

Prof. Jürgen Ulrich,

Richter a.D.

Leiter der Bauschlichtungsstelle bei der Handwerkskammer Dortmund
und der Bauschlichtungsstelle bei der Handwerkskammer Südwestfalen

Bloß nicht vor Gericht - juristisches Basiswissen für den Bauunternehmer - Update 2024

- Wie kommt der Unternehmer zu seinem Recht und wie sichert er seine Ansprüche richtig? -

1. Vertragsphase:

Zur Erinnerung: Es besteht Obliegenheit zum Abschluss eines „wasserdichten“ Vertrages!

= sorgfältige Bestimmung des Inhaltes der Vereinbarungen (z.B. betreffend Vertragspartner / Auftragsgegenstand / Preise / Vollmachten)

Besteller behauptet die Absprache niedriger Preise - was jetzt?

OLG Düsseldorf, 2.11.2022 - 22 U 118/22:

1. Ein Anspruch auf ortsüblichen und angemessenen Werklohn setzt voraus, dass keine Vereinbarung zur Höhe der Vergütung getroffen worden ist; für diese Voraussetzung ist der **Unternehmer darlegungs- und beweisbelastet**.
2. Behauptet der Besteller, er habe sich mit dem Unternehmer auf die Höhe des Werklohns geeinigt, muss er nachvollziehbar und widerspruchsfrei darlegen, **mit welchem genauen Inhalt, wann, wo, mit wem und unter welchen Umständen die von ihm behauptete Preisvereinbarung getroffen** worden ist.
3. Ebenso liegt es, wenn der Unternehmer die Vereinbarung einer Vergütung behauptet, der Besteller aber geltend macht, es sei ein **niedrigerer Werklohn** vereinbart worden.

Abrechnung nach Zeitaufwand

BGH, 1.2.2023 - VII ZR 882/21:

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

und was ist mit „schwarz“ gezahltem Vorschuss?

OLG Stuttgart, 22.2.2022 - 12 U 190/21:

Die **Rückforderung** eines Geldbetrags im Rahmen einer „Schwarzgeldabrede“ ist nicht nur dann **ausgeschlossen**, wenn die Gegenleistung bereits erbracht wurde, sondern auch in dem Fall, dass der Geldbetrag im Vorgriff auf künftig zu erbringende Leistungen - quasi als **Vorauszahlung** - erbracht worden ist.

Vertreter ohne Vertretungsmacht

OLG Celle, 4.4.2022 - 6 U 47/21:

Derjenige, der als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Teil nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert.

Grundlagen zum Verbraucherbauvertrag

OLG München, 12.12.2022 - 27 U 2101/22 Bau:

1. Dem Verbraucher als Besteller eines nicht notariell beurkundeten Verbraucherbauvertrags steht ein **Widerrufsrecht** zu; der Unternehmer hat den Verbraucher über sein Widerrufsrecht in Textform zu belehren.
2. Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage; sie beginnt grundsätzlich mit Vertragsschluss, es sei denn, der Unternehmer hat den Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt; dann erlischt das Widerrufsrecht spätestens 12 Monate und 14 Tage nach Vertragsschluss.
3. Die **Widerrufsbelehrung** muss deutlich gestaltet sein und dem Verbraucher seine wesentlichen Rechte in einer an das Kommunikationsmittel angepassten Weise deutlich machen.
4. Dem **Deutlichkeitsgebot** entsprechend muss die Belehrung dem Verbraucher die Rechtslage unübersehbar zur Kenntnis bringen; sie muss sich durch Farbe, größere Lettern, Sperrschrift oder Fettdruck in nicht zu übersehender Weise aus dem übrigen Text hervorheben.
5. Den Anforderungen des Deutlichkeitsgebots ist nicht genüge getan, wenn sich innerhalb einer einheitlichen Vertragsurkunde die Belehrung aus dem übrigen Vertragstext drucktechnisch nicht deutlich heraushebt.

OLG Rostock, 23.11.2022 - 4 U 14/22:

Die Belehrung muss deutlich gestaltet sein und - neben anderen Informationen - einen Hinweis darauf enthalten, dass der Verbraucher dem Unternehmer **Wertersatz** nach § 357d BGB schuldet, wenn die Rückgabe der bis zum Widerruf erbrachten Leistungen ihrer Natur nach ausgeschlossen sind.

wann liegt ein Verbraucherbauvertrag vor?

BGH, 16.3.2023 - VII ZR 94/22:

Nach der gesetzlichen Definition in § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB setzt ein Verbraucherbauvertrag voraus, dass es sich um einen Vertrag mit einem Verbraucher handelt, durch den der Unternehmer **zum Bau eines neuen Gebäudes verpflichtet** wird; dafür reicht es schon nach dem Wortlaut nicht aus, dass der Unternehmer die Verpflichtung zur Erbringung eines einzelnen Gewerks im Rahmen eines Neubaus eines Gebäudes übernimmt.

BGH, 26.10.2023 - VII ZR 25/23:

Bei der Beurteilung, ob es sich um einen Verbraucherbauvertrag i.S.v. § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB handelt, **kommt es nicht auf die Gesamtheit aller dem Unternehmer sukzessive im Verlauf der Bauarbeiten erteilten selbstständigen Aufträge an.**

„außer-Geschäftsraum-Verbrauchervertrag“

OLG Stuttgart, 23.5.2023 - 10 U 33/23:

Schließen die Parteien einen **Verbraucherwerkvertrag** ergibt sich zugunsten des Verbrauchers ein Widerrufsrecht nach § 356 Abs. 1 BGB, wenn der Planungsvertrag **außerhalb von Geschäftsräumen** geschlossen wird.

Aber BGH, 6.7.2023 - VII ZR 151/22:

Wer sich von einem Handwerker ein Angebot machen lässt, dieses am nächsten Tag telefonisch annimmt und nach Ausführen der Arbeiten den Vertrag widerruft, bekommt sein Geld nicht zurück; sobald Angebot und Annahme **zeitlich und räumlich auseinanderfallen**, besteht kein Widerrufsrecht.

wie geht's zur VOB/B?

OLG Düsseldorf, 2.12.2022 - 22 U 113/22:

Allein der Umstand, dass die Parteien bzw. ihre Prozessbevollmächtigten davon ausgehen, die VOB/B sei vereinbart, führt nicht zu deren Einbeziehung in den Vertrag.

Aber OLG Brandenburg, 20.7.2023 - 10 U 14/23:

Die VOB/B kann im **Unternehmensverkehr** nicht nur ausdrücklich, sondern auch dadurch in den Vertrag einbezogen werden, dass ihre Regelungen in den sonstigen Vertragsbedingungen konkretisiert werden bzw. sie darauf Bezug nehmen.

OLG Bamberg, 24.8.2023 - 12 U 58/22:

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

(Mit Rodemann IBR 2023, 553 halte ich diese Entscheidung für falsch.)

VOB-B ↔ Verbraucherrecht

LG Ravensburg, 24.5.2023 - 5 O 110/21:

Die **Verkürzung der Verjährungsfrist wegen Sachmängeln von fünf auf vier Jahre** in einem Verbraucherbavertrag verstößt gegen § 309 Nr. 8 b) ff) BGB und ist unwirksam, selbst wenn die VOB/B insgesamt und damit § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B in den Bauvertrag einbezogen worden sind.

„mit Sicherheit“ (1a)

§ 650e BGB:

„Der Unternehmer kann für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.“

„mit Sicherheit“ (1b)

§ 650f Abs. 1 BGB:

„¹Der Unternehmer kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10 Prozent des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen. ²Satz 1 gilt in demselben Umfang auch für Ansprüche, die an die Stelle der Vergütung treten. ³Der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Besteller Erfüllung verlangen kann oder das Werk abgenommen hat. ...“

„mit Sicherheit“ (1c)

§ 650f Abs. 3 BGB:

„Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 Prozent für das Jahr zu erstatten. ...“

§ 650f Abs. 5 BGB:

„¹Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Absatz 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. ²Kündigt er den Vertrag, ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt. ³Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 Prozent der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.“

„mit Sicherheit“ (1d)

§ 650f Abs. 6 S. 1 BGB:

„Die Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist, oder

2. Verbraucher ist und es sich um einen Verbraucherbauvertrag nach § 650i oder um einen Bauträgervertrag nach § 650u handelt.“

„mit Sicherheit“ (2)

OLG München, 14.4.2022 - 9 U 7270/21 Bau:

1. Der Unternehmer muss dem Besteller im Sicherungsverlangen eine angemessene **Frist zur Sicherheitsleistung** setzen. Die Frist soll so bemessen sein, dass der Besteller die Sicherheit ohne schuldhaftes Verzögern beschaffen kann.
2. Eine Frist von sieben bis zehn Tagen ist in vielen Fällen realitätsfern. Dieser Zeitraum kann nur einen ersten Anhaltspunkt für die Dauer einer angemessenen Frist bieten und ist als Mindestzeitraum zu sehen. Welche Frist im Einzelfall angemessen ist, obliegt der Entscheidung durch den Tatrichter.
3. Hat der Unternehmer durch Adressierung des Sicherungsverlangens an die falsche Adresse und unter fehlender Angabe der Vertrags- und / oder Bestellnummer die Ursache dafür gesetzt, dass sein Sicherungsverlangen nicht rechtzeitig bearbeitet werden konnte, hat er selbst eine wesentliche Ursache dafür gesetzt, dass der Besteller die ihm gesetzte Frist nicht vollumfänglich ausschöpfen konnte.

OLG München, 21.11.2023 - 9 U 301/23:

1. Ein Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherheit ist ein verhaltener Anspruch.
2. Die **Verjährungsfrist** für den Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherheit beträgt drei Jahre.
3. Der Lauf der Verjährungsfrist für diesen verhaltenen Anspruch wird durch den Zugang der erstmaligen Geltendmachung durch den Unternehmer in Gang gesetzt.
4. Für den Lauf der Verjährung ist nicht das Ende des Kalenderjahrs, in dem der Anspruch geltend gemacht wurde, sondern taggenau der Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs bestimmend.

„mit Sicherheit“ (3)

BGH, 17.8.2023 - VII ZR 228/22:

Auch Ansprüche nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B i.V.m. § 1 Abs. 3 oder Abs. 4 S. 1 VOB/B sind solche auf Zahlung einer „auch **in Zusatzaufträgen vereinbarte(n) ... Vergütung**“ i.S.v. § 650f Abs. 1 S. 1 BGB; dies gilt auch, wenn die in diesen Bestimmungen vorgesehene Vereinbarung über den neuen Preis bzw. über die besondere Vergütung nicht zu Stande kommt; das Gericht muss in diesen Fällen für den Anspruch auf Stellung einer Sicherheit gem. § 650f Abs. 1 S. 1 BGB feststellen, ob der Rechtsgrund für einen zusätzlichen Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B gegeben ist, während hinsichtlich der Höhe des Vergütungsanspruchs ein schlüssiger Vortrag des Auftragnehmers ausreicht; gleiches gilt auch im Hinblick auf etwaige Ansprüche nach § 650c Abs. 1 und 2 BGB.

wo finden Sie Vertragsmuster?

▶ www.ihk-muenchen.de/de/Service/Recht-und-Steuern/Vertragsrecht/mustervertraege/werkvertrag.html
(Stand 1. Januar 2023!)

2. Bauphase:

= Zur Erinnerung: Bloß schön bauen reicht nicht!

Prüfpflicht des Unternehmers

OLG Dresden, 23.9.2022 - 22 U 1625/21:

Der Auftragnehmer haftet nicht wegen der **Ablösung des Putzes** von den Wänden, wenn die Ursache hierfür nicht auf eine mangelhafte Leistung, sondern allein auf eine **Restfeuchte in den Betonnestern hinter den Polystyrolelementen** zurückzuführen ist und eine **Bedenkenanzeige** durch den Auftragnehmer nicht veranlasst war; das gilt auch, wenn er eine Feuchtigkeitsmessung nicht durchgeführt hat, der Auftragnehmer im Falle einer Feuchtigkeitsmessung die erhöhte zum Abblättern des Putzes führende Feuchtigkeit auf dem Putzgrund nicht feststellen können, weil der Wandaufbau dies mangels Durchlässigkeit verhindert hätte.

OLG Bamberg, 24.8.2023 - 12 U 58/22:

Ein Bodenleger ist zwar nicht zur Abklärung des Untergrunds zu einer zerstörenden Prüfung durch eine Bohrkernentnahme; er hat aber vor Ausführung der Arbeiten über die Beschaffenheit des Fußbodenaufbaus zu **erkundigen**.

wichtig: Bedenkenhinweise / Behinderungsanzeigen!

OLG Düsseldorf, 2.12.2022 - 22 U 113/22:

Ein Werk ist auch dann mangelhaft, wenn die Ursachen des Mangels in der Sphäre des Auftraggebers - etwa einer fehlerhaften Planung - begründet sind. Der Unternehmer ist aber von der Haftung für Mängel befreit, wenn er seine **Bedenkenhinweispflicht** erfüllt hat.

Ein Bedenkenhinweis ist nicht deshalb entbehrlich, weil der Besteller ein professionelles Bauunternehmen ist oder es bei anderen Bauvorhaben in der Vergangenheit zu ähnlichen Mangelsymptomen gekommen ist. **Auch gegenüber professionellen Bestellern besteht eine Bedenkenhinweispflicht.**

Ein zur Haftungsbefreiung führender Bedenkenhinweis - der bei BGB-Verträgen nicht zwingend in Schriftform zu erteilen ist - setzt voraus, dass der Besteller **ausreichend gewarnt** wird. Die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben müssen konkret dargelegt werden, damit dem Besteller die Tragweite der Nichtbefolgung klar wird. Allgemeine und vage Hinweise genügen nicht.

Aber *OLG Brandenburg*, 9.2.2023 - 10 U 55/22:

Sind **dem Auftraggeber Umstände bekannt**, die bei der Werkerrichtung **Gefahren** erzeugen oder die geeignet sind, Mängel des Werks hervorzurufen oder dessen rechtzeitige Erstellung zu behindern, ist er **zur Unterrichtung des Auftragnehmers** dann **verpflichtet**, wenn dieser die genannten Umstände nicht kennt und auch nicht unschwer erkennen kann.

E-Mail: Ausdruck = Zugangsnachweis?

OLG Koblenz, 21.4.2020 - 3 U 1895/19:

Nur eine Lesebestätigung beweist den Zugang der E-Mail.

Aber BGH, 6.10.2022 - VII ZR 895/21:

Wird eine **E-Mail im unternehmerischen Geschäftsverkehr** innerhalb der üblichen Geschäftszeiten auf dem Mailserver des Empfängers abrufbereit zur Verfügung gestellt, ist sie dem Empfänger grundsätzlich in diesem Zeitpunkt zugegangen. Dass die E-Mail tatsächlich abgerufen und zur Kenntnis genommen wird, ist für den Zugang nicht erforderlich.

und was ist mit WhatsApp?

OLG Frankfurt, 21.12.2023 - 15 U 211/21:

Bei einer WhatsApp-Nachricht fehlt es an der Schriftlichkeit.

ordnungsgemäßer Bedenkenhinweis - und dann?

OLG Köln, 18.7.2018 - 12 U 8/18:

Bleibt der **Besteller** trotz ausreichender Belehrung bei seiner gegenteiligen Anordnung, kann dies dazu führen, dass er die daraus sich ergebenden **Folgen allein** zu **tragen** hat.

LG Mainz, 7.4.2022 - 9 O 191/18

Hat der Besteller eine zur Beeinträchtigung des Werks führende Anweisung erteilt und sie trotz der vom Unternehmer hinreichend deutlich geäußerten Bedenken aufrechterhalten, hat der Unternehmer seine Hinweispflicht erfüllt und ihn trifft an dem Mangel keine (Mit-)Verantwortung.

Abnahme + Mängelvorbehalt

OVG Schleswig-Holstein, 13.11.2023 - 2 LA 85/19:

1. Auch die **unter einem (Mängel-)Vorbehalt erklärte Abnahme** stellt eine **wirksame Abnahme** dar; sie wird auch nicht erst wirksam, wenn der Vorbehalt wegfällt.
2. Dem Auftraggeber bleiben bei einer Abnahme unter Vorbehalt die ansonsten (grundsätzlich) ausgeschlossenen Mängelrechte erhalten.
3. Die Vergütung des Auftragnehmers wird auch bei einer Abnahme unter Vorbehalt von Mängeln fällig; dem Auftraggeber steht jedoch wegen der gerügten Mängel ein Zurückbehaltungsrecht zu.
4. Soweit der Auftragnehmer nicht beweist, dass die Leistung mangelfrei ist, steht ihm der Vergütungsanspruch nach Abnahme unter Vorbehalt nur **Zug um Zug gegen Beseitigung der vorbehaltenen Mängel** zu.

Verweigerung der Abnahme

LG Bielefeld, 18.4.2023 - 5 O 149/22:

1. Hat der Bauherr / Auftraggeber wegen festgestellter Mängel die Abnahme der Leistung verweigert, so dass es an einer Abnahme und damit an einer Bestätigung der Vertragsgemäßheit der Leistung durch den Auftraggeber fehlt, verbleibt **die Beweislast für die Mangelfreiheit der Leistung beim Unternehmer / Auftragnehmer**.

2. Weist die Leistung noch wesentliche Mängel auf und hat der **Auftragnehmer** die **Abnahme zu Unrecht** verlangt, ist er aufgrund einer eigenen Pflichtverletzung dazu verpflichtet, die dem Auftraggeber mit der fehlgeschlagenen Abnahme verbundenen Kosten, z.B. Gutachterkosten, aus Schadenersatzgesichtspunkten zu übernehmen; Voraussetzung hierfür ist, dass den Auftragnehmer ein Verschulden trifft und nicht nur unwesentliche Mängel vorliegen.

wie geht denn eine stillschweigende (sog. „konkludente“) Abnahme?

OLG Bamberg, 13.9.2022 - 3 U 300/21:

Hat der Auftraggeber das Bauwerk bezogen, liegt darin nach Ablauf einer **angemessenen Prüfungsfrist** - bei Parkettarbeiten sieben Wochen - eine konkludente Abnahme, wenn sich aus dem Verhalten des Auftraggebers nichts Gegenteiliges ergibt.

OLG Braunschweig, 2.6.2023 - 8 U 205/21:

Eine Abnahme kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent, d.h. **durch schlüssiges Verhalten des Auftraggebers**, erklärt werden.

2. Konkludent handelt der Auftraggeber, wenn er dem Auftragnehmer gegenüber ohne ausdrückliche Erklärung erkennen lässt, dass er dessen Werk als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt.

3. Eine konkludente Abnahme kann im Regelfall nur angenommen werden, wenn alle vertraglich geschuldeten Leistungen erbracht sind.

4. Unbekannte Mängel stehen einer konkludenten Abnahme grundsätzlich nicht entgegen.

Aufmaß - Bedeutung

OLG Brandenburg, 20.7.2023 - 10 U 14/23:

1. Die Bindungswirkung des gemeinsamen Aufmaßes als bloßer Tatsachenfeststellung gilt nur **für den Umfang der vom Auftragnehmer tatsächlich erbrachten Leistungen**, nicht aber auch für ihre Vergütungspflicht. Mit dem gemeinsamen Aufmaß ist regelmäßig nicht zugleich die Feststellung verbunden, dass und wie die Leistung abgerechnet und vergütet wird und ob sie vertragsgemäß ist.
2. Dem Auftraggeber ist es trotz des gemeinsam genommenen Aufmaßes unbenommen, gegen die Vergütungsforderung einzuwenden, die Leistung sei bereits von einer anderen Position des Leistungsverzeichnisses umfasst, oder sie dürfe nach den vertraglichen Vereinbarungen gar nicht bzw. nicht in dieser Weise abgerechnet werden.

Nachträge wegen zusätzlicher Leistungen

BGH, 29.3.2023 - VII ZR 59/20:

1. Für die Abgrenzung, welche Arbeiten von der vertraglich vereinbarten Leistung erfasst sind und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, kommt es auf den Inhalt der **Leistungsbeschreibung** an.
2. Welche Leistungen durch die Leistungsbeschreibung erfasst sind, ist durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu ermitteln. Dabei sind das gesamte Vertragswerk und dessen Begleitumstände zugrunde zu legen. Dazu gehören auch im Rahmen einer Ausschreibung vorgelegte Planungen.

freie Kündigung durch den Auftraggeber: Folge für den Vergütungsanspruch?

OLG Schleswig, 22.3.2023 - 12 U 54/22:

Kündigt der Auftraggeber / Bauherr den Bauvertrag frei (§ 648 BGB), kann der Auftragnehmer / Unternehmer die sog. **große Kündigungsvergütung** geltend machen; diese beläuft sich auf die volle Vergütung abzüglich der durch die Kündigung ersparten Aufwendungen, den durch anderweitigen Einsatz der Arbeitskraft erzielten sowie den böswillig nicht erzielten Erlösen.

Die **Darlegungs- und Beweislast** für höhere ersparte Aufwendungen trägt der **Auftraggeber**.

was sind im Falle der Auftraggeberkündigung dem Auftragnehmer „anzurechnende Füllaufträge“?

OLG Celle, 21.2.2023 - 4 U 4/22:

Die Abarbeitung anderer Aufträge durch den Unternehmer mit seinen infolge der Kündigung nicht eingesetzten Produktionsfaktoren bedeutet indes nicht von vorneherein einen anderweitigen Erwerb; anzurechnen ist nur ein solcher Erwerb, den die Kündigung des Auftraggebers ermöglicht hat, d.h. sog. „**Füllaufträge**“.

War der Auftragnehmer in der Lage, neben dem gekündigten Auftrag weitere Aufträge auszuführen, die keinen ursächlichen Zusammenhang mit der Kündigung haben, sind diese nicht als „Füllaufträge“ anzusehen.

3. Gewährleistungsphase:

Zur Erinnerung:

Eigentlich gibt es doch keinen komplett mangelfreien Bau!

Gewährleistung - Bedeutung der Wartung

OLG Koblenz, 9.3.2023 - 2 U 63/22:

In einem mit einem Verbraucher geschlossenen Werkvertrag ist eine Klausel unwirksam, die die Gewährleistungsverpflichtung des Unternehmers davon abhängig macht, dass die Durchführung der **Wartung entsprechend der Herstellervorschriften** nachgewiesen wird.

subjektiv-funktionaler Mangelbegriff (1)

OLG Schleswig, 5.7.2023 - 12 U 116/22:

Die bloße **Mangelgefahr**, also die Ungewissheit über die Risiken des Gebrauchs, reicht für die Annahme eines Mangels aus.

Der Auftraggeber braucht nicht hinzunehmen, dass mit der Verwendung eines für den vereinbarten Zweck nicht gedachten Baumaterials die erhöhte Gefahr von Schäden einhergeht.

OLG Frankfurt, 5.7.2022 - 17 U 116/21:

1. Werden handwerkliche Leistungen mit **künstlerischen Aspekten** beauftragt, können Geschmacksabweichungen nur dann als Mangel gerügt werden, wenn von einer konkret vereinbarten Beschaffenheit abgewichen wurde.

2. Für die Vereinbarung einer konkreten Beschaffenheit trägt der Besteller die Beweislast.

OLG Düsseldorf, 13.1.2023 - 22 U 300/21:

Ein Bauprodukt, das weder über eine **CE-Zulassung** noch über eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung verfügt, darf nicht verwendet werden.

subjektiv-funktionaler Mangelbegriff (2)

KG, 8.4.2014 - 27 U 105/13:

Auch wenn die tatsächlich ausgeführte Leistung **höherwertiger als die vertraglich vorgesehen** - hier: Einbau von Holz- statt vereinbarter Stahlzargen - ist, weist die Leistung nicht die vereinbarte Beschaffenheit auf und ist mangelhaft; der Auftraggeber kann den Austausch verlangen.

Aber *OLG Koblenz*, 23.2.2017 - 6 U 150/16: Entspricht die Leistung nicht der vereinbarten Beschaffenheit, kann der Auftraggeber keine Gewährleistungsansprüche geltend machen, wenn die Ist-Beschaffenheit aus technischer Sicht höherwertiger ist als die Soll-Beschaffenheit.

OLG Celle, 18.6.2015 - 16 U 15/15: Eine Mängelbeseitigung ist unverhältnismäßig, kann sie vom Auftragnehmer verweigert werden, wenn **der abweichend vom Leistungsverzeichnis verwendete Baustoff - hier: Mauermörtel - qualitativ besser als das vereinbarte Produkt** ist.

Angabe in Informationsblatt = vereinbarte Beschaffenheit!

OLG München, 27.7.2021 - 28 U 1923/21 Bau:

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

Nacherfüllungspflicht des Unternehmers - grenzenlos?

OLG Jena, 11.7.2023 - 7 U 328/20:

Der Unternehmer kann die Nacherfüllung verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Unverhältnismäßigkeit in diesem Sinn ist in aller Regel nur dann anzunehmen, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht.

Hat der Besteller objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrags, kann ihm der Unternehmer regelmäßig die Nachbesserung wegen hoher Kosten der Mängelbeseitigung nicht verweigern: „Zwar übersteigen die Kosten der Mängelbeseitigung in Höhe von 6.704,50 € netto, die Auftragssumme in Höhe von 6100 € netto. Da vorliegend mit der Mängelbeseitigung aber die **Funktionsfähigkeit der Klimaanlage** wieder hergestellt wurde und diese für das Gebäude der Klägerin eine **wichtige Anlage** darstellt, ihr insbesondere für die Funktion und den Betrieb der gesamten Immobilie der Klägerin eine wesentliche Bedeutung zukommt, sich somit die Reparatur der Klimaanlage auf die Funktionsfähigkeit der gesamten Anlage auswirkt und diese weitaus werthaltiger ist, ist das Interesse der Klägerin an der Mängelbeseitigung objektiv berechtigt.“

Mängelbeseitigung: welche Regeln der Technik sind einzuhalten?

OLG Schleswig, 1.2.2019 - 1 U 42/18:

1. Die Mängelbeseitigung muss die zum **Zeitpunkt** ihrer Vornahme geltenden anerkannten Regeln der Technik und gesetzlichen Vorschriften einhalten. Sofern dies mit höheren Kosten verbunden ist, als das ohne die Regeländerung der Fall wäre, liegt dies im **Verantwortungsbereich des Unternehmers** und ist Folge seiner ursprünglich mangelhaften Leistung.
2. Entsteht durch die Nachbesserung nach aktuellem Regelwerk ein **Mehrwert**, kann hierfür eine Ausgleichspflicht des Bestellers bestehen.

Fristsetzung + Mängelbeseitigung

OLG Köln, 3.2.2021 - 16 U 90/20:

1. Dem Auftraggeber steht trotz vorhandener Mängel grundsätzlich kein Schadensersatz- bzw. kein Selbstvornahmeanspruch zu, wenn er dem Auftragnehmer keine **Frist zur Mängelbeseitigung** gesetzt hat und die Fristsetzung nicht ausnahmsweise entbehrlich war.
2. Aber: Eine Fristsetzung kann **aufgrund ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung seitens des Auftragnehmers**, eines begründeten Vertrauensverlusts des Auftraggebers in die Zuverlässigkeit und Kompetenz des Auftragnehmers oder sonstiger besonderer Umstände entbehrlich sein.

Danke für die Aufmerksamkeit!