

- Lennart Moebus
- Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
- Schlichter und Schiedsrichter nach der SOBau
- Lessingplatz 4, 24116 Kiel
- Tel.: 0431-220790
- Fax: 0431-2207999
- Mail: moebus@kanzlei-lessingplatz.de
- Internet: www.kanzlei-lessingplatz.de

**Aktuelle obergerichtliche Rechtsprechung aus
dem Bauvertragsrecht
Neumünster, 31.03.2023**

**Lennart Moebus
Rechtsanwalt**

OLG Schleswig, Urteil vom 09.03.2022 - 12 U 64/21

- Eine Kündigung aus wichtigem Grund ist innerhalb einer angemessenen Frist zu erklären, nachdem der Kündigungsberechtigte vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat.
- Gemäß § 314 Abs. 3 BGB kann der Kündigungsberechtigte nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen.
- Ein Zeitraum von sechs Monaten zwischen Kenntniserlangung und Kündigungserklärung ist als zu lang anzusehen.

- Hat der Besteller eines gekündigten Werkvertrags **Abschlags- bzw. Vorauszahlungen** geleistet, ist hierüber nach Beendigung des Vertrags abzurechnen.
- Der Unternehmer muss durch Schlussrechnung nachweisen, dass er berechtigt ist, erhaltene Abschlags- bzw. Vorauszahlungen zu behalten.

OLG Schleswig, Urteil vom 09.03.2022 - 12 U 64/21

- Geschieht das nicht, kann der Besteller die Rückzahlung der Abschlagszahlungen verlangen, sofern sich aus einer von ihm erstellten, seinem möglichen Kenntnisstand entsprechenden Abrechnung ein Rückzahlungsanspruch ergibt.
- Beweislast bei Zahlung auf **Schlussrechnung**

OLG Schleswig, Urteil vom 08.07.2022 - 1 U 97/21

- Der AN hat u.a. Abdichtungsarbeiten im Bereich von Balkonen vorzunehmen. Nach der Abnahme kommt es zu Feuchtigkeiterscheinungen, die der AG auf Fehler der Abdichtung zurückführt.
- Der AN beruft sich auf eine unzureichende Planung und diverse Mängel der Vorgewerke (Senken in der Bodenplatte, Gegengefälle) und verlangt seinen Werklohn.

OLG Schleswig, Urteil vom 08.07.2022 - 1 U 97/21

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

OLG Schleswig, Urteil vom 31.08.2022 - 12 U 119/21

- Ist AGB-Klausel in einem Vertrag des AN **un**wirksam:

„Bauwasser und Baustrom ... vom Bauherrn gestellt bzw. ... die Kosten des Unternehmens insofern ausgeglichen (werden),“?

- Wenn ja:
 - besteht keine wirksame Verpflichtung des AG, dem AN Bauwasser und Baustrom zur Verfügung zu stellen,
 - gerät der AG nicht in (Annahme-)Verzug, wenn er kein Bauwasser oder keinen Baustrom liefert,
 - steht dem AN bei fehlendem Bauwasser/Baustrom kein Anspruch auf Schadensersatz oder Entschädigung zu.

OLG Schleswig, Urteil vom 31.08.2022 - 12 U 119/21

- Die Klausel benachteiligt den AG unangemessen und ist unwirksam.
- Die Klausel ist außerdem überraschend und wird deshalb nicht Vertragsbestandteil.

OLG Schleswig, Beschluss vom 18.03.2022 - 8 U 24/21; BGH,
Beschluss vom 30.11.2022 - VII ZR 79/22
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

- Eine Kündigung aus wichtigem Grund ist nach Abwägung der wechselseitigen Interessen möglich, wenn
 - geprüfte und zunächst gebilligte Rechnungen nicht bezahlt werden und
 - der Vertragspartner auch in der Kommunikation unzuverlässig ist und seinen Mitwirkungsobliegenheiten nicht nachkommt.

OLG Schleswig, Beschluss vom 18.03.2022 - 8 U 24/21; BGH,
Beschluss vom 30.11.2022 - VII ZR 79/22
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

- vereinbarungsgemäß monatliche Abschlagsrechnungen,
- geprüft und freigegeben,
- trotz Zahlungszusagen nicht bezahlt
- Kommunikation:
 - AG blieb vereinbarten Gesprächsterminen fern und antwortete auf E-Mails ausweichend.

OLG Schleswig, Beschluss vom 18.03.2022 - 8 U 24/21; BGH,
Beschluss vom 30.11.2022 - VII ZR 79/22
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

- Werden Rechnungen tatsächlich geprüft und gebilligt, kann im Prozess nicht mehr mit Erfolg die fehlende Prüfbarkeit oder das Erfordernis einer weiteren Prüfung eingewandt werden.

OLG Köln, Beschluss vom 27.05.2021 - 16 U 192/20; BGH,
Beschluss vom 07.09.2022 - VII ZR 649/21
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

- Verlangt der AN für die Ausführung seiner Meinung nach zusätzlicher Leistungen eine **zusätzliche Vergütung**, hat er darzulegen und zu beweisen, dass
 - die Zusatzleistung auf einer Anordnung des AG oder
 - einer Anordnung eines dazu vom AG bevollmächtigten Vertreters beruht.

OLG Köln, Beschluss vom 27.05.2021 - 16 U 192/20; BGH,
Beschluss vom 07.09.2022 - VII ZR 649/21
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

- Aus dem Umstand, dass ein vom AG mit der **Bauüberwachung beauftragter Bauleiter** Ausführungsmängel rügt und die Nachbesserung überwacht, ergibt sich
 - allenfalls eine Vertretungsmacht in Bezug auf die zur technischen Ausführung bereits erteilten Aufträge,
 - nicht aber in Bezug auf die Beauftragung von Nachtragsleistungen.

OLG Oldenburg, Urteil vom 24.03.2022 - 14 U 50/17
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

- Der AN muss **Planung und Ausführung** daraufhin überprüfen, ob seine Leistung zum geschuldeten Werkerfolg führt.
- Erkennt er bzw. ist es für ihn erkennbar, dass die Planung des AG unzureichend ist, muss er diesen darauf hinweisen.

OLG Oldenburg, Urteil vom 24.03.2022 - 14 U 50/17
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

- Die Prüfungs- und Hinweispflichten gebieten es in der Regel nicht, dass der AN die seiner Werkleistung **nachfolgenden** Arbeiten beobachtet und den Auftraggeber auf zu erwartende bzw. bereits aufgetretene Mängel aufmerksam macht.
- Der AN darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass die ihm folgenden Unternehmer oder der in Eigenleistung tätig werdende AG selbst die erforderlichen Kenntnisse besitzen und die anerkannten Regeln der Bautechnik einhalten.

OLG Oldenburg, Urteil vom 24.03.2022 - 14 U 50/17
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

- Ausnahme z.B. BGH, Urteil vom 19.05.2011 - VII ZR 24/08
 - 1. Muss ein Auftragnehmer erkennen, dass die von ihm vertragsgemäß errichtete Bodenplatte wegen einer Bauzeitverzögerung im Winter der Gefahr von Rissbildungen ausgesetzt sein wird, kann er verpflichtet sein, den Auftraggeber entsprechend zu informieren.
 - 2. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, löst das keine Gewährleistungsansprüche, sondern Schadensersatzansprüche wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht aus.

OLG Stuttgart, Urteil vom 02.03.2021 - 10 U 57/14; BGH,
Beschluss vom 04.05.2022 - VII ZR 259/21
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

- Eine Vergütungspflicht für Nachträge scheidet aus, soweit die Leistung der Nachträge schon nach dem ursprünglichen Vertrag geschuldet ist.

OLG Stuttgart, Urteil vom 02.03.2021 - 10 U 57/14; BGH,
Beschluss vom 04.05.2022 - VII ZR 259/21
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

- Der AN wird als GU vom AG mit der Erstellung eines Bürogebäudes zum Pauschalpreis von 15 Mio. Euro beauftragt.
- Bereits kurz nach Baubeginn streiten sich AG und AN darüber, ob vom AN auszuführende **Geothermiearbeiten** zum "Bau-Soll" gehören oder nicht.
- Nach dem GU-Vertrag ist u. a. der zwischen dem AG und dem Endnutzer geschlossene Mietvertrag Vertragsbestandteil. Die Anlage "Baubeschreibung" zum Mietvertrag umfasst Geothermiearbeiten.
- Im GU-Vertrag wird aber nicht ausdrücklich auf diese Anlage zum Mietvertrag Bezug genommen.

OLG Stuttgart, Urteil vom 02.03.2021 - 10 U 57/14; BGH,
Beschluss vom 04.05.2022 - VII ZR 259/21
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

- Wird zur Bestimmung der vom AN geschuldeten Leistung u. a. auf einen dem Bauvertrag als Anlage beigefügten Mietvertrag Bezug genommen, gehören die in den Anlagen zum Mietvertrag beschriebenen (Bau-)Leistungen ebenfalls zum "Bau-Soll".

OLG Stuttgart, Urteil vom 02.03.2021 - 10 U 57/14; BGH,
Beschluss vom 04.05.2022 - VII ZR 259/21
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

- Die vom AN **auszuführende und mit der vereinbarten Vergütung abgegoltene Leistung** wird durch die Leistungsbeschreibung im weiteren Sinne, d. h. durch das **gesamte Vertragswerk**, bestimmt (vgl. BGH, IBR 2006, 605; IBR 1999, 300; siehe auch § 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B).
- Zur Leistungsbeschreibung können auch bei Vertragsschluss noch **nicht vorliegende, sondern erst noch zu erstellende Pläne (aber Hinweis darauf notwendig)** und Unterlagen gehören (OLG Düsseldorf, IBR 2003, 345). Gleiches gilt für dem Vertrag nicht beigefügte, sondern lediglich **einsehbare Unterlagen** (OLG Naumburg, IBR 2013, 197).

OLG Brandenburg, Urteil vom 15.09.2022 - 12 U 37/21

- Kündigt der AG den Bauvertrag "frei", hat der Auftragnehmer seinen Anspruch auf die Vergütung für die nicht erbrachte Leistung, u. a. unter Berücksichtigung der ersparten Aufwendungen, vorzutragen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 15.09.2022 - 12 U 37/21

- Hat der AN den Preis nur "im Kopf kalkuliert", muss er die maßgeblichen Preisermittlungsgrundlagen nachträglich zusammenstellen und dabei zu den ersparten Aufwendungen konkret vortragen.
- Erspart werden gegebenenfalls Material- und Fahrtkosten sowie die Kosten für den Einsatz von Arbeitskräften.
- **Allgemeine Geschäftskosten sowie alle Kosten im Betrieb des Auftragnehmers**, die unabhängig vom gekündigten Bauvertrag ohnehin entstanden wären, fallen nicht unter die ersparten Kosten.

OLG München, Beschluss vom 07.04.2021 - 9 U 7047/20 Bau;
BGH, Beschluss vom 09.03.2022 - VII ZR 366/21
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

- Werden im Abnahmeprotokoll andere
Beginntermine für die Verjährungsfristen
angegeben als im Bauvertrag vereinbart, kann
es sich um eine einvernehmliche
Vertragsergänzung handeln oder lediglich ein
Redaktionsversehen vorliegen.

OLG München, Beschluss vom 07.04.2021 - 9 U 7047/20 Bau;
BGH, Beschluss vom 09.03.2022 - VII ZR 366/21
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

- BGH, IBR 2019, 62:
 - Für eine Vertragsänderung muss konkret festgestellt werden, dass die Parteien mit der Angabe eines vom Vertrag abweichenden Endes der Gewährleistungsfrist bewusst von der im Vertrag vereinbarten Frist abweichen wollten.

OLG München, Beschluss vom 07.04.2021 - 9 U 7047/20 Bau;
BGH, Beschluss vom 09.03.2022 - VII ZR 366/21
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

- Laut Vertrag (!) Beginn der Gewährleistung
01.01.2011.
- Vereinbarung im Abnahmeprotokoll:
Gewährleistungsfrist beginnt am
05.03.2013.
- Dieser Beginn macht auch Sinn, weil der AN,
anders als ursprünglich angedacht, seine
Arbeiten nicht wie im Bauvertrag vereinbart
fertig stellen konnte.

OLG Köln, Beschluss vom 29.10.2021 - 17 U 162/19; BGH,
Beschluss vom 29.06.2022 - VII ZR 892/21
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

- Kündigt der AN nach einer Mängelanzeige des AG an, die Mängelbeseitigung innerhalb einer bestimmten Frist vorzunehmen, werden der Mangel und die Verpflichtung zu dessen Beseitigung anerkannt.
- Erkennt der AN den Mangel an, beginnt die Verjährung des Anspruchs des AG auf Beseitigung des gerügten Mangels erneut.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.05.2022 - 22 U 140/21

- Der Unternehmer haftet selbst dann für einen Mangel, wenn dieser auf die vom Besteller erstellte Leistungsbeschreibung oder auf eine Anordnung des Bestellers zurückzuführen ist.
- Etwas anderes gilt, wenn der Unternehmer ordnungsgemäß **Bedenken** angemeldet hat.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.05.2022 - 22 U 140/21

- Ein Bedenkenhinweis muss **inhaltlich hinreichend** bestimmt sein.
- Dem Besteller müssen die **nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren** der unzureichenden Werkausführung konkret dargelegt werden.
- Der Bedenkenhinweis muss zudem an den **Besteller** selbst gerichtet werden.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 02.12.2022 - 22 U 113/22

- Auch **gegenüber professionellen Bestellern** besteht eine Bedenkenhinweispflicht.
- Auch wenn ein Vertreter des Bestellers für die Entgegennahme von Bedenkenanzeigen bevollmächtigt ist, geht die Bedenkenanzeige nicht dem Besteller zu, wenn der Vertreter für den Mangel verantwortlich ist oder sich den Bedenken verschließt (Planungsfehler, Hinweis gegenüber Planer).

BGH, Urteil vom 19.01.2023 – VII ZR 34/20

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

BGH, Urteil vom 19.01.2023 – VII ZR 34/20

- Verwender ist hier der AG. Der Verwender kann sich auf die Unwirksamkeit seiner eigenen AGB nicht berufen.
- BGH: Klausel ist so zu verstehen, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund einschränkungslos in **jedem denkbaren Fall festgestellter Vertragswidrigkeit oder Mangelhaftigkeit** - bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs - ausgesprochen werden kann.

BGH, Urteil vom 19.01.2023 – VII ZR 34/20

- Voraussetzung einer Kündigung aus wichtigem Grund ist eigentlich,
 - dass der AN durch ein den Vertragszweck gefährdendes Verhalten die vertragliche Vertrauensgrundlage derart erschüttert hat,
 - dass dem AG unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.
- Also eben nicht schon der kleinste Mangel.

Vielen Dank!!!

Lennart Moebus
Rechtsanwalt