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B ist nicht geregelt, wie die Vergütungsanpassung bei geänderten oder zusätzlichen Leistungen zu ermitteln ist, wenn die Parteien hierüber keine Einigung getroffen haben.
3. Haben die Parteien über die Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen, deren Ermittlung oder einzelne Preiselemente keine Einigung getroffen, enthält der Vertrag eine Regelungslücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu füllen ist. Es entspricht – ebenso wie im Falle von Mengenerhöhungen gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B – der Redlichkeit und dem bestmöglichen Interessenausgleich, die Vergütung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn zu ermitteln.
4. Vorstehendes gilt auch dann, wenn die Vergabe durch einen öffentlichen Auftraggeber auf der Grundlage des Vergabehandbuchs des Bundes (VHB) erfolgte und es jedenfalls bezogen auf die Stillstandszeiten bisher kein übereinstimmendes Verständnis der Parteien zur Berechnung etwaiger Vorhaltekosten gegeben hat. Ein solches Verständnis besteht nicht, wenn der Auftraggeber im Rahmen der Berechnung eines Nachtrages nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B eine Kostenposition schon im Grundsatz für nicht ersatzfähig (hier Kosten aufgrund der bauzeitlichen Auswirkungen auf andere Leistungspositionen) hält.

OLG Köln, Urteil vom 03.02.2021, Az.: 11 U 136/18; BauR 2021, 973 = ZfBR 2021, 415 = IBR 2021, 170 = IBR 2021, 171

\*\*\*\*\*

### 8. Keine Einbeziehung der VOB/B in Vertrag bei zufälliger, aber nicht erkennbarer Kenntnis des AG von VOB/B

1. (...)
3. Das vom Bundesgerichtshof für § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B entwickelte Verständnis ist auf die im Wesentlichen gleich lautende Regelung des § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B zu übertragen.
4. (...)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.02.2021, Az.: 22 U 245/20, BauR 2021, 1812

\*\*\*\*\*

### 9. Mehrvergütung auch ohne schriftlichen Auftrag!

1. Verlangt der Auftraggeber die Anbringung einer stärkeren als der vertraglich vereinbarten Außendämmung und muss der Auftragnehmer deshalb zwangsläufig breitere

Profile und Wetterbleche verarbeiten, steht dem Auftragnehmer hierfür ein Anspruch auf Mehrvergütung zu.

2. Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, wonach dem Auftragnehmer für die Ausführung von Änderungs- und Zusatzleistungen kein Anspruch auf Mehrvergütung zusteht, wenn sie nicht auf schriftlichen Nachtragsaufträgen beruhen, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.

OLG München, Urteil vom 21.07.2021, Az.: 20 U 5268/20 Bau; IBR 2021, 451

\*\*\*\*\*

### 10. Einstweilige Zahlungsverfügung

1. Eine einstweilige Verfügung nach § 650d BGB kommt auch bei Streitigkeiten zu einem VOB-Vertrag in Betracht.
2. Führt ein Bauunternehmer eine geänderte Leistung aus, für die aus objektiver Sicht ein technisches Bedürfnis bestand und die nicht in den Bauvertrag eingepreist war, kann sich der Besteller nicht darauf berufen, diese Änderung nicht begehrt oder angeordnet zu haben, sofern der Unternehmer zuvor Bedenken gegen die ungeänderte Ausführung angemeldet hatte.
3. Anderes gilt nur, wenn der Besteller unmissverständlich erklärt, für ihn sei im Konfliktfall die Vermeidung einer Mehrvergütung vorrangig gegenüber der Funktions-tauglichkeit des Werks.
4. Der Antrag eines Bauunternehmers auf Erlass einer einstweiligen Zahlungsverfügung verliert nicht seine gemäß § 650d BGB vermutete Dringlichkeit, weil er in guter wirtschaftlicher Verfassung und zur Sicherung seiner Liquidität nicht auf die Zahlung angewiesen ist.
5. Beantragt ein Bauunternehmer eine einstweilige Verfügung nicht zu einem möglichst frühen Zeitpunkt, sondern erst nach einiger Zeit, hat er die Dringlichkeit seines Anliegens durch solches Abwarten im Zweifel nicht selbst widerlegt.

KG, Urteil vom 07.09.2021, Az.: 21 U 86/21; BauR 2022, 106 = NJW 2021, 3198 = NZBau 2021, 782 = IBR 2021, 564 = IBR 2021, 667

\*\*\*\*\*

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

#### 1. Vergütung für notwendige Zusatzleistungen

1. (...)
2. Der Auftragnehmer steht für die Lieferung und den Einbau ohne Auftrag erbrachter Leistungen (hier: Stützen) ein Anspruch auf Aufwendungsersatz in Höhe der üblichen Vergütung zu, wenn die Leistungen für die Erreichung des werkvertraglichen Erfolgs notwendig waren.

OLG Jena, Urteil vom 09.01.2020, Az.: 8 U 176/19; IBR 2021, 61

\*\*\*\*\*

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

1. Die Regelung des § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B ist auch anwendbar, wenn vertragliche Ansprüche gegen einen öffentlichen Auftraggeber mangels wirksamer Beauftragung ausscheiden.
2. Ein Anspruch auf Vergütung einer auftragslos erbrachten Leistung setzt u. a. voraus, dass ihre Ausführung (technisch) zwingend notwendig war. Lediglich zweckmäßige oder nützliche Zusatzleistungen sind nicht notwendig.

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

\*\*\*\*\*

4. **Mehrkostenansprüche bei Pauschalvertrag (inkl. Baugrund)**

1. *Keine Doppelvergütung bei Doppelbeauftragung*

1. Bei Nachträgen eines Detailpauschalpreisvertrages ist zwischen den vereinbarten und dem neuen Leistungsinhalt zu differenzieren, auch wenn ein Nachtrag über bereits vom bisherigen Vertrag enthaltene Teilleistungen vereinbart wird. Eine Vergütungspflicht besteht nur, soweit der Auftraggeber tatsächlich eine neue Leistung beauftragt.
2. Soweit damit eine doppelte Beauftragung vorliegt, besteht keine doppelte Vergütungspflicht. Vielmehr ist der Mehrvergütung die über das bisherige Bausoll hinaus erbrachte Leistung zugrunde zu legen.
3. Dem Bauherrn obliegt in der Regel die hinreichende und taugliche Beschreibung der Bodenverhältnisse. Er trägt das Baugrundrisiko.
4. Folgende Klausel hat in einem Detailpauschalvertrag keinen Bestand: *„Die vom AN zu erbringenden Leistungen umfassen die Erstellung des gesamten unter § 1 genannten Teilgewerks nebst aller in Betracht kommenden Nebenleistungen, soweit dies zur Herstellung und Funktionsfähigkeit auf der Grundlage der erwähnten, den Leistungsumfang bestimmenden Bestandteile (§ 2) erforderlich ist. ... Es sind sämtliche sonstigen Leistungen zu erbringen, die im Rahmen des Auftrags erforderlich sind, um das Teilgewerk ordnungsgemäß übergeben zu können.“*
5. (...)

OLG Naumburg, Urteil vom 16.12.2019, Az.: 12 U 114/19; BauR 2021, 965 = NZBau 2020, 504 = IBR 2020, 393

\*\*\*\*\*

2. *Auslegung eines Globalpauschalvertrages zur Entsorgung von Asbest*

1. Welche Leistungen eines Werkunternehmers von einem Pauschalpreis umfasst sein sollen, ist durch Auslegung zu ermitteln. Bei der Auslegung sind sämtliche Vertragsunterlagen zu berücksichtigen. Es können auch die Regelungen in den VOB/C zu berücksichtigen sein.
2. Werden bei Abrissarbeiten Schadstoffe gefunden und ist der Abrissunternehmer nach dem Vertrag nicht verpflichtet, diese zu beseitigen, so ist der Auftraggeber i.S.d. § 642 Abs. 1 BGB verpflichtet, an der Beseitigung der Schadstoffe

mitzuwirken, indem er den Abrissunternehmer oder einen anderen Unternehmer mit der Beseitigung beauftragt.

OLG Schleswig, Urteil vom 12.03.2021, Az.: 1 U 81/20; NZBau 2021, 530 = NJW 2021, 2369 = IBR 2021, 505

\*\*\*\*\*

## V. Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers

### 1. *Der Vorschuss ist ein flüchtig Ding oder: Abgerechnet wird zum Schluss!*

1. (...)
2. Auch im Rahmen eines die VOB/B einbeziehenden Vertragsverhältnisses kann ein inhaltlich ausreichender Bedenkenhinweis den Unternehmer von seiner Mängelhaftung befreien; zumindest kommt ein Mitverschuldensabzug zulasten des den Hinweis missachtenden Auftraggebers in Betracht.
3. (...)

OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.07.2021, Az.: 12 U 230/20; NJW-RR 2021, 1600 = IBR 2021, 567

\*\*\*\*\*

### 2. *Hinweispflicht des Unternehmers auch bezüglich von Nachfolgewerken*

1. Ein Bedenkenhinweis per E-Mail erfüllt die Voraussetzungen der Schriftform.
2. (...)

OLG Koblenz, Urteil vom 08.10.2020, Az.: 6 U 1945/19; BauR 2021, 693 = ZfBR 2021, 265 = IBR 2021, 9 = IBR 2021, 10

\*\*\*\*\*

## VI. Behinderung/Bauverzögerung

### 1. *Bauzeitverlängerung durch Nachträge: Verzugskündigung setzt Mahnung voraus!*

1. Änderungs- und Zusatzleistungen stellen in den Risikobereich des Auftraggebers gehörende Behinderungen dar, die - soweit sie Bauablaufstörungen verursachen - zu einer Verlängerung der Ausführungsfristen führen.
2. Für eine Bauzeitverlängerung ist nicht entscheidend, ob und welche (offenen oder versteckten) Zeitpuffer der Bauzeitenplan enthält. Der Auftragnehmer ist nicht verpflichtet, von ihm nicht zu vertretende Behinderungen durch Hergabe derartiger Zeitreserven zu kompensieren (Anschluss an OLG Düsseldorf, IBR 2011, 505).
3. Die Verlängerung der Ausführungsfristen wegen einer bauseitigen Behinderung lässt die ursprünglich nach dem Kalender bestimmten Vertragsfristen entfallen. Für die Herbeiführung des Verzugs ist eine Mahnung des Auftraggebers erforderlich.
4. Als Vertragsfristen vereinbarte Zwischenfristen für einen Teil der Bauleistung gehören zu den verbindlichen Ausführungsfristen für die "Vollendung" i.S.d. § 5 Abs. 4 VOB/B.

OLG Bremen, Urteil vom 20.12.2019, Az.: 2 U 50/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.02.2021, Az.: VII ZR 17/20); IBR 2021, 456, 509

\*\*\*\*\*

## 2. Auftraggeberkündigung wegen versäumter Zwischenfrist

1. Bei der Auslegung, ob eine vereinbarte Frist für eine Teil-Leistung eine unverbindliche Kontrollfrist oder eine verbindliche Zwischenfrist im Sinn des § 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B darstellt, kommt der Bedeutung dieser Teil-Leistung für den Bauablauf eine maßgebliche Bedeutung zu. Ist die Teil-Leistung eine unabdingbare Vorarbeit für weitere Werkleistungen, handelt es sich im Zweifel um eine verbindliche Zwischenfrist.
2. Ein Verzug mit einer verbindlichen Zwischenfrist nach § 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B kann zu einem Kündigungsrecht nach § 5 Abs. 4 VOB/B oder § 648a BGB n.F. führen.

OLG Stuttgart, Urteil vom 01.12.2020, Az.: 10 U 124/20; BauR 2021, 1149 = NZBau 2021, 323 = NJW 2021, 1167 = ZfBR 2021, 430 = IBR 2021, 175

\*\*\*\*\*

## 3. Berechnung des Nachtragspreises nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B

1. Zu den Mehr- und Minderkosten einer geänderten oder zusätzlichen Leistung gehören auch die Kosten eines Stillstands von Baugeräten, die zur Ausführung anderer Leistungspositionen (Folgegewerke) benötigt werden, wenn sich diese aufgrund der geänderten oder zusätzlichen Leistung zeitlich verschieben. Dagegen ist ein Schadensersatzanspruch gem. § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B in Fällen wie dem vorliegenden nur dann gegeben, wenn die Bauzeitverlängerung auf einer vertragswidrigen Anordnung des Auftraggebers beruht.
2. Auch in § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B ist nicht geregelt, wie die Vergütungsanpassung bei geänderten oder zusätzlichen Leistungen zu ermitteln ist, wenn die Parteien hierüber keine Einigung getroffen haben.
3. Haben die Parteien über die Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen, deren Ermittlung oder einzelne Preiselemente keine Einigung getroffen, enthält der Vertrag eine Regelungslücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu füllen ist. Es entspricht – ebenso wie im Falle von Mengenmehrungen gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B – der Redlichkeit und dem bestmöglichen Interessenausgleich, die Vergütung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn zu ermitteln.
4. Vorstehendes gilt auch dann, wenn die Vergabe durch einen öffentlichen Auftraggeber auf der Grundlage des Vergabehandbuchs des Bundes (VHB) erfolgte und es jedenfalls bezogen auf die Stillstandszeiten bisher kein übereinstimmendes Verständnis der Parteien zur Berechnung etwaiger Vorhaltekosten gegeben hat. Ein solches Verständnis besteht nicht, wenn der Auftraggeber im Rahmen der Berechnung eines Nachtrages nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B eine Kostenposition schon im Grundsatz für nicht ersatzfähig (hier Kosten aufgrund der bauzeitlichen Auswirkungen auf andere Leistungspositionen) hält.

OLG Köln, Urteil vom 03.02.2021, Az.: 11 U 136/18; BauR 2021, 973 = ZfBR 2021, 415 = IBR 2021, 170, 171

\*\*\*\*\*

## VII. Sub-/Nachunternehmer

### 1. Abnahme der Hauptunternehmer-Leistung im NU-Verhältnis

1. Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller seinerseits einem Dritten versprochen hat, wird im Rahmen einer vertikalen Leistungskette, selbst wenn nur eine partielle Leistungsidentität besteht, spätestens fällig, soweit das Werk des Bestellers von dem Dritten abgenommen worden ist oder als abgenommen gilt.
2. Die sog. Durchgriffsfälligkeit tritt unabhängig davon ein, ob die Abnahme im Verhältnis zwischen Besteller und Unternehmer stattgefunden hat und ob dort Abnahmereife zu bejahen ist (Anschluss OLG Düsseldorf, 8. April 2011, 22 U 165/10, BauR 2013, 1688).
3. Auch in einer viergliedrigen Leistungskette reicht es aus, wenn der Bauherr selbst, für den das Werk letztlich bestimmt ist, im Verhältnis zum Generalunternehmer die Abnahme erklärt. Ein Besteller, der dessen Nachunternehmer ist, hat dann gemäß § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB seinerseits eine fällige Vergütungsforderung.
4. Vorbehalte im Abnahmeprotokoll hindern den Eintritt der Fälligkeit der Vergütung des Unternehmers nicht.
5. Nimmt der Auftraggeber die Leistung pflichtwidrig nicht ab oder verweigert er sie missbräuchlich, genügt für die Fälligkeit des Werklohns die Abnahmereife.

OLG Brandenburg, Urteil vom 10.06.2020, Az.: 11 U 120/17, BauR 2021, 1820 = IBR 2020, 452

\*\*\*\*\*

## VIII. Kündigung

### 1. Kann ein VOB-Vertrag wegen Mängeln oder Verzugs auch fristlos gekündigt werden?

1. Auch ein VOB-Vertrag kann aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden. Zur fristlosen Kündigung kann vor allem eine schuldhaft begangene Vertragsverletzung des Auftragnehmers berechtigen. Unerheblich ist dabei, ob es sich um die Verletzung einer Haupt- oder Nebenpflicht handelt.
2. Die Schutzmechanismen von § 4 Abs. 7, 8 und § 5 Abs. 4 VOB/B dürfen durch eine außerordentliche Kündigung nicht umgangen werden. Stützt sich der Vertrauensverlust des Auftraggebers auf mangelhafte oder zögerliche Arbeiten des Auftragnehmers, hat der Kündigung deshalb grundsätzlich eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung vorauszugehen.
3. Eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung ist entbehrlich, wenn sie eine reine Förmerei wäre.

OLG Stuttgart, Urteil vom 19.09.2017, Az.: 10 U 48/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.04.2020, Az.: VII ZR 241/17); IBR 2021, 288

\*\*\*\*\*

*2. Erhalt der VOB/B bestätigt: Kein Schadensersatz wegen Verzugs ohne vorherige Fristsetzung!*

1. (...)
3. Die Bestimmungen der § 8 Abs. 3 Nr. 2 und § 5 Abs. 4 VOB/B halten einer Inhaltskontrolle stand. Setzt der Auftraggeber dem Auftragnehmer vor einer Kündigung wegen Verzugs keine Frist zur Fertigstellung, steht ihm kein Anspruch auf Schadensersatz zu.

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

\*\*\*\*\*

*3. Kündigung wegen Mängeln vor Abnahme: § 4 Abs. 7 VOB/B ist nicht AGB-widrig!*

1. Wird die Leistung erst ab einer Auftragssumme von 10.000 Euro förmlich abgenommen, liegt darin ein Eingriff in die VOB/B, so dass sie nicht mehr "als Ganzes" vereinbart ist.
2. Die Klausel des § 4 Abs. 7 VOB/B, wonach der Auftraggeber den Bauvertrag kündigen kann, wenn die Leistung mangelhaft ist und der Auftragnehmer seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung nicht innerhalb einer angemessenen Frist nachkommt, hält einer isolierten AGB-Kontrolle stand und ist wirksam.

OLG Koblenz, Urteil vom 28.07.2020, Az.: 4 U 1282/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.03.2021, Az.: VII ZR 136/20); IBR 2021, 342

\*\*\*\*\*

*4. Kündigung wegen Mängeln trotz Teilabnahme!*

Auch nach einer Teilabnahme findet § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B mit der Konsequenz Anwendung, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer den (weiteren) Auftrag wegen nicht erfolgter Beseitigung von Mängeln an dem Teil des Gewerks entziehen kann, auf den sich die Teilabnahme bezogen hat.

OLG Koblenz, Urteil vom 28.07.2020, Az.: 4 U 1282/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.03.2021, Az.: VII ZR 136/20); IBR 2021, 343

\*\*\*\*\*

*5. Auch viele "kleine" Pflichtverletzungen berechtigen zur Kündigung! Kosten der Ersatzvornahme*

1. (...)
2. Auch beim VOB-Vertrag ist der Auftraggeber zur außerordentlichen Kündigung 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 solche Zerstörung des Vertrauensverhältnisses kann entweder auf einzelnen besonders schwerwiegenden Vertragsverletzungen beruhen oder sich aus einer

ganzen Reihe von Pflichtverletzungen, die jeweils für sich genommen zur Rechtfertigung einer außerordentlichen Kündigung nicht ausreichen, im Rahmen einer Gesamtabwägung ergeben.

4. Eine vorherige Fristsetzung und Kündigungsandrohung ist in Fällen der schwerwiegenden Vertragsverletzung nicht erforderlich.

OLG Dresden, Urteil vom 17.11.2020, Az.: 6 U 349/20; BauR 2021, 1606 = IBR 2021, 120 und 121

\*\*\*\*\*

## 6. Auftraggeberkündigung wegen versäumter Zwischenfrist

1. (...)
2. Ein Verzug mit einer verbindlichen Zwischenfrist nach § 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B kann zu einem Kündigungsrecht nach § 5 Abs. 4 VOB/B oder § 648a BGB n.F. führen.

OLG Stuttgart, Urteil vom 01.12.2020, Az.: 10 U 124/20; BauR 2021, 1149 = NZBau 2021, 323 = NJW 2021, 1167 = ZfBR 2021, 430 = IBR 2021, 175

\*\*\*\*\*

## IX. Abnahme

### 1. Mitteilung der Fertigstellung der Leistung durch Übersendung der Schlussrechnung

1. In der Übersendung der Schlussrechnung ist die Mitteilung des Auftragnehmers über die Fertigstellung seiner Leistung zu sehen.
2. (...)

OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.04.2018, Az.: 12 U 197/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.12.2020, Az.: VII ZR 113/18); BauR 2021, 833 = NZBau 2021, 92 = NJW-RR 2021, 833

\*\*\*\*\*

### 2. Kündigung wegen Mängeln trotz Teilabnahme!

Auch nach einer Teilabnahme findet § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B mit der Konsequenz Anwendung, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer den (weiteren) Auftrag wegen nicht erfolgter Beseitigung von Mängeln an dem Teil des Gewerks entziehen kann, auf den sich die Teilabnahme bezogen hat.

OLG Koblenz, Urteil vom 28.07.2020, Az.: 4 U 1282/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.03.2021, Az.: VII ZR 136/20); IBR 2021, 343

\*\*\*\*\*



## X. Gewährleistung

### 1. *Wartungsvertrag für die Heizungsanlage muss spätestens bei Übergabe geschlossen werden!*

1. Unter den Begriff der "haustechnischen Anlagen" fällt u. a. die Heizungsanlage und fallen damit auch die Heizungsleitungen.
2. Die Verjährungsfrist für Mängel an "haustechnischen Anlagen" kann auf zwei Jahre verkürzt werden, wenn sich der Auftraggeber entscheidet, dem Auftragnehmer die Wartung nicht zu übertragen.
3. Ein Wartungsvertrag, der dazu führt, dass sich die Verjährungsfrist für Mängel (hier: auf fünf Jahre) verlängert, muss spätestens bei der Übergabe des Objekts abgeschlossen werden.

OLG Celle, Beschluss vom 17.07.2020, Az.: 4 U 22/20 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 10.03.2021, Az.: VII ZR 137/20 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); IBR 2021, 622

\*\*\*\*\*

## XI. Sicherungsrecht des Auftraggebers

### 1. Sicherungsabrede

#### 1. *Unwirksamkeit der Sicherungsabrede zu Rückgabe einer Bürgschaft*

1. (...)
2. Eine Klausel in den vorformulierten Vertragsbedingungen, nach der die Rückgabe der Gewährleistungsbürgschaft nur dann nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zur erfolgen hat, wenn "zu diesem Zeitpunkt keine Ansprüche aus Gewährleistung seitens des Auftraggebers geltend gemacht sind", benachteiligt den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil sie die Rückgabe der Bürgschaft insgesamt davon abhängig macht, dass nicht nur keine Gewährleistungsansprüche mehr erfolgreich geltend gemacht werden können, sondern vielmehr allein auf die bloße Geltendmachung abstellt.
3. Soweit Sicherheiten nicht nur vorübergehend nicht mehr benötigt werden, also eine endgültige Übersicherung vorliegt, ist ihr weiteres Verbleiben beim Sicherungsnehmer ungerechtfertigt. Hieraus folgt der vertragliche Anspruch des Sicherungsgebers auf Rückgabe nicht mehr benötigter Sicherheiten, der auch dann besteht, wenn der Sicherungsvertrag eine ausdrückliche Freigaberegulierung nicht oder nur eine unangemessen beschränkende und deshalb unwirksame Freigabeklausel enthält

OLG München, Urteil vom 10.12.2019, Az.: 9 U 4413/18; BauR 2021, 1315 = IBR 2021, 180

\*\*\*\*\*

#### 2. *Keine Einbeziehung der VOB/B in Vertrag bei zufälliger, aber nicht erkennbarer Kenntnis des AG von VOB/B*

1. Wenn die Rückgabe einer Sicherheit „Nach Ablauf der vereinbarten Garantiezeit.“ vereinbart wird, aber tatsächlich keine Garantie vereinbart wurde, ist der Vertrag aus

der Sicht eines vernünftigen Empfängers eindeutig dahin zu verstehen, dass die Gewährleistungszeit gemeint ist.

2. Eine Regelung, die die Ablösung eines Bareinbehalts allein das Stellen einer selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft vorsieht und eine Ablösung durch Hinterlegung von Geld nach § 17 Nr. 5 VOB/B damit ausschließt, stellt sich nicht als benachteiligend im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB dar (Entgegen OLG Dresden, Beschluss vom 24. Oktober 2001 – 11 W 1608/01, Rn. 12, juris; Anschluss BGH, Urteil vom 24. Oktober 2017 – XI ZR 362/15, BGH 216, 274 Rn. 35 und BGH, Urteil vom 13. November 2003 – VII ZR 57/02, BGHZ 157, 29, 31 f.).

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

\*\*\*\*\*

### 3. *Unwirksamkeit der Sicherungsabrede zu Kombi-Bürgschaft!*

1. Die Unwirksamkeit einer formularmäßigen Sicherungsabrede eines Bauvertrags ist anzunehmen, wenn der Auftragnehmer für einen nicht unerheblichen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen möglicher Mängelansprüche des Auftraggebers eine Sicherheit leisten muss, die jedenfalls nicht unwesentlich über fünf Prozent der Auftragssumme liegt. Eine solch unangemessen hohe Absicherung des Auftraggebers kann sich auch ergeben, wenn eine Sicherheit für die Vertragserfüllung und eine weitere für die Gewährleistung vorgesehen sind, die jeweils für sich genommen nicht zu beanstanden wären.
2. Eine Übersicherung ergibt sich in diesem Fall, wenn die Vertragserfüllungssicherheit auch nach der Abnahme bestehende Mängelansprüche des Auftraggebers sichern soll, noch längere Zeit nach Abnahme nicht zurückgegeben werden muss und zugleich eine Sicherheit für Mängelansprüche verlangt werden kann. Die Überschneidung der beiden Sicherheiten führt also zu einer Übersicherung, weil dem Auftraggeber für etwaige Mängelansprüche beide Sicherheiten kumulativ zur Verfügung stehen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.11.2020, Az.: 5 U 354/19; BauR 2021, 1968 = NZBau 2021, 454 = NJW-RR 2021, 673 = IBR 2021, 74

\*\*\*\*\*

### 4. *AGB-Klauseln im Schlüsselfertigbau*

1. Nachfolgende Klauseln halten einer AGB-Kontrolle nicht stand:
  - a. (...)
  - j. „AG und AN verzichten wechselseitig auf die Stellung von Sicherheiten für die rechtzeitige Stellung des Werks und für die Zahlung der vereinbarten Vergütung.“
  - k. (...)
2. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 28.10.2020, Az.: 29 U 146/19; BauR 2021, 554 = NZBau 2021, 328 = ZfBR 2021, 251

\*\*\*\*\*

## 2. Sicherheitseinbehalt

### 1. Nachfristsetzung zur Einzahlung eines Gewährleistungseinbehaltes auf Sperrkonto

1. Haben die Parteien eines VOB/B-Vertrages den Sicherheitseinbehalt nicht in Teilbeträgen vereinbart, sondern auf die Schlusszahlung begrenzt, kommt § 17 Abs. 6 Nr. 1 Satz 3 VOB/B gleichwohl zur Anwendung.
2. Die Nachfrist im Sinne von § 17 Abs. 6 Nr. 3 Satz 1 VOB/B, deren Ablauf gemäß § 17 Abs. 6 Nr. 3 Satz 2 VOB/B zum Verlust des Rechts auf den Sicherheitseinbehalt führt, kann erst nach Ablauf von 18 Werktagen ab Zugang der Mitteilung über den einbehaltenen Betrag beim Auftragnehmer gesetzt werden.

OLG Köln, Urteil vom 24.06.2021, Az.: 7 U 158/20; NZBau 2022, 34 = NJW-RR 2021, 1248 = ZfBR 2022, 43 = IBR 2021, 455

\*\*\*\*\*

## 3. Sicherheit durch Bürgschaft, Bürgschaftsrecht

### 1. Was sichern Vorauszahlungsbürgschaften?

Vorauszahlungsbürgschaften sichern ohne eine abweichende Sicherungsabrede auch Überzahlungen ab, die sich aus einer etwaigen Mangelhaftigkeit des Werks vor Abnahme ergeben können. Daher umfassen sie Rückerstattungsansprüche, die sich aus einer Minderung des Werts des Werks aufgrund von Mängeln in Höhe der Mängelbeseitigungskosten ergeben.

OLG Stuttgart, Urteil vom 19.09.2017, Az.: 10 U 48/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.04.2020, Az.: VII ZR 241/17); IBR 2021, 350

\*\*\*\*\*

### 2. Sicherheitsabrede laut Vorprozess "gerichtsfest": Bürge muss zahlen!

1. Wenn sich der Hauptschuldner im Prozess gegen den Gläubiger auf die Einrede der Verjährung beruft und er aufgrund einer streitigen Entscheidung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unterliegt, dann steht ein solches Prozessverhalten des Hauptschuldners einem Einredeverzicht im Sinne von § 768 Abs. 2 BGB grundsätzlich nicht gleich. Denn der Hauptschuldner verliert die Möglichkeit, die Einrede geltend zu machen, aufgrund seiner rechtskräftigen Verurteilung. Genau so liegt der Fall, wenn einem Hauptschuldner die Einrede der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede rechtskräftig aberkannt worden ist. Der Bürge kann sich dann nicht mehr auf die Einrede des Hauptschuldners berufen.
2. Der Bürge ist nicht mit dem Angriffsmittel der erstmals im Berufungsverfahren erhobenen Einrede der Verjährung gem. § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO ausgeschlossen, wenn der Sachverhalt, auf den der Bürge den Verjährungseinwand stützt, unstrittig ist.

OLG Celle, Urteil vom 17.12.2020, Az.: 6 U 50/20; BauR 2021, 1165 = IBR 2021, 127

\*\*\*\*\*

### 3. Zahlung aus Bürgschaft a.e.A. angefordert: Prüfungskompetenz des Bürgen?

1. Bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern ist die Prüfungskompetenz des Bürgen auf das Vorliegen einer missbräuchlichen Ausnutzung des

Bürgschaftsversprechens aufgrund eines für jedermann offensichtlichen Fehlens des materiellen Anspruchs beschränkt; die schlüssige Darstellung eines Anspruchs des Gläubigers im Sinne des Bestehens der Hauptforderung ist insoweit nicht zu verlangen.

2. Nach Zahlung aus einer Bürgschaft kann die Kautionsversicherung die Hauptschuldnerin aus §§ 675, 670 BGB auf Ersatz derjenigen Aufwendungen in Anspruch nehmen, die sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte.

OLG Celle, Beschluss vom 22.01.2021, Az.: 8 U 112420; IBR 2021, 352

\*\*\*\*\*

#### 4. Streitwert bei Klage auf Werklohn und Sicherungsklage

1. (...)
4. Der Wert einer Klage auf Herausgabe einer Urkunde über eine Gewährleistungsbürgschaft bemisst sich auf  $\frac{1}{4}$  des Bürgschaftsbetrags, wenn der Besteller mit der Herausgabeklage keine drohende Inanspruchnahme aus der Bürgschaft verhindern will, sondern es ihm allein oder ganz überwiegend darum geht, weitere Bürgschaftskosten zu vermeiden.

OLG Hamburg, Beschluss vom 01.03.2021, Az.: 4 U 90/19, BauR 2021, 1347 = NZBau 2021, 387

\*\*\*\*\*

#### 5. Einstweilige Verfügung gegen Vorauszahlungsbürgschaft auf erstes Anfordern

1. Beabsichtigt ein Gläubiger, eine ihm als Sicherheit übergebene Bürgschaft auf erstes Anfordern in Anspruch zu nehmen, so kann ihm der Hauptschuldner dies im Wege der einstweiligen Verfügung mit der Maßgabe untersagen lassen, dass der Gläubiger zuvor eine zugunsten des Hauptschuldners bestehende und liquide feststellbare Einrede auszuräumen hat.
2. Wenn und soweit die Rückerstattung einer Vorauszahlung auf den Werklohn dazu führt, dass der Werklohnanspruch des Unternehmers offen und unbesichert ist, kann ein Bauunternehmer seinen Sicherungsanspruch aus § 650f I BGB gegenüber dem Rückerstattungsgläubiger im Wege der Einrede geltend machen.
3. Die Höhe des Sicherungsanspruchs aus § 650f I BGB ist in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes in freier Überzeugung ohne Beweisaufnahme, also „liquide“ feststellbar.

KG, Urteil vom 30.03.2021, Az.: 21 W 4/21; BauR 2021, 1343 = NZBau 2021, 456 = NJW-RR 2021, 949 = IBR 2021, 353

\*\*\*\*\*

**C. Vergaberecht/-verfahren (Auswahl)**

**I. Allgemein**

*1. Nachweis der Selbstreinigung muss nicht unaufgefordert erfolgen!*

Wirtschaftsteilnehmer sind nicht verpflichtet, mit Einreichung ihres Teilnahmeantrags oder Angebots unaufgefordert den Nachweis für ihre Selbstreinigung vorzulegen, sofern sich eine solche Verpflichtung weder aus den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften noch aus den Auftragsunterlagen ergibt.

EuGH, Urteil vom 14.01.2021, Az.: Rs. C-387/19; NZBau 2021, 337 = IBR 2021, 139

\*\*\*\*\*

*2. Abgrenzung zwischen ausschreibungsfreiem Mietvertrag und öffentlichem Bauvertrag*

1. Zur Bestimmung der rechtlichen Qualifizierung und der anwendbaren Unionsvorschriften bei einem Vertrag, der zugleich Elemente eines öffentlichen Bauauftrags und Elemente eines Auftrags anderer Art aufweist, ist auf seinen Hauptgegenstand abzustellen. Die Qualifizierung des beabsichtigten Vertrags seitens der Parteien als Mietvertrag“ ist nicht ausschlaggebend.
2. Ein als Mietvertrag bezeichneter Vertrag über ein noch nicht errichtetes Gebäude ist ein öffentlicher Bauauftrag, wenn die Errichtung den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen entspricht. Das ist der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung zu nehmen.
3. Ein entscheidender Einfluss auf die Gestaltung des geplanten Gebäudes lässt sich feststellen, wenn nachgewiesen werden kann, dass dieser Einfluss auf die architektonische Struktur dieses Gebäudes wie seine Größe, seine Außenwände und seine tragenden Wände ausgeübt wird.
4. Anforderungen, die die Gebäudeeinteilung betreffen, können nur dann als Beleg für einen entscheidenden Einfluss angesehen werden, wenn sie sich aufgrund ihrer Eigenart oder ihres Umfangs abheben.

EuGH, Urteil vom 22.04.2021, Az.: C-537/19; NZBau 2021, 396 = VergabeR 2021, 557 = ZfBR 2021, 888

\*\*\*\*\*

*3. Unzulässigkeit nachträglicher Eignungskriterien – Ortenau Klinikum*

1. Die Eignung eines Bieters, insbesondere seine für die ordnungsgemäße Leistungserbringung erforderliche Leistungsfähigkeit, darf nur an Kriterien gemessen werden, die der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen genannt hat oder die sich unter Berücksichtigung von Art und Umfang der zu erbringenden Leistungen sowie des vorgesehenen Ausführungszeitraums zwingend aus der Sache ergeben.
2. Wegen Nichterfüllung von Anforderungen an die Personalausstattung, die in den Vergabeunterlagen nicht ausdrücklich verlangt werden, darf ein Bieter nur dann als nicht hinreichend leistungsfähig ausgeschlossen werden, wenn aufgrund konkreter Umstände objektiv zumindest ernsthafte Zweifel daran bestehen, ob er mit dem ihm

zur Verfügung stehenden Personal den Auftrag ordnungsgemäß und fristgerecht ausführen kann.

3. Schließt der Auftraggeber einen Bieter zu Unrecht wegen Nichterfüllung nichtbekanntgemachter Eignungskriterien als ungeeignet aus und erteilt den Auftrag einem anderen Bieter, steht es dem Schadensersatzanspruch des ausgeschlossenen Bieters nicht entgegen, dass der Auftraggeber die Erfüllung und den Nachweis dieser Eignungskriterien in den Vergabeunterlagen hätte voraussetzen dürfen.

BGH, Beschluss vom 06.10.2020, Az.: XIII ZR 21/19; NZBau 2021, 57 = ZfBR 2021, 298 = IBR 2021, 30

\*\*\*\*\*

#### 4. *"Wettbewerb light" auch in den Fällen der Notvergabe!*

1. Das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV rechtfertigt allein kein gänzlich absehendes von einer Vergabe nach wettbewerblichen Grundsätzen (§ 97 Abs. 1 Satz 1 GWB). Das auf der Rechtsfolgenseite eingeräumte Ermessen nötigt vielmehr dazu, grundsätzlich auch in den Fällen der Notvergabe zumindest mehrere Angebote einzuholen und damit wenigstens "Wettbewerb light" zu eröffnen. Nur als Ultima Ratio kommt eine Direktvergabe an einen von vorneherein allein angesprochenen Marktteilnehmer in Betracht.
2. Ist der Tatbestand des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV erfüllt, die "konkurrenzlose" direkte Beauftragung des von vorneherein exklusiv angesprochenen Unternehmens aber nach den vorbezeichneten Grundsätzen ermessensfehlerhaft, so ist der Vertrag nach Maßgabe des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam.

OLG Rostock, Beschluss vom 09.12.2020, Az.: 17 Verg 4/20; NZBau 2021, 484 = IBR 2021, 88

\*\*\*\*\*

#### 5. *Wertung von Qualifikation und Erfahrung des Projektteams sowie von Leistungskonzepten*

1. Bei der Angebotsbewertung dürfen mündliche Ausführungen der Bieter im Verhandlungs- oder Bietergespräch berücksichtigt werden.
2. Bei der Bewertung der mündlichen Ausführungen der Bieter muss nachvollziehbar sein, aus welchem Grund welche Note vergeben wurde. Dies gilt auch bei Bewertung durch verschiedene Gremiumsmitglieder.
3. Teilt die Vergabestelle mit, dass sie die Qualität des Projektteams unter Berücksichtigung der Erfahrungen und der Qualifikation der Teammitglieder bewerten wird, kann sie sich nicht auf die Betrachtungen nur eines Aspekts beschränken.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.03.2021, Az.: Verg 34/20; VergabeR 2021, 494 = ZfBR 2021, 464

\*\*\*\*\*

#### 6. *Aufschlüsselung auch von Nachunternehmerpreisen*

1. Dem Auftraggeber ist es nicht verwehrt, in eine Preisprüfung auch dann einzutreten, wenn zwar eine Aufgreifschwelle nicht erreicht ist, aber das Angebot aus anderen

Gründen konkreten Anlass zur Preisprüfung gibt. Entscheidet sich der öffentliche Auftraggeber in einem solchen Fall für eine Preisprüfung, kann diese Entscheidung von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur daraufhin geprüft werden, ob sie gegen das Willkürverbot verstößt.

2. Der Auftraggeber kann mit einem Nachforderungs- und Aufklärungsschreiben den Bieter zugleich auffordern, sich zu bestimmten Einzelpreispositionen näher zu erklären.
3. Einem Bieter, der zum Zeitpunkt der Nachforderung in der Lage ist, sämtliche seiner Nachunternehmer zu benennen, ist es zumutbar, die Preise der Leistungspositionen aufzuschlüsseln, die von Nachunternehmern erbracht werden

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.05.2021, Az.: VII Verg 13/21; NZBau 2021, 694

\*\*\*\*\*

## II. Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte

### 1. *Dauer der wettbewerbsbeschränkenden Absprache*

Art. 101 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass, wenn ein Unternehmen, das an einer einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung gegen diese Bestimmung beteiligt gewesen sein soll, deren Tatbestand letztmalig durch die mit seinen Wettbewerbern abgestimmte Abgabe eines Angebots im Rahmen einer Ausschreibung für die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags verwirklicht worden sein soll, den Zuschlag erhalten und mit dem öffentlichen Auftraggeber einen Vertrag über Bauleistungen geschlossen hat, in dem die wesentlichen Merkmale des Auftrags und insbesondere der als Gegenleistung für die Arbeiten zu zahlende Gesamtpreis bestimmt sind, wobei deren Ausführung und die Zahlung des Preises hierfür zeitlich gestaffelt sind, der Zeitraum der Zuwiderhandlung dem Zeitraum bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Vertrags entspricht, der auf der Grundlage des von dem Unternehmen abgegebenen abgestimmten Angebots zwischen ihm und dem öffentlichen Auftraggeber abgeschlossen wurde. Das vorliegende Gericht hat zu prüfen, zu welchem Zeitpunkt die wesentlichen Merkmale des in Rede stehenden Auftrags und insbesondere der als Gegenleistung für die Arbeiten zu zahlende Gesamtpreis endgültig bestimmt wurden.

EuGH, Urteil vom 14.01.2021, Az.: C-450/19; VergabeR 2021, 462 = NZBau 2021, 275

\*\*\*\*\*

### 2. *Vollständiges Rügerecht trotz Ausschluss - NAMA*

1. Ein Bieter kann auch dann im Nachprüfungsverfahren gegen die Berücksichtigung eines Mitbewerbers vorgehen, wenn er selbst (z. B. wegen Nichteignung) ausgeschlossen wurde. Der Zugang zum Nachprüfungsverfahren ist ihm nur dann verwehrt, wenn sein Ausschluss rechtskräftig festgestellt oder unanfechtbar geworden ist.
2. Der Bieter kann sämtliche Gründe geltend machen, mit denen ein Verstoß gegen Vergaberecht gerügt wird, auch solche, die in keinem Zusammenhang zu den Mängeln stehen, aufgrund derer sein Angebot ausgeschlossen wurde.
3. Art. 1 Abs. 1 und 3, Art. 2 Abs. 1 Buchst. a und b sowie Art. 2a Abs. 2 Richtlinie 92/13/EWG sind dahin auszulegen, dass ein Bieter, der in einer Phase vor der Vergabe eines öffentlichen Auftrags vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde und dessen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung der Entscheidung, mit der er

von diesem Verfahren ausgeschlossen wurde, zurückgewiesen wurde, in seinem zugleich gestellten Antrag auf Aussetzung der Vollziehung der Entscheidung, mit der das Angebot eines anderen Bieters zugelassen wurde, sämtliche Gründe geltend machen kann, mit denen ein Verstoß gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die nationalen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, gerügt wird, also auch solche, die in keinem Zusammenhang mit den Mängeln stehen, aufgrund deren sein Angebot ausgeschlossen wurde. Diese Möglichkeit wird nicht dadurch berührt, dass der Antrag auf vorgerichtliche Nachprüfung bei einer unabhängigen nationalen Stelle, den der Bieter nach dem nationalen Recht gegen die Entscheidung über seinen Ausschluss zuvor stellen musste, abgelehnt wurde, sofern diese Entscheidung nicht rechtskräftig geworden ist

EuGH, Urteil vom 24.03.2021, Az.: C-771/19; NZBau 2021, 549 = IBR 2021, 310

\*\*\*\*\*

### 3. *Pflicht zur Höchstmengenangabe bei Rahmenvereinbarungen*

1. Art. 49 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG sowie deren Anhang V Teil C Nrn. 7, 8 und 10 Buchst. a in Verbindung mit deren Art. 33 und den in Art. 18 Abs. 1 dieser Richtlinie genannten Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz sind dahin auszulegen, dass in der Bekanntmachung sowohl die Schätzmenge und/oder der Schätzwert als auch eine Höchstmenge und/oder ein Höchstwert der gemäß der Rahmenvereinbarung zu liefernden Waren anzugeben sind und dass die Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn diese Menge oder dieser Wert erreicht ist.
2. Art. 49 der Richtlinie 2014/24 sowie deren Anhang V Teil C Nrn. 7 und 10 Buchst. a in Verbindung mit deren Art. 33 und den in Art. 18 Abs. 1 dieser Richtlinie genannten Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz sind dahin auszulegen, dass die Schätzmenge und/oder der Schätzwert sowie eine Höchstmenge und/oder ein Höchstwert der gemäß der Rahmenvereinbarung zu liefernden Waren als Gesamtmenge oder -wert in der Bekanntmachung anzugeben sind und dass in dieser Bekanntmachung zusätzliche Anforderungen festgelegt werden können, über deren Aufnahme in die Bekanntmachung der öffentliche Auftraggeber entscheidet.
3. Art. 2d Abs. 1 Buchst. a 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 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass er nicht anwendbar ist, wenn eine Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurde, selbst wenn zum einen die Schätzmenge und/oder der Schätzwert der gemäß der geplanten Rahmenvereinbarung zu liefernden Waren nicht aus der Bekanntmachung, sondern aus der Beschreibung hervorgehen und zum anderen weder in der Bekanntmachung noch in der Beschreibung eine Höchstmenge und/oder ein Höchstwert der gemäß der Rahmenvereinbarung zu liefernden Waren angegeben sind.

EuGH, Urteil vom 17.06.2021, Az.: C-23/20; NZBau 2021, 541 = ZfBR 2021, 780 = IBR 2021, 424

\*\*\*\*\*



#### 4. Zurückverweisung an Vergabekammer und schwerwiegender Rechtsverstoß

1. Zur Zurückverweisung eines Vergabenachprüfungsverfahrens an die Vergabekammer durch den Vergabesenat sowie zu grundlegenden prozessualen Erfordernissen in Vergabeprüfungsverfahren.
2. Gemäß § 165 I GWB steht den Verfahrensbeteiligten ein – im Ausgangspunkt – uneingeschränktes Recht auf Akteneinsicht zu, das gem. § 165 II GWB nur dann eine Einschränkung erfährt, wenn wichtige Gründe, insbesondere des Geheim-schutzes oder zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen die Ein-sichtsversagung gebieten. Soweit teilweise angenommen wird, dass die Unzuläs-sigkeit des Vergabenachprüfungsantrags einen ungeschriebenen, weiteren Aus-nahmetatbestand vom Einsichtsrecht darstellt, ist Voraussetzung für die Bejahung dieser Ausnahme jedoch jedenfalls, dass die Unzulässigkeit offensichtlich ist.
3. § 162 S. 1 GWB gebietet eine Beiladung immer schon dann, wenn die Entscheidung über den Vergabenachprüfungsantrag nachteilige Auswirkungen auf die Zuschlag-schancen des Beizuladenden haben kann. Vor rechtskräftigem Abschluss des Vergabenachprüfungsverfahrens kann nämlich naturgemäß nicht abschließend er-messen werden, wie die Entscheidung letztlich ausfallen und ob und welche Aus-wirkungen sie auf Dritte haben wird. Folglich sind aus elementar rechtsstaatlichen Grundsätzen Dritte immer dann am Verfahren - durch Beiladung – zu beteiligen, wenn die nicht entfernte Möglichkeit besteht, dass eine nachprüfungsantragsge-mäße Entscheidung ergeht und der Dritte hierdurch belastet werden wird.
4. Ein Verstoß gegen § 163 II 3 GWB, wonach dem Antragsgegner der Vergabenach-prüfungsantrag in Schriftform zu übermitteln ist, stellt einen besonders schwerwie-genden Rechtsverstoß einer Vergabekammer dar. Denn mangels Übermittlung greift gem. § 169 I GWB kein Zuschlagsverbot ein und der sodann erteilte Zuschlag kann gem. § 168 II 1 GWB grundsätzlich nicht mehr von der Vergabenachprüfungs-Instanz aufgehoben werden.

KG, Beschluss vom 10.02.2020, Az.: Verg 06/19; VergabeR 2020, 682 = NZBau 2021, 77

\*\*\*\*\*

#### 5. Berichtigung des Antragsgegners

1. Der Bieter kann sich, selbst wenn er anwaltlich vertreten ist, im Nachprüfungsantrag darauf beschränken, die Vergabestelle als unzutreffenden Antragsgegner zu nen-nen, sofern sich aus der Antragsschrift bzw. den Anlagen zweifelsfrei ergibt, welcher konkrete Beschaffungsvorgang bzw. welche Ausschreibung zu überprüfen gestellt wird, da in diesem Fall die Vergabekammer oder der Vergabesenat das Rubrum von Amts wegen berichtigt.
2. (...)

OLG Celle, Beschluss vom 31.03.2020, Az.: 13 Verg 13/19; NZBau 2021, 136 = ZfBR 2021, 96

\*\*\*\*\*

#### 6. E-Vergabe: Nutzung eines fremden Benutzerkontos ist kein Ausschlussgrund!

Wird das Angebot entgegen den Vergabeunterlagen nicht vom eigenen Benutzerkonto des Bieters oder des von ihm dazu Bevollmächtigten hochgeladen, verstößt das gegen

vom Auftraggeber aufgestellte Sicherheitsvorgaben. Ein solcher Verstoß stellt aber keinen zwingenden Ausschlussgrund dar.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.07.2020, Az.: Verg 6/20; IBR 2021, 370

\*\*\*\*\*

### 7. *Kein Ausschluss trotz Vorliegens von Ausschlussgründen*

1. Die Wertung der Angebote und die Entscheidung über eine Zuschlagserteilung bezüglich der Kooperationspartnerschaft der Stadtwerke hat der Gemeinderat vorzunehmen.
2. Mit der Abstimmung entsprechend den Vorgaben in den Vergabeunterlagen machen die Gemeinderatsmitglieder deutlich, dass sie mit dem Auswertungsvermerk nicht nur im Ergebnis, sondern auch mit dessen Ausführungen einverstanden sind. Die Gemeinderatsmitglieder müssen nicht nochmal die gleiche Gedankenführung für sich zu Papier bringen.
3. Der öffentliche Auftraggeber muss, wenn er die Tatbestandsvoraussetzungen einer Ausschlussvorschrift als erfüllt ansieht, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles prüfen und abwägen, ob der Ausschluss eine sachlich gerechtfertigte und mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vereinbarende Reaktion auf den Anlass wäre. Diese Ermessensentscheidung des Auftraggebers ist grundsätzlich lediglich darauf überprüfbar, ob nicht alle für die Entscheidung erheblichen Tatsachen ermittelt wurden, der Zweck der Ermächtigung verkannt, oder ob bewusst aus willkürlichen, unsachlichen Motiven gehandelt wurde.
4. Gemäß § 126 Nr. 2 GWB beträgt die Höchstdauer für die Möglichkeit eines Ausschlusses nach § 124 GWB drei Jahre ab dem betreffenden Ereignis, falls das Unternehmen keine oder keine ausreichenden Selbstreinigungsmaßnahmen ergriffen hat. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, dass der öffentliche Auftraggeber vor dem Ablauf der drei Jahre im Rahmen der Ermessensausübung dazu kommt, dass eventuelle Verstöße des Unternehmens der Bejahung einer Eignung nicht im Wege stehen.
5. Zweck der Ermessensausübung im Hinblick auf einen eventuellen Ausschluss eines Bieters ist nicht, ein etwaiges Fehlverhalten in der Vergangenheit zu sanktionieren, sondern zu prognostizieren, ob der Bieter trotz eines - unterstellten - Verstoßes ein geeigneter und zuverlässiger Partner des Kooperationsvertrags sein kann.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.12.2020, Az.: 15 Verg 9/20; NZbau 2021, 412

\*\*\*\*\*

### 8. *Vergaberechtmäßigkeit der Konzeptbewertung*

1. (...)
5. Die Vorschrift des § 160 III 1 Nr. 1 GWB lässt sich nicht entnehmen, dass der Bieter in jedem Fall eine Rüge vor dem Einreichen des Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer erheben muss, auch wenn dieser zur Verkürzung der ihm zustehenden Rügefrist führt, zumal mit Blick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes jedenfalls dann nicht an dem Erfordernis einer dem Nachprüfungsantrag vorgelagerten Rüge festgehalten werden kann, wenn der Antragsteller von dem Vergabefehler so spät erfährt, dass zu befürchten ist, dass er seine Rechte infolge der bevorstehenden Zuschlagerteilung nicht mehr geltend machen kann.

6. (...)

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.01.2021, Az.: 15 Verg 11/20; NZBau 2021, 560 = VergabeR 2021, 396 = IBR 2021, 532

\*\*\*\*\*

### 9. *Feststellungsinteresse für Fortsetzungsfeststellungsantrag*

1. Das für einen Fortsetzungsfeststellungsantrag notwendige Feststellungsinteresse kann gegeben sein, wenn der Antrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient, eine hinreichend konkrete, an objektiven Anhaltspunkten festzumachende Wiederholungsgefahr besteht oder die Feststellung zur Rehabilitierung des Bieters erforderlich ist, weil der angegriffenen Entscheidung ein diskriminierender Charakter zukommt.
2. Das Feststellungsinteresse ist mit der Umstellung der ursprünglichen Anträge auf den Feststellungsantrag explizit zu begründen.
3. Eine beabsichtigte Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen begründet ein Feststellungsinteresse nicht, wenn ein Schadensersatzverlangen erkennbar aussichtslos ist (vgl. u.a. OLG Düsseldorf, 30. April 2014, VII-Verg 35/13).

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.06.2021, Az.: Verg 43/20; VergabeR 2021, 743 = ZfBR 2022, 85

\*\*\*\*\*

### 10. *Erhöhte Dringlichkeit der vorzeitigen Zuschlagserteilung*

1. Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens ist ein konkretes formelles Vergabeverfahren, auf das sich die Eingriffsbefugnisse der Nachprüfungsinstanzen hinsichtlich der Maßnahmen der Vergabestelle beschränken; im Falle einer parallelen Neuausschreibung der Leistungen durch den öffentlichen Auftraggeber kann der Bieter primären Rechtsschutz gegen einen damit einhergehenden vermeintlichen Vergaberechtsverstoß daher allein in einem Nachprüfungsverfahren erlangen, welches sich auf die zweite Ausschreibung bezieht (Anschluss an OLG Naumburg, Beschluss vom 31. Juli 2006 - 1 Verg 6/06 und OLG Koblenz, Beschluss vom 10. April 2003 - 1 Verg 1/03).
2. Im Falle eines Verstoßes des öffentlichen Auftragsgebers gegen § 3 Abs. 7 Satz 3 und Abs. 9 VgV kommt eine Rechtsverletzung des Bieters gemäß § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB durch eine nationale statt eine europaweite Ausschreibung in Betracht, wenn er von dem Vergabeverfahren nur zufällig Kenntnis erlangt und ihm in der Folge die Angebotsfrist lediglich noch in verkürztem Umfang für die Erarbeitung einer Bewerbung zur Verfügung steht.
3. Von vornherein untauglich für die Begründung eines besonderen Beschleunigungsinteresses des Auftraggebers im Sinne von § 169 Abs. 2 GWB sind allgemein gehaltene Verweise auf die Bedeutung seiner Aufgaben auf regionaler oder nationaler Ebene, wenn davon insbesondere nicht der Bereich der Daseinsvorsorge oder nach der genannten Vorschrift in der Regel als überwiegend anzusehende Sicherheits- und Verteidigungsinteressen betroffen sind.
4. Bei einem Großvorhaben im Baubereich, das sich noch in der Anfangsphase befindet, lässt sich die Gestattung eines vorzeitigen Zuschlages nicht auf finanzielle Einbußen stützen, welche im Falle einer hinausgeschobenen Fertigstellung frühestens

in einigen Jahren zu erwarten wären, wenn die Möglichkeit der zwischenzeitlichen Kompensierung von Verzögerungen, die durch das anhängige Nachprüfungsverfahren eintreten, im weiteren Bauverlauf nicht ausgeschlossen ist.

5. Ebenso wenig kann für eine erhöhte Dringlichkeit der vorzeitigen Zuschlagserteilung die Dauer eines bereits vorangegangenen Vergabeverfahrens angeführt werden, weil ansonsten die Verzögerungen, welche durch die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu einer ersten Teilausschreibung für das Gesamtbauvorhaben verursacht wurden, den vorzeitigen Zuschlag ebenso bei allen noch ausstehenden Vergaben weiterer Leistungen bedingten und die §§ 155 ff. GWB für das restliche Projekt leer liefern.

OLG Rostock, Beschluss vom 16.09.2021, Az.: 17 Verg 7/21; ZfBR 2022, 87

\*\*\*\*\*

### III. Schadensersatz

#### 1. *Schadensersatz wegen rechtswidriger Aufhebung eines Vergabeverfahrens - Flüchtlingsunterkunft*

1. Verletzt der öffentliche Auftraggeber eine Rücksichtnahmepflicht im vorvertraglichen Schuldverhältnis, indem er ein Vergabeverfahren rechtswidrig aufhebt (hier: ohne einen Aufhebungsgrund nach § 17 Abs. 1 VOB/A), steht dem Bieter, auf dessen Angebot bei Vergabe des Auftrags der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre, ein Schadensersatzanspruch zu. Der Anspruch ist auf den Ersatz des Schadens gerichtet, der dem Bieter durch die mangelnde Beachtung der für das Verfahren und seine mögliche Aufhebung maßgeblichen Vorschriften entstanden ist.
2. Dieser zu ersetzende Schaden besteht grundsätzlich in den Aufwendungen, die der Bieter zur Wahrnehmung seiner Chance auf einen Zuschlag vorgenommen hat und hierzu für erforderlich halten durfte. Personalkosten für die Angebotserstellung sind dabei auch ohne konkreten Nachweis des Bieters, dass er ohne diesen Aufwand durch deren Tätigkeit anderweitig Einnahmen erwirtschaftet hätte, ersatzfähig.
3. Ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn das Vergabeverfahren mit einem Zuschlag abgeschlossen wird, der Zuschlag jedoch nicht demjenigen Bieter erteilt wird, auf dessen Angebot bei Beachtung der maßgeblichen vergaberechtlichen Vorschriften allein ein Zuschlag hätte erteilt werden dürfen.
4. Dem Abschluss eines Vergabeverfahrens mit dem Zuschlag an einen nicht zuschlagsberechtigten Bieter ist es gleichzustellen, wenn der öffentliche Auftraggeber ein wirtschaftlich und wertungsmäßig entsprechendes Ergebnis dadurch herbeiführt, dass er die Ausschreibung aufhebt, ohne dass ein anerkannter Aufhebungsgrund vorliegt, und den Auftrag außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens oder in einem weiteren Vergabeverfahren an einen Bieter vergibt, an den der Auftrag nach dem Ergebnis des aufgehobenen Vergabeverfahrens nicht hätte vergeben werden dürfen.
5. Voraussetzung hierfür ist, dass der später vergebene Auftrag bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise das gleiche Vorhaben und den gleichen Auftragsgegenstand betrifft und die Auftragsvergabe einem Zuschlag im aufgehobenen Vergabeverfahren an einen nicht zuschlagsberechtigten Bieter gleichzustellen ist. Dies ist namentlich der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht - im Hinblick auf die Vergabe an den Bieter mit dem annehmbarsten Angebot - aus sachlichen und willkürfreien Gründen aufgehoben hat, sondern um den

Auftrag außerhalb dieses Verfahrens an einen anderen Bieter vergeben zu können (Fortführung von BGH, Urteil vom 8. September 1998 - X ZR 99/96, juris Rn. 35 und BGH, Beschluss vom 20. März 2014 - X ZB 18/13, NZBau 2014, 310 Rn. 21 - Fahrbahnerneuerung I).

BGH, Urteil vom 08.12.2020, Az.: XIII ZR 19/19; BGHZ 228, 15 = BauR 2021, 817 = NZBau 2021, 279 = ZfBR 2021, 461 = VergabeR 2021, 295 = IBR 2021, 194 = IBR 2021, 195

\*\*\*\*\*

## 2. Auftraggeber muss Bieter vor sinnlosen Nachprüfungsverfahren bewahren

1. (...)
2. Der öffentliche Auftraggeber kann gemäß § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet sein, einen Bieter durch eine hinreichende Information vor der Einleitung eines sinnlosen Nachprüfungsverfahrens mit entsprechender Kostenfolge zu bewahren.
3. Nach einer Rücknahme des Nachprüfungsauftrages im Verfahren vor der Vergabekammer scheidet eine Auferlegung der antragstellerseits aufgewandten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten auf den Antragsgegner unter Verschuldensgesichtspunkten aus.
4. Richtet sich ein Rechtsmittel nur gegen die Kostenentscheidung der Vergabekammer (oder einen Teil davon), findet § 50 Abs. 2 GKG keine Anwendung; der Gegenstandswert ist in einem solchen Fall vielmehr in entsprechender Anwendung von § 3 ZPO nach freiem Ermessen festzusetzen.

OLG Koblenz, Beschluss vom 26.08.2020, Az.: Verg 5/20; ZfBR 2021, 189

\*\*\*\*\*

## D. GSB/BauFordSiG

### 1. Werkvertrag: Schadenersatzanspruch eines Subunternehmers gegen einen - insolventen - Auftraggeber

1. Macht ein Auftragnehmer aufgrund der Nichtzahlung seiner Abschlagsrechnung wegen der zweckwidrigen Verwendung von Baugeld einen Schadenersatzanspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 BauFordSiG geltend, kann der zwischenzeitlich insolvente Baugeldempfänger diesem Anspruch nicht entgegenhalten, es fehle an einem kausalen Schaden, weil die Abschlagsrechnung mit der Schlussrechnung ihre Wirkung verloren habe, die Zahlung auf die Schlussrechnung aber insolvenzrechtlich anfechtbar sei.
2. Dass eine Akontorechnung bereits Gegenstand eines gerichtlichen Vergleichs war, steht dem Anspruch eines Subunternehmers nicht entgegen, wenn der Vergleich der insolvenzrechtlichen Anfechtung unterliegt.
3. Wegen der Privilegierung eines Anspruchsinhabers nach § 302 Nr. 1 InsO kann ein Interesse an der Feststellung bestehen, dass zuerkannte Ansprüche aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung herrühren.

OLG Köln, Urteil vom 24.03.2021, Az.: 16 U 236/19; NZBau 2021, 459 = NJW-RR 2021, 805 = IBR 2021, 416

\*\*\*\*\*

## 2. Nur bereits erbrachte Leistungen fallen in Schutzbereich des BauFordSiG

Der Anspruch auf Vergütung der nicht erbrachten Leistung nach freier Kündigung (§ 648 BGB) ist vom Schutzzweck des § 1 BauFordSiG nicht erfasst.

OLG Köln, Urteil vom 23.06.2021, Az.: 11 U 266/19; BauR 2022, 120 = ZfBR 2022, 45 = IBR 2021, 630

\*\*\*\*\*

## 3. Nachunternehmer kann keine Einsicht in die Insolvenzakte nehmen!

Ein Nachunternehmer hat gegenüber dem Insolvenzverwalter über das Vermögen des Generalunternehmers keinen Anspruch auf Einsicht in die Insolvenzakte, um prüfen zu können, ob Baugeld zweckwidrig verwendet wurde, um einen Schadensersatzanspruch gegen den früheren Geschäftsführer des Generalunternehmers geltend zu machen.

LG München I, Urteil vom 25.03.2021, Az.: 11 O 17663/20; IBR 2021, 518

\*\*\*\*\*

## E. Architekten-/Ingenieurrecht (Auswahl)

### I. Allgemein

#### 1. Unwirksamkeit einer Architektenvertragsklausel über Zutrittsrecht für Fotoaufnahmen

##### 1. Die in Musterverträgen zugunsten von Architekten verwendete Klausel

*Der Auftragnehmer ist berechtigt - auch nach Beendigung dieses Vertrags - das Bauwerk oder die bauliche Anlage in Abstimmung mit dem Auftraggeber zu betreten, um fotografische oder sonstige Aufnahmen zu fertigen.*

ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, weil sie bei der gebotenen objektiven Auslegung den Vertragspartner des Architekten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

##### 2. Der Auftragnehmer ist berechtigt – auch nach Beendigung dieses Vertrags – das Bauwerk oder die bauliche Anlage in Abstimmung mit dem Auftraggeber zu betreten, um fotografische oder sonstige Aufnahmen zu fertigen.

BGH, Urteil vom 29.04.2021, Az.: I ZR 193/20; BauR 2021, 1825 = NZBau 2021, 733 = ZfBR 2021, 857 = IBR 2021, 522

\*\*\*\*\*

### II. Vertragsschluss/Leistungsumfang

#### 1. Honorarschlussrechnung bezahlt: Tragwerksplanerleistung abgenommen?

##### 1. Beim Werk eines Tragwerksplaners liegt eine konkludente Abnahme vor, wenn der Auftraggeber dessen Pläne entgegennimmt und ihm gegenüber zu erkennen gibt, er wolle die Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht billigen.

2. Die schnelle Bezahlung der - nicht als solche bezeichneten - Honorarschlussrechnung lässt vor allem bei Laien nicht auf den erforderlichen Abnahmewillen schließen. Dem Auftraggeber ist vielmehr eine angemessene Prüffrist zuzugestehen.
3. Bei der Leistung eines Tragwerksplaners beträgt die angemessene Prüffrist mindestens drei Monate ab Rechnungsstellung.

OLG Frankfurt, Urteil vom 29.07.2019, Az.: 29 U 201/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.10.2020, Az.: VII ZR 201/19); IBR 2021, 418

\*\*\*\*\*

### III. Vergütungsrecht/Verjährung

#### 1. Anwendung der HOAI auf Verträge zwischen Privaten

Das Unionsrecht ist dahin auszulegen, dass ein nationales Gericht, bei dem ein Rechtsstreit anhängig ist, in dem sich ausschließlich Privatpersonen gegenüberstehen, nicht allein aufgrund dieses Rechts verpflichtet ist, eine nationale Regelung unangewendet zu lassen, die unter Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. g und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt Mindesthonorare für die Leistungen von Architekten und Ingenieuren festsetzt und die Unwirksamkeit von Vereinbarungen vorsieht, die von dieser Regelung abweichen, jedoch unbeschadet zum einen der Möglichkeit dieses Gerichts, die Anwendung der Regelung im Rahmen eines solchen Rechtsstreits aufgrund des innerstaatlichen Rechts auszuschließen, und zum anderen des Rechts der durch die Unvereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Unionsrecht geschädigten Partei, Ersatz des ihr daraus entstandenen Schadens zu verlangen.

EuGH, Urteil vom 18.01.2022, Az.: C-261/20

\*\*\*\*\*

#### 2. Treuwidrigkeit einer „Aufstockungsklage“ bei Unwirksamkeit einer die HOAI-Mindestsätze unterschreitenden Pauschalhonorarvereinbarung

Die Nachforderung eines Architektenhonorars auf der Basis der HOAI-Mindestsätze mittels einer sog. „Aufstockungsklage“ kann treuwidrig und rechtsmissbräuchlich i.S.d. § 242 BGB sein, wenn sie darauf beruht, die vom nachfordernden Architekten selbst initiierte – die HOAI-Mindestsätze unterschreitende – Pauschalhonorarvereinbarung sei unwirksam, weil sie gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen habe (hier Treuwidrigkeit bejaht).

OLG Celle, Urteil vom 10.08.2020, Az.: 14 U 54/20; BauR 2020, 1967 = NZBau 2021, 48 = IBR 2020, 596

\*\*\*\*\*

#### 3. Indizienschluss zu Architektenleistungen in Schwarzarbeit

1. (...)
5. Die Vorschriften des § 7 I und V HOAI sind aus europarechtlichen Gründen nicht mehr anzuwenden.

6. Auf einen Verstoß gegen die Formvorschrift des § 7 V HOAI kann sich der Architekt unabhängig davon aus Treu und Glauben nicht berufen, weil er dafür zuständig ist, für die Einhaltung der Form zu sorgen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.11.2020, Az.: I-22 U 73/20; BauR 2021, 1489 = NZBau 2021, 265

\*\*\*\*\*

#### 4. *Europäische Dienstleistungsrichtlinie wirkt sich auf Vertragsverhältnisse, die vor dem 28.12.2009 entstanden sind, nicht aus*

1. Die Dienstleistungsrichtlinie findet keine Anwendung auf Vertragsverhältnisse, die während der Umsetzungsfrist der Richtlinie gem. Art. 44 Abs. 1 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt vor dem 28. Dezember 2009 entstanden sind. Das Urteil des europäischen Gerichtshofs vom 4. Juli 2019 - C-377/17 – betrifft daher grundsätzlich keine Sachverhalte, auf die die HOAI 1996/2002 Anwendung findet.
2. Ein der HOAI 1996/2002 unterfallender rein innerstaatlicher Sachverhalt ist grundsätzlich nicht gem. Art. 49 AEUV (ehemals Art. 43 EGV - Niederlassungsfreiheit) und auch nicht gem. Art. 56 AEUV (ex-Artikel 49 EGV - Dienstleistungsfreiheit) auf seine diesbezügliche Vereinbarkeit mit europäischem Recht zu überprüfen (entgegen OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. Januar 2020 - 21 U 21/19).
3. Mit der auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 4. Juli 2019 - C-377/17 - in die Wege geleiteten Änderung des ArchLG und der HOAI (Entfall der Mindest- und Höchstsätze) hat der Gesetz-/Verordnungsgeber gezeigt, welche Regelung er getroffen hätte, wenn er erkannt hätte, dass die Mindestsätze der HOAI 2009 und 2013 gegen höherrangiges EU-Recht verstoßen. Zusammen mit der vom EuGH positiv festgestellten Europarechtswidrigkeit liegt somit eine für eine teleologische Reduktion erforderliche planwidrige Regelungslücke vor.
4. Im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung oder Rechtsfortbildung findet der verbindliche Preisrahmen der HOAI 2009 und 2013 auch „zwischen Privaten“ keine Anwendung (entgegen BGH, Beschluss vom 14. Mai 2020 - VII ZR 174/19; OLG Dresden, Beschluss vom 30. Januar 2020 - 10 U 1402/17; OLG Hamm, Urteil vom 23. Juli 2019 - I-21 U 24/18).

OLG Celle, Hinweisbeschluss vom 09.12.2020, Az.: 14 U 92/20; BauR 2021, 581 = IBR 2021, 82 = IBR 2021, 83

\*\*\*\*\*

#### 5. *Honoraranspruch bei teilweise nicht erbrachter Leistungen, Anforderungen an Planung*

1. Soweit Architektenleistungen teilweise nicht erbracht werden, entfällt der Honoraranspruch des Architekten ganz oder teilweise nur dann, wenn der Tatbestand einer Regelung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts des BGB oder des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts erfüllt ist, welcher den Verlust oder die Minderung der Honorarforderung als Rechtsfolge vorsieht. Erforderlich sind Leistungen, welche selbstständige Teilerfolge bzw. Arbeitsschritte darstellen.
2. (...)



OLG Hamm, Urteil vom 28.01.2021, Az.: 21 U 68/14; NZBau 2021, 389 = NJW-RR 2021, 389

\*\*\*\*\*

6. *EuGH-Urteil gilt nicht für die HOAI 1996!*

Das Urteil des EuGH vom 04.07.2019 (IBR 2019, 436) betrifft keine Sachverhalte, auf die die HOAI 1996 Anwendung findet.

OLG Hamm, Beschluss vom 16.03.2021, Az.: 24 U 101/20; BauR 2021, 1842 = NZBau 2021, 613 = NJW-RR 2021, 1528 = IBR 2021, 303

\*\*\*\*\*

7. *§ 4 Abs. 1 HOAI steht die Dienstleistungsfreiheit oder die Niederlassungsfreiheit nicht entgegen*

1. Begehrt ein Architekt in Abkehr von dem vereinbarten Pauschalhonorar die Aufstockung seiner Vergütung auf der Basis der Mindestsätze, ist § 4 Abs. 1 HOAI 1996/2002 anwendbar.
2. Diese Regelung verstößt nicht gegen Art. 15 Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt (nachfolgend: Dienstleistungsrichtlinie), denn als die Umsetzungsfrist der Dienstleistungsrichtlinie am 28. Dezember 2009 endete, war die HOAI 1996/2002 bereits durch die HOAI 2009 abgelöst.
3. Der Geltung des § 4 Abs. 1 HOAI 1996/2002 steht vorliegend auch nicht das europäische Primärrecht in Form der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) oder der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) entgegen.
4. Ein grenzüberschreitender Bezug ist hier nicht gegeben, weil beide Parteien Inländer sind, das Bauprojekt nicht öffentlich ausgeschrieben war und kein solches Ausmaß oder Prestige aufwies, dass es eine grenzüberschreitende Attraktivität gezeigt hätte.
5. Stellt ein ausländischer Architekt fest, dass er sich einerseits mit günstigen Angeboten den Zugang zu dem deutschen Markt erschließen und andererseits „im Notfall“ doch auf ein Mindesthonorar zugreifen kann, hat dies keine Wirkung, die den Markteintritt behindert.
6. Im Hinblick darauf, dass die HOAI 1996/2002 nicht mehr in Kraft ist, ist nicht ersichtlich, in wieweit Sachverhalte und Entscheidungen hierzu die Entscheidung beeinflussen können, ob sich ein Architekt aktuell in Deutschland niederlässt oder hier seine Dienstleistung erbringt

OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.06.2021, Az.: 5 U 222/19; BauR 2021, 1629 = NZBau 2021, 677 [Ls.] = NJW-RR 2021, 1178 = IBR 2021, 524

\*\*\*\*\*

8. *§ 4 Abs. 1 HOAI steht die Dienstleistungsfreiheit oder die Niederlassungsfreiheit nicht entgegen*

1. Ein Aufstockungsverlangen führt nicht zum Erfolg, weil es sich auf irreparabel unionsrechtswidrige HOAI-Mindestsätze stützt.

2. Im Falle einer Person, die nicht Architekt ist, ist ein Aufstockungsverlangen auch treuwidrig, wenn nicht darauf hingewiesen wird, dass Architektenleistungen nach den HOAI-Mindestsätzen abgerechnet werden.

OLG München, Beschluss vom 29.07.2021, Az.: 9 U 3342/20; BauR 2021, 1982 = IBR 2021, 566

\*\*\*\*\*

#### 9. *Umbauszuschlag von 0 % kann trotz der Fiktionen in der HOAI wirksam vereinbart werden*

1. Eine schriftliche Vereinbarung, nach der zwischen den Parteien ein Umbauszuschlag von 0% vereinbart worden ist, steht den Fiktionen von § 35 Abs. 1 Satz 2 HOAI 2009 und § 6 Abs. 2 Satz 4 HOAI 2013 nicht entgegen, so dass der Auftragnehmer auch nachträglich keinen weiteren Umbauszuschlag fordern kann.
2. Mehrkosten aufgrund von Bauzeitverlängerungen sind konkret darzulegen. Schätzungen auf der Basis von Durchschnittswerten sind nicht ausreichend.
3. Ein wichtiger zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Grund liegt vor, wenn das Erbringen von vertraglich geschuldeten Leistungen von einer weiteren Vertragsergänzung abhängig gemacht wird.

OLG Celle, Urteil vom 06.10.2021, Az.: 14 U 39/21; ZfBR 2022, 49 = IBR 2021, 633, 635

\*\*\*\*\*

## IV. Haftungsrecht

### 1. *Keine Schadensberechnung anhand fiktiver Mängelbeseitigungskosten*

Der Auftraggeber kann im Rahmen seines Schadensersatzanspruchs gegen den Architekten hinsichtlich der von diesem zu vertretenden Planungs- und Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, seinen Schaden nicht nach den (noch) nicht angefallenen fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen (Fortführung BGH, 22. Februar 2018, VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1).

BGH, Urteil vom 24.09.2020, Az.: VII ZR 91/18; BauR 2021, 279 = NZBau 2021, 39 = NJW-RR 2020, 1471

\*\*\*\*\*

### 2. *Verjährung bei stufenweiser Beauftragung?*

1. Umfasst der Ingenieurvertrag nur die Erbringung der Leistungen entsprechend den Leistungsphasen 1 bis 4 (Grundlagenermittlung, Vor-, Entwurfs- und Genehmigungsplanung), kommt eine Abnahme der Ingenieurleistung erst in Betracht, wenn das Bauwerk vollendet ist.
2. Wird ein Ingenieur stufenweise mit der Erbringung verschiedener Leistungsphasen beauftragt, verjähren die Mängelansprüche des Auftraggebers nicht einheitlich. Etwas anderes gilt, wenn trotz stufenweiser Beauftragung von einem einheitlichen Vertragsverhältnis auszugehen ist.

3. Die Verjährung der Mängelansprüche wird gehemmt, wenn zwischen dem Auftraggeber und dem Ingenieur Verhandlungen schweben. Das setzt einen Meinungsaustausch voraus. Die Mitteilung des Ingenieurs über die Einschaltung seiner Haftpflichtversicherung genügt hierfür nicht. Vielmehr ist es erforderlich, aber auch ausreichend, wenn der in Anspruch Genommene Erklärungen abgibt, die dem Geschädigten die Annahme gestatten, der Verpflichtete lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des geltend gemachten Anspruchs ein.

OLG Köln, Urteil vom 28.03.2018, Az.: 17 U 110/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 27.01.2021, Az.: VII ZR 97/18); IBR 2021, 474

\*\*\*\*\*

### 3. *Nur einzelne Grundleistungen übertragen: Höhe des Architektenhonorars?*

1. (...)
2. Auch wenn Grundleistungen einer Leistungsphase nur unvollständig bzw. mangelhaft erbracht werden, kommt eine Minderung nur in Betracht, wenn der Tatbestand einer Regelung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts oder des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts erfüllt ist, die den Verlust oder die Minderung der Honorarforderung als Rechtsfolge vorsieht.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019, Az.: 15 U 27/18 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 23.09.2020, Az.: VII ZR 280/19); IBR 2021, 244

\*\*\*\*\*

### 4. *Planungsfehler wegen arbeitsschutzwidriger Belüftungsmöglichkeiten*

1. (...)
2. Bei der Planung eines Neubaus für Arbeitsstätten kann der Auftraggeber grundsätzlich erwarten, dass die geltenden Anforderungen der technischen Regeln zum Arbeitsschutz eingehalten werden.
3. Ein Anspruch des Auftraggebers auf Zahlungen eines Quasi-Vorschusses gegen den Architekten ist ausgeschlossen, wenn er eine Mangelbeseitigung nicht beabsichtigt. Das kann allerdings weder aus dem anfänglichen Verlangen nach fiktivem Schadensersatz noch aus einer langen Prozessdauer ohne Mangelbeseitigung hergeleitet werden.
4. Der Schadensersatzanspruch bei vom Architekten zu vertretender Planungs- oder Überwachungsfehler wegen Mängeln des Bauwerks, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, richtet sich ausschließlich nach §§ 634, 280 Abs. 1 BGB. Es handelt sich um einen Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB, denn die Mängel des Bauwerks (hier zu geringe Fensteröffnungen zur Lüftung von Arbeitsstätten) können durch Nacherfüllung der Architektenleistung nicht mehr beseitigt werden. Architekten steht nach Errichtung des Gebäudes im Grundsatz kein Recht auf Nacherfüllung zu.

OLG Brandenburg, Urteil vom 27.01.2021, Az.: 4 U 86/19; BauR 2021, 1984 = NZBau 2021, 681 = NJW-RR 2021, 807 = IBR 2021, 247

\*\*\*\*\*

5. *Architektenverantwortung im Brandschutz trotz Beauftragung eines Sonderfachmanns*

1. Ein Architekt muss grundsätzlich im Rahmen der konstruktiven Gebäudeplanung auch die Anforderungen an den Brandschutz berücksichtigen, wobei sich der Umfang der diesbezüglichen Leistungspflichten an dem jeweiligen Objekt sowie der Frage orientiert, ob die von dem Architekten zu erwartenden Kenntnisse eine Bearbeitung ermöglichen.
2. Die Einschaltung eines Sonderfachmanns für den Brandschutz durch den Auftraggeber entbindet den Architekten nach Maßgabe dessen nicht von der Pflicht, sich darüber zu vergewissern, ob der Sonderfachmann entsprechend den örtlichen Gegebenheiten zutreffende bautechnische Vorgaben gemacht hat.
3. Kommt der Architekt dieser Pflicht nicht nach und erkennt er infolgedessen eine offensichtliche Unvollständigkeit des Brandschutzkonzepts nicht, kann er sich in Bezug auf einen hieraus resultierenden Schaden nicht auf ein anspruchsminderndes Mitverschulden des Auftraggebers auf Grund einer Zurechnung des Verschuldens des Sonderfachmanns für den Brandschutz berufen.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 27.01.2021, Az.: 2 U 39/20; BauR 2021, 1334 = NZBau 2021, 610 = NJW 2021, 2219 = ZfBR 2021, 549 = IBR 2021, 308

\*\*\*\*\*

6. *Honoraranspruch bei teilweise nicht erbrachter Leistungen, Anforderungen an Planung*

1. (...)
2. Im Rahmen der Leistungsphase 5 ist der Architekt verpflichtet, die Ausführungsdetails umfassend zeichnerisch darzustellen. Das wird im Regelfall bedeuten, dass für alle Gewerke Ausführungspläne erstellt werden müssen, dass für zahlreiche Gewerke sogar darüber hinaus bis ins Einzelne und in Kleinigkeiten geplant werden muss. Fertigt der Architekt die für die einzelnen Gewerke notwendigen Ausführungspläne nicht, dann liegt insoweit ein Planungsfehler vor.
3. Wichtige Details der Ausführung erfordern eine entsprechende Detailplanung, wie z.B. die Hinterlüftung von Fassadenelementen. Manche Einzelheiten können in zuverlässiger Weise erst im Rahmen der Überwachung an Ort und Stelle angegeben werden und bedürfen nicht der Einzeldarstellung im Rahmen der Ausführungsplanung. Dabei kann es sich aber nur um solche Leistungen handeln, die von weniger großer Bedeutung sind.
4. Bei Problemen der Feuchtigkeitsisolierung und Wärmedämmung muss die Ausführungsplanung bis ins kleinste Detail, notfalls bis zum Maßstab 1:1 gehen. Insbesondere bei einem Zusammenspiel von verschiedenen Leistungsbereichen muss detailgenau geklärt werden, wie z.B. Materialübergänge und -anschlüsse zu lösen sind und in welchem Verantwortungsbereich welcher Detailbereich liegt.
5. Handwerkliche Selbstverständlichkeiten, insbesondere auch technische Regeln, die zum handwerklichen Grundwissen gehören, müssen in der Ausführungsplanung nicht ausführlich beschrieben werden. Eine verbindliche Angabe, was zu den handwerklichen Selbstverständlichkeiten gehört, ist nicht möglich.
5. Es kann ein hälftiges Mitverschulden des Bauherrn darstellen, wenn die auf mangelhafter Planung beruhenden Ausführungsfehler bei einer ordnungsgemäßen Ausschreibung und Bauüberwachung vermieden worden wären.

OLG Hamm, Urteil vom 28.01.2021, Az.: 21 U 68/14; NZBau 2021, 389 = NJW-RR 2021, 408 = IBR 2021, 415

\*\*\*\*\*

### 7. Keine Regiekosten bei zur Nacherfüllung bereitem Architekten

1. Wird in einer zum Bestandteil eines Architektenvertrags gemachten Betriebsbeschreibung des zu errichtenden Gebäudes angegeben, dass behindertengerechte, barrierefreie Wohnungen und Zugänge geboten werden sollen, ist das als Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich des Architektenwerks anzusehen. Deren konkreter Inhalt ist durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB anhand gesetzlicher und technischer Normen zu ermitteln, die sich zu Anforderungen an Barrierefreiheit und Behindertengerechtigkeit von Wohngebäuden verhalten.
2. Wird diese vereinbarte Beschaffenheit des Bauwerks durch die Planung und Bauüberwachung nicht gewährleistet, liegt ein Mangel des Architektenwerks vor, aufgrund dessen dem Auftraggeber gegen den Architekten gem. § 280 Abs. 1, § 634 Nr. 4 BGB ein auf Vorfinanzierung der Mängelbeseitigungskosten gerichteter Schadensersatzanspruch zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17, IBR 2018, 197).
3. War der haftende Architekt mit Planungsleistungen erst ab der Leistungsphase 5 beauftragt, weil zuvor durch einen anderen Architekten die Genehmigungsplanung und Teile der Ausführungsplanung erstellt worden waren, die grundsätzlich übernommen und integriert werden sollten, muss sich der Auftraggeber gem. § 254 Abs. 1, § 278 BGB ein Mitverschulden wegen Fehlern der seinerseits gestellten Planung anrechnen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juli 2016, IBR 2016, 527). Soweit eine rechtzeitige Korrektur von in der übernommenen Planung enthaltenen Fehlern schon bei der ursprünglichen Bauausführung zu erhöhten Baukosten geführt hätte, sind außerdem diese Mehrkosten als Sowieso-Kosten anspruchsmindernd zu berücksichtigen.
4. Der gegen den Architekten gerichtete Schadensersatzanspruch umfasst nicht Regiekosten, mit denen die Kosten von Planung und Überwachung der Mängelbeseitigung abgedeckt werden sollen, wenn dessen Auftrag die Leistungsphase 9 umfasst und die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung gem. § 280 Abs. 1, § 281 BGB nicht vorliegen, weil der Architekt eine erforderliche Umplanung grundsätzlich als Nacherfüllung gem. § 635 Abs. 1 BGB sowie die Überwachung der Mängelbeseitigung als Grundleistung der Leistungsphase 9 schuldet.

OLG Hamm, Urteil vom 28.01.2021, Az.: 21 U 54/19; BauR 2022, 133 = NZBau 2021, 462 = NJW-RR 2021 675 = ZfBR 2021, 419 = IBR 2021, 306

\*\*\*\*\*

### 8. Bauzeitennachtrag wegen Planerverzugs bezahlt: Planer muss Schaden ersetzen!

Kommt es aufgrund einer verzögerten Planung zu Bauablaufstörungen, darf der Auftraggeber auch ungeschlüssig dargelegte Bauzeitverlängerungsansprüche der Bauunternehmer (teilweise) bezahlen, wenn feststeht, dass die Forderung zumindest dem Grunde nach besteht und die Zahlung der Höhe nach angemessen ist. Der haftende Planer schuldet Schadensersatz aber nur Zug um Zug gegen die Abtretung etwaiger Rückzahlungsansprüche.

OLG München, Urteil vom 13.04.2021, Az.: 9 U 2715/20 Bau; IBR 2021, 363

\*\*\*\*\*

9. *Verjährungsbeginn bei vor der Abnahme entstandenen Schadensersatzansprüchen*

1. Die Frage, ob der Bauherr im Falle korrekter Berechnung der Energieersparnis von der Beauftragung einer Solaranlage Abstand genommen hätte oder diese gleichwohl in Auftrag gegeben hätte, gehört zur haftungsausfüllenden Kausalität.
2. Auch für die Haftung wegen der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten eines Planers gilt die Verjährungsregelung gemäß § 634a BGB. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme, auch wenn die Mängelansprüche bereits vor der Abnahme entstanden sind.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.10.2021, Az.: 22 U 66/21; ZfBR 2022, 54 = IBR 2021, 638

\*\*\*\*\*

F. **Bauträgerrecht**

1. *Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist und bleibt Erwerbersache!*

Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrags verwendete Klausel ist nicht nur dann unwirksam, wenn die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Bauträger selbst als Erstverwalter erfolgen kann, sondern auch dann, wenn die Abnahme durch einen Sachverständigen ermöglicht wird, der durch den Bauträger selbst oder eine in seinem Lager stehende Person benannt und beauftragt wird.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.04.2018, Az.: 12 U 197/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.12.2020, Az.: VII ZR 113/18); IBR 2021, 130

\*\*\*\*\*

2. *Wer genau nach den Plänen baut, baut immer noch nicht mangelfrei!*

1. Auch vor Abnahme richtet sich der Erfüllungsanspruch auf die Herstellung eines mangelfreien Bauwerks.
2. Die Übereinstimmung der tatsächlichen Ausführung mit den genehmigten Plänen entbindet den Bauträger nicht von seiner Verpflichtung, ein mangelfreies und funktionstaugliches Werk herzustellen. Ist dies mit den genehmigten Plänen nicht möglich, bedarf es einer Planänderung.
3. Der Erwerber muss sich nicht auf unbestimmte Zeit mit einem Provisorium zufriedengeben. Er hat Anspruch auf Erfüllung, d. h. auf Herstellung einer mangelfreien Bauleistung.
4. Grundsätzlich legt der Bauträger fest, wie er einen Mangel beseitigt. Etwas anderes gilt, wenn nur eine Möglichkeit der Nacherfüllung besteht.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 28.10.2019, Az.: 6 U 1114/18; IBR 2021, 78

\*\*\*\*\*

### 3. Kann nur der Bauerrichtungsteil gekündigt werden?

1. Ein Bauträgervertrag kann gegenüber dem vertragstreuen Bauträger zwar nicht (frei) gekündigt werden, da dieser eine einheitliche Abwicklung des aus werk- und kaufvertraglichen Elementen bestehenden Vertrags gebietet.
2. Anderes gilt jedoch, wenn der Bauträger dem Erwerber einen wichtigen Grund zur Kündigung der Bauleistung gibt. Dann kann es geboten sein, dem Erwerber sowohl das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund zu gewähren als auch den Anspruch auf Übereignung des Grundstücks bzw. des Miteigentumsanteils zu belassen.
3. Der Erwerber kann die Übereignung unter Anrechnung der für das Grundstück und das bis dahin erstellte Bauwerk geleisteten Zahlungen verlangen.
4. Ein wichtiger Kündigungsgrund liegt vor, wenn die Umstände aus Sicht des Erwerbers den Schluss zulassen, dass der Bauträger seine Leistungspflichten nicht erfüllen wird. Der Erwerber kann sein Recht zur außerordentlichen Kündigung darauf stützen, dass der Bauträger seine Weiterarbeit ernsthaft und endgültig von der Zahlung einer weiteren Vergütung abhängig gemacht hat, auf die er eindeutig keinen Anspruch hat.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.11.2019, Az.: 21 U 4/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.10.2020, Az.: VII ZR 296/19); IBR 2021, 415

\*\*\*\*\*

### 4. Anwendung von Kaufrecht auf den Erwerb von teilsaniertem Altbau

1. Im Zusammenhang mit dem Erwerb eines sanierten Altbaus ist insgesamt Werkvertragsrecht anzuwenden, wenn der Erwerb des Grundstücks mit einer umfassenden Herstellungsverpflichtung hinsichtlich des Gebäudes verbunden ist. Die vertraglich übernommenen Bauleistungen müssen nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar sein.
2. Die Wiederinstandsetzung des Gebäudes unter weitgehender Beibehaltung des ursprünglichen Raum- und Nutzungskonzepts ohne Veränderung des Gebäudecharakters erfüllt nicht die Voraussetzungen einer Neuerrichtung. Sind die vertraglich übernommenen Bauleistungen nicht einer Neuerrichtung vergleichbar, findet Kaufrecht Anwendung.
3. In einem Individualvertrag können die Parteien wirksam den Ausschluss der verschuldensunabhängigen Sachmängelgewährleistung für Mängel der von der Modernisierung unberührt gebliebenen Altbausubstanz vereinbaren. Eine notarielle Belehrung über Umfang und Bedeutung des Gewährleistungsausschlusses ist auch dann nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses, wenn dieser in einer formelhaften Klausel enthalten ist (BGH, Urt. v. 06.10.2005 – VII ZR 117/04, BauR 2006, 99).

OLG Jena, Urteil vom 30.04.2020, Az.: 8 U 674/19; BauR 2021, 720 = IBR 2021, 77

\*\*\*\*\*

### 5. Schlussrate auf Notaranderkonto!

1. (...)

2. Eine vorformulierte Klausel in einem Bauträgervertrag, wonach der Erwerber die letzte Kaufpreisrate vor Übergabe des Kaufgegenstandes auf ein Notaranderkonto zu zahlen hat, ist gem. § 309 Nr. 2 Buchst. a) BGB unwirksam, weil sie den Erwerber im Streitfall zwingt, zur Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen auf Freigabe der hinterlegten Schlussrate zu klagen, anstatt sich gegenüber dem Vergütungsanspruch des Bauträgers auf Minderungs- oder Leistungsverweigerungsrechte berufen zu können.

OLG Hamburg, Urteil vom 16.07.2020, Az.: 8 U 61/19; BauR 2021, 1954 = NZBau 2021, 109 = NJW-RR 2021, 90 = IBR 2020, 525

\*\*\*\*\*

#### 6. Gemeinschaftseigentum nicht abgenommen: Erfüllungsansprüche nach 10 Jahren verjährt!

1. Der Bauträger ist zur Leistungsverweigerung berechtigt, wenn die Erfüllungsansprüche der Erwerber aus den Bauträgerverträgen, die der Errichtung des Objekts zu Grunde liegen, verjährt sind.
2. Ist eine Abnahme des Objekts nicht erfolgt, verjähren die Erfüllungsansprüche der Erwerber 10 Jahre nach Vertragsschluss.

OLG Köln, Urteil vom 21.08.2020, Az.: 19 U 5/20; BauR 2021, 1486 = ZfBR 2021, 263 = IBR 2021, 131

\*\*\*\*\*

#### 7. AGB-Klauseln im Schlüsselfertigbau

1. Nachfolgende Klauseln halten einer AGB-Kontrolle nicht stand:
  - a. „Der AN kann die in den Vertragsunterlagen genannten Fabrikate und Materialien durch gleichwertige Leistungen ersetzen, wenn der AG dem zustimmt. Der AG darf seine Zustimmung nur aus wichtigem Grund verweigern.“
  - b. (...)
  - c. „AG und AN sind sich darüber einig, dass die als Anlage 1 beigefügte Baubeschreibung so ausführlich und hinreichend gefasst ist, dass das Bauvorhaben nach den Bestimmungen dieses Vertrages hergestellt werden kann und sie damit auch den Anforderungen gem. §§ 650j, 650k BGB entspricht.“
  - d. (...)
  - h. „Der Auftraggeber verpflichtet sich, Abschlagszahlungen nach den Bestimmungen dieses Zahlungsplans zu leisten. Abschlagszahlungen sind in Höhe des folgenden prozentualen Anteils des Pauschal festpreises gem. Ziffer 7.1 des Vertrags und jeweils zu folgenden Zeitpunkten an den Arbeitnehmer zu leisten:

1. Aushändigung der Bauantragsunterlagen: 10 % des Pauschal festpreises

Die weiteren Abschlagszahlungen des nach Zahlung gemäß vorstehender Ziffer 1 noch verbleibenden Rest-Pauschal festpreises einschließlich Bemusterung (d.h. 100 % der Differenz zwischen dem Pauschal festpreis und dem gemäß Ziffer 1 bereits gezahlten Betrag) werden bei Fertigstellung folgender Baustufen in folgender prozentualer Verteilung zur Zahlung fällig:



2. Baugrubenaushub 5 % des Rest-Pauschalpreises
3. Bodenplatte 5 % des Rest-Pauschalpreises
4. Erdgeschossdecke 10 % des Rest-Pauschalpreises
5. Richten des Dachstuhls 15 % des Rest-Pauschalpreises
6. Fenster 15 % des Rest-Pauschalpreises
7. Rohinstallation Sanitär + Heizung 10 % des Rest-Pauschalpreises
8. Innenputz 15 % des Rest-Pauschalpreises
9. Estrich 10 % des Rest-Pauschalpreises
10. Fliesen 10 % des Rest-Pauschalpreises
11. Abnahme 5 % des Rest-Pauschalpreises“

i. (...)

2. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 28.10.2020, Az.: 29 U 146/19; BauR 2021, 554 = NZBau 2021, 328 = IBR 2021, 19 = IBR 2021, 75

\*\*\*\*\*

## G. Wohnungseigentumsrecht

### 1. „Werdender Eigentümer“ nach Aufteilung durch Teilungsvertrag

Bei einer Aufteilung durch Teilungsvertrag gemäß § 3 WEG aF kann derjenige, der seine Einheit von einem der teilenden Eigentümer erwirbt, als werdender Wohnungseigentümer anzusehen sein; das kommt jedenfalls dann in Betracht, wenn aus objektiver Erwerbersicht eine strukturelle Vergleichbarkeit mit einer einseitigen Aufteilung gemäß § 8 WEG aF durch einen Bauträger gegeben ist, weil das Gebäude seitens der teilenden Eigentümer errichtet oder grundlegend saniert und zumindest ein Teil der Einheiten im Zuge der Aufteilung veräußert werden soll.

BGH, Urteil vom 07.05.2021, Az.: V ZR 33/20; BauR 2021, 1129 = ZfBR 2021, 539

\*\*\*\*\*

### 2. Grundsätzlich fortbestehende Prozessführungsbefugnis eines einzelnen Wohnungseigentümers bei vor dem 1.12.2020 begonnenen Verfahrens

1. Für die bereits vor dem 1. Dezember 2020 bei Gericht anhängigen Verfahren besteht die Prozessführungsbefugnis eines Wohnungseigentümers, der sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebende Rechte geltend macht, über diesen Zeitpunkt hinaus in Anwendung des Rechtsgedankens des § 48 Abs. 5 WEG fort, bis dem Gericht eine schriftliche Äußerung des nach § 9b WEG vertretungsberechtigten Organs über einen entgegenstehenden Willen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zur Kenntnis gebracht wird.

2. (...)

BGH, Urteil vom 07.05.2021, Az.: V ZR 299/19; BauR 2021, 1509 = NJW-RR 2021, 1170 = ZfIR 2021, 433

\*\*\*\*\*

3. *Kein Zahlungsanspruch eines einzelnen Wohnungseigentümers bei Beeinträchtigung von Gemeinschafts- und Sondereigentum*

1. Nach der zum 1. Dezember 2020 in Kraft getretenen Neufassung des Wohnungseigentumsgesetzes kann ein Wohnungseigentümer Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche gemäß § 1004 BGB und § 14 Abs. 2 Nr. 1 WEG, die auf die Abwehr von Störungen im räumlichen Bereich seines Sondereigentums gerichtet sind, weiterhin auch dann selbst geltend machen, wenn zugleich das Gemeinschaftseigentum von den Störungen betroffen ist; die alleinige Ausübungsbefugnis der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gemäß § 9a Abs. 2 WEG bezieht sich auf die Abwehr von Störungen des Gemeinschaftseigentums.
2. Das Recht des Wohnungseigentümers, Störungen abzuwehren, die sowohl den räumlichen Bereich seines Sondereigentums als auch das Gemeinschaftseigentum beeinträchtigen, beschränkt sich auf Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche; nur unter den Voraussetzungen von § 14 Abs. 3 WEG kann ein einzelner Wohnungseigentümer Ausgleich in Geld verlangen.

BGH, Urteil vom 11.06.2021, Az.: V ZR 41/19; NJW-RR 2021, 1166 = ZfIR 2021, 497 = IBR 2021, 492

\*\*\*\*\*

4. *Klagebefugnis der WEG bei Unterlassungsanspruch/Zulässigkeit der Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum („Typisierende Betrachtungsweise“)*

1. Verlangt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer mit einer vor dem 1. Dezember 2020 anhängigen Klage von einem Wohnungseigentümer Unterlassung einer gegen die Gemeinschaftsordnung verstoßenden Nutzung (hier: Nutzung einer Teileigentumseinheit zu Wohnzwecken), kommt es nach Inkrafttreten des Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes am 1. Dezember 2020 für die Prozessführungsbefugnis des Verbandes nicht mehr darauf an, ob ein Vergemeinschaftungsbeschluss vorlag. Dies ist auch im Revisionsverfahren zu berücksichtigen.
2. Ein Sondereigentümer kann ohne Mitwirkung der übrigen Eigentümer sein Teileigentum nicht in Wohnungseigentum umwandeln, es sei denn, in der Gemeinschaftsordnung ist ein entsprechender Vorbehalt enthalten (sog. Änderungsvorbehalt).
3. Die Nutzung einer Teileigentumseinheit zu Wohnzwecken ist bei typisierender Betrachtungsweise jedenfalls dann nicht störender als die vorgesehene Nutzung und deshalb zulässig, wenn es an einer einschränkenden Zweckbestimmung für das Teileigentum fehlt, die Teileigentumseinheit in einem separaten Gebäude (mit getrennter Kostenregelung) gelegen ist und auch die übrigen Sondereigentumseinheiten ausschließlich der Wohnnutzung dienen (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 23. März 2018 - V ZR 307/16, NJW-RR 2018, 1227 Rn. 9).

BGH, Urteil vom 16.07.2021, Az.: V ZR 284/19; BauR 2021, 1858 = ZfIR 2021, 489

\*\*\*\*\*

**H. AGB-Recht**

*1. Wirksamkeit der Schadenspauschalierungsklausel von 5% - Schienenkartell VI*

1. Eine Klausel, nach der der Auftragnehmer, wenn er "aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung [...] darstellt", einen pauschalierten Schadensersatz in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes der Abrechnungssumme zu zahlen hat, erfasst Submissionsabsprachen und ähnliche (horizontale) wettbewerbsbeschränkende Absprachen wie Preis-, Quoten-, Kundenschutz- oder Gebietsabsprachen, die darauf gerichtet und dazu geeignet sind, den im Rahmen der wettbewerblichen Auftragsvergabe vorausgesetzten Preisbildungsmechanismus zu stören. Ihr Anwendungsbereich ist nicht auf Abreden beschränkt, die sich unmittelbar auf die konkrete Auftragsvergabe beziehen, sondern umfasst auch generelle Absprachen zwischen Wettbewerbern, die aus Anlass zukünftiger Auftragsvergaben getroffen werden und darauf gerichtet sind, für diese Auftragsvergaben den wettbewerblichen Preisbildungsmechanismus ganz oder teilweise außer Kraft zu setzen.
2. Eine solche Klausel stellt keine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners dar, sofern sie den zu erwartenden Schaden in einer Höhe pauschaliert, die nach dem typischerweise zu erwartenden hypothetischen Marktpreis, der sich ohne die Kartellabsprache eingestellt hätte, eine Unter- und eine Überkompensation des Schadens gleichermaßen wahrscheinlich erscheinen lässt, und dem Schädiger die Möglichkeit verbleibt, einen geringeren oder fehlenden Schaden nachzuweisen. Zur Bestimmung des typischen Schadens kann auf zum Zeitpunkt der Vereinbarung zur Verfügung stehende allgemeine Erkenntnisse der empirischen Ökonomie zu kartellbedingten Preisaufschlägen zurückgegriffen werden. Des Nachweises eines branchentypischen Durchschnittsschadens bedarf es jedenfalls dann nicht, wenn empirische Erkenntnisse hierzu fehlen.
3. An den dem Schädiger obliegenden Nachweis eines ihm günstigeren, weil zu einem geringeren oder keinem Schaden führenden hypothetischen Marktpreises dürfen bei Vereinbarung einer Schadenspauschalierungsklausel keine anderen oder höheren Anforderungen gestellt werden als solche, die umgekehrt für die Darlegung und den Beweis des hypothetischen Marktpreises durch den Geschädigten gelten, wenn keine Schadenspauschalierung vereinbart ist oder der Geschädigte einen die Pauschale überschreitenden Schaden behauptet; auch insofern ist eine Gesamtwürdigung sämtlicher, von beiden Parteien vorgebrachter Indizien am Maßstab des § 287 ZPO vorzunehmen. Gelingt dem Schädiger danach die Darlegung und der Nachweis eines geringeren oder eines fehlenden Schadens nicht, muss er sich an dem pauschalierten Betrag festhalten lassen.
4. Die Regelung zur Schadenspauschalierung ist nicht deshalb intransparent, weil sie zur Berechnung der Schadenspauschale auf den Begriff der "Abrechnungssumme" Bezug nimmt und damit offenbleibt, ob als Basis der Schadensberechnung der Brutto- oder der Nettorechnungsbetrag zugrunde zu legen ist. Die Abrechnungssumme ist ein im Auftragswesen vielfach verwendeter Begriff (vgl. BGH, Urteil vom 17. September 1987 - VII ZR 155/86, BGHZ 101, 357, 361; Urteil vom 14. Januar 1999 - VII ZR 73/98, NJW 1999, 1108). Die Auslegung der Klausel am Maßstab der oben benannten Grundsätze ergibt, dass sie im hier maßgeblichen unternehmerischen Verkehr ohne Weiteres dahin zu verstehen ist, dass Berechnungsgrundlage für die Schadenspauschale die Abrechnungssumme ohne Einschluss der Umsatzsteuer ist, weil im unternehmerischen Verkehr die Vertragspartner typischerweise zum Vorsteuerabzug berechtigt sind.

BGH, Urteil vom 10.02.2021, Az.: KZR 63/18; BGHZ 229, 1 = BauR 2021, 1297 = NZBau 2021, 404

\*\*\*\*\*

## 2. Unwirksamkeit einer Architektenvertragsklausel über Zutrittsrecht für Fotoaufnahmen

1. Die in Musterverträgen zugunsten von Architekten verwendete Klausel

*Der Auftragnehmer ist berechtigt - auch nach Beendigung dieses Vertrags - das Bauwerk oder die bauliche Anlage in Abstimmung mit dem Auftraggeber zu betreten, um fotografische oder sonstige Aufnahmen zu fertigen.*

ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, weil sie bei der gebotenen objektiven Auslegung den Vertragspartner des Architekten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

2. (...)

BGH, Urteil vom 29.04.2021, Az.: I ZR 193/20; BauR 2021, 1825 = NZBau 2021, 733 = ZfBR 2021, 857 = IBR 2021, 522

\*\*\*\*\*

## 3. Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist und bleibt Erwerbersache!

Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrags verwendete Klausel ist nicht nur dann unwirksam, wenn die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Bauträger selbst als Erstverwalter erfolgen kann, sondern auch dann, wenn die Abnahme durch einen Sachverständigen ermöglicht wird, der durch den Bauträger selbst oder eine in seinem Lager stehende Person benannt und beauftragt wird.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.04.2018, Az.: 12 U 197/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.12.2020, Az.: VII ZR 113/18); BauR 2021, 833 = IBR 2021, 130

\*\*\*\*\*

## 4. Unwirksamkeit der Sicherungsabrede zu Rückgabe einer Bürgschaft

1. (...)

2. Eine Klausel in den vorformulierten Vertragsbedingungen, nach der die Rückgabe der Gewährleistungsbürgschaft nur dann nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zur erfolgen hat, wenn "zu diesem Zeitpunkt keine Ansprüche aus Gewährleistung seitens des Auftraggebers geltend gemacht sind", benachteiligt den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil sie die Rückgabe der Bürgschaft insgesamt davon abhängig macht, dass nicht nur keine Gewährleistungsansprüche mehr erfolgreich geltend gemacht werden können, sondern vielmehr allein auf die bloße Geltendmachung abstellt.

3. Soweit Sicherheiten nicht nur vorübergehend nicht mehr benötigt werden, also eine endgültige Übersicherung vorliegt, ist ihr weiteres Verbleiben beim Sicherungsnehmer ungerechtfertigt. Hieraus folgt der vertragliche Anspruch des Sicherungsgebers auf Rückgabe nicht mehr benötigter Sicherheiten, der auch dann besteht, wenn der

Sicherungsvertrag eine ausdrückliche Freigaberegulierung nicht oder nur eine unangemessen beschränkende und deshalb unwirksame Freigabeklausel enthält.

OLG München, Urteil vom 10.12.2019, Az.: 9 U 4413/18; BauR 2021, 1315 = IBR 2021, 180

\*\*\*\*\*

#### 5. Keine Doppelvergütung bei Doppelbeauftragung

1. (...)

4. Folgende Klausel hat in einem Detailpauschalvertrag keinen Bestand: *„Die vom AN zu erbringenden Leistungen umfassen die Erstellung des gesamten unter § 1 genannten Teilgewerks nebst aller in Betracht kommenden Nebenleistungen, soweit dies zur Herstellung und Funktionsfähigkeit auf der Grundlage der erwähnten, den Leistungsumfang bestimmenden Bestandteile (§ 2) erforderlich ist. ... Es sind sämtliche sonstigen Leistungen zu erbringen, die im Rahmen des Auftrags erforderlich sind, um das Teilgewerk ordnungsgemäß übergeben zu können*

5. (...)

OLG Naumburg, Urteil vom 16.12.2019, Az.: 12 U 114/19; BauR 2021, 965 = NZBau 2020, 504

\*\*\*\*\*

#### 6. Keine Einbeziehung der VOB/B in Vertrag bei zufälliger, aber nicht erkennbarer Kenntnis des AG von VOB/B

1. (...)

2. Eine Regelung, die die Ablösung eines Bareinbehalts allein das Stellen einer selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft vorsieht und eine Ablösung durch Hinterlegung von Geld nach § 17 Nr. 5 VOB/B damit ausschließt, stellt sich nicht als benachteiligend im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB dar (Entgegen OLG Dresden, Beschluss vom 24. Oktober 2001 – 11 W 1608/01, Rn. 12, juris; Anschluss BGH, Urteil vom 24. Oktober 2017 – XI ZR 362/15, BGH 216, 274 Rn. 35 und BGH, Urteil vom 13. November 2003 – VII ZR 57/02, BGHZ 157, 29, 31 f.).

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

\*\*\*\*\*

#### 7. Schlussrate auf Notaranderkonto!

1. (...)

2. Eine vorformulierte Klausel in einem Bauträgervertrag, wonach der Erwerber die letzte Kaufpreisrate vor Übergabe des Kaufgegenstandes auf ein Notaranderkonto zu zahlen hat, ist gem. § 309 Nr. 2 Buchst. a) BGB unwirksam, weil sie den Erwerber im Streitfall zwingt, zur Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen auf Freigabe der hinterlegten Schlussrate zu klagen, anstatt sich gegenüber dem Vergütungsanspruch des Bauträgers auf Minderungs- oder Leistungsverweigerungsrechte berufen zu können.

OLG Hamburg, Urteil vom 16.07.2020, Az.: 8 U 61/19; BauR 2021, 1954 = NZBau 2021, 109 = NJW-RR 2021, 90 = IBR 2020, 525

\*\*\*\*\*

**8. Erhalt der VOB/B bestätigt: Kein Schadensersatz wegen Verzugs ohne vorherige Fristsetzung!**

1. Ein bloßer Hinweis auf die VOB/B in einem Bauvertrag mit einem Verbraucher reicht nicht aus, damit die VOB/B Bestandteil des Vertrags wird. Erforderlich ist vielmehr, dass der die VOB/B stellende Auftragnehmer dem Verbraucher den Text der VOB/B aushändigt oder ihm übersendet oder ihm auf sonstige Weise die Kenntnis vom Inhalt der Bestimmungen verschafft.
2. Befindet sich im Vertragstext unmittelbar über der Unterschrift der Vertragsparteien der Passus, "Die VOB Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B wurde mir/uns ausgehändigt", trägt der Verbraucher die Beweislast dafür, dass ihm der Text der VOB/B nicht übergeben worden ist.
3. Die Bestimmungen der § 8 Abs. 3 Nr. 2 und § 5 Abs. 4 VOB/B halten einer Inhaltskontrolle stand. Setzt der Auftraggeber dem Auftragnehmer vor einer Kündigung wegen Verzugs keine Frist zur Fertigstellung, steht ihm kein Anspruch auf Schadensersatz zu.

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

\*\*\*\*\*

**9. Bis zur Kündigung erbrachte Leistungen sind zu vergüten!**

1. (...)
3. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen benachteiligt eine Regelung, die dem Auftraggeber die Geltendmachung einer Vertragsstrafe zu einem beliebigen Zeitpunkt gestattet, den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.08.2020, Az.: 11 U 75/19 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 23.06.2021, Az.: VII ZR 150/20); IBR 2021, 618

\*\*\*\*\*

**10. Schuttklausel**

1. (...)
4. Eine formularmäßige Bauumlageklausel, die den Bauunternehmer - hier mit einer einheitlichen Regelung auch für andere Kostenbeteiligungen - verzugsunabhängig pauschal an den Kosten der Schuttbeseitigung für die Baustelle insgesamt beteiligt, ist wegen unangemessener Benachteiligung des Bauunternehmers unwirksam. Dies gilt selbst dann, wenn die Höhe des Kostensatzes handschriftlich eingetragen wurde.

OLG Brandenburg, Urteil vom 20.08.2020, Az.: 12 U 34/20; BauR 2021, 833 = NJW-RR 2021, 92 = NZBau 2021, 186 = IBR 2020, 575

\*\*\*\*\*

### 11. Keine Einschränkung oder gar Ausschluss des Rechts auf Mängelreparatur in AGB

Eine Klausel in einem vom Auftragnehmer vorformulierten Abnahmeprotokoll, wonach dem Auftraggeber wegen Mängel kein Zurückbehaltungsrecht zusteht, benachteiligt den Auftraggeber unangemessen und ist daher unwirksam. Dies gilt auch, wenn die Klausel dem Auftraggeber lediglich ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des Mangelwerts gewährt. Damit entfernt sich die Klausel von der gesetzlichen Wertung des § 320 Abs. 2 BGB i.V.m. § 641 Abs. 3 BGB, die dem Bauherrn einen Druckzuschlag gewähren. Danach kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen und nach der Fälligkeit die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern. Angemessen ist in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.

OLG Brandenburg, Urteil vom 27.08.2020, Az.: 12 U 28/20; BauR 2021, 1951 = NZBau 2021, 111 = NJW-RR 2021, 1472 = IBR 2020, 585

\*\*\*\*\*

### 12. Der Teufel liegt im Detail

1. In einer Vertragsstrafenklausel muss nicht ausdrücklich klargestellt werden, dass die Vertragsstrafe auf den konkret berechneten Schadensersatz anzurechnen ist.
2. Der Begriff "Abrechnungssumme" in einer Vertragsstrafenklausel ist nicht intransparent; er ist dahin auszulegen, dass die Netto-Abrechnungssumme der Berechnung der Vertragsstrafe zu Grunde zu legen ist.

OLG Zweibrücken, Urteil vom 06.10.2020, Az.: 8 U 71/17; IBR 2021, 403

\*\*\*\*\*

### 13. AGB-Klauseln im Schlüsselfertigbau

1. Nachfolgende Klauseln halten einer AGB-Kontrolle nicht stand:
  - a. „Der AN kann die in den Vertragsunterlagen genannten Fabrikate und Materialien durch gleichwertige Leistungen ersetzen, wenn der AG dem zustimmt. Der AG darf seine Zustimmung nur aus wichtigem Grund verweigern.“
  - b. „Die Reihenfolge der Vertragsbestandteile in Ziffer 2.1 bestimmt zugleich ihre rechtliche Rangfolge. Bei Widersprüchen innerhalb der Vertragsunterlagen werden AG und AN den Widerspruch gemeinsam aufklären. Erzielen AG und AN hierzu innerhalb von 12 Werktagen nach Bemerken des Widerspruchs keine Einigung, bestimmt der AN die Leistung innerhalb des sich aus den weiteren Vertragsbestandteilen ergebenden Rahmens nach billigem Ermessen (§§ 315 ff. BGB).“
  - c. „AG und AN sind sich darüber einig, dass die als Anlage 1 beigefügte Baubeschreibung so ausführlich und hinreichend gefasst ist, dass das Bauvorhaben nach den Bestimmungen dieses Vertrages hergestellt werden kann und sie damit auch den Anforderungen gem. §§ 650j, 650k BGB entspricht.“
  - d. „Der AN wird nach erfolgter technischer Bemusterung die Ausführungsplanung erstellen und diese dem AG zur Freigabe zur Ausführung vorlegen. Erteilt der AG die Freigabe nicht und fordert stattdessen eine wesentliche Änderung der Planung, werden AG und AN vor Beginn der Bauausführung über eine Anpassung des Fertigstellungstermins gem. Ziffer 5.3 und des Pauschalpreises gem. Ziffer 7.1 verhandeln und eine entsprechende Nachtragsvereinbarung abschließen.“

- e. „§ 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B finden keine Anwendung. § 650b BGB gilt für alle nach diesem Vertrag vom AN geschuldeten Leistungen mit der Maßgabe, dass der AN dem AG zunächst innerhalb von 12 Werktagen nach Zugang des Änderungsbegehrens ein Angebot vorlegt („Angebotsfrist“), aus dem die Mehr- oder Minderkosten für die aufgrund der Leistungsänderung erforderlichen Planungs- und Bauleistungen hervorgehen. AG und AN werden dann innerhalb eines Zeitraums von 24 Werktagen nach Zugang des Angebots beim AG über eine Einigung über die Vergütung für die Planungs- und Bauleistungen anstreben („Einigungsfrist“). Erzielen AG und AN innerhalb dieser 24 Werktage keine Einigung, ist der AG berechtigt, die Änderung in Textform anzuordnen.“
- f. „AG und AN streben einen Baubeginn innerhalb von sechs Monaten nach Unterzeichnung dieses Vertrages an. Voraussetzung für den Baubeginn sind die Erteilung der bestandskräftigen Baugenehmigung, die Vorlage der Finanzierungsbestätigung gemäß Ziffer 3.1, die Fertigstellung der technischen Bemusterung gem. Ziffer 3.3, die Freigabe der vom AN erstellten Ausführungsplanung durch den AG gem. Ziffer 3.4 und - sofern und soweit erforderlich - die Vorlage der geprüften statischen Berechnung. Spätestens sechs Wochen, nachdem die vorstehend genannten Voraussetzungen vorliegen, wird der AN mit den Bauleistungen beginnen.“
- g. „Der Fertigstellungstermin verlängert sich automatisch um den Zeitraum der Angebots- und der Einigungsfrist gem. Ziffer 4.1 dieses Vertrages sowie um den Ausführungszeitraum für Leistungsänderungen. Der Fertigstellungstermin verlängert sich darüber hinaus automatisch um den Zeitraum, in dem der AG gem. Ziffer 3.6 dieses Vertrages Eigenleistungen erbringt und der AN insofern keine Leistungen erbringen kann.“
- h. „Der Auftraggeber verpflichtet sich, Abschlagszahlungen nach den Bestimmungen dieses Zahlungsplans zu leisten. Abschlagszahlungen sind in Höhe des folgenden prozentualen Anteils des Pauschalpreises gem. Ziffer 7.1 des Vertrags und jeweils zu folgenden Zeitpunkten an den Arbeitnehmer zu leisten:
1. Aushändigung der Bauantragsunterlagen: 10 % des Pauschalpreises
- Die weiteren Abschlagszahlungen des nach Zahlung gemäß vorstehender Ziffer 1 noch verbleibenden Rest-Pauschalpreises einschließlich Bemusterung (d.h. 100 % der Differenz zwischen dem Pauschalpreis und dem gemäß Ziffer 1 bereits gezahlten Betrag) werden bei Fertigstellung folgender Baustufen in folgender prozentualer Verteilung zur Zahlung fällig:
2. Baugrubenaushub 5 % des Rest-Pauschalpreises
  3. Bodenplatte 5 % des Rest-Pauschalpreises
  4. Erdgeschossdecke 10 % des Rest-Pauschalpreises
  5. Richten des Dachstuhls 15 % des Rest-Pauschalpreises
  6. Fenster 15 % des Rest-Pauschalpreises
  7. Rohinstallation Sanitär + Heizung 10 % des Rest-Pauschalpreises
  8. Innenputz 15 % des Rest-Pauschalpreises
  9. Estrich 10 % des Rest-Pauschalpreises
  10. Fliesen 10 % des Rest-Pauschalpreises



11. Abnahme 5 % des Rest-Pauschalpreises“

- i. „Der AG leistet Abschlagszahlungen nach Maßgabe des als Anlage 4 beigefügten Zahlungsplans.“
- j. „AG und AN verzichten wechselseitig auf die Stellung von Sicherheiten für die rechtzeitige Stellung des Werks und für die Zahlung der vereinbarten Vergütung.“
- k. „Der AN ist nicht berechtigt, von Abschlags- oder Schlusszahlungen Einbehalte vorzunehmen, es sei denn, der Einbehalt beruht auf einem unstreitig bestehenden oder rechtskräftig festgestellten Mangel.“
- l. „§ 650m BGB ist auf diesen Vertrag nicht anwendbar.“
- m. „Als abgenommen gilt das Werk auch, wenn der AN nach Fertigstellung eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der AG die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe wesentlicher Mängel verweigert hat.“
- n. „Mündliche Nebenabreden sind nicht getroffen. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Soweit in diesem Vertrag die Schriftform vorgeschrieben wird, ist dieses Erfordernis nur schriftlich abdingbar. Dies gilt auch für eine Aufhebung dieser Schriftformklausel.“
- o. „Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages ganz oder teilweise nichtig oder unwirksam sein, wird dadurch die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. AG und AN verpflichten sich, anstelle der nichtigen oder unwirksamen Bestimmungen eine wirksame Regelung zu treffen, die ihr wirtschaftlich möglichst nahekommt.“
- p. „Gerichtsstand ist Frankfurt am Main.“

2. Unwirksam ist ebenso (s. unterstrichen):

- a. „Vor Unterzeichnung dieses Vertrages hat keine eingehende Besichtigung oder Untersuchung des Grundstücks stattgefunden. Dies wird erst im Nachgang zur Unterzeichnung dieses Vertrages erfolgen. Der vereinbarte Fertigstellungstermin gem. Ziffer 5.3 und der vereinbarte Pauschalpreis gem. Ziffer 7.1 beruhen auf der Annahme, dass ein ebenes Grundstück vorliegt und keine unüblichen Grundstücksgegebenheiten bestehen. Wenn sich bei der eingehenden Besichtigung des Baugrundstücks herausstellen sollte, dass ein unebenes Grundstück oder unübliche Gegebenheiten vorliegen sollten, werden AN und AG in einer Nachtragsvereinbarung zu diesem Planungs- und Bauvertrag eine Vereinbarung treffen, in der die dann erforderlichen Planungs- und Bauleistungen beschrieben und der Fertigstellungstermin sowie der Pauschalpreis angepasst werden.“
- b. „Der AG wird dem AN das Grundstück so zur Verfügung stellen, dass der AN die Bauleistungen ungehindert und wie vertraglich vereinbart herstellen kann. Der AG wird dem AN ferner die notwendigen Ver- und Entsorgungsleitungen, Baustrom und Bauwasser bereitstellen, sofern und soweit er nicht den AN gesondert mit der entsprechenden Bereitstellung beauftragt. Er wird dem AN außerdem während der gesamten Vertragslaufzeit ungehinderten Zugang zum Baugrundstück gewähren und dafür Sorge tragen, dass es mit schweren Baufahrzeugen mit einem Gesamtgewicht von 40 Tonnen befahren werden kann.“

3. Wirksam hingegen ist:

„Der AG ist verpflichtet, spätestens eine Woche vor Baubeginn dem AN die Finanzierungsbestätigung eines Kreditinstituts mit Sitz in Deutschland vorzulegen, mit der nachgewiesen ist, dass die Finanzierung des gesamten Pauschal festpreises gem. Ziffer 7.1 gesichert ist.“

OLG Frankfurt, Urteil vom 28.10.2020, Az.: 29 U 146/19; BauR 2021, 554 = NZBau 2021, 328 = ZfBR 2021, 251 = IBR 2021, 19, 20, 21, 75, 76

\*\*\*\*\*

#### 14. Unwirksamkeit der Sicherungsabrede zu Kombi-Bürgschaft!

1. Die Unwirksamkeit einer formularmäßigen Sicherungsabrede eines Bauvertrags ist anzunehmen, wenn der Auftragnehmer für einen nicht unerheblichen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen möglicher Mängelansprüche des Auftraggebers eine Sicherheit leisten muss, die jedenfalls nicht unwesentlich über fünf Prozent der Auftragssumme liegt. Eine solch unangemessen hohe Absicherung des Auftraggebers kann sich auch ergeben, wenn eine Sicherheit für die Vertragserfüllung und eine weitere für die Gewährleistung vorgesehen sind, die jeweils für sich genommen nicht zu beanstanden wären.
2. Eine Übersicherung ergibt sich in diesem Fall, wenn die Vertragserfüllungssicherheit auch nach der Abnahme bestehende Mängelansprüche des Auftraggebers sichern soll, noch längere Zeit nach Abnahme nicht zurückgegeben werden muss und zugleich eine Sicherheit für Mängelansprüche verlangt werden kann. Die Überschneidung der beiden Sicherheiten führt also zu einer Übersicherung, weil dem Auftraggeber für etwaige Mängelansprüche beide Sicherheiten kumulativ zur Verfügung stehen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.11.2020, Az.: 5 U 354/19; BauR 2021, 1968 = NZBau 2021, 454 = NJW-RR 2021, 673 = IBR 2021, 74

\*\*\*\*\*

#### 15. Keine Einbeziehung der VOB/B in Vertrag bei zufälliger, aber nicht erkennbarer Kenntnis des AG von VOB/B

1. Gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB muss der Text der VOB/B übergeben werden, wenn sie in einen Vertrag einbezogen werden soll, es sei denn der Verwender kann mit Sicherheit erwarten, dass der Vertragspartner die Bestimmungen der VOB/B bereits kennt. Das kann bei einer Tätigkeit im Bereich Arbeitssicherheit, Technik, Bekleidung nicht angenommen werden.
2. Nicht gerechtfertigt ist es, vom Erfordernis der Kenntniserlangung schon dann abzusehen, wenn der Verwendungsgegner zwar Kenntnis von der VOB/B hat, dies aber nach Art und Umfang der Beauftragung nicht hervortritt. Denn andernfalls wäre die Anwendung der VOB/B im Einzelfall vom zufälligen Kenntnisstand des Verwendungsgegners abhängig.
3. (...)

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

\*\*\*\*\*

16. *Schadensersatzanspruch des Verbrauchers bei ohne Erfüllungssicherheit geleisteten Abschlagszahlungen*

1. Ein Verbraucher, in dessen BGB-Bauvertrag im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen (vorzeitige) Abschlagszahlungen vereinbart werden sollten, hatte gem. § 632a Abs. 3 BGB aF bzw. hat heute gem. § 650m Abs. 2 BGB einen gesetzlichen Anspruch auf eine Vertragserfüllungssicherheit in Höhe von 5% der gesamten vereinbarten Vergütung.
2. Sieht ein Zahlungsplan in einem BGB-Bauvertrag Abschlagszahlungen nach Baufortschritt, aber keine Sicherheitengestellung vor, ist ein solcher Zahlungsplan gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam (BGH, Urteil vom 8. November 2012 – VII ZR 191/12).
3. Die Klausel ist darüber hinaus auch nach § 309 Nr. 3 BGB unwirksam, da sie dem Verbraucher auch die Befugnis nimmt, mit einer ihm zustehenden Forderung gegenüber dem Bauunternehmer aufzurechnen und damit den Restvergütungsanspruch zum Erlöschen zu bringen. Außerdem werden auch seine Leistungsverweigerungsrechte aus § 320 BGB unterlaufen, so dass die Klausel auch gem. § 309 Nr. 2 BGB unwirksam ist.
4. Dem Vortrag des Bauunternehmers, dass die wegen nachträglicher Eigenleistungen erfolgte vertragliche Abänderung im Hinblick auf die Höhe der Abschlagszahlungen eine individuelle Vereinbarung darstelle, ist nicht zu folgen, da die „alte“ Regelung lediglich rechnerisch abwandelt wurde. Insbesondere wurde die in § 632a Abs. 3 BGB aF zwingend vorgesehene Sicherheitengestellung zwischen den Parteien auch im Rahmen der nachträglichen Änderung weder vorgesehen noch individuell abbedungen (vgl. zum „Kerngehalt“ einer AGB-Klausel: BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 162/12).
5. Die in der Vereinbarung einer unwirksamen AGB-Klausel über Abschlagszahlungen liegende Pflichtverletzung iSv § 241 Abs. 2 BGB hat der Bauunternehmer gegenüber dem Verbraucher auch zu vertreten, sei es in Form von Fahrlässigkeit oder Vorsatz.
6. In der Rechtsfolge ist ein Unternehmer, der seinen Kunden Bedingungen stellt, die diese im Sinne der §§ 305ff. BGB unangemessen benachteiligen, gem. § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Der Schaden für den Verbraucher liegt hier darin, dass er durch die vorzeitige vollständige Zahlung der gesamten Werkvergütung entgegen § 632a Abs. 3 BGB aF ohne Sicherheitsleistung seitens des Bauunternehmers aufgrund der unwirksamen Zahlungsregelung im BGB-Bauvertrag ein Druckmittel verloren hat, mit dem er noch auf den Bauunternehmer einwirken könnte, fehlende oder nicht ordnungsgemäße Leistungen zügig und vollständig zu erbringen.
7. Die gesetzliche Wertung des § 632a Abs. 3 BGB aF führt aber nicht dazu, dass der Verbraucher seine ohne Erfüllungssicherheit geleisteten Abschlagszahlungen in Höhe von 5% direkt als Zahlung(en) zurückverlangen kann. Denn dann würde er mehr erhalten, als ihm nach § 632a Abs. 3 BGB aF zusteht, der lediglich eine Sicherheitenleistung des Unternehmers vorsieht. In welcher Form die Sicherheit zu stellen ist, obliegt allein der Auswahl des Unternehmers (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 80. Aufl., § 650 m Rdnr. 3). Die Sicherheit kann nach Wahl des Unternehmers entweder gem. § 232 BGB, durch Einbehalt des Verbrauchers oder durch Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines in Deutschland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden (vgl. § 632a Abs. 3 und 4 BGB aF). Dieses Wahlrecht, wie die Sicherheit zu leisten ist, muss der

Beklagten auch bei einer nachträglichen Sicherheitengewährung erhalten bleiben. Damit kann der Verbraucher im Zuge der Rückabwicklung der Leistungen maximal eine Verurteilung des Bauunternehmers erlangen, wie ihn die Klägerin hier in ihrem Hilfsantrag zu 1) geltend gemacht hat, nämlich in Form einer Sicherheitengestellung in Höhe von 5% der vereinbarten Werkvergütung.

OLG Schleswig, Urteil vom 07.04.2021, Az.: 12 U 147/20; ZfBR 2021, 740 = IBR 2021, 399

\*\*\*\*\*

### *17. Mehrvergütung auch ohne schriftlichen Auftrag!*

1. (...)
2. Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, wonach dem Auftragnehmer für die Ausführung von Änderungs- und Zusatzleistungen kein Anspruch auf Mehrvergütung zusteht, wenn sie nicht auf schriftlichen Nachtragsaufträgen beruhen, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.

OLG München, Urteil vom 21.07.2021, Az.: 20 U 5268/20 Bau; IBR 2021, 451

\*\*\*\*\*

### *18. SiGeKo-Kosten sind nicht umlagefähig!*

Die Vereinbarung einer Umlage i.H.v. 0,5% der Netto-Abrechnungssumme für die Bestellung eines Sicherheits- und Gesundheitskoordinators gemäß Baustellen-Verordnung benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.

LG Bochum, Urteil vom 04.10.2021, Az.: 2 O 80/21; IBR 2021, 616

\*\*\*\*\*

## **I. Prozessrecht (einschließlich Schiedsgutachtenverfahren)**

### **I. Allgemeines Prozessrecht**

#### *1. Erstattungsfähigkeit von Parteikosten zur Vor- und Nachbereitung von Ortsterminen*

Kosten, die einer Partei durch die Beauftragung von Handwerkern zwecks Vor- und Nachbereitung von Ortsterminen mit dem gerichtlichen Sachverständigen entstanden sind, sind außergerichtliche Kosten der Partei. Sie sind daher, sofern nichts anderes vereinbart wird, bei einer durch Prozessvergleich vereinbarten Kostenaufhebung im Kostenfestsetzungsverfahren nicht zu erstatten.

BGH, Beschluss vom 24.02.2021, Az.: VII ZB 55/18; BauR 2021, 1006 = NJW 2021, 1400 = ZfBR 2021, 404 = IBR 2021, 276

\*\*\*\*\*

#### *2. Zuständigkeit einer Spezialkammer nach Klageerweiterung*

Eine gesetzliche Sonderzuständigkeit nach §§ 72a, 119a GVG ist auch dann begründet, wenn ein unter die Vorschriften fallender Anspruch erst nachträglich durch eine Klageerweiterung oder eine Widerklage in den Rechtsstreit eingeführt wird. Der

Grundsatz der perpetuatio fori (§ 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO) steht dem nicht entgegen, weil er einen unveränderten Streitgegenstand voraussetzt.

KG, Beschluss vom 19.10.2020, Az.: 2 AR 1038/20; NZBau 268 = NJW-RR 2021, 268 = IBR 2021, 58

\*\*\*\*\*

### 3. *AGB-Klauseln im Schlüsselfertigbau*

1. Nachfolgende Klauseln halten einer AGB-Kontrolle nicht stand:

a. (...)

p. „Gerichtsstand ist Frankfurt am Main.“

2. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 28.10.2020, Az.: 29 U 146/19; BauR 2021, 554 = NZBau 2021, 328 = ZfBR 2021, 251

\*\*\*\*\*

## II. **Gutachten im Prozess/Schiedsgutachten**

### 1. *Anweisung an Sachverständigen zu Bauteilöffnungen*

Bei seiner Ermessensentscheidung kann das Gericht den möglichen Erkenntniswert und die Verhältnismäßigkeit einer Weisung, aber auch berechnete Belange des Sachverständigen oder Dritter berücksichtigen (vgl. BGH, Urteile vom 17. Juli 2014 - III ZR 514/13, VersR 2015, 71 Rn. 26; vom 26. Juni 2007 - XI ZR 277/05, BGHZ 173, 23 Rn. 20; jeweils zu § 142 ZPO). Dass es im Streitfall den mit der Bauteilöffnung des Hausfundaments verbundenen besonderen Gefahren und daraus resultierenden Haftungsrisiken für die Sachverständige ausschlaggebendes Gewicht gegen die Erteilung einer Weisung nach § 404a Abs. 1, Abs. 4 ZPO beigemessen hat, hält sich im Rahmen des ihm etwa eingeräumten Ermessens.

BGH, Urteil vom 23.09.2020, Az.: IV ZR 88/19; BauR 2021, 111 = NZBau 2020, 771 = NJW-RR 2020, 1425 = ZfBR 2021, 42 = IBR 2020, 676

\*\*\*\*\*

## J. **Selbständiges Beweisverfahren**

### I. **Verfahrensrecht (bis Beweisbeschluss) einschl. Verjährung**

#### 1. *Hohes Alter begründet Besorgnis des Beweismittelverlustes*

1. Eine Zeugeneinvernahme im selbständigen Beweisverfahren gemäß § 485 Abs. 1 ZPO ist auch dann zulässig, wenn ein Rechtsstreit in der Hauptsache (noch) nicht anhängig ist.

2. Das hohe Alter eines Zeugen/einer Zeugin (hier: 83 Jahre) begründet die Besorgnis, dass das Beweismittel verloren geht oder eine erschwerte Benutzung desselben eintritt; damit ist die Sicherung des Beweises durch ein selbständiges Beweisverfahren gerechtfertigt.

OLG Hamm, Beschluss vom 20.08.2020, Az.: 6 W 32/20; BauR 2021, 729 = IBR 2021, 110

\*\*\*\*\*

## II. Durchführung und Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens

### 1. *Der Vorschuss ist ein flüchtig Ding oder: Abgerechnet wird zum Schluss!*

1. Anträge auf Ergänzung und Erläuterung eines im selbständigen Beweisverfahren eingeholten Gutachtens oder Einwendungen dagegen sind im Hauptsacheprozess nicht ausgeschlossen.
2. (...)

OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.07.2021, Az.: 12 U 230/20; NJW-RR 2021, 1600 = IBR 2021, 668

\*\*\*\*\*

## III. Kosten

### 1. *Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren*

Im selbständigen Beweisverfahren ist für eine Kostenentscheidung entsprechend § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO kein Raum.

BGH, Beschluss vom 20.10.2020, Az.: VI ZB 28/20; BauR 2021, 286 = ZfBR 2021, 144 = IBR 2021, 109

\*\*\*\*\*

### 2. *Kostenentscheidung in der Hauptsache sticht im Beweisverfahren ergangenen Kostenbeschluss!*

Ein Kostenbeschluss im selbständigen Beweisverfahren nach § 494a Abs. 2 ZPO, der ergeht, wenn der Antragsteller einer Anordnung zur Klageerhebung nicht nachgekommen ist, hat nur vorläufigen Charakter; er steht unter der auflösenden Bedingung, dass in dem nach der Fristsetzung anhängig gemachten Hauptsacheprozess eine abweichende Kostengrundentscheidung ergeht.

OLG München, Beschluss vom 11.01.2021, Az.: 11 W 1558/20; BauR 2021, 1993 = IBR 2021, 168

\*\*\*\*\*

## K. Insolvenzrecht

### 1. *Sittenwidrige Schädigung durch vorsätzliche Insolvenzverschleppung*

1. Die vorsätzliche Insolvenzverschleppung in der Absicht, das als unabwendbar erkannte Ende eines Unternehmens so lange wie möglich hinauszuzögern, erfüllt den Tatbestand einer sittenwidrigen Schädigung i.S.d. § 826 BGB, wenn dabei die Schädigung der Unternehmensgläubiger billigend in Kauf genommen wird.
2. Der Schutzbereich einer vorsätzlich sittenwidrigen Insolvenzverschleppung erfasst Personen, die vor Insolvenzreife in Vertragsbeziehungen mit einer GmbH getreten

sind und durch einen gegen die mittlerweile unerkannt insolvenzreife Gesellschaft eingeleiteten Rechtsstreit oder ein gegen diese eingeleitetes selbständiges Beweisverfahren mit Kosten belastet werden, für die sie bei der Gesellschaft keinen Ersatz erlangen können

BGH, Urteil vom 27.07.2021, Az.: II ZR 164/20; ZIP 2021, 1856 = IBR 2021, 626 = IBR 2021, 627

\*\*\*\*\*

## L. Strafrecht/Schmiergeldzahlungen/Kartellrecht

### 1. *Schadensermittlung nach kartellrechtswidriger Absprache – Lkw-Kartell*

1. Sind von einem Kartell mit hoher Marktabdeckung über einen längeren Zeitraum Preislisten und Listenpreiserhöhungen abgestimmt worden, ist bei der Prüfung, ob einem Unternehmen durch den Erwerb eines Produkts eines Kartellbeteiligten ein Schaden entstanden ist, der Erfahrungssatz, dass die im Rahmen eines Kartells erzielten Preise im Schnitt über denjenigen liegen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache gebildet hätten, auch dann zu berücksichtigen, wenn eine Koordinierung der Transaktionspreise nicht stattgefunden hat.
2. In die dem Tatrichter obliegende Gesamtwürdigung, ob die Kartellabsprache einen Schaden verursacht hat, ist dieser Erfahrungssatz mit dem Gewicht einzustellen, das ihm im konkreten Fall nach Inhalt, Umfang und Dauer der Verhaltenskoordinierung sowie aller weiterer erheblicher Umstände zukommt, die für oder gegen einen Preiseffekt des Kartells sprechen. Dabei sind bindende Feststellungen der Kommission oder der Kartellbehörde umfassend und erschöpfend zu berücksichtigen; der Tatrichter ist nicht gehindert, aus diesen Feststellungen Schlussfolgerungen zu ziehen, die als solche von der Bindungswirkung nicht umfasst sind.
3. Die Hemmung der Verjährung eines Schadensersatzanspruchs beginnt nicht erst mit der förmlichen Einleitung eines Verfahrens durch die Europäische Kommission, sondern bereits mit einer Maßnahme, die erkennbar darauf abzielt, gegen das betreffende Unternehmen wegen einer verbotenen Beschränkung des Wettbewerbs zu ermitteln

BGH, Urteil vom 23.09.2020, Az.: KZR 35/19; BGHZ 227, 84 = NJW 2021, 848

\*\*\*\*\*

## M. Bauprodukte

### 1. *Vermarktung von Bauprodukten*

1. Die Kommission kann es den Mitgliedstaaten nicht erlauben, den Inhalt einer nicht vollständig harmonisierten Norm mittels eines Vorbehalts zu vervollständigen; andernfalls würde sie in die Befugnisse eingreifen, die sowohl in Art. 17 als auch Art. 18 Abs. 3 BauPVO den europäischen Normungsgremien eingeräumt werden, die allein berechtigt sind, den Inhalt der Norm im Hinblick auf das erteilte Mandat zu bestimmen oder zu überarbeiten.
2. In diesem Rahmen könnte die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, nationale Vorschriften zu erlassen, um ihre eigenen Methoden für die Bewertung von „Bauprodukten“ bezüglich nicht von einer harmonisierten Norm erfasste Ansprüche festzulegen, unter Missachtung dieses Ziels der VO (EU) Nr. 305 (2011) den freien Verkehr von einer harmonisierten Norm entsprechenden Bauprodukten beschränken, da die

Hersteller von „Bauprodukten Gefahr liefern, derart divergierenden nationalen Verfahren und Kriterien gegenüberzustehen, dass der tatsächliche Zugang Ihrer Produkte auf den Markt behindert werden könnte.

3. Falls ein „Bauprodukt“ nicht oder nicht ganz von einer harmonisierten Norm erfasst wird, sodass die ihren wesentlichen Merkmalen entsprechende Leistung nicht vollständig anhand der bestehenden harmonisierten Norm bewertet werden kann, ist es gegebenenfalls Sache des Herstellers, eine europäische technische Bewertung gemäß Art. 19 BauPVO zu beantragen.
4. Allerdings sollte die VO (EU) 305/2011 das Recht der Mitgliedstaaten unberührt lassen, Anforderungen festzulegen, die nach ihrer Auffassung notwendig sind, um den Schutz der Gesundheit, der Umwelt und von Arbeitnehmern, Bauprodukte verwenden, sicherzustellen. Daher kann ein Mitgliedstaat spezielle Regelung zum Einbau und zur Verwendung von „Bauprodukten“ festlegen, sofern diese Regeln keine Anforderungen enthalten, die von den harmonisierten Normen abweichen, was die Bewertung dieser Produkte oder die Verwendung der CE-Kennzeichnung für diese Produkte betrifft.

EUGH, Urteil vom 17.12.2020, Az.: C-475/19 Ü, C-688/19 P; NZBau 2021, 100

\*\*\*\*\*