

# Aktuelle Rechtsprechung

Ein Blick auf die Rechtsprechung des  
BGH und der Oberlandesgerichte

**11. Juli 2023**

Referent: Dr. jur. Burkhard Siebert



## **OLG Schleswig, Urteil vom 10.12.2021, Az.: 1 U 64/20**

### **Sachverhalt:**

Der Auftragnehmer (AN) wird vom Auftraggeber (AG) nach dem 01.01.2018 mit Malerarbeiten beauftragt.

Nach Ausführung der Arbeiten rügt der AG auch teilweise unstreitig bestehende Mängel. Der AN sagt daraufhin Nacharbeiten zu.

Nach einigen Monaten fordert der AN den AG schriftlich auf, ihm diese Nacharbeiten zu ermöglichen und setzt gleichzeitig eine Frist zur Abnahme. Hierauf reagiert der AG nicht.

Der AN verlangt sodann klageweise die Zahlung des Werklohns. Der AG wendet ein, dass die Leistung (unstreitig) mangelhaft sei und dass er bereits während der Ausführung und nach Fertigstellung Mängel gerügt hat.

**Hat der AN Erfolg?**

## Entscheidung des OLG:

 **JA und Nein!**

 **Der Werklohnanspruch ist fällig, aber dem AG steht ein Zurückbehaltungsrecht zu!**

- 
- Die Leistungen sind als abgenommen anzusehen.
  - Denn die Voraussetzungen der fiktiven Abnahme gemäß § 640 Abs. 2 BGB liegen vor:
    - Der AN hat eine Frist zur Abnahme gesetzt.
    - Der AG hat hierauf nicht reagiert, also die Abnahme insbesondere nicht unter Angabe eines Mangels verweigert.
    - Dass unstreitig Mängel vorhanden sind, steht der Abnahme nicht entgegen; schließlich erfordert § 640 Abs. 2 BGB keine Abnahmefähigkeit.
    - Dass zuvor Mängel gerügt wurden, reicht nicht aus; etwaige Mängel müssen stets binnen der Frist zur Abnahme gerügt werden.
  - Aber dem AG steht ein Zurückbehaltungsrecht nach § 641 Abs. 3, § 320 Abs. 1 BGB zu.
  - Allerdings nur in Höhe der einfachen Mangelbeseitigungskosten, da sich der AG mit der Annahme der Mangelbeseitigungsleistung in Annahmeverzug befindet.

**Auszug aus den Leitsätzen:**

- 1. Eine fiktive Abnahme nach § 640 Abs. 2 BGB tritt auch dann ein, wenn der Besteller bereits vor der Fristsetzung Mängel des Werks gerügt hat. Das gilt jedenfalls dann, wenn dem Werkunternehmer keine erheblichen Mängel des Werkes bekannt sind.**
- 2. Nach Eintritt des Annahmeverzugs mit der Nachbesserung kann der Besteller nach wie vor auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB geltend machen, allerdings beschränkt auf die Höhe der Mangelbeseitigungskosten.**

## **OLG München, Beschluss vom 03.02.2022, Az.: 28 U 3344/21**

### **Sachverhalt:**

Der Auftragnehmer (AN) eines VOB/B-Bauvertrags, der im Februar 2022 geschlossen wurde, macht gegenüber dem Auftraggeber (AG) restlichen Werklohn geltend.

Der AG wendet ein, er habe den nach dem 01.01.2018 geschlossenen Bauvertrag aus wichtigem Grund gekündigt und die Leistungen anschließend durch ein anderes Unternehmen fertigstellen lassen, weshalb ihm ein Anspruch auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten zustehe.

Die schriftliche Kündigungserklärung hat der AG eingescannt und per E-Mail an den AN geschickt. Das Landgericht gibt der Klage des AN statt. Dagegen wendet sich der AG mit seiner Berufung.

### **Hat der AG Erfolg?**

## Entscheidung des OLG:



**Nein!**



- Die Berufung des AG hat keinen Erfolg.
- Der dem Anspruch des AN entgegengehaltene Anspruch auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten setzt eine wirksame Kündigung des Bauvertrages voraus.
  - An einer solch wirksamen Kündigung fehlt es hier, da der AG das Schriftformerfordernis nicht gewahrt hat.
  - Bisher reichte gemäß § 127 Abs. 2 BGB bei gewillkürter Schriftform (also auch bei Schriftform nach § 8 Abs. 6 VOB/B) die telekommunikative Übermittlung.
  - ABER: nunmehr sieht § 650 h BGB bei Bauverträgen ebenfalls Schriftform für Kündigungen vor, sodass § 127 Abs. 2 BGB nicht mehr anwendbar ist und eine telekommunikative Übermittlung auch bei Vereinbarung der VOB/B nicht mehr ausreichend ist.

**Auszug aus den Leitsätzen:**

- 3. Die Kündigung eines Bauvertrags ist schriftlich zu erklären. Die Kündigungserklärung muss vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.**
- 4. Mit einer Kündigungserklärung per E-Mail mit angehängter pdf-Datei wird das Schriftformerfordernis nicht gewahrt.**

## **OLG Koblenz, Urteil vom 20.06.2022, Az.: 1 U 2211/21**

### **Sachverhalt:**

Der AG beauftragt den AN vor Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts auf Grundlage der VOB/B mit der Ausführungen von Bauleistungen an einer Kreisstraße. Die Auftragssumme belief sich auf brutto € 11.952,07.

Gemäß Leistungsverzeichnis soll der AN 13 Kopflöcher herstellen. Tatsächlich werden 35 Kopflöcher hergestellt.

Der AN machte unter dem 15.07.2015 einen Anspruch auf Anpassung der Vergütung auf Grundlage von § 2 Abs. 5 VOB/B geltend. Er begehrt insgesamt netto € 72.097,50.

Der AG vergütet die hergestellten 35 Kopflöcher zu den vereinbarten Einheitspreisen.

Der AN meldet sodann mit Schreiben vom 27.04.2016 einen darüber hinausgehenden Mehraufwand sowie Mehrkosten, die aus der Bauzeitverlängerung und der Nachtragsbearbeitung resultieren, an. Diese Kosten berechnet er zunächst auf Grundlage der Kalkulation. In der Berufungsinstanz berechnet der AN die Kosten sodann auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich der Kosten für die Bauzeitverlängerung und der Kosten für die Nachtragsbearbeitung.

**Hat der AN Erfolg?**

## Entscheidung des OLG:



**Im Prinzip schon, aber AN hatte nicht hinreichend dargelegt!**



- Dem AN gelingt es nicht, seine Ansprüche schlüssig darzulegen.
- Das OLG schließt sich zunächst der Rechtsprechung an, wonach die Preisanpassung nach tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen zu erfolgen habe, was auch für § 2 Abs. 5 VOB/B gelte.
- Allerdings habe der AN zu den tatsächlich erforderlichen Kosten nicht ausreichend vorgetragen bzw. diese nicht substantiiert dargelegt.
- Insbesondere seien für die Geräte- und Lohnkosten keine Nachweise vorgelegt worden; der AN habe auch nicht darlegen können, dass es sich um die zum Zeitpunkt der Ausführung geltenden Marktpreise gehandelt hat.
- Auch die Zuschlagsberechnung sei unzutreffend:
  - BGK können nur nach tatsächlichen Kosten in Ansatz gebracht werden und nicht – wie hier – als Zuschlag.
  - Bezüglich der AGK obliege dem AN zudem der Nachweis der Angemessenheit, welcher nicht mit einem Verweis auf die Kalkulation erfolgen könne.

**Auszug aus den Leitsätzen:**

- 1. Sowohl im Fall der Mengenmehrung als auch der geänderten Leistung ist die Ermittlung des neuen Preises für die Mehrleistung im VOB/B-Vertrag auf der Grundlage der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Vorschläge vorzunehmen.**
- 2. Der Auftragnehmer hat die tatsächlich erforderlichen Kosten schlüssig darzulegen. Will er mangels Nachweisbarkeit der Kosten auf Marktpreise abstellen, erfordert dies eine substantiierte Darlegung der zum Zeitpunkt der Bauausführung geltenden Marktpreise.**
- 3. Baustellenbezogene Gemeinkosten können nicht als Zuschlag, sondern nur nach tatsächlichen Kosten in Ansatz gebracht werden.**
- 4. Soweit Allgemeine Geschäftskosten abgerechnet werden, ist dies zwar grundsätzlich über angemessene Zuschläge möglich. Allerdings kann die Angemessenheit des Zuschlags nicht mit dem Verweis auf die Kalkulation des Auftragnehmers begründet werden.**

## OLG Saarbrücken, Urteil vom 19.10.2022, Az.: 2 U 229/21

### Sachverhalt:

Der Auftraggeber (AG) beauftragt den Auftragnehmer (AN) mit Heizungsarbeiten.

Nach Leistungsdurchführung und vor Verjährungseintritt macht der AG Ansprüche wegen eines Mangels gerichtlich geltend, der eine *„zu geringe Höhe der unterhalb der Decke montierten Ausblasleitung“* zum Gegenstand hat.

Nach Ablauf der ursprünglichen Verjährungsfrist beanstandet der AG zudem, dass der *„erforderliche Mindestabstand der Anlage je Wandseite unterschritten werde“*.

Der AN beruft sich auf Verjährung. Dem widerspricht der AG und meint, in beiden Fällen gehe es jeweils um denselben Mangel, sodass die Verjährung auch für den Mangel *„Mindestabstand je Wandseite unterschritten“* gehemmt sei.

**Dringt der AG damit durch?**

---

## Entscheidung des OLG:

 **Nein!**



- Das Gericht gibt dem AN Recht!
- Die zweite Beanstandung stellt eine neue Mängelrüge dar, sodass sie von der Hemmungswirkung der ersten Beanstandung nicht umfasst ist.
- Der unzureichende seitliche Wandabstand und die durch die Lage der Ausblasleitung hervorgerufene Absenkung der Raumhöhe seien nicht allein deshalb als unterschiedliche Erscheinungsformen ein und desselben mangels anzusehen, weil in beiden Fällen die Beeinträchtigung der Möglichkeit zur Durchführung der Wartung betroffen sei.
- Schließlich können Wartungsprobleme auf ganz unterschiedlichen Ursachen beruhen, weshalb von einem Problem nicht auf ein anderes geschlossen werden könne.
- Eine andere Beurteilung würde dem Sinn und Zweck einer Mängelrüge nicht gerecht.

## OLG Naumburg, Urteil vom 29.12.2022, Az.: 2 U 156/21

### Sachverhalt:

Der Auftraggeber (AG) beauftragt den Auftragnehmer (AN) mit Arbeiten an den Gewerken Heizung, Lüftung und Sanitär.

Im Auftragsschreiben des AG heißt es *„Ausführung und Abrechnung erfolgt nach VOB/B und VOB/C. Die Abrechnung erfolgt zu den vereinbarten Einheitspreisen und nach gemeinsamem Aufmaß der fertigen Leistung mit der örtlichen Bauleitung.“*

Am 19.11.2014 werden die Leistungen des AN abgenommen. Im Abnahmeprotokoll ist Folgendes enthalten:

*„Mängelansprüche: Beginn 19.11.2014 – Ende 19.11.2018“*

Im März 2019 zeigt der AG dem AN Mängel an und fordert deren Beseitigung. Der AN beruft sich auf die Verjährung, woraufhin der AG klageweise einen Kostenvorschussanspruch geltend macht.

### **Zu Recht?**

## Entscheidung des OLG:

 **JA!** (Urteil aber sehr fraglich)

- 
- Die Ansprüche des AG sind nach Auffassung des OLG nicht verjährt!
  - Die gesetzliche Verjährungsfrist für Mängelansprüche beträgt 5 Jahre.
  - **Eine Verkürzung der Verjährungsfrist wurde nicht (wirksam) vereinbart.**
    - Insbesondere sind die Verjährungsregelungen der VOB/B nicht wirksam einbezogen worden.
    - Nach der Formulierung in dem Auftragsschreiben wurden ausschließlich die Aufmaß- und Abrechnungsregelungen einbezogen.
    - Jedenfalls wurde die VOB/B nicht als Ganzes einbezogen, wodurch sich AN nicht mit Erfolg auf eine Verkürzung der Verjährungsfrist berufen kann.
  - Auch in der Eintragung im Abnameprotokoll ist keine wirksame Vereinbarung zu sehen.
  - Eine ausdrückliche Vereinbarung enthält das Protokoll nicht.
  - Soweit unterhalb der Kopfzeile Eintragungen zu Zeitabläufen vorgenommen wurden, haben sie nach der Auffassung des OLG **eindeutig eine informatorische (deklaratorische) Funktion** und sind nicht etwa konstitutiver Natur.
  - Schließlich gab es auch keinen Anlass zu einer dahingehenden Vereinbarung.
  - Ergänzend hat hier eine Rolle gespielt, dass der AN das Protokoll nicht, auch nicht durch einen bevollmächtigten Vertreter, unterzeichnet hatte.

## **Praxishinweis:**

- Das OLG Naumburg steht mit seiner Entscheidung im krassen Widerspruch zu vielen anderen OLG's.
- Viele OLG's betrachten derartige Fristeinträge grundsätzlich als rechtgeschäftliche, ggf. vertragsändernde Vereinbarung an:
  - OLG Bamberg, Urteil vom 26.06.2018, Az.: 5 U 99/15
  - OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.02.2016, Az.: 21 U 183/15
  - OLG München, Beschluss vom 07.04.2021, Az.: 9 U 7074/62
- Nach einer Entscheidung des BGH (Urteil vom 27.09.2018, Az.: VII ZR 45/17) ist durch Auslegung zu ermitteln, ob es sich bei einer Angabe im Abnahmeprotokoll um eine einvernehmliche Verkürzung bzw. Verlängerung der Gewährleistungsfrist handelt oder ob ein Redaktionsversehen vorliegt.

## BGH, Urteil vom 19.01.2023, Az.: VII ZR 34/20

### Sachverhalt:

Die Beklagte war Hauptauftragnehmerin hinsichtlich eines Teils des Ausbaus der Stadtbahnlinie der S-GmbH. Die Beklagte beauftragte mit den insoweit auszuführenden Straßen- und Tiefbauarbeiten die Klägerin als Nachunternehmerin. In dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag wird die VOB/B einbezogen. Die Auftragssumme belief sich auf € 3.031.527,96 netto.

Im LV heißt es zu der Teilleistung Straßenbord unter anderem „*Rückenstütze aus Beton B 25 nach Zeichnung herstellen*“ und „*Unterbeton B 25 liefern und nach Zeichnung herstellen*“.

Im Zuge der Ausführung entsteht zwischen den Parteien Streit, über die Qualität des verbauten Betons. Die verklagte Hauptauftragnehmerin vertritt die Auffassung, dass der Beton im Zusammenhang mit der Teilleistung Straßenbord im verbauten Zustand der Betonfestigkeitsklasse B 25 (heute C 20/25) entsprechen müsse, während die klagende Nachunternehmerin meint, dass der Beton diese Klasse bei Anlieferung aufweisen müsse.

Der Mangelbeseitigungsaufforderung kommt die Klägerin nicht nach, woraufhin die Beklagte den Vertrag kündigt. Mit der Klage verlangt die Klägerin Zahlung von Restwerklohn. Dem hält die Beklagte u.a. Ersatzvornahmekosten entgegen.

**Mit Erfolg?**

## Entscheidung des BGH:

 **Nein!**

- 
- Eine wirksame Kündigung des Vertrages auf Grundlage von § 4 Nr. 7 S. 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 Var. 1 VOB/B (2002) kann nicht angenommen werden.
  - Denn die VOB/B wurde vorliegend nicht als Ganzes vereinbart, es gibt Abweichungen von den Regelungen der VOB/B in der vertraglich vereinbarten Fassung, die nicht substantiell sein müssen, wie die Vorinstanz meinte.
  - Aufgrund der Abweichungen ist die Inhaltskontrolle eröffnet.
  - Diese ergibt, dass § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B (2002), welche inhaltlich den heutigen Regelungen entspricht, den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt.
    - Schließlich reicht schon kleinste Mängel aus, um ein Kündigungsrecht des AG zu begründen.
    - Dies steht im Widerspruch zur gesetzlichen Situation, wonach der AN durch ein den Vertragszweck gefährdendes Verhalten die Vertrauensgrundlage zum AG erschüttert haben muss, welches die Fortsetzung des Vertrages als unzumutbar erscheinen lässt.
    - Diese Abweichung benachteiligt den AN unangemessen.

## **Praxishinweis:**

➤ Sie sind AG:

- Die Kündigung des Vertrages auf Grundlage von § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B wegen kleinerer / unbedeutender Mängel ist risikobehaftet.
- Es droht die Umdeutung in eine freie Kündigung, welche zur Konsequenz hat, dass der AG die vereinbarte Vergütung (abzüglich ersparter Aufwendungen) zu zahlen hat.
- Prüfung erforderlich, ob auf Grundlage von § 648 a Abs. 1 S. 2 BGB gekündigt werden kann:  
Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann.

➤ Sie sind AN:

- Dank der Entscheidung brauchen Auftragnehmer zumindest nicht länger zu befürchten, dass der Auftraggeber ihren Vertrag wegen kleinerer / unbedeutender Mängel kündigt.
- Allerdings macht das Urteil des BGH auch deutlich, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund gleichwohl auf anderer rechtlicher Grundlage schon während der Ausführungsphase möglich ist, vgl. § 648a BG.
- Es ist deshalb gut denkbar, dass bei Mängeln, die bereits vor der Abnahme erkennbar sind, eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich ist, wenn z.B. mehrere Mängel oder ein nicht nur geringfügiger Mangel vorliegen.

**Auszug aus den Leitsätzen:**

**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 S. 1 Var. 1 VOB/B (2002) benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.**

## **OLG Dresden, Urteil vom 25.03.2023, Az.: 22 U 547/15**

### **Sachverhalt:**

Ein Auftragnehmer (AN) wurde auf Grundlage der VOB/B mit dem Bau einer Überführung beauftragt. Sowohl das zuvor durchgeführte Vergabeverfahren als auch der Baubeginn verzögerten sich aus Gründen, die dem Risikobereich des Auftraggebers (AG) zuzuordnen sind.

Der AN meldet auf dieser Grundlage verzögerungsbedingte Mehrvergütungsansprüche an. Da der AG die Ansprüche zurückweist, lässt der AN den von ihm behaupteten Anspruch durch einen Privatgutachter ermitteln. Dieser ermittelt einen Anspruch in Höhe von € 520.000,00.

Das Landgericht spricht dem AN, welcher den Anspruch nebst den Kosten für den Privatgutachter klageweise weiter verfolgt, lediglich € 130.000,00 zu. Das Berufungsgericht lehnt einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Erstattung der Kosten für den Privatgutachter ab. Der AN begehrt daraufhin die Berücksichtigung der Kosten im Rahmen der prozessrechtlichen Kostenentscheidung.

**Dringt der AN damit durch?**

---

## Entscheidung des OLG:

### **Kein materiell-rechtlicher Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen für den Privatgutachter !**

-  ➤ Die zur Nachtragsberechnung aufgewandten Kosten sind kein Teil der Mehrvergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B.
- Auch § 642 BGB ist nicht einschlägig, weil er nur eine Entschädigung für die während des Annahmeverzugs unproduktiv vorgehaltenen Produktionsmittel begründet.
- Es liegt auch keine schuldhafte Vertragspflichtverletzung vor, sodass ebenfalls Ansprüche aus §§ 311, 280 BGB oder § 6 Abs. 6 VOB/B ausscheidet
  - Die rechtzeitige Bereitstellung des Baugrunds stellt nur eine Obliegenheit und keine Pflicht dar.
- Die Gutachterkosten sind hier aber ausnahmsweise im Rahmen der prozessualen Kostenentscheidung gemäß §§ 91, 92 ZPO erstattungsfähig, da das Gutachten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.
  - Dies ist der Fall, wenn eine verständige und wirtschaftlich vernünftig denkende Partei die Kosten auslösende Maßnahme ex ante als sachdienlich ansehen durfte.
  - z.B. (+), wenn Partei ohne Gutachten zu sachgerechtem Vortrag nicht in der Lage ist; das Gutachten muss aber gerade mit Rücksicht auf den konkreten Prozess in Auftrag gegeben worden sein.

**Auszug aus den Leitsätzen:**

- 1. Die Kosten eines Privatgutachtens, die der Auftragnehmer aufgrund eines verzögerten Vergabeverfahrens zur Ermittlung der Mehrvergütung in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B aufwendet, sind nicht al Teil der Mehrkosten zu erstattet.**
- 2. Für die Kosten eines solchen Privatgutachtens steht dem Auftragnehmer auch kein Anspruch auf Entschädigung in entsprechender Anwendung des § 642 BGB zu.**
- 3. (...)**
- 4. Die Kosten eines Privatgutachtens, die der Auftragnehmer aufgrund eines verzögerten Vergabeverfahrens zur Ermittlung der Mehrvergütung in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B aufwendet, können aber ausnahmsweise als Kosten des Rechtsstreits erstattungsfähig sein, wenn sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind.**

# Danke!

## Kontakt

---

**Bauindustrieverband Hessen-Thüringen e.V.**

Abraham-Lincoln-Str. 30  
65189 Wiesbaden  
[bauindustrie-mitte.de](http://bauindustrie-mitte.de)