

Dr. Edgar Jousen

Dr. Urban Schranner

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 – Dezember 2017

von Rechtsanwälten

Dr. Edgar Jousen und Dr. Urban Schranner, Berlin

Inhaltsverzeichnis

A. Allgemeines Bauvertragsrecht	4
I. Allgemeines Vertragsrecht.....	4
II. Vollmacht bei Abschluss des Bauvertrages und Nachträgen, Vertretung.....	7
III. Formvorgaben	8
IV. Abgrenzung Werkvertrag/Werklieferungsvertrag u.a.....	9
V. Vertragsart: Pauschal/EP-Vertrag	11
VI. Kündigung	12
VII. Mängel vor der Abnahme.....	13
VIII. Vergütung/Zahlung	15
1. Allgemein/Fälligkeit	15
2. Stundenlohn	18
3. Kündigung	20
IX. Abnahme	20
X. Bauverzögerung/Vertragsstrafe	25
XI. Gewährleistung.....	30
1. Mangel einer Bauleistung	30
2. Nacherfüllung	36
3. Mangelbeseitigungsaufforderung und Fristsetzung	38
4. Ersatzvornahme/Kostenerstattung/Vorschuss	39
5. Minderung	41
6. Schadensersatz.....	42
7. Prüf- und Hinweispflichten.....	45
8. Vorteilsausgleich/Sowieso-Kosten.....	46
9. Mitverschulden des AG	47
10. Gewährleistungsfristen/Verjährung.....	50
XII. Verjährung (allgemein)	52
XIII. Allgemeine Pflichtverletzung/Schadensersatzansprüche	53
XIV. Gesamtschuldner(ausgleich)	54
XV. Bauhandwerkersicherheitsleistung (§ 648a BGB).....	55
XVI. Rügepflichten nach HGB	57
B. Bauvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der VOB	59
I. VOB/AGB-Inhaltskontrolle	59
II. Leistungsbeschreibung/Leistungssoll	60
III. Preisanpassung bei EP-Vertrag.....	62
IV. Nachträge.....	63
1. Nachträge/Sittenwidrige Preisbildung	63

2.	Mehrkosten wegen Verzögerungen im Vergabeverfahren	63
3.	Mehrkostenansprüche nach Leistungsänderungsanordnungen des AG nach § 2 Abs. 5 und Abs. 6	64
4.	Nachtragsvergütung nach § 2 Abs. 8 VOB/B.....	67
V.	Sub-/Nachunternehmer	68
VI.	Kündigung	70
VII.	Mängel vor der Abnahme.....	73
VIII.	Vergütung/Zahlung	73
IX.	Gewährleistung.....	74
X.	Sicherungsrecht des Auftraggebers.....	75
1.	Sicherungsabrede	75
2.	Sicherheit durch Bürgschaft, Bürgschaftsrecht	77
3.	Sicherheit: Rückgabe	78
C.	Vergaberecht/-verfahren (Auswahl)	78
I.	Allgemein.....	78
II.	Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte	86
III.	Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte	91
IV.	Schadensersatz.....	92
D.	GSB/BauFordSiG	92
E.	Architekten-/Ingenieurrecht (Auswahl)	93
I.	Allgemein.....	93
II.	Vertragsschluss/Leistungsumfang	94
III.	Vergütungsrecht/Verjährung	94
IV.	Haftungsrecht	98
F.	Bauträgerrecht.....	105
G.	Wohnungseigentumsrecht	107
I.	AGB-Recht	109
J.	Prozessrecht (einschließlich Schiedsgutachtenverfahren)	116
I.	Allgemeines Prozessrecht	116
II.	Schiedsverfahrensrecht	117
K.	Selbständiges Beweisverfahren.....	117
I.	Verfahrensrecht (bis Beweisbeschluss) einschl. Verjährung	117
II.	Durchführung und Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens	118
III.	Kosten	118
L.	Insolvenzrecht	119
M.	Strafrecht/Schmiergeldzahlungen	120

A. Allgemeines Bauvertragsrecht

I. Allgemeines Vertragsrecht

1. *Doppeltes Hauptangebot, Wertungsfähigkeit*

1. Sendet ein Bieter auf elektronischem Wege ein Hauptangebot und mit gewissem zeitlichem Abstand (hier: etwa zwei Stunden) kommentarlos eine weitere als Hauptangebot erkennbare Offerte, ist dies regelmäßig, wenn nicht besondere Umstände auf einen abweichenden Willen des Absenders hindeuten, dahin zu verstehen, dass das spätere Angebot an die Stelle des früher eingereichten treten soll, nicht aber, dass beide als Hauptangebot gelten sollen.
2. Es ist zweifelhaft, ob unabdingbare Voraussetzung für die Wertungsfähigkeit mehrerer Hauptangebote eines Bieters ist, dass sie sich nicht nur in Bezug auf den Preis, sondern sich (auch) technisch inhaltlich unterscheiden.

BGH, Urteil vom 29.11.2016, Az.: X ZR 122/14; NZBau 2017, 176 = ZfBR 2017, 247 = IBR 2017, 210

2. *Nachträgliche Teil-Schwarzgeldabrede: Auftraggeber verliert alle Mängelansprüche!*

Ein zunächst nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßender Werkvertrag kann auch dann nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG, § 134 BGB nichtig sein, wenn er nachträglich so abgeändert wird, dass er nunmehr von dem Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG erfasst wird.

BGH, Urteil vom 16.03.2017, Az.: VII ZR 197/16; BauR 2017, 1199 = NZBau 2017, 350 = ZfBR 2017, 453 = IBR 2017, 246

3. *Keine Verbrauchereigenschaft einer als Außengesellschaft rechtsfähigen GbR mit einer natürlichen und einer juristischen Person als Gesellschafter*

Eine als Außengesellschaft rechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter eine natürliche Person und eine juristische Person sind, ist unabhängig davon, ob sie lediglich zu privaten Zwecken und nicht gewerblich oder selbständig beruflich tätig ist, nicht Verbraucher im Sinne des § 13 BGB in der bis zum 13. Juni 2014 geltenden Fassung.

BGH, Urteil vom 30.03.2017, Az.: VII ZR 269/15; BauR 2017, 1365 = NZBau 2017, 422 = NJW 2017, 2752 = ZfBR 2017, 458 = ZIP 2017, 917 = IBR 2017, 346

4. *Unbeschränkte Vertretungsmacht eines bayerischen Bürgermeisters*

1. (...)
2. Bei der Nutzung eines Vertragsentwurfs der Gegenseite für ein eigenes Angebot kann nicht ohne Weiteres in vergleichbarer Weise auf die Übereinstimmung mit vorherigen Verhandlungen vertraut werden wie bei der Annahme eines Ver-

tragsangebots auf das Fehlen von nicht hinreichend deutlich gemachten Änderungen (§ 150 II BGB).

3. Verstöße gegen das Vergaberecht haben auf die Wirksamkeit eines Architektenvertrages keinen Einfluss, es sei denn, es liegt ein kollusives Zusammenwirken der Vertragsparteien vor.

BGH, Urteil vom 01.06.2017, Az.: VII ZR 49/16; BauR 2017, 1531 = NJW-RR 2017, 917 = NZBau 2017, 559 = ZfBR 2017, 668 = IBR 2017, 438

5. Schwarzgeldabrede

Hat ein Auftragnehmer über die vereinbarte Pauschalvergütung hinaus eine weitere Zahlung erhalten, die nach der Vereinbarung nicht versteuert werden soll, liegt eine Schwarzgeldabrede vor. Der Vertrag ist dann insgesamt, auch wenn nur ein Teil des Vertrages betroffen ist, nichtig. Den Werklohn hat er insgesamt zurückzugeben, da weder GOA noch Bereicherungsrecht einen Anspruch gibt.

OLG Schleswig, Urteil vom 14.08.2014, Az.: 7 U 16/09 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: VII ZR 210/14); BauR 2017, 1741 = IBR 2017, 482

6. Rechnung nicht rechtzeitig gestellt: Vertrag wegen Schwarzarbeit nichtig!

1. Zur Schwarzarbeit zählt auch die Erbringung von Werkleistungen, wenn der Auftragnehmer dabei eine sich aufgrund der Werkleistungen ergebende steuerliche Pflicht nicht erfüllt.
2. Der Auftragnehmer ist gesetzlich dazu verpflichtet, innerhalb von sechs Monaten nach Ausführung der Bauleistung eine Rechnung auszustellen.
3. Nimmt der Auftragnehmer vom Auftraggeber Bargeld entgegen und stellt er über diese Zahlung nicht innerhalb von sechs Monaten eine Rechnung aus, führt dies zu einer Nichtigkeit des Bauvertrags mit der Folge, dass dem Auftragnehmer kein Werklohn zusteht.

OLG Hamm, Urteil vom 07.06.2016, Az.: 24 U 152/15; BauR 2018, 142 = IBR 2017, 180

7. Architektenvertrag ist kein Bauvertrag: Privater Bauherr kann widerrufen!

1. Architektenverträge sind keine "Verträge über den Bau von Gebäuden oder erhebliche Umbaumaßnahmen" i.S.v. § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Sie unterfallen den Vorschriften über den Verbraucherwiderruf in §§ 312b ff. BGB.
2. Ein Verbraucher kann den Architektenvertrag widerrufen, wenn der Vertrag bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit der Parteien außerhalb der Geschäftsräume des Architekten geschlossen wurde. Hierfür genügt es, dass nur der Verbraucher unter diesen Umständen ein bindendes Angebot abgab.

OLG Köln, Beschluss vom 23.03.2017, Az.: 16 U 153/16; IBR 2017, 501

8. An einmal angebotene Preise bleibt der Auftragnehmer gebunden!

1. Bietet der Auftragnehmer eine bestimmte (Teil-)Leistung im Ursprungsangebot mit einem bestimmten Einheitspreis an, wird der Auftrag allerdings insoweit zunächst nicht erteilt und erst später auch auf diese Leistung erstreckt, ist unter Zugrundelegung des objektiven Empfängerhorizonts davon auszugehen, dass bei der nachträglichen Einbeziehung der Leistung der ursprünglich angebotene Einheitspreis Vertragsgrundlage wird.

2. (...)

OLG Koblenz, Beschluss vom 06.04.2017, Az.: 5 U 176/17; BauR 2017, 2003 = NJW-RR 2017, 1171 = NZBau 2017, 602 = IBR 2017, 361

9. Widerruf eines Werkvertrages

1. Der Ausschlusstatbestand des § 312g Abs. 2 Satz 1 BGB (i.d.F. v. 13.06.2014) setzt nicht voraus, dass der Unternehmer mit der Anfertigung der Ware bereits begonnen hat.

2. Werkverträge fallen nicht unter den sachlichen Anwendungsbereich des § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB (i.d.F. v. 13.06.2014).

3. (...)

OLG Stuttgart, Urteil vom 19.09.2017, Az.: 6 U 76/17; BauR 2017, 2223 = IBR 2017, 622

10. Erhebliche Umbaumaßnahme i.S.v. § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB

1. Der Begriff der erheblichen Umbaumaßnahmen gem. § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB ist im Sinne größtmöglichen Verbraucherschutzes eng auszulegen, so dass hierunter nur solche Umbaumaßnahmen fallen, die vergleichbar sind mit dem Bau eines neuen Gebäudes.

2. Dachdeckerarbeiten an einem Haus fallen nicht unter den Begriff der erheblichen Umbaumaßnahmen.

3. Nach der Umsetzung der Verbraucherrichtlinie kommt es nicht mehr darauf an, ob der Unternehmer auf Bestellung des Verbrauchers erschienen ist oder auf wessen Initiative die Vertragsanbahnung bzw. der Vertragsschluss erfolgte.

LG Stuttgart, Urteil vom 02.06.2016, Az.: 23 O 47/16; BauR 2017, 570

II. Vollmacht bei Abschluss des Bauvertrages und Nachträgen, Vertretung

1. Bayerische Bürgermeister sind im Außenverhältnis umfassend vertretungsbefugt!

Eine bayerische Gemeinde wird durch ihren Ersten Bürgermeister auch dann wirksam vertreten, wenn die nach der gemeindeinternen Kompetenzverteilung für die Rechtshandlung erforderliche Beschlussfassung des Gemeinderats nicht erfolgt ist.

BGH, Beschluss vom 18.03.2016, Az.: V ZR 266/14; IBR 2017, 166

2. Unbeschränkte Vertretungsmacht eines bayerischen Bürgermeisters

1. Die organschaftliche Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde ist im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt; infolgedessen wird die Gemeinde auch durch solche Rechtshandlungen des ersten Bürgermeisters berechtigt und verpflichtet, die dieser ohne die erforderliche Beschlussfassung des Gemeinderats vorgenommen hat (Bestätigung von BGH, Urteil vom 18. November 2016, V ZR 266/14, WM 2017, 256).

2. (...)

BGH, Urteil vom 01.06.2017, Az.: VII ZR 49/16; BauR 2017, 1531 = NJW-RR 2017, 917 = NZBau 2017, 559 = ZfBR 2017, 668 = IBR 2017, 438

3. Anwendung der Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens auf übersandtes Abnahmeprotokoll; Verjährungsvereinbarung!

1. (...)

5. Die Bauvertragspartei, die zu einem Abnahmetermin einen Vertreter ohne Vertretungsmacht entsendet, muss sich dessen Erklärungen nach den zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entwickelten Grundsätzen zurechnen lassen, wenn sie den im Abnahmeprotokoll enthaltenen und unterschriebenen Erklärungen des Vertreters nicht unverzüglich nach Zugang des Protokolls widerspricht (Anschluss an BGH, IBR 2011, 189).

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.02.2016, Az.: 21 U 183/15; BauR 2017, 1681 = IBR 2017, 193

4. Haftung einer Kommune aus ungerechtfertigter Bereicherung bei Verwertung von Ingenieurleistungen

Beauftragt ein nicht dazu berechtigter Mitarbeiter einer Kommune einen Bauingenieur mit Ingenieurleistungen und werden diese von der Kommune verwertet, kommt bei fehlender Genehmigung des Vertragsschlusses ein Honoraranspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung in Betracht. Die gemeindlichen Formvorschriften und Vertretungsregelungen hindern die Anwendung der §§ 812 ff. BGB grundsätzlich nicht.

OLG Braunschweig, Urt. v. 30.06.2016, Az.: 8 U 97/15; BauR 2017, 761 = NJW-RR 2016, 1493 = NZBau 2016, 755 = IBR 2016, 646

5. *Vollmachtloser Architekt*

Der vollmachtlose Architekt kann wirksam Mängel rügen, Mahnungen aussprechen, Fristen setzen und vereinbaren sowie für den Fall des Fristablaufs die Kündigung androhen. Alleine diese Tätigkeit steht schon im wohlverstandenen Interesse des Auftraggebers.

OLG Köln, Urteil vom 29.12.2016, Az.: 7 U 131/15; BauR 2017, 1386 = IBR 2017, 304

6. *Voraussetzungen für den Erlass eines Grund- und Teilurteils in komplexen Nachtragsstreitigkeiten*

1. (...)

7. Der öffentliche Auftraggeber, der Mitarbeiter zu Nachtragsverhandlungen entsendet, ist an deren Erklärungen gebunden, wenn er die fehlende Vertretungsmacht nicht vorher deutlich zum Ausdruck gebracht hat.

OLG Brandenburg, Urteil vom 26.01.2017, Az.: 12 U 179/15; NJW-RR 2017, 399 = NZBau 2017, 222

7. *Vergütung für Zusatzarbeiten zur Beseitigung eines auf Planungsfehler beruhenden Mangels*

1. Der Besteller, der von der Beauftragung zusätzlicher Arbeiten durch seinen Architekten weiß und dies nicht beanstandet, ist an die Auftragserteilung unter dem Gesichtspunkt der Duldungsvollmacht gebunden.

2. (...)

OLG Celle, Urteil vom 18.05.2017, Az.: 7 U 168/16; BauR 2018, 139 = NJW-RR 2017, 1363 = NZBau 2017, 724 = IBR 2017, 443

III. **Formvorgaben**

1. *Vorrang der Individualvereinbarung gegenüber doppelter Schriftformklausel*

Eine in einem Mietvertrag über Gewerberäume enthaltene sog. doppelte Schriftformklausel kann im Falle ihrer formularmäßigen Vereinbarung wegen des Vorrangs der Individualvereinbarung nach § 305b BGB eine mündliche oder auch konkludente Änderung der Vertragsabreden nicht ausschließen.

BGH, Beschluss vom 25.01.2017, Az.: XII ZR 69/16; NJW 2017, 1017 = IBR 2017, 224

2. Wann bilden Bau- und Grundstückskaufvertrag eine (formbedürftige) Einheit?

1. Ein Bauvertrag ist grundsätzlich nicht formbedürftig. Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Bauvertrag mit dem Grundstückskaufvertrag eine rechtliche Einheit bildet.
2. Eine rechtliche Einheit von Bauvertrag und Grundstückskaufvertrag besteht, wenn die Vertragsparteien den Willen haben, beide Verträge in der Weise miteinander zu verknüpfen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen.
3. Sind Bau- und Grundstückskaufvertrag wechselseitig nicht voneinander abhängig, kommt eine Ausdehnung des Formerfordernisses des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Bauvertrag nur in Betracht, wenn das Grundstücksgeschäft vom Bauvertrag abhängt.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.11.2015, Az.: 8 U 123/13; IBR 2017, 3

3. Mängelrüge per E-Mail verlängert Verjährungsfrist für Mängelansprüche!

Eine Mängelrüge per E-Mail erfüllt das Schriftformerfordernis des § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B. Auch mit einer "einfachen" E-Mail kann die Verjährungsfrist für Mängelansprüche deshalb wirksam verlängert werden (entgegen OLG Jena, IBR 2016, 144, und OLG Frankfurt, IBR 2012, 386).

OLG Köln, Urteil vom 22.06.2016, Az.: 16 U 145/15; BauR 2017, 1218 = IBR 2017, 192

4. E-Mail

Winterdienstleistungen sind Werkvertragsrecht. Vertraglich kann die Übermittlung per E-Mail gem. § 127 Abs. 2 BGB als gewillkürte Schriftform vereinbart werden und ist dann ausreichend.

OLG Hamm, Urteil vom 04.10.2016, Az.: 21 U 142/15; BauR 2017, 1581 = IBR 2017, 464

IV. Abgrenzung Werkvertrag/Werklieferungsvertrag u.a.

1. Überlassung einer Containeranlage: § 2 Abs. 3 VOB/B bei verlängerter Vorhaltung anwendbar?

1. Bei einer verlängerter Vorhaltung handelt es sich um den mietrechtlichen Teil eines gemischt-typischen Vertrags über die Aufstellung, Vorhaltung und den Abbau einer Containeranlage.
2. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ist auf Bedarfspositionen nicht anwendbar.

BGH, Urteil vom 11.10.2017, Az.: XII ZR 8/17; BauR 2018, 248 = IBR 2017, 663

2. Keine analoge Anwendung des § 648a BGB auf Miet- und Dienstverträge

Verbürgt sich eine Versicherung auf eine Online-Anfrage in einer als Bauhandwerker-sicherungsbürgschaft gemäß § 648a BGB überschriebenen Urkunde für Vergütungsansprüche eines Unternehmens aus Arbeiten für ein bestimmtes Bauvorhaben eines Dritten, erstreckt sich die Bürgschaft nicht auf Forderungen, welche das Unternehmen gegen den Dritten für die Überlassung von Baumaschinen und Personal auf Grund einer als Mietvertrag bezeichneten Urkunde geltend macht.

OLG Celle, Urteil vom 21.01.2016, Az.: 2 U 91/15; BauR 2017, 289

3. Aufdach-Photovoltaikanlage

Eine sogenannte Aufdachsolaranlage, die auf dem Dach eines Wohngebäudes montiert ist, zu dessen Stromversorgung sie nicht beiträgt, stellt weder einen (wesentlichen) Bestandteil noch Zubehör des Grundstücks bzw. des Gebäudes dar, wenn sie ohne einen unverhältnismäßigen Aufwand und ohne Verursachung von Beschädigungen vom Gebäude getrennt und andernorts wieder installiert werden kann.

OLG Nürnberg, Urteil vom 10.10.2016, Az.: 14 U 1168/15; BauR 2017, 886

4. Verlängerte Vorhaltung von Containern: Miet- oder Werkvertragsrecht anwendbar?

1. Eine Leistungsverzeichnisposition für Schulcontainer, die im Rahmen eines Bauvertrags einen Einheitspreis für einen Verlängerungszeitraum der Vorhaltung vorsieht, ist nach mietvertraglichen Regelungen zu beurteilen.

2. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 02.12.2016, Az.: 2 U 61/16; IBR 2017, 119

5. Kann die Bauüberwachung ein Dienstvertrag sein?

Ein Architekt, der auch Leistungen erbringt, die den Leistungsphasen 7 und 8 zuzuordnen sind, schuldet keinen Werkerfolg, wenn er bei einem Gesamtüberblick des Leistungsbildtextes nicht die Verantwortung für seine Leistungen trägt.

OLG München, Urteil vom 07.02.2017, Az.: 9 U 2987/16 Bau; BauR 2017, 1583 = IBR 2017, 377

6. Projektsteuerer

Der Projektsteuerervertrag kann ein Werkvertrag sein, wenn die Koordinierung und Kontrolle von Finanzierungs- und Förderungsverfahren beauftragt war. (...)

OLG Koblenz, Urteil vom 28.06.2017, Az.: 10 U 1116/16; BauR 2017, 2223 = NJW-RR 2017, 1299 = IBR 2017, 633

7. Wann wird die Lieferung einer Siloanlage zum Werkvertrag?

1. Ein Vertrag ist als Werkvertrag zu qualifizieren, wenn der Unternehmer die Errichtung eines Bauwerks schuldet.
2. Ein Bauwerk ist eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte und auf nicht nur vorübergehende Verbindung mit diesem angelegte Sache, ohne dass es auf die sachenrechtliche Zuordnung ankäme. Unbeweglich in diesem Sinne ist die Sache, sofern sie nur mit größerem Aufwand vom Grundstück getrennt werden kann.
3. Sofern hingegen nur die Herstellung und Lieferung von Bau- und Anlagenteilen etwa zur Errichtung einer Siloanlage geschuldet sind, handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag.

OLG München, Urteil vom 17.08.2017, Az.: 23 U 3651/16; IBR 2017, 561

8. Widerruf eines Werkvertrages

1. (...)
3. Der Vertrag zur Herstellung und Lieferung einer an ein bestehendes Haus angepassten Aufzuanlage ist auch dann ein Werkvertrag, wenn der Anschluss bauseits erfolgt.

OLG Stuttgart, Urteil vom 19.09.2017, Az.: 6 U 76/16; BauR 2017, 2223 = IBR 2017, 622

V. Vertragsart: Pauschal/EP-Vertrag

1. Pauschalpreisvereinbarung und Überzahlung: Auftraggeber trägt die Beweislast!

Wenn der Auftraggeber Abschlagszahlungen leistet und dann behauptet, er habe sich auf einen Pauschalpreis geeinigt und der Auftragnehmer sei überzahlt, hat er den Abschluss der Vereinbarung darzulegen und zu beweisen.

OLG Oldenburg, Urteil vom 13.01.2015, Az.: 2 U 80/14; BauR 2017, 1580 = IBR 2017, 422

2. Mehrmengen müssen nicht angezeigt werden!

1. Sehen sowohl das Angebot des Auftragnehmers als auch der schriftliche Vertrag eine Abrechnung nach Aufmaß vor, obliegt es dem Auftraggeber darzulegen und zu beweisen, wann und mit wem abweichend vom Vertrag ein Pauschalpreis vereinbart worden ist.
2. (...)

OLG Naumburg, Urteil vom 09.04.2015, Az.: 6 U 19/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew.
– BGH, Beschluss vom 21.09.2016, Az.: VII ZR 83/15); BauR 2017, 326 = IBR 2017,
4

VI. Kündigung

1. Eröffnung des Insolvenzverfahrens kein Grund zur Kündigung des Werklieferungsvertrages

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmers stellt für sich genommen keinen wichtigen, die Vergütungsansprüche des Unternehmers ausschließenden Grund für die Kündigung eines nach dem Eröffnungsantrag geschlossenen Werklieferungsvertrages dar.

BGH, Urteil vom 14.09.2017, Az. IX ZR 261/15; BauR 2017, 2170 = NJW 2017, 3369 = ZfBR 2017, 779 = IBR 2017, 620

2. Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt: Keine fristlose Kündigung (mehr) möglich!

Dem Auftraggeber ist es aufgrund des Verbots widersprüchlichen Verhaltens verwehrt, sich auf Umstände zu berufen, die - angeblich - sein Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Vertragspartners zur Nacherfüllung grundlegend erschüttert hätten, wenn er trotz Kenntnis dieser Umstände dem Vertragspartner eine Frist zur Behebung der Mängel gesetzt hat.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.05.2016, Az.: 21 U 180/15; IBR 2017, 669

3. Kündigung ohne Fristsetzung mit Kündigungsandrohung kann teuer werden!

1. Eine Kündigung wegen Verzugs des Auftragnehmers (hier: mit der Verpflichtung zur Vorlage fortgeschriebener Terminpläne) setzt eine erfolglose Fristsetzung mit Kündigungsandrohung voraus.
2. Aus Fristsetzung und Kündigungsandrohung muss klar hervorgehen, was der Auftraggeber vom Auftragnehmer erwartet. Beide Erklärungen müssen miteinander verbunden sein.
3. Die Fristsetzung kann ausnahmsweise entfallen, etwa wenn der Vertragspartner die jeweilige Leistung ernsthaft und endgültig verweigert hat oder wenn besondere Umstände vorliegen, die eine sofortige Kündigung rechtfertigen (hier verneint).
4. Ein Kündigungsrecht kann verwirkt werden, wenn sich der Auftraggeber zu Gründen, zu denen er eine Frist gesetzt hat, ernsthaft auf Verhandlungen einlässt oder sonst zu erkennen gibt, dass er trotz Kündigungsandrohung an einer danach einmal geäußerten Kündigungsabsicht nicht mehr festhalten will.
5. In Ausnahmefällen steht dem Auftraggeber ein Recht zur Kündigung mit sofortiger Wirkung zu, wenn es ihm nicht zuzumuten ist, den Vertrag unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls fortzusetzen. Ein solcher Sachverhalt kann gegeben sein, wenn es zu einer vom Auftragnehmer zu vertretenden ganz beträchtli-

chen Verzögerung des Bauvorhabens gekommen ist und es dem Auftraggeber nicht zugemutet werden kann, eine weitere Verzögerung durch Nachfristsetzung hinzunehmen oder eine solche von vorneherein keinen Erfolg verspricht.

OLG Zweibrücken, Urteil vom 29.09.2016, Az.: 6 U 6/15; BauR 2017, 735 = NJW-RR 2017, 338 = NZBau 2017, 149 = IBR 2017, 72

4. *Bauzeitverkürzung = freie Kündigung!*

Die Aufforderung des Auftraggebers, eine knapp 15 km lange Stahlgleitwand statt nach vereinbarten 588 Tagen bereits nach einer Standzeit von 333 Tagen abzubauen, ist als freie Kündigung anzusehen.

OLG Rostock, Urteil vom 14.03.2017, Az.: 4 U 155/12; IBR 2017, 367

5. *Vernehmung eines Privatgutachters als Sachverständiger des Gerichts*

1. (...)

3. Eine Kündigung wegen verletzter Mitwirkungsobliegenheiten setzt eine Fristsetzung voraus, die erkennen lässt, dass bei einem Untätigbleiben des Bestellers die Aufhebung des Vertrags für die Zukunft nur noch vom Ablauf der Frist abhängt.

4. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 03.04.2017, Az.: 29 U 169/16; BauR 2018, 296 = NJW-RR 2017, 982 = NZBau 2017, 480 = IBR 2017, 366

6. *Kündigung des Auftragnehmers wegen verspäteten Abrufs der Bauleistung*

1. Ein Bauvertragspartner kann den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen, wenn der andere Bauvertragspartner seine Vertragspflichten grob verletzt hat, etwa dadurch, dass er seinerseits unberechtigt gekündigt hat.

2. (...)

5. (...)

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 28.04.2017, Az.: 29 U 166/16; BauR 2017, 2012 = NJW 2018, 79 = NZBau 2017, 543 = IBR 2017, 490

VII. **Mängel vor der Abnahme**

1. *Werkvertrag: Geltendmachung von Mängelrechten ohne Abnahme*

1. Der Besteller kann Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen.

2. Der Besteller kann berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die (Nach-)Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Allein das Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung eines Mangels im Wege der Selbstvornahme genügt dafür nicht. In diesem Fall entsteht ein Abrechnungsverhältnis dagegen, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen.

BGH, Urteil vom 19.01.2017, Az.: VII ZR 301/13; BauR 2017, 875 = NJW 2017, 1604 = NZBau 2017, 216 = IBR 2017, 186

2. Bauvertrag nach BGB: Keine Mängelrechte vor Abnahme - oder doch?

1. Der Besteller kann Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen.
2. Der Besteller kann berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Das ist jedenfalls der Fall, wenn der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet und der Besteller nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend macht oder die Minderung erklärt.
3. Die Minderung des Vergütungsanspruchs nach § 634 Nr. 3, § 638 BGB schließt einen Schadensersatzanspruch des Bestellers statt der Leistung nach § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB nicht aus, wenn mit diesem Schadensersatz statt der Leistung als kleiner Schadensersatz begehrt wird.

BGH, Urteil vom 19.01.2017, Az.: VII ZR 235/15; BauR 2017, 1024 = NJW 2017, 1607 = NZBau 2017, 211 = IBR 2017, 187 = IBR 2017, 188

3. Grundsätzlich kein Vorschuss vor der Abnahme II

1. Der Besteller kann Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen.
2. Der Besteller kann berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die (Nach-)Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Allein das Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung eines Mangels im Wege der Selbstvornahme genügt dafür nicht. In diesem Fall entsteht ein Abrechnungsverhältnis dagegen, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen.

BGH, Urteil vom 19.01.2017, Az.: VII ZR 193/15; BauR 2017, 879

4. *Entstehung eines Abrechnungsverhältnisses zur Geltendmachung von Mängelrechten ohne Abnahme*

Allein durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmers entsteht kein Abrechnungsverhältnis im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu Mängelrechten ohne Abnahme (BGH, Urteile vom 19. Januar 2017, VII ZR 301/13, BauR 2017, 875 = NZBau 2017, 216; VII ZR 193/15, BauR 2017, 879 und VII ZR 235/15, BauR 2017, 1024 = NZBau 2017, 211).

BGH, Urteil vom 09.11.2017, Az.: VII ZR 116/15; BauR 2018, 539 = NJW 2018, 697 = ZfBR 2018, 148 = ZIP 2017, 2414 = IBR 2018, 79

5. *Planungsbedingte Baumängel: Bauherr muss neue Planung vorlegen!*

1. Wird vom Besteller bzw. dessen Architekten planerisch ein ungeeignetes System vorgegeben und kommt es vor Abnahme zu planungsbedingten Baumängeln, ist dem Unternehmer die Mängelbeseitigung unmöglich, wenn ihm keine neue Planung vorgelegt wird; in diesem Fall entfällt die Verpflichtung zur Mängelbeseitigung.
2. Ist die Mängelbeseitigung für den Unternehmer unmöglich, ist die Abnahme keine Voraussetzung für die Fälligkeit des Werklohns. Es ist vielmehr von einem Abrechnungsverhältnis auszugehen.
3. (...)

OLG München, Urteil vom 20.12.2016, Az.: 9 U 1430/16 Bau; IBR 2017, 615

VIII. Vergütung/Zahlung

1. Allgemein/Fälligkeit

1. *Bindung des Insolvenzverwalters durch vorherige Vereinbarung über die Werklohnfälligkeit*

Haben die Parteien eines Werkvertrages vereinbart, dass die Fälligkeit des Werklohns von der Vorlage von Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Sozialkassen und der Bauberufsgenossenschaft abhängen soll, ist diese Vereinbarung nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bauunternehmers für den Verwalter bindend.

BGH, Urteil vom 15.12.2016, Az.: IX ZR 117/16; BauR 2017, 551 = NJW-RR 2017, 173 = NZBau 2017, 144 = IBR 2017, 63

2. *Werkunternehmer kann Vorauszahlung per AGB-Klausel verlangen!*

1. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Werkunternehmers kann eine Vorleistungspflicht des Bestellers wirksam vereinbart werden, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, der auch bei Abwägung mit den hierdurch für den Besteller entstehenden Nachteilen Bestand hat. Dabei können insbesondere die

Aufwendungen eine Rolle spielen, die der Unternehmer bereits vor dem eigentlichen Leistungsaustausch erbringen und finanzieren muss.

2. Bei einem Werkvertrag besteht die Leistung des Unternehmers regelmäßig nicht nur in der Ausführung der Leistung, sondern auch in der Planung. Es ist daher nicht unangemessen, die Planungskosten bei der Ermittlung der Gesamtaufwendungen, die auf die konkrete Leistung bezogen sind und die der Unternehmer vor Ausführung der Leistung finanzieren muss, zu berücksichtigen.

BGH, Urteil vom 25.07.2017, Az.: X ZR 71/16; NJW 2017, 3297 = IBR 2017, 682

3. Wer kein "Gegenaufmaß" erstellt, muss zahlen!

1. Macht der Auftragnehmer nach Kündigung des Bauvertrags seine Schlussrechnungsforderung geltend und legt er Aufmaßblätter über zumindest teilweise erbrachte Leistungen vor, ist es Sache des Auftraggebers, substantiiert darzulegen, weshalb das Aufmaß unrichtig ist.
2. Hat es der Auftraggeber versäumt, ein eigenes Aufmaß durch seinen Bauleiter/Architekten oder durch die nachfolgenden Firmen erstellen zu lassen, und kann nachträglich auch kein Aufmaß mehr erstellt werden, geht diese Obliegenheitsverletzung zu Lasten des Auftraggebers.

Kammergericht, Beschluss vom 15.04.2014, Az.: 27 U 152/13 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 01.02.2017); BauR 2017, 1422 IBR 2017, 363

4. Fehlende Umsatzsteuernummer

Die im Umsatzsteuerrecht erhebliche fehlende Umsatzsteuernummer und die fehlende Mitteilung des Zeitpunkts der Leistungsausführung auf der Rechnung führen nicht zur Nichtprüfbarkeit der Rechnung, wenn der Inhalt im Übrigen klar ist.

OLG Hamburg, Urteil vom 14.04.2015, Az.: 6 U 205/08 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.09.2016, Az.: VII ZR 78/15); BauR 2017, 776 = IBR 2017, 84

5. Aufmaß

1. Fehlt es an einem gemeinsamen Aufmaß, hat der Auftragnehmer vorzutragen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass die in der Rechnung geltend gemachten Leistungen tatsächlich erbracht worden sind. In einem solchen Fall genügt ein einfaches Bestreiten der Richtigkeit des Aufmaßes durch den Auftraggeber.
2. Der Auffassung des KG Berlin (Urteil vom 1. Juni 2007, 7 U 190/06, BauR 2007, 1752), wonach ein hinreichendes Bestreiten nicht vorliege, wenn weder ein eigenes Aufmaß vorgelegt noch sonst erläutert werde, weshalb das Aufmaß des Auftragnehmers falsch sein soll, kann nicht gefolgt werden. Es besteht kein Bedürfnis, dem Auftraggeber im Falle eines einseitigen Aufmaßes erhöhte Substantiierungsanforderungen aufzuerlegen.

OLG Bamberg, Beschluss vom 11.04.2016, Az.: 4 U 196/15; BauR 2016, 1778 = NJW 2017, 414 = NZBau 2017, 156

6. Auftraggeber zur Zahlung verurteilt: Aufforderung zur Mängelbeseitigung wirkungslos!

Ist der Auftraggeber zur Zahlung von Werklohn Zug um Zug gegen Beseitigung von Mängeln verurteilt, kann er nur dann eine wirksame Frist zur Mängelbeseitigung setzen, wenn er den Werklohn zahlt oder die Zahlung zumindest anbietet.

OLG Dresden, Urteil vom 24.08.2016, Az.: 1 U 854/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 04.01.2017, Az.: VII ZR 311/16); BauR 2017, 1421 = IBR 2017, 424

7. Nachunternehmer

Hat der Bauherr die Leistung des Hauptauftragnehmers abgenommen, ist der Vergütungsanspruch des Nachunternehmers ebenfalls fällig.

OLG Brandenburg, Urteil vom 13.10.2016, Az.: 12 U 26/15; BauR 2017, 156 = IBR 2017, 11

8. Planungsbedingte Baumängel: Bauherr muss neue Planung vorlegen!

1. (...)
2. Ist die Mängelbeseitigung für den Unternehmer unmöglich, ist die Abnahme keine Voraussetzung für die Fälligkeit des Werklohns. Es ist vielmehr von einem Abrechnungsverhältnis auszugehen.
3. (...)

OLG München, Urteil vom 20.12.2016, Az.: 9 U 1430/16 Bau; IBR 2017, 615

9. Rechtskraftwirkung bei endgültiger/teilweiser Unbegründetheit des Urteils - Werklohnklage

1. Die Abweisung einer Werklohnklage hinsichtlich der Teilforderung für nicht erbrachte Leistungen mit der Begründung, der Auftraggeber habe eine wirksame Sonderkündigung ausgesprochen, ist endgültig. Der Auftragnehmer kann wegen der Rechtskraft dieses Urteils nicht erneut auf Werklohn für nicht erbrachte Teilleistungen klagen, auch dann nicht, wenn er diese Teilforderung niedriger beziffert.
2. Die Abweisung einer Klage als zur Zeit unbegründet erwächst in Rechtskraft mit der Folge, dass der unterlegene Kläger eine zweite Klage zu derselben Forderung nur auf Tatsachen stützen kann, die nach dem Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Vorprozess eingetreten sein, die Fälligkeit nachträglich herbeigeführt haben sollen. Es kommt insoweit nicht darauf an, wie das Beru-

funksgericht des Vorprozesses vor Rücknahme der Berufung die Fälligkeitsfrage beurteilt hat.

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 21.04.2017, Az.: 29 U 180/16; BauR 2017, 1412 = NJW 2017, 2773 = NZBau 2017, 602 = IBR 2017, 418

10. Gemeinsames Aufmaß fehlt: Wie kommt der Auftragnehmer an sein Geld?

1. Klagt der Auftragnehmer seinen (Rest-)Werklohn ein, hat er vorzutragen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass die in seiner (Schluss-)Rechnung geltend gemachten Leistungen tatsächlich erbracht worden sind.
2. Es ist zunächst Sache des Auftragnehmers, substantiiert vorzutragen, welche Bauleistung von ihm tatsächlich erbracht wurde. Dies kann durch die Vorlage der (Schluss-)Rechnung erfolgen, wenn sich aus der Rechnung im Zusammenhang mit den übrigen Umständen die Forderung in ausreichendem Maße nachvollziehen lässt. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist es Sache des Auftraggebers, die fehlende Substanziierung im Einzelnen zu rügen.
3. Ein fehlendes gemeinsames Aufmaß führt nicht dazu, dass der Auftragnehmer keine Werklohnforderung mehr geltend machen kann oder diese zumindest nicht fällig ist.
4. Legt der Auftragnehmer ein einseitig vorgenommenes Aufmaß vor und hat der Auftraggeber konkrete Kenntnis von den Leistungen, die der Auftragnehmer erbracht hat, genügt der Auftraggeber mit einem pauschalen Bestreiten des vorgelegten Aufmaßes nicht seiner Erklärungslast.

OLG Köln, Urteil vom 05.07.2017, Az.: 16 U 138/15; IBR 2017, 542

2. Stundenlohn

1. Wie sind Stundenlohnarbeiten im BGB-Bauvertrag abzurechnen?

1. Zur schlüssigen Begründung eines nach Zeitaufwand zu bemessenden Vergütungsanspruchs bedarf es grundsätzlich nur der Darlegung, wie viele Stunden der Anspruchsteller für die Vertragsleistung aufgewendet hat. Es ist regelmäßig keine Differenzierung geschuldet, welche Arbeitsstunden für welche Tätigkeiten und an welchen Tagen angefallen sind.
2. Der Unternehmer braucht nicht nachzuweisen, an welchen Tagen welche Arbeitsstunden erbracht wurden. Vielmehr ist zu klären, ob die Arbeitsstunden für den vertraglich geschuldeten Erfolg aufgewendet wurden.

BGH, Beschluss vom 05.01.2017, Az.: VII ZR 184/14; BauR 2017, 721 = IBR 2017, 121

2. Stundenlohnarbeiten unwirtschaftlich erbracht? Architekt hat 20% Spielraum!

1. Bei der Einholung eines Sachverständigengutachtens über die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung ist zu berücksichtigen, dass dem Unternehmer (hier: einem Architekten) bei der Organisation seines Betriebs und der Durchführung des konkreten Vertrags ein Spielraum zuzubilligen ist. Dementsprechend ist nicht jeder Aufwand, den er über die für erforderlich erachteten Arbeitsstunden hinaus betreibt, pflichtwidrig unwirtschaftlich.
2. Wie groß der Spielraum des Unternehmers bei der Erbringung von Stundenlohnarbeiten ist, ist unter Hinzuziehung des Sachverständigen eine im Einzelfall zu beantwortende Tatfrage. Dieser Spielraum kann durchaus mit 20% angenommen werden.

OLG Hamburg, Urteil vom 19.12.2013, Az.: 6 U 34/11 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.09.2016, Az.: VII ZR 28/14); IBR 2017, 82

3. Stundenlohnarbeiten ohne Auftrag ausgeführt: Nur notwendige Leistungen werden vergütet!

1. Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, wonach Stundenlohnarbeiten nur geleistet werden dürfen, wenn sie schriftlich besonders angeordnet worden sind, benachteiligt den Auftragnehmer nicht unangemessen und ist wirksam.
2. (...)

OLG München, Urteil vom 27.04.2016, Az.: 28 U 4738/13 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 20.04.2017, Az.: VII ZR 141/16); BauR 2017, 1741 = IBR 2017, 486

4. Verbotene Abrechnung von Pausenzeiten beim Stundenlohnvertrag

1. Eine Vertragsklausel, die es einer Partei gestattet, in beliebigem Umfang nichts zu tun (hier: Einhaltung von Pausenzeiten), dafür aber trotzdem eine Gegenleistung erhält, ist unwirksam.
2. Eine Vertragsklausel, die es dem Verwender erlaubt, ab 17.00 Uhr unabhängig von der bisherigen Einsatzzeit Überstundenzuschläge zu berechnen, benachteiligt den Vertragspartner unangemessen und ist unwirksam.
3. Der Werkunternehmer hat seine Leistung wirtschaftlich zu organisieren.

OLG Saarbrücken, Urt. v. 12.08.2016, Az.: 5 U 35/14; BauR 2017, 565 = IBR 2016, 644

3. Kündigung

1. Pauschalvertrag gekündigt: Abrechnung "von oben nach unten" möglich!?

1. Bei der Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrags muss der Auftragnehmer grundsätzlich die erbrachten Leistungen darlegen und vom nicht ausgeführten Teil abgrenzen. Die Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen ist dann nach dem Verhältnis des Werts der erbrachten Teilleistung zum Wert der nach dem Pauschalvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu errechnen.
2. Etwas anderes gilt jedoch für den Fall, dass lediglich noch ganz geringfügige Leistungen ausstehen. Dann kann der Werklohnanspruch, sofern keine kalkulatorischen Verschiebungen zu Lasten des Auftraggebers verdeckt werden können, auch auf die Weise berechnet werden, dass die nicht erbrachte Leistung bewertet und von der Gesamtvergütung abgezogen wird (sog. Abrechnung "von oben nach unten").

OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.12.2014, Az.: 19 U 122/13 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 18.01.2017, Az.: VII ZR 22/15); IBR 2017, 423

2. Auftragnehmer ausgesperrt und RTL II geholt: Vertrag gekündigt!

1. (...)
2. Bei Vertragsbeendigung durch Kündigung hat der Vorauszahlungen leistende Auftraggeber einen Anspruch auf Erteilung einer Schlussrechnung und gegebenenfalls Ausgleich überschüssiger Vorauszahlungen.

OLG Schleswig, Urteil vom 14.04.2016, Az.: 7 U 85/15; IBR 2017, 71

3. Vertragsdurchführung geht vor Preisgewissheit!

1. (...)
3. Legt ein Unternehmer die von der Kündigungsvergütung gem. § 648a Abs. 5 oder § 649 BGB abzuziehenden ersparten Aufwendungen anhand einer Kalkulation des Vertrages dar, ist es unschädlich, wenn diese Kalkulation keinen Unternehmergewinn ausweist.

Kammergericht, Urteil vom 13.06.2017, Az.: 21 U 24/15; BauR 2017, 1677 = NJW 2017, 3726 = NZBau 2017, 659

IX. Abnahme

1. Unwesentliche Mängel sind kein Abnahmehindernis!

1. Ein Werk ist fertig gestellt, wenn alle wesentlichen Mängel behoben sind, so dass es abnahmefähig ist.

2. Unwesentlich sind Mängel, die an Bedeutung so weit zurücktreten, dass es unter Abwägung der beiderseitigen Interessen für den Auftraggeber zumutbar ist, eine zügige Abwicklung des Vertragsverhältnisses nicht länger aufzuhalten.

OLG Köln, Urteil vom 18.11.2015, Az.: 11 U 33/15; IBR 2017, 244

2. Anwendung der Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens auf übersandtes Abnahmeprotokoll; Verjährungsvereinbarung!

1. (...)
4. Legen die Vertragsparteien anlässlich der Durchführung der Abnahme gemeinsam ausdrücklich fest, dass das Abnahmedatum den Beginn der Gewährleistung markiert, und geben sie darüber hinaus ein festes Datum für das Ende der Gewährleistung an, stellt sich dies als rechtsgeschäftliche Abänderungsvereinbarung im Hinblick auf frühere vertragliche Regelungen dar, an der sich die Vertragsparteien festhalten lassen müssen.
5. Die Bauvertragspartei, die zu einem Abnahmetermin einen Vertreter ohne Vertretungsmacht entsendet, muss sich dessen Erklärungen nach den zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entwickelten Grundsätzen zurechnen lassen, wenn sie den im Abnahmeprotokoll enthaltenen und unterschriebenen Erklärungen des Vertreters nicht unverzüglich nach Zugang des Protokolls widerspricht (Anschluss an BGH, IBR 2011, 189).

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.02.2016, Az.: 21 U 183/15; BauR 2017, 1681 = IBR 2017, 193

3. Einzug + Prüffrist = Abnahme!

1. Hat der Auftraggeber das Bauwerk bezogen, liegt darin nach Ablauf einer angemessenen Prüfungsfrist eine konkludente Abnahme, wenn sich aus dem Verhalten des Auftraggebers nichts Gegenteiliges ergibt. Die Dauer der angemessenen Prüfungs- bzw. Bewertungsfrist orientiert sich an den Umständen des Einzelfalls und regelmäßig nicht an den starren Fristen der in § 12 Abs. 5 VOB/B geregelten Abnahmefiktion. Die Dauer dieser Prüfungs- und Bewertungsfrist darf nicht beliebig verlängert werden, sondern muss auch die Interessen des Auftragnehmers berücksichtigen. Im Einzelfall kann indes zu Gunsten des Auftraggebers zu berücksichtigen sein, ob der Bezug des Bauwerks bzw. der Beginn der Nutzung der Werkleistung seitens des Auftraggebers unter dem Zwang der Verhältnisse (etwa der Räumungspflicht bisheriger Räume, vertraglicher Verpflichtungen, Schadensminderungspflichten des Auftraggebers etc.) erfolgt.
2. Die vom Bundesgerichtshof (Urt. v. 29.09.2013 – VII ZR 220/12, BauR 2013, 2031) angenommene Prüfungsfrist von „nicht mehr als 6 Monaten“ betraf den Sonderfall einer Architektenleistung im Rahmen der Sanierung einer denkmalgeschützten Villa.
3. Im Hinblick auf die Differenzierung zwischen der „unmittelbaren“ Werkleistung (des Fachunternehmens) und der „mittelbaren“ Werkleistung des Architekten, eine mangelfreie „unmittelbare“ Werkleistung (des Fachunternehmens) zu bewirken, sind im Regelfall die jeweiligen Zeitpunkte, an denen eine konkludente Abnahme

der Fachunternehmerleistung und der Architektenleistung anzunehmen sind, nicht identisch. Dies gilt erst recht bei Übertragung der Vollarchitektur (d.h. einschließlich der Leistungsphase 9), da die Rechnungsprüfung, die Überwachung der Beseitigung der bei der Abnahme festgestellten Mängel und die Kostenkontrolle einen erheblichen Zeitraum in Anspruch nehmen kann und das Architektenwerk erst dann vollendet ist.

4. Eine Erklärung eines Dritten (wie hier der Objekteigentümerin) genügt regelmäßig nur dann als Abnahme, wenn die Vorschriften über Willenserklärungen dafür vorliegen.
5. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.04.2016, Az.: 22 U 165/15; BauR 2017, 1540 = IBR 2017, 245

4. *Fälligkeit und Durchsetzbarkeit des Werklohns bei an Vertragsschluss anknüpfender Zahlungsregelung*

1. Eine Bauvertragsklausel, nach der die Auftragssumme 14 Tage nach Auftragserteilung fällig werden soll, ist grundsätzlich nicht dahin auszulegen, dass der Unternehmer bereits vor Durchführung der Arbeiten seinen Werklohn verlangen kann. Das Abschneiden der Einrede des nicht erfüllten Vertrags im Sinne der Begründung einer Vorleistungspflicht des Bestellers muss sich aus dem Vertragstext ergeben.
2. Es spricht viel dafür, dass der Besteller den Werklohn erst dann iSd § 96 I Nr. 1 InsO schuldig geworden ist, wenn der Unternehmer seine Leistung erbracht und dadurch seine Forderung werthaltig gemacht hat.

OLG Schleswig, Urteil vom 14.07.2016, Az.: 7 U 125/15; BauR 2017, 573 = NJW 2017, 179 = NZBau 2017, 43 = IBR 2016, 643

5. *Nutzung durch Mieter ist keine Abnahme!*

1. Auch beim VOB-Bauvertrag ist die Abnahme Fälligkeitsvoraussetzung. Die Nutzung des Bauwerks durch einen Dritten (z. B. den Mieter) stellt keine Abnahme dar.
2. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.09.2016, Az.: 23 U 26/15; IBR 2017, 548

6. *Nachunternehmer*

Hat der Bauherr die Leistung des Hauptauftragnehmers abgenommen, ist der Vergütungsanspruch des Nachunternehmers ebenfalls fällig.

OLG Brandenburg, Urteil vom 13.10.2016, Az.: 12 U 26/15; BauR 2017, 156 = IBR 2017, 11

7. Keine Abnahme durch Ingebrauchnahme bei erkennbar geäußerten Beanstandungen

1. Eine als Allgemeine Geschäftsbedingung anzusehende Klausel, nach der die (Teil-)Abnahme allein und damit unweigerlich an die tatsächliche Ingebrauchnahme des Vertragsgegenstands knüpft, ist unwirksam.
2. Eine konkludente Abnahme durch Ingebrauchnahme ist ausgeschlossen, wenn der Besteller durch das Erheben von Beanstandungen erkennen lässt, dass er das Werk nicht als vertragsgemäß gelten lässt.

OLG Koblenz, Urteil vom 19.10.2016, Az.: 5 U 458/16; BauR 2017, 895 = IBR 2016, 700

8. Verpflichtung zum Vorbehalt der Vertragsstrafe bei der Abnahme durch AGB nicht abdingbar

1. Die Verpflichtung zum Vorbehalt einer Vertragsstrafe bei der Abnahme ist nur durch Individualvereinbarung, nicht aber durch Allgemeine Geschäftsbedingungen vollständig abdingbar.
2. (...)

OLG Celle, Urteil vom 26.10.2016, Az.: 7 U 27/16; BauR 2017, 1045 = IBR 2017, 16

9. Keine Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Erstverwalter!

1. Eine vom Bauträger in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen des notariellen Erwerbsvertrags verwendete Klausel, nach der die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Verwalter oder durch einen von ihm zu bestimmenden Bau fachmann erklärt wird, ist gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.
2. Wird neben dem Verwalter auch ein Sachverständiger bevollmächtigt, macht das die Abnahmeklausel nicht wirksam, sondern erst recht unwirksam, weil dadurch die Abnahme dem Erwerber noch weiter entzogen wird.

OLG München, Urteil vom 06.12.2016, Az.: 28 U 2388/16 Bau; BauR 2017, 1041 = IBR 2017, 81

10. Höhe der Minderung = Kosten der Mängelbeseitigung!

1. Nimmt der Bauherr nur einen Teil der Leistung ab und lehnt die Abnahme eines anderen Teils der Leistung ab, so ist, wenn nicht eine Teilabnahme in Betracht kommt, die Abnahme im Ganzen unwirksam.
2. (...)

OLG Schleswig, Urteil vom 09.12.2016, Az.: 1 U 17/13; BauR 2017, 924 = NZBau 2017, 283 = NJW-RR 2017, 591 = IBR 2017, 198

11. Planungsbedingte Baumängel: Bauherr muss neue Planung vorlegen!

1. (...)
2. Ist die Mängelbeseitigung für den Unternehmer unmöglich, ist die Abnahme keine Voraussetzung für die Fälligkeit des Werklohns. Es ist vielmehr von einem Abrechnungsverhältnis auszugehen.
3. (...)

OLG München, Urteil vom 20.12.2016, Az.: 9 U 1430/16 Bau; IBR 2017, 615

12. Keine Abnahme durch Ingebrauchnahme!

1. (...)
4. In einem Fertighausvertrag sind wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 5, § 309 Nr. 2 und § 307 Abs. 1 Satz 1, § 307 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB folgende Bestimmungen unwirksam:

"Falls eine förmliche Abnahme aus Gründen, die der Bauherr zu vertreten hat, unterbleibt, gelten die Leistungen des Unternehmens als abgenommen mit Ablauf von 12 Tagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistungen."

"Hat der Bauherr das Haus oder einzelne Räume in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme nach Ablauf von sechs Tagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt, sofern nichts anderes schriftlich vereinbart ist."

5. (...)

OLG Koblenz, Urteil vom 02.03.2017, Az.: 2 U 296/16; BauR 2017, 2178 = IBR 2017, 321

13. Vertragsstrafenvorbehalt ist auch bei konkludenter Abnahme erforderlich!

1. Die Abnahme kann (konkludent) auch dadurch erfolgen, dass der Auftraggeber in die Prüfung der Schlussrechnung eintritt.
2. Auch bei einer konkludenten Abnahme muss der Auftraggeber im zeitlichen Zusammenhang mit den dafür maßgeblichen Umständen den Strafvorbehalt erklären. Andernfalls kann er die Vertragsstrafe nicht verlangen.

OLG Köln, Urteil vom 05.07.2017, Az.: 16 U 138/15; IBR 2017, 547

14. Durch die Nutzung des Bauwerks wird die Leistung nicht automatisch abgenommen!

Eine Abnahme liegt auch dann nicht vor, wenn der Bau und der Inbetriebnahme des Objekts fortgeführt wird und auch durch das Verhalten des Auftraggebers das Werk

nicht als stillschweigend als im Wesentlichen vertragsgerechte Leistung ausgelegt werden kann.

OLG Celle, Urteil vom 10.08.2017, Az.: 6 U 54/16; BauR 2017, 2222 = IBR 2017, 549

X. Bauverzögerung/Vertragsstrafe

1. Schaden des sanierungswilligen Hauseigentümers aus einstweiligem Bauverbot

1. (...)
3. Eine vom Hauseigentümer an seinen Generalübernehmer gezahlte Verzögerungsentschädigung kann einen ersatzfähigen Schaden auch dann darstellen, wenn der Generalübernehmer auf diese Zahlung keinen Anspruch hatte. Für die Ersatzfähigkeit reicht es nach den Grundsätzen zur Zurechnung herausgeforderten selbstschädigenden Verhaltens aus, dass der Hauseigentümer das Zahlungsbegehren des Generalübernehmers als berechtigt ansehen und die Zahlung an diesen als vernünftig und zweckmäßig ansehen durfte.
4. Ein Mietausfallschaden infolge späterer Fertigstellung von Sanierungsarbeiten ist als entgangener Gewinn hinreichend dargelegt, wenn nach dem Vortrag des Vermieters angesichts des Mietobjekts und der Marktlage üblicherweise ein neuer Mieter innerhalb einer bestimmten Frist nach Beendigung der Baumaßnahmen gefunden worden wäre.

BGH, Urteil vom 13.10.2016, Az.: IX ZR 149/15; BauR 2017, 547 = NJW 2017, 1600 = NZBau 2017, 40

2. Bauherr muss nicht für Witterungsschutz sorgen!

Es ist vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen keine dem Auftraggeber obliegende erforderliche Mitwirkungshandlung im Sinne des § 642 BGB, während der Dauer des Herstellungsprozesses außergewöhnlich ungünstige Witterungseinflüsse auf das Baugrundstück in Form von Frost, Eis und Schnee, mit denen nicht gerechnet werden musste, abzuwehren.

BGH, Urteil vom 20.04.2017, Az.: VII ZR 194/13; BauR 2017, 1361 = NJW 2017, 2025 = NZBau 2017, 596 = ZfBR 2017, 461 = IBR 2017, 302

3. Reichweite des Entschädigungsanspruchs gemäß § 642 BGB

1. § 642 BGB gewährt dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür, dass er während der Dauer des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält.
2. Mehrkosten wie gestiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs des Bestellers, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich bei Ausführung der verschobenen Werkleistung, sind vom Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB ausgeschlossen.

3. Bei der Bemessung der Entschädigung gemäß § 642 Abs. 2 BGB ist die Höhe der vereinbarten Vergütung zu berücksichtigen, die auch den in dieser Vergütung enthaltenen Anteil von Gewinn, Wagnis und AGK enthalten kann. Ein anderweitig entgangener Gewinn kann dagegen nur im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs („252 BGB) verlangt werden.

BGH, Urteil vom 26.10.2017, Az.: VII ZR 16/17; BauR 2018, 242 = NJW 2018, 544 = NZBau 2018, 25 = ZfBR 2018, 141

s. dazu auch die (aufgehobene) Berufungsentscheidung:

(...)

2. Einem Unternehmer steht eine Entschädigung gemäß § 642 BGB zu, wenn ihm durch den Annahmeverzug des Bestellers ein Vermögensnachteil entstanden ist. Hat der Unternehmer dies dargelegt, ist eine weitergehende "bauablaufbezogene Darstellung" der Bauarbeiten zur Anspruchsbegründung nicht erforderlich.
3. Bemessungsgrundlage der Entschädigung nach § 642 BGB sind die dem Unternehmer entstandenen verzögerungsbedingten Mehrkosten. Diese Kosten sind um einen Deckungsbeitrag für die Allgemeinen Geschäftskosten und einen Gewinnanteil zu erhöhen, soweit solche Zuschläge in der vereinbarten Vergütung enthalten waren (Abweichung von BGH, Urteil vom 21. Oktober 1999, VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32).
4. Die für die Ermittlung der Entschädigung maßgeblichen Preisbestandteile sind gemäß § 642 Abs. 2 BGB anhand der vereinbarten Vergütung zu ermitteln. Ausgangspunkt kann eine vom Unternehmer vorgelegte Kalkulation sein. Soweit diese nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspricht - insbesondere weil sie in der Vergütung enthaltene Deckungsbeiträge und Gewinnanteile ausweist, die in Anbetracht des tatsächlichen Aufwands der Vertragsdurchführung nicht realistisch sind - ist sie in einem Rechtsstreit entsprechend zu korrigieren. Für die insoweit erforderlichen Feststellungen des Gerichts gilt § 287 Abs. 1 ZPO.

Kammergericht, Urteil vom 10.01.2017, Az.: 21 U 14/16; BauR 2017, 1204 = ZfBR 2018, 52 = IBR 2017, 128 = IBR 2017, 129

4. Fertigstellungstermin verschoben: Vertragsstrafe hinfällig?

1. Eine Vertragsstrafe ist im Hinblick auf den ursprünglich vereinbarten Fertigstellungszeitpunkt nicht verwirkt, wenn der Fertigstellungstermin einvernehmlich verschoben wurde.
2. Auch gilt die Vertragsstrafe für den neuen Fertigstellungstermin nicht automatisch, sondern nur dann, wenn sie ausdrücklich auch für diesen verschobenen Termin wiederum vereinbart worden ist.
3. Ob die Vereinbarung einer Vertragsstrafe auch Bestand hat, wenn die Parteien einverständlich Vertragstermine ändern, hängt insbesondere von der Formulierung der Vertragsstrafenvereinbarung im Einzelfall sowie der Bedeutung der jeweiligen Terminverschiebung ab. Dabei spricht es für ein Fortgelten der Vertragsstrafenregelung auf eine neu vereinbarte Ausführungsfrist, wenn die Vertragsstrafenvereinbarung terminneutral formuliert ist.

4. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe wird insgesamt hinfällig, wenn durch den Auftraggeber bedingte Verzögerungen den Zeitplan völlig aus dem Takt gebracht haben und den Auftragnehmer zu einer durchgreifenden Neuordnung des gesamten Zeitablaufs zwingen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.04.2016, Az.: 5 U 81/15; IBR 2017, 17

5. *Bauzeittennachtrag wegen Zusatzleistungen: Bauablaufbezogene Darstellung erforderlich!*

Macht der Auftragnehmer aufgrund zusätzlicher/geänderter Leistungen einen Anspruch auf Mehrvergütung wegen Bauzeitverlängerung aus § 2 Abs. 5, 6 VOB/B geltend, muss er die tatsächlich auf der Anordnung beruhenden Verzögerungen des Bauablaufs darstellen. Insofern gelten keine anderen Anforderungen als bei einem Schadensersatzanspruch aus § 6 Abs. 6 VOB/B.

OLG München, Urteil vom 27.04.2016, Az.: 28 U 4738/13 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 20.04.2017, Az.: VII ZR 141/16); BauR 2017, 1741 = IBR 2017, 488

6. *"Und/Oder"-Termine sind keine Termine!*

1. Mit "oder" bzw. "und/oder" verknüpfte Sachverhalte zur Bezeichnung des vertraglichen Fertigstellungstermins ("generell nutzungsfähig erstellt" oder "nutzungsfähig ist, um Eigenleistungen auszuführen" und/oder "wenn das Haus bezogen werden kann" und/oder "wenn eine Bauzustandsbesichtigung gem. § 82 BauO-NW durchgeführt werden kann.") sind in Allgemeinen Geschäftsbedingungen - nach dem insoweit maßgeblichen objektiven laienhaften Empfängerhorizont eines durchschnittlichen verständigen Bauherrn - bereits für sich weder hinreichend klar noch hinreichend verständlich, wobei Auslegungszweifel gem. § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders gehen.
2. Die unzureichende Klarheit bzw. Verständlichkeit dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt erst recht, wenn umfangreiche Eigenleistungen vereinbart worden sind, die nach dem Bauzeitenplan nicht erst nach den vertraglichen Werkleistungen der Werkunternehmerin erbracht werden, sondern darin eingebettet werden sollten.
3. Auch wenn die Transparenzanforderungen des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht überspannt werden dürfen und der AGB-Verwender nicht gleichsam zu einem Kommentar bzw. einer Belehrung verpflichtet ist, so dass er aus der Gesetzesprache unbestimmte Rechtsbegriffe grundsätzlich übernehmen darf, ist die Formulierung "wenn eine Bauzustandsbesichtigung gem. § 82 BauO-NW durchgeführt werden kann" als Bezeichnung einer vertragsgemäßen Fertigstellung unzureichend transparent.
4. Enthält ein Bauvertrag keine bestimmte oder bestimmbare (bzw. eine unwirksame) Frist, ist § 271 BGB anwendbar. Für den Zeitpunkt der Fertigstellung (im Sinne der Fälligkeit der Leistung) kommt es darauf an, in welcher Zeit bei nach dem vom Bauvertrag vorausgesetzten Bauablauf die Fertigstellung möglich war. Der Unternehmer hat die Herstellung in angemessener Zeit zügig zu Ende zu führen und

muss Abweichungen von dem auf diese Weise ermittelten Fertigstellungstermin darlegen und gegebenenfalls beweisen.

5. Für einen Verzug mit der Leistung des Werkunternehmers müssen über die vorstehende Fälligkeit der Leistung hinausgehend jedenfalls auch die Voraussetzungen des § 286 BGB vorliegen.
6. Beruht die Verzögerung von weiteren Eigenleistungen bzw. Mitwirkungshandlungen des Bauherrn auf einem eigenständigen Willensentschluss des Bauherrn, wird dadurch der Kausal- bzw. Zurechnungszusammenhang unterbrochen, wenn der Bauherr weder vorträgt noch sonst ersichtlich ist, dass er hierzu durch Handlungen oder Unterlassungen des Werkunternehmers veranlasst oder herausgefordert worden ist.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.07.2016, Az.: 22 U 54/16; BauR 2017, 1204 = IBR 2017, 242 = IBR 2017, 243

7. Nachtragsforderungen berechtigen nicht zur Kündigung!

1. Vereinbaren die Parteien als Reaktion auf eingetretene Verzögerungen die Vorlage eines Terminplans durch den Auftragnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt und verschieben sie diesen Zeitpunkt einvernehmlich wegen der Durchführung vorrangiger Arbeiten, so erfolgt die Vorlage des Terminplans wenige Tage nach Beendigung dieser Arbeiten unverzüglich.
2. Die Nichteinhaltung der in dem vorgelegten Terminplan enthaltenen Fristen bedeutet nicht, dass nach dem Willen der Parteien der Auftragnehmer die alleinige Verantwortung für spätere Verzögerungen übernehmen sollte.
3. Stammt ein nicht unerheblicher Teil eingetretener Verzögerungen aus der Sphäre des Auftraggebers, ist eine außerordentliche Kündigung des Werkvertrages wegen eingetretener Verzögerungen durch den Auftraggeber nicht gerechtfertigt, weil nur der seinerseits vertragstreue Auftraggeber zur außerordentlichen Kündigung berechtigt ist.

OLG Zweibrücken, Urteil vom 29.09.2016, Az.: 6 U 6/15; BauR 2017, 735 = NZBau 2017, 149 = NJW-RR 2017, 338 = IBR 2017, 70

8. Verpflichtung zum Vorbehalt der Vertragsstrafe bei der Abnahme durch AGB nicht abdingbar

1. Die Verpflichtung zum Vorbehalt einer Vertragsstrafe bei der Abnahme ist nur durch Individualvereinbarung, nicht aber durch Allgemeine Geschäftsbedingungen vollständig abdingbar.
2. Der Auftraggeber kann sich - auch bei fehlender Behinderungsanzeige - auf den objektiven Behinderungstatbestand zum Ausschluss seines Verschuldens berufen mit der Folge, dass der Verzug gem. § 286 Abs. 4 BGB entfällt.

OLG Celle, Urteil vom 26.10.2016, Az.: 7 U 27/16; BauR 2017, 1045 = IBR 2017, 16

9. Vertragsstrafe über mindestens 520 Euro pro Tag ist unwirksam!

Die folgende Vertragsstrafenregelung hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB nicht stand und ist daher in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam:

"Überschreitet der Auftragnehmer die Vertragstermine (Zwischen- und Endtermine) schuldhaft, ist eine Vertragsstrafe von 0,3% der Nettoabrechnungssumme, jedoch mindestens 520,00 Euro je Werktag und nicht fertig gestellter Wohneinheit vereinbart, höchstens jedoch 5% der Nettoauftragssumme."

Die Regelung stellt nicht sicher, dass der Tagessatz der Vertragsstrafe nicht die in der Rechtsprechung anerkannte Höchstgrenze von 0,3% der Nettoabrechnungssumme überschreitet.

Kammergericht, Beschluss vom 23.02.2017, Az.: 21 U 126/16; BauR 2017, 1539 = NJW-RR 2018, 24 = NZBau 2018, 46 = IBR 2017, 364

10. Verzögerte Zuschlagserteilung: Auftraggeber muss Vorhaltekosten vor Zuschlag ersetzen!

1. Hält der spätere Auftragnehmer im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung seine Leistung (hier: eine mobile Stahlgleitwand) in Erwartung des Zuschlags vor und kann er diese nicht anderweitig einsetzen, steht ihm ein Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB zu.
2. Die Berechnung der Entschädigung kann auf kalkulatorischer Grundlage erfolgen und umfasst auch Allgemeine Geschäftskosten.

OLG Rostock, Urteil vom 14.03.2017, Az.: 4 U 69/12; IBR 2017, 303

11. Kündigung des Auftragnehmers wegen verspäteten Abrufs der Bauleistung

1. (...)
3. Eine den Baubeginn nicht fixierende, sondern vom Abruf des Auftraggebers abhängig machende Regelung ähnlich § 5 Abs. 2 VOB/B ist regelmäßig als Bestimmungsrecht nach billigem Ermessen zu verstehen. Der Bauunternehmer wird durch ein derartiges Abrufrecht nicht unangemessen benachteiligt.
4. Wann ein Hinauszögern des Leistungsabrufs durch den Auftraggeber nicht mehr billigem Ermessen entspricht, sondern für den Auftragnehmer unzumutbar ist, hängt von den Gegebenheiten des Einzelfalls ab. Bei einem Bauvorhaben erheblichen Umfangs (hier: drei Mehrfamilienhäuser) kann jedenfalls ein Abruf binnen drei Monaten nach dem im Vertrag unverbindlich angegebenen „Circa“-Baubeginn noch ermessensfehlerfrei sein.
5. (...)

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 28.04.2017, Az.: 29 U 166/16; BauR 2017, 2012 = NJW 2018, 79 = NZBau 2017, 543 = IBR 2017, 490

12. Vertragsstrafenvorbehalt ist auch bei konkludenter Abnahme erforderlich!

1. Die Abnahme kann (konkludent) auch dadurch erfolgen, dass der Auftraggeber in die Prüfung der Schlussrechnung eintritt.
2. Auch bei einer konkludenten Abnahme muss der Auftraggeber im zeitlichen Zusammenhang mit den dafür maßgeblichen Umständen den Strafvorbehalt erklären. Andernfalls kann er die Vertragsstrafe nicht verlangen.

OLG Köln, Urteil vom 05.07.2017, Az.: 16 U 138/15; IBR 2017, 547

13. Fertigstellungstermin verschoben: Was ist mit der Vertragsstrafe?

Verschieben die Parteien eines Bauvertrags einvernehmlich den Fertigstellungstermin, kann dadurch eine Vertragsstrafenvereinbarung hinfällig werden.

OLG Hamm, Urteil vom 12.07.2017, Az.: 12 U 156/16; IBR 2017, 612

XI. Gewährleistung

1. Mangel einer Bauleistung

1. *Bindung der nationalen Gerichte an die Norm E 13242:2002 – James Elliott Construction*

1. Art. 267 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass der Gerichtshof der Europäischen Union zuständig ist, eine harmonisierte Norm im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 89/106/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Bauprodukte in der durch die Richtlinie 93/68/EWG des Rates vom 22. Juli 1993 geänderten Fassung, deren Fundstellen von der Europäischen Kommission in der Ausgabe C des Amtsblatts der Europäischen Union veröffentlicht wurden, im Wege der Vorabentscheidung auszulegen.
2. Die harmonisierte Norm EN 13242:2002 („Gesteinskörnungen für ungebundene und hydraulisch gebundene Gemische für den Ingenieur- und Straßenbau“) ist dahin auszulegen, dass sie für den nationalen Richter, der mit einem Rechtsstreit über die Erfüllung eines privatrechtlichen Vertrags befasst ist, der eine Partei zur Lieferung eines Bauprodukts verpflichtet, das mit einer nationalen Norm in Einklang steht, die diese harmonisierte Norm umsetzt, weder hinsichtlich der Art und Weise der Feststellung der Konformität eines solchen Bauprodukts mit den vertraglichen Spezifikationen noch hinsichtlich des Zeitpunkts, zu dem die Konformität des Bauprodukts nachgewiesen sein muss, bindend ist.
3. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 89/106 in der durch die Richtlinie 93/68 geänderten Fassung ist im Licht des zwölften Erwägungsgrundes dieser Richtlinie dahin auszulegen, dass die Vermutung der Brauchbarkeit eines im Einklang mit einer harmonisierten Norm hergestellten Produkts für den nationalen Richter bei der Feststellung der Handelsüblichkeit oder Brauchbarkeit dieses Produkts nicht bindend ist, wenn allgemeine nationale Rechtsvorschriften über den Verkauf von Waren wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden verlangen, dass ein Bauprodukt diese Merkmale aufweist.

4. Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft in der zuletzt durch die Richtlinie 2006/96/EG des Rates vom 20. November 2006 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass nationale Bestimmungen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, die – außer bei entgegenstehendem Willen der Parteien – implizite vertragliche Bedingungen betreffend die Handelsüblichkeit und die Brauchbarkeit oder die Qualität der verkauften Produkte enthalten, keine technischen Vorschriften im Sinne dieser Bestimmung sind, deren Entwürfe Gegenstand einer vorherigen Mitteilung gemäß Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 98/34 in der durch die Richtlinie 2006/96 geänderten Fassung sein müssen.

EuGH, Urteil vom 27.10.2016, Az.: C-613/14; BauR 2017, 155 = NJW 2017, 311 = NZBau 2017, 28 = IBR 2016, 697

2. *Konkludente Beschaffenheitsvereinbarung zur Farbstabilität eines Anstrichs*

1. Ob die Parteien eines Werkvertrags eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB getroffen und welche Beschaffenheit sie gegebenenfalls vereinbart haben, ist durch Auslegung des Werkvertrags zu ermitteln.
2. Bei der Auslegung im Hinblick auf eine etwaige Beschaffenheitsvereinbarung ist die berechnete Erwartung des Bestellers an die Werkleistung von Bedeutung (Anschluss an BGH, Urteil vom 26. April 2007, VII ZR 210/05, BauR 2007, 1407, 1409 = NZBau 2007, 507 Rn. 23).

BGH, Urteil vom 31.08.2017, Az.: VII ZR 5/17; BauR 2018, 99 = NJW 2017, 3590 = NZBau 2017, 718 = ZfBR 2018, 47

3. *Bauen im Bestand: Sonderlösungen sind keine Mängel!*

1. Beim Bauen im Bestand führt eine Abweichung von den derzeit geltenden anerkannten Regeln der Technik nicht zwangsläufig dazu, dass die Leistung des Auftragnehmers mangelhaft ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Leistung funktionsfähig ist.
2. Der Auftragnehmer ist beim Bauen im Bestand dazu berechnete, bei der Ausführung mitunter "pragmatische Lösungen" zu suchen.

OLG Hamburg, Urteil vom 20.09.2013, Az.: 9 U 67/12 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 13.07.2016, Az.: VII ZR 280/13); IBR 2017, 132

4. *Allgemeine Aufklärungspflicht des Werkunternehmers über den wirtschaftlichen Betrieb einer Heizungsanlage außerhalb eines Mangels*

1. Der mit der Erneuerung einer Heizungsanlage beauftragte Werkunternehmer hat den Auftraggeber darüber aufzuklären, dass die angebotene Anlage angesichts der baulichen Gegebenheiten nur dann wirtschaftlich betrieben werden kann,

wenn umfangreiche und kostenintensive Wärmeschutzmaßnahmen an dem Gebäude durchgeführt werden.

2. Verletzt der Unternehmer die ihm obliegenden Aufklärungspflichten, kann der Auftraggeber den Vertrag rückabwickeln und ist nicht zur Zahlung des vereinbarten Werklohns verpflichtet.

OLG Oldenburg, Urteil vom 09.10.2013, Az.: 3 U 5/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen – BGH, Beschluss vom 13.07.2016, Az.: VII ZR 305/13); BauR 2017, 128 = IBR 2016, 504

5. Lüftungsanlage lüftet nicht: Mangel trotz Einhaltung aller Vorgaben!

1. Bei der Bestimmung des vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungssolls wird die ausdrücklich vereinbarte Ausführungsart von der werkvertraglichen Pflicht, die geschuldete Funktionstauglichkeit zu erreichen, überlagert.
2. Auf Bedenken gegen die fehlende Funktionstauglichkeit hat der Auftragnehmer ausdrücklich hinzuweisen.

OLG Zweibrücken, Urteil vom 03.12.2013, Az.: 8 U 32/11 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 27.04.2016, Az.: VII ZR 345/13); BauR 2017, 326 = IBR 2017, 18

6. Richtiges Baumaterial vom falschen Lieferanten bezogen: Liegt darin ein Baumangel?

Wenn ein bestimmtes Baumaterial von einem bestimmten Lieferanten verwendet werden soll und das vertraglich vereinbart wird und bezieht der Auftragnehmer genau dieses Baumaterial von einem anderen Lieferanten, liegt kein Baumangel vor. Es kommt auf die geschuldete Funktionstauglichkeit an.

OLG Köln, Beschluss vom 27.01.2014, Az.: 11 U 217/12 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 18.01.2017, Az.: VII ZR 30/14; BauR 2017, 1581 = IBR 2017, 368

7. Mangelbeseitigung vor sachverständiger Untersuchung

Vom Besteller behauptete Mängel einer Heizungsanlage sind nicht bewiesen, wenn ein gerichtlich bestellter Sachverständige nicht prüfen kann, ob die Mängel vorliegen, weil die zwischenzeitlich sanierte Heizungsanlage die behaupteten Mängel nicht mehr aufweist.

OLG Celle, Urteil vom 08.05.2014, Az.: 5 U 163/13; BauR 2017, 897 = IBR 2017, 137

8. In welcher Qualität sind nicht beschriebene Details auszuführen?

1. (...)

2. Leistungsbeschreibungen in Bauträgerverträgen sind nicht abschließend. Daraus, dass ein bestimmtes Ausführungsdetail nicht erwähnt ist, kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass es nicht geschuldet ist. Vielmehr muss unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Vertrags geprüft werden, ob eine bestimmte Qualität der Ausführung stillschweigend vereinbart ist.
3. Qualitätsanforderungen können sich nicht nur aus dem Vertragstext, sondern auch aus sonstigen vertragsbegleitenden Umständen, den konkreten Verhältnissen des Bauwerks und seines Umfelds, dem qualitativen Zuschnitt, dem architektonischen Anspruch und der Zweckbestimmung des Gebäudes ergeben.
4. Entspricht das versprochene Bauwerk dem üblichen Qualitäts- und Komfortstandard, kann der Auftraggeber auch die Ausführung nicht näher beschriebener Details in diesem Standard verlangen und muss sich nicht mit einem Mindeststandard zufriedengeben.

OLG Stuttgart, Urteil vom 20.05.2014, Az.: 10 U 111/13 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 16.11.2016, Az.: VII ZR 145/14); BauR 2017, 775 = IBR 2017, 254

9. Was heißt "neuester Standard der Technik"?

Haben Erwerber und Bauträger vereinbart, dass ein Bestandsgebäude komplett nach "neuestem Standard der Technik" ausgebaut wird, soll das Bauwerk zum Zeitpunkt der Abnahme den derzeit geltenden (und nicht nach den ursprünglich bei Erstellung des Bestandsgebäudes geltenden) anerkannten Regeln der Technik entsprechen.

OLG München, Urteil vom 28.07.2015, Az.: 28 U 3070/13 Bau; IBR 2017, 138

10. Umbau einer Kaserne in Wohnungen: Auftragnehmer schuldet Neubaustandard!

1. Verpflichtet sich der Auftragnehmer dazu, eine Kaserne zu Wohnungen umzubauen, hat er die Arbeiten durchzuführen, die nach Umfang und Bedeutung insgesamt mit Neubauarbeiten vergleichbar sind.
2. Kann der Auftraggeber Neubaustandard erwarten, ist nicht nur ein Schallschutz entsprechend den Schalldämmwerten nach DIN 4109 geschuldet. Vielmehr ist bezüglich der Trittschalldämmung der übliche Komfortstandard vereinbart.
3. (...)

OLG Braunschweig, Beschluss vom 30.11.2015, Az.: 8 U 78/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.03.2017, Az.: VII ZR 302/15); IBR 2017, 491

11. Einzug + Prüffrist = Abnahme!

1. (...)
5. Kommen für einen Werkmangel mehrere Ursachen in Betracht, muss der Auftraggeber nach einer durch rügelose Ingebrauchnahme und Ablauf einer angemessenen

nen Prüfungsfrist erfolgten konkludenten Abnahme darlegen und beweisen, dass der Unternehmer für alle Ursachen gewährleistungspflichtig ist.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.04.2016, Az.: 22 U 165/15; BauR 2017, 1540 = IBR 2017, 245

12. Dach zwar dicht, aber Speicher verschimmelt: Dachdeckerleistung mangelhaft!

1. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart oder den anerkannten Regeln der Technik nicht zu erreichen, schuldet der Auftragnehmer gleichwohl die vereinbarte Funktionstauglichkeit.
2. Die Leistung des Dachdeckers ist mangelhaft, wenn zwar eine regendichte Dachbeschichtung aufgebracht wird, aber kein funktionierender Dachaufbau geschaffen wird und eine Luftdichtheit in der Ebene zwischen beheiztem Wohnraum und Dachraum bzw. eine (hinreichende) Belüftung des Dachraums nicht gegeben ist.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 02.06.2016, Az.: 4 U 136/15; BauR 2017, 922 = IBR 2017, 189

13. Mangelhaftigkeit einer aggressivem Grundwasser auf Dauer nicht standhaltenden Bodenplatte

1. (...)
2. Die Bodenplatte eines Einfamilienhauses, die anstehendem aggressiven Grundwasser auf Dauer nicht standhalten kann und hinsichtlich der Druckfestigkeit wie der chemischen Zusammensetzung der einschlägigen DIN-Norm nicht entspricht, ist mangelhaft unabhängig davon, ob sie bereits Auflösungserscheinungen zeigt.
3. (...)

OLG Jena, Urteil vom 30.06.2016, Az.: 1 U 66/16; NJW-RR 2017, 214 = NZBau 2017, 84 = IBR 2016, 499

14. Werbeaussage als konkludente Beschaffenheitsangabe

1. Ein Werkvertrag kann gemäß §§ 133, 157 BGB dahin auszulegen, dass der Unternehmer als Leistungssoll nur eine bestimmte Ausführungsart (hier: Abdichtung mittels Injektionsverfahrens), als werkvertraglichen Leistungserfolg indes zugleich eine dauerhafte Trockenlegung des Kellers schuldet.
2. Auch im werkvertraglichen Gewährleistungsrecht können Werbeaussagen als Begleitumstände für die Vertragsauslegung erhebliche Bedeutung erlangen und ggf. zu einer stillschweigenden Beschaffenheitsvereinbarung führen, wenn sie - für den Werkunternehmer erkennbar - für den Auftraggeber von erheblicher Bedeutung sind.

3. Wenn die Werkvertragsparteien die Trockenlegung eines Kellers ohne jedwede Einschränkung vertraglich vereinbart haben, sind Maßstab für den zu erzielenden Trocknungsgrad weder "Kellerverhältnisse" noch eine "adäquate Kellernutzung", sondern der Auftraggeber darf nach dem im Wege der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB ermittelten Inhalt des Werkvertrages erwarten, dass die Wände nach Durchführung der Abdichtungsmaßnahmen vollständig trocken sind.
4. Selbst wenn eine beschränkte Abdichtungswirkung der Werkleistungen zu verzeichnen sein sollte, sind Werkleistungen vollständig ohne Wert, wenn der geschuldete dauerhafte und zuverlässige Abdichtungserfolg nicht eingetreten ist und der Keller weiterhin feucht ist.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.10.2016, Az.: 22 U 60/16; BauR 2017, 1380

15. Mangelbeseitigungskosten als Schadensersatz

1. (...)
2. Der mit dem Bau eines Einfamilienhauses beauftragte Bauunternehmer schuldet auch die Abdichtung des Putzes gegen Feuchtigkeit, es sei denn, er weist in der Baubeschreibung darauf hin, dass dies nicht umfasst ist.
3. Das Fehlen einer nach den anerkannten Regeln der Technik erforderlichen Abdichtung begründet einen Mangel unabhängig davon, ob es schon zu einem baulichen Schaden geführt hat.

OLG Schleswig, Urteil vom 31.03.2017, Az.: 1 U 48/16; BauR 2017, 1423 = NJW-RR 2017, 1052 = NZBau 2017, 550 = IBR 2017, 370

16. Energieverbrauch höher als im Energiepass angegeben: Liegt darin ein Mangel?

Aus den Angaben eines Energiepasses kann der Bauherr keine Anforderungen an einen konkret zu erwartenden Verbrauch im Hinblick auf die Beheizung des Hauses herleiten.

OLG Schleswig, Beschluss vom 27.04.2017, Az.: 1 U 166/14; IBR 2017, 494

17. Mängelrechte vor Anfechtung!

1. Der Energieverbrauch in einem Haus für Heizung und Warmwasserbereitung ist keine Eigenschaft des Hauses. Auch wenn der Energieverbrauch durch die Beschaffenheit des Hauses beeinflusst wird, haben andere Faktoren maßgeblichen Einfluss, die dem Haus nicht innewohnen, wie das Nutzungsverhalten der Bewohner und das Wetter.
2. Behauptet der Auftraggeber die Zusicherung eines bestimmten Energieverbrauchs, stellt ein abweichender Verbrauch einen Mangel dar.
3. Eine Anfechtung des Werkvertrags wegen eines Eigenschaftsirrtums ist durch die Mängelrechte nach § 634 BGB ausgeschlossen.

OLG Schleswig, Beschluss vom 27.04.2017, Az.: 1 U 166/14; IBR 2017, 495

2. Nacherfüllung

1. Abstandshalter schimmern durch Glasfassade: Nacherfüllung unverhältnismäßig!

1. Verbaut der Fensterhersteller entgegen der vertraglichen Absprache nur teilweise in der Farbe der Glaselemente ummantelte Abstandshalter, so liegt darin ein Mangel, wenn sie durch das Glas der Einzelelemente schimmern.
2. Der Fensterhersteller kann gleichwohl die Neuherstellung verweigern und sich auf die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung berufen, wenn keine besondere Beschaffenheit der Gesamtfassade vereinbart und deren optische Beeinträchtigung kaum messbar ist, die Mängelbeseitigung im Vergleich dazu extrem hohe Kosten verursacht und den Hersteller keine besondere Schuld an dem Mangel trifft.

OLG Celle, Urteil vom 19.12.2013, Az.: 6 U 73/13 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 01.06.2016, Az.: VII ZR 205/14); IBR 2017, 133

2. 86 Euro Energiemehrkosten bei Passivhaus: Mängelbeseitigung unverhältnismäßig!

1. Vereinbaren die Parteien die Errichtung eines Passivhauses, so sind die Mindestanforderungen der DIN 4108-Teil 2/2 zu berücksichtigen.
2. Der Schadensersatzanspruch wird auf den Ersatz des durch den Baumangel verursachten Minderwerts begrenzt, wenn die Mängelbeseitigung unverhältnismäßige Kosten verursacht.
3. Nachbesserungskosten von über 81.000 Euro sind bei mangelbedingten Energiemehrkosten von jährlich 86 Euro unverhältnismäßig.
4. (...)

OLG München, Urteil vom 18.06.2014, Az.: 27 U 4301/13 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.02.2017, Az.: VII ZR 148/14); IBR 2017, 305

3. Muss sich der Auftraggeber mit einer Reparatur statt einer Erneuerung begnügen?

1. Der Auftraggeber muss sich unter Umständen mit einer Ausbesserung statt einer Erneuerung begnügen, auch wenn geringfügige optische Abweichungen verbleiben. Das gilt jedoch nicht, wenn mit der Mängelbeseitigung durch Reparatur weitere Nachteile verbunden sind.
2. (...)

OLG Nürnberg, Urteil vom 03.02.2016, Az.: 2 U 887/15; IBR 2017, 136

4. Auftragnehmer will Mängel beseitigen: Auftraggeber muss mitwirken!

Der Auftragnehmer muss innerhalb der ihm vom Auftraggeber zur Mängelbeseitigung gesetzten Frist die erforderlichen Leistungshandlungen vornehmen. Bedarf es zur Durchführung der Mängelbeseitigung der Mitwirkung und Kooperation des Auftraggebers, können hierfür intensive Kontaktaufnahmeversuche des Auftragnehmers bereits ausreichend sein.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.05.2016, Az.: 21 U 180/15; IBR 2017, 669

5. Herstellung (teil-)unmöglich: Auftraggeber kann nur Schadensersatz geltend machen!

1. Können Teile der Leistung (hier: drei Stellplätze) objektiv nicht hergestellt werden (hier: weil kein Platz vorhanden ist), hat diese Teil-Unmöglichkeit zur Folge, dass Mängelbeseitigungsansprüche ebenso ausscheiden wie ein auf § 320 BGB gestütztes Zurückbehaltungsrecht.
2. Im Fall der Teil-Unmöglichkeit kommt nur ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung in Betracht, wobei ein etwaiges Mitverschulden des Auftraggebers zu berücksichtigen ist.

OLG Hamburg, Urteil vom 19.08.2016, Az.: 9 U 47/10; BauR 2017, 922 = IBR 2017, 195

6. Höhe der Minderung = Kosten der Mängelbeseitigung!

1. (...)
3. Nach Ablauf einer zur Mängelbeseitigung gesetzten Frist erlischt das Wahlrecht des Bauherrn zwischen den Mangelansprüchen nicht dadurch, dass er Mängelbeseitigungsarbeiten des Unternehmers zulässt. In den Grenzen von Treu und Glauben kann er sich später davon wieder lösen.
4. (...)

OLG Schleswig, Urteil vom 09.12.2016, Az.: 1 U 17/13; BauR 2017, 924 = NZBau 2017, 283 = NJW-RR 2017, 591 = IBR 2017, 198

7. Wärmedämmverbundsystem muss gegen Feuchtigkeit abgedichtet werden!

1. (...)
3. Verlangt der Auftraggeber Schadensersatz statt Mängelbeseitigung, ist der Auftragnehmer von der Mängelbeseitigung ausgeschlossen worden und kann später nicht wieder auf Mängelbeseitigung in Anspruch genommen werden.

OLG Schleswig, Urteil vom 31.03.2017, Az.: 1 U 48/16; NJW-RR 2017, 1052 = IBR 2017, 370

3. Mangelbeseitigungsaufforderung und Fristsetzung

1. Symptomtheorie: Mängelrüge erfasst das gesamte Bauwerk

1. (...)
2. Eine Mängelrüge erfasst alle Ursachen für den Mangel. Das gilt auch, wenn die angegebenen Symptome des Mangels nur an einigen Stellen aufgetreten sind, während ihre Ursache und damit der Mangel des Werkes in Wahrheit das ganze Gebäude erfasst.

BGH, Beschluss vom 24.08.2016, Az.: VII ZR 41/14; BauR 2017, 106 = NJW-RR 2016, 1423 = NZBau 2016, 746 = IBR 2016, 627 = IBR 2016, 633

2. Inhalt der Nacherfüllungsaufforderung i.S.v. § 323 Abs. 1 BGB

1. Eine Nacherfüllungsaufforderung i.S.v. § 323 Abs. 1 BGB ist bestimmt und eindeutig unter Benennung des genauen Inhalts des Nacherfüllungsverlangens zu formulieren; die bloße Aufforderung zu einer Erklärung über die Leistungsbereitschaft genügt nicht.
2. Dem Verkäufer eines PKW ist die Möglichkeit zur eigenen Prüfung der behaupteten Mängel einzuräumen, wenn er ein diesbezügliches Interesse an eigenen Feststellungen bekundet.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.01.2016; Az.: I-5 U 49/15; BauR 2017, 594 = IBR 2016, 733

3. Wie lang muss eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung sein?

Die Frist zur Nacherfüllung muss angemessen sein. Angemessen ist die Frist, wenn der Unternehmer die Mängel unter größten Anstrengungen fristgemäß beseitigen könnte. Maßgeblich sind hierbei sämtliche Umstände des Einzelfalls.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.05.2016, Az.: 21 U 180/15; IBR 2017, 669

4. Auftraggeber zur Zahlung verurteilt: Aufforderung zur Mängelbeseitigung wirkungslos!

Ist der Auftraggeber zur Zahlung von Werklohn Zug um Zug gegen Beseitigung von Mängeln verurteilt, kann er nur dann eine wirksame Frist zur Mängelbeseitigung setzen, wenn er den Werklohn zahlt oder die Zahlung zumindest anbietet.

OLG Dresden, Urteil vom 24.08.2016, Az.: 1 U 854/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 04.01.2017, Az.: VII ZR 311/16); BauR 2017, 1421 = IBR 2017, 424

4. Ersatzvornahme/Kostenerstattung/Vorschuss

1. Folge einer Obliegenheitsverletzung des Auftraggebers durch Missachtung des Nacherfüllungsrechts des Werkunternehmers

1. Dem Werkunternehmer steht grundsätzlich ein Recht zur Selbstvornahme der Nacherfüllung zu, woraus eine entsprechende Obliegenheit des Auftraggebers folgt, dem Werkunternehmer die Ausübung dieses Rechts auch rechtzeitig, hinreichend und hinsichtlich aller gerügten Mangelsymptome zu ermöglichen.
2. Bei der Frage nach dem Verlust des Selbstvornahmerechts durch ein in einem ersten Ortstermin erklärtes Einverständnis des Werkunternehmers mit einer Mängelbeseitigung durch eine andere Firma ist zu klären, worauf sich dieses Einverständnis konkret bezieht, zumal an die Annahme konkludenter Anerkenntnis- oder Verzichtserklärungen grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen sind.
3. Dies gilt insbesondere, wenn sich – über eine in einem ersten Ortstermin zunächst erörterte „kleine Variante“ (hier: bloße Behebung von Luftundichtigkeiten im Bereich der Drepel im 1. Obergeschoss und Kontrolle durch einen weiteren Blower-Door-Test) hinaus – erst in einem zweiten Ortstermin sukzessiv neue Erkenntnisse zu Mangelerscheinungen anderer Art oder an anderer Stelle (hier: fehlende Wärmedämmung und Schimmelbildung im 2. Obergeschoss/Spitzboden) und damit zugleich zu Art und Umfang notwendiger Mangelbeseitigungsmaßnahmen ergeben.
4. Wird eine Kostenerstattungsklage erhoben, nachdem Mängel ohne ein vorheriges Nacherfüllungsverlangen beseitigt worden sind, trifft den Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast, dass der Unternehmer auch bei einem unterstellten ordnungsgemäßen Nacherfüllungsverlangen endgültig nicht mehr bereit gewesen wäre, den Mangel zu beseitigen. Das spätere Prozessverhalten des Unternehmers entfaltet in solchen Fällen regelmäßig keine Indizwirkung, soweit es sich nach den Umständen als „prozesstaktisches Bestreiten“ darstellt.
5. Auch die Missachtung wesentlicher Bestandteile eines Auftrages berechtigt den Auftraggeber im Rahmen von § 636 BGB regelmäßig nicht ohne weiteres, auf ein (weiteres) Nacherfüllungsverlangen zu verzichten; dies gilt erst recht, wenn die Werkvertragsparteien zuvor in ständiger Geschäftsbeziehung mit einem sechsstelligen Umsatz im Vorjahr standen.
6. Folge der Obliegenheitsverletzung des Auftraggebers durch Missachtung des Nacherfüllungsrechts des Werkunternehmers ist der vollständige Ausschluss jeglicher Ansprüche auf Schadensersatz oder Erstattung der Kosten der unberechtigten Ersatzvornahme.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2015, Az.: I-22 U 84/15; BauR 2017, 121 = NJW-RR 2016, 533 = NZBau 2016, 295 = IBR 2016, 83 = IBR 2016, 84

2. Mitverschulden bei der Planung und Überwachung

1. Die konkrete Mängelbeseitigungsmethode ist im Vorschussprozess grundsätzlich bereits festzulegen. Wenn indes die richtige Sanierungsart bzw. der notwendige Sanierungsumfang im Voraus nicht zu bestimmen ist, dürfen mit der Vorschussklage nur die Mindestkosten zuerkannt werden. Der ungeklärte Rest ist dem Fest-

stellungsantrag bzw. dem Abrechnungsverfahren (mit einer dortigen eventuellen Nachforderung) vorzubehalten.

2. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.04.2016, Az.: 22 U 164/15; BauR 2017, 1249 = IBR 2017, 311

3. *Aufforderung zur Mängelbeseitigung: Auftraggeber muss für geeignete Vorleistung sorgen!*

Eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung ist wirkungslos, wenn der Besteller diejenigen Mitwirkungshandlungen nicht vorgenommen oder jedenfalls angeboten hat, die dem Werkunternehmer die Erbringung der geschuldeten Leistung ermöglichen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.08.2016, Az.: 21 U 8/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.03.2017, Az.: VII ZR 221/16); IBR 2017, 614

4. *Auch für einen "alten" Mangel kann Kostenvorschuss verlangt werden!*

1. Ein Vorschuss zur Mängelbeseitigung kann nicht verlangt werden, wenn der Besteller nicht die Absicht hat, die Mängelbeseitigung durchzuführen.
2. Der Wille zur Mängelbeseitigung wird grundsätzlich unterstellt. Allein daraus, dass seit der Mängelrüge neun Jahre verstrichen sind, ohne dass der Besteller den Mangel hat beseitigen lassen, kann nicht geschlossen werden, dass der Besteller nicht mehr die Absicht hat, die Mängelbeseitigung durchzuführen.

OLG Frankfurt, Urteil vom 11.11.2016, Az.: 4 U 3/11; IBR 2017, 552

5. *Mängelbeseitigung*

Wenn der Auftraggeber die Leistung des Auftragnehmers anderweitig austauschen lässt, ohne zuvor dem Auftragnehmer Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben zu haben, ist der Auftraggeber mit Gewährleistungs- und Entschädigungsansprüchen ausgeschlossen.

OLG Dresden, Beschluss vom 06.12.2016, Az.: 4 U 1119/16; BauR 2017, 923

6. *Vorschuss nach als erforderlich festgestellter Mängelbeseitigungsmethode*

1. Bereits im Vorschussverfahren ist eine zwischen den Parteien streitige Mängelbeseitigungsmethode (hier: Notwendigkeit eines Gerüsts) vom Gericht zu klären und mit Bindungswirkung für das Abrechnungsverfahren festzustellen.
2. Ein Vorschussanspruch besteht nicht, wenn der Besteller sich aus zurückgehaltene Werklohn befriedigen kann. Der Auftragnehmer kann gegen einen Vorschussanspruch des Auftraggebers die Aufrechnung mit seinem Restwerklohn an-

spruch erklären. Dies gilt trotz der Zweckgebundenheit und Abrechnungsbedürftigkeit des Vorschusses.

3. (...)

6. Der Anspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB geht auf den Geldbetrag, der die Mängelbeseitigungskosten mutmaßlich, d.h. aus der Sicht eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden und sachkundig beratenen Bestellers voraussichtlich abdecken wird. Die Höhe kann bei Vorliegen greifbarer Anhaltspunkte geschätzt werden. Der Auftraggeber muss keine sachverständige Beratung in Anspruch nehmen oder Kostenvoranschläge einholen, um die voraussichtlichen Kosten zu substantiieren, sondern darf die Kosten laienhaft schätzen.

7. Dem Auftragnehmer obliegt - abhängig von Art und Umfang der Substantiierung der Vorschussforderung durch den Auftraggeber - ein substantiiertes Bestreiten der Einzelpositionen der Vorschussforderung.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2017, Az.: I-22 U 134/16; BauR 2017, 1250 [Ls] = NZBau 2017, 280 = IBR 2017, 310

5. Minderung

1. *Bauvertrag nach BGB: Keine Mängelrechte vor Abnahme - oder doch?*

1. (...)

3. Die Minderung des Vergütungsanspruchs nach § 634 Nr. 3, § 638 BGB schließt einen Schadensersatzanspruch des Bestellers statt der Leistung nach § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB nicht aus, wenn mit diesem Schadensersatz statt der Leistung als kleiner Schadensersatz begehrt wird.

BGH, Urteil vom 19.01.2017, Az.: VII ZR 235/15; BauR 2017, 1024 = NJW 2017, 1607 = NZBau 2017, 211 = ZfBR 2017, 340 = IBR 2017, 188

2. *86 Euro Energiemehrkosten bei Passivhaus: Mängelbeseitigung unverhältnismäßig!*

1. (...)

2. Der Schadensersatzanspruch wird auf den Ersatz des durch den Baumangel verursachten Minderwerts begrenzt, wenn die Mängelbeseitigung unverhältnismäßige Kosten verursacht.

3. Nachbesserungskosten von über 81.000 Euro sind bei mangelbedingten Energiemehrkosten von jährlich 86 Euro unverhältnismäßig.

4. Wird der Heizwärmebedarf für ein Passivhaus durch die mangelhafte Bauweise überschritten, so ist der Minderwert anhand der Gesamtnutzungsdauer des Hauses und der jährlichen Energiemehrkosten zu ermitteln. Der Steigerung der Energiekosten ist durch Verdopplung der jährlichen Mehrkosten Rechnung zu tragen.

OLG München, Urteil vom 18.06.2014, Az.: 27 U 4301/13 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.02.2017, Az.: VII ZR 148/14); IBR 2017, 305

3. *Minderungshöhe richtet sich nach Brutto-Mängelbeseitigungskosten!*

1. Der Umfang der Minderung hat sich grundsätzlich an den Nachbesserungskosten zu orientieren. Ist eine exakte Feststellung der notwendigen Nachbesserungskosten aufgrund von Umständen nicht möglich, die ihre Ursache etwa darin haben, dass der eingeschaltete Sachverständige keinen Zutritt zur Nachbarwohnung erhält, hat der Mängel reklamierende Erwerber nicht nur Anspruch auf Minderung in Höhe des "sicher" feststehenden Minderungsbetrags, sondern sind bei der gem. § 287 ZPO vorzunehmenden Schätzung aller hinreichend zuverlässig zu ermittelnden Nachbesserungskosten zu berücksichtigen.
2. Die gesetzliche Ausnahmebestimmung des § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB gilt nur für Schadensersatzansprüche. Die Voraussetzungen für eine (analoge) Anwendung auf einen Minderungsanspruch liegen nicht vor (entgegen Oberlandesgericht Schleswig, NJW 2016, 2580).
3. Nicht jede Abweichung der Berufungsgerichte untereinander begründet das Vorliegen von grundsätzlicher Bedeutung. Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn abweichende Ansichten vereinzelt geblieben oder nicht oder nicht nachvollziehbar begründet worden sind.

OLG Köln, Urteil vom 09.12.2016, Az.: 19 U 43/16; NJW 2017, 2206 = NZBau 2017, 547 = IBR 2017, 371

4. *Höhe der Minderung = Kosten der Mängelbeseitigung!*

1. (...)
4. Die Höhe der Minderung wird bestimmt durch das Verhältnis des Wertes des mangelfreien Werks zu dem des mangelhaften Werks zur Zeit des Vertragsschlusses.
5. Wird die Höhe der Minderung anhand der Mängelbeseitigungskosten geschätzt, so kann nur der Nettobetrag angesetzt werden. Außerdem bleiben Nebenkosten wie Regiekosten außer Ansatz, die nur dann anfallen, wenn der Mangel beseitigt wird.

OLG Schleswig, Urteil vom 09.12.2016, Az.: 1 U 17/13; BauR 2017, 924 = NZBau 2017, 283 = NJW-RR 2017, 591 = IBR 2017, 198

6. Schadensersatz

1. *Baumängel wegen Planungsfehlern: Wie wird der merkantile Minderwert ermittelt?*

Wenn Beseitigungskosten für Baumängel wegen Planungsfehlern auftreten, kann ein technischer oder ein merkantiler Minderwert ergänzend neben dem Schadenersatzanspruch hinzukommen. Die Höhe ist dann trichterförmig zu ermitteln und kann nach Sachverständigenermittlung im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO Grundlage der Entscheidung werden. Insbesondere liegt ein merkantiler Minderwert eines Gebäudes vor, wenn nach erfolgter Mängelbeseitigung eine verringerte Verwertbarkeit gegeben ist, weil übliche und maßgebliche örtliche Verkehrskreise die im Vergleich zur ver-

tragungsgemäßen Ausführung anzusetzende Werteinschätzung nun infolge der anderen Qualität als geringer einschätzen.

Kammergericht, Urteil vom 04.04.2014, Az.: 21 U 18/13 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: VII ZR 129/14); BauR 2017, 2044 = IBR 2017, 505

2. *Behördlicher Baustopp schließt Schadensersatz wegen Baumängeln aus!*

Dem Auftraggeber steht kein Anspruch auf Schadensersatz wegen Baumängeln zu, wenn die Baubehörde eine Einstellung der Bauarbeiten anordnet und es dem Auftragnehmer dadurch unmöglich wird, dem fristgebundenen Mängelbeseitigungsverlangen des Auftraggebers nachzukommen.

OLG München, Beschluss vom 14.07.2014, Az.: 27 U 295/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 04.01.2017, Az.: VII ZR 182/14); BauR 2017, 1420 = IBR 2017, 306

3. *Mehrere Mangelursachen möglich: Unternehmer muss für alle Ursachen verantwortlich sein!*

1. (...)

3. Für den Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung (bzw. Werkmangel) und Schaden trägt zwar grundsätzlich der Gläubiger die Beweislast. Eines besonderen Kausalitätsbeweises bedarf es indes nicht, wenn sich die Pflichtverletzung daraus ergibt, dass der Gläubiger bei der Abwicklung eines funktions-/erfolgsbezogenen Werkvertrags einen Schaden infolge fehlerhafter Funktion der gewarteten Anlage, d. h. Ausbleiben des versprochenen Wartungserfolgs durch eine Fehlleistung im Verantwortungsbereich des Schuldners, erlitten hat.

4. (...)

5. Ist ein Planungs- bzw. Konstruktionsfehler nicht ausschließlich, sondern nur - neben der falschen Einstellung eines Frostschutzreglers - mitursächlich für den Eintritt eines Frostschadens, können Ursachenzweifel im Hinblick auf den im Werkvertragsrecht entsprechend anwendbaren § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB dahinstehen, soweit zumindest eine "Beteiligung" des Werkunternehmers i.S.v. 830 Abs. 1 Satz 2 BGB feststellbar ist.

6. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.07.2016, Az.: 22 U 24/16; BauR 2017, 1050 = IBR 2017, 248

4. *Keine Aufrechnung mit erstinstanzlich festgesetzten Kosten*

1. (...)

2. Im privaten Baurecht ist bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der Einschaltung eines Privatgutachters bzw. der Frage, ob sich der Auftraggeber durch etwaig vertragswidrige Leistungen des Auftragnehmers dazu "herausgefordert" fühlen durfte, im Rahmen von §§ 280 ff. BGB zu berücksichtigen, dass sich der Auftraggeber zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen auf die Rüge von Mangelercheinungen bzw. Mangelsymptomen beschränken darf, wodurch - im Umkehrschluss - für den Auftragnehmer nicht ohne weiteres die Notwendigkeit besteht, selbst durch Einschaltung eines Privatgutachters bereits die Feststellung von Mängelursachen zu betreiben.
3. Dies gilt auch im Hinblick darauf, dass im Regelfall dem Auftragnehmer selbst und damit eigenverantwortlich die Beurteilung und Entscheidung über Art und Umfang etwaig notwendiger Vertragserfüllungsmaßnahmen bzw. Nacherfüllungsmaßnahmen obliegt, weshalb für den Auftraggeber - ebenfalls im Umkehrschluss - nicht ohne weiteres Veranlassung besteht, selbst durch Einschaltung eines Privatgutachters bereits die dem Auftragnehmer obliegenden Feststellungen zu Art und Umfang etwaig notwendiger Nacherfüllungsmaßnahmen zu veranlassen.
4. Es kann indes zugunsten des Auftraggebers zu berücksichtigen sein, dass die Auftragnehmerin ein nicht vollständiges bzw. nicht mangelfreies Werk als vollständig bzw. mangelfrei hergestellt dargestellt und eine nicht fällige Schlussrechnung gestellt hat.
5. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.09.2016, Az.: I-22 U 68/16; BauR 2018, 129 = NJW-RR 2017, 661 = NZBau 2017, 278 = IBR 2017, 433

5. Schadensersatz wegen Mängeln muss nicht für Mängelbeseitigung verwendet werden!

1. (...)
2. Wird ein Passus im Abnahmeprotokoll "Alle Mängelansprüche und Schadensersatzansprüche des Auftraggebers bleiben unberührt" gestrichen und durch den Passus "Alle Mängelansprüche des Auftraggebers bleiben unberührt" ersetzt, liegt darin kein Verzicht des Auftraggebers auf Schadensersatzansprüche wegen Baumängeln.

OLG Köln, Urteil vom 10.11.2016, Az.: 7 U 97/15; BauR 2017, 776 und 1546 = NJW-RR 2017, 217 = NZBau 2017, 157 = IBR 2017, 77

6. Auch für einen "alten" Mangel kann Kostenvorschuss verlangt werden!

Aus einem vertraglichen Schadensersatzanspruch im Zusammenhang mit Bauverträgen kann eine Nutzungsausfallentschädigung beansprucht werden, wenn eine Wohnung oder ein Haus wegen Bauverzögerung oder wegen Mängeln nicht benutzt werden kann. Die Nichtbenutzbarkeit einzelner Räume oder der Terrasse stellt hingegen einen im Werkvertragsrecht regelmäßig nicht ersatzfähigen immateriellen Schaden dar.

OLG Frankfurt, Urteil vom 11.11.2016, Az.: 4 U 3/11; IBR 2017, 552

7. Keine Abnahme des Wohnungseigentums durch Erstverwalter

1. (...)
3. Bei einem rechtskräftigen Urteil über den bezifferten Zahlungsantrag über (fiktive) Mangelbeseitigungskosten, die auf Gutachterbasis ermittelt wurden, kann der Kläger anschließend nicht mehr zu einer konkreten Schadensberechnung aufgrund tatsächlich erfolgter Mangelbeseitigung übergehen.

OLG München, Urteil vom 06.12.2016, Az.: 28 U 2388/16 Bau; BauR 2017, 1041 = IBR 2017, 113

8. Gesamtschuldnerische Architektenhaftung mit Nachunternehmer

1. (...)
2. Ein merkantiler Minderwert ist zu ersetzen, wenn der Wert des Bauwerks nach einer ordnungsgemäßen Mängelbeseitigung tatsächlich noch gemindert ist. Es müssen noch Restrisiken bestehen, die bei einem etwaigen Verkauf des Hauses erklärungspflichtig sind.
4. (...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 30.03.2017, Az.: 12 U 71/16; NJW-RR 2017, 1489 = NZBau 2017, 612

7. Prüf- und Hinweispflichten

1. Hinweispflicht des Bauunternehmers

Ein Bauunternehmer ist verpflichtet, auf Widersprüche zwischen den Bauherrenanweisungen und seinen Bauzeichnungen hinzuweisen.

BGH, Beschluss vom 18.01.2017, Az.: VII ZR 181/16; BauR 2017, 884 = ZfBR 2017, 259 = IBR 2017, 232

2. Fliesenleger muss nicht auf fehlende Abdichtungsbahnen hinweisen!

Die Prüfungs- und Hinweispflichten des Auftragnehmers erstrecken sich nicht auf solche Vorleistungen anderer Unternehmer, die keinen Einfluss auf die Eignung der Leistung des Auftragnehmers haben.

OLG Celle, Urteil vom 21.05.2015, Az.: 6 U 126/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.06.2016, Az.: VII ZR 112/15); IBR 2017, 126

3. Auf allgemein bekannte Risiken muss der Auftragnehmer nicht hinweisen!

1. Die Grenzen der an den Auftragnehmer zu stellenden Anforderungen an seine Prüfungs- und Hinweispflicht richten sich nach dem Einzelfall mit seinen Besonderheiten. Hinweise sind umso weniger geboten, wie der Auftragnehmer darauf vertrauen darf, dass entsprechendes Wissen auf Seiten des Auftraggebers vorausgesetzt werden kann.
2. Der Auftraggeber, der ein nach allgemeinen Kenntnissen in Fachkreisen bestehendes Risiko durch die gewählte Konstruktion in Kauf nimmt (hier: Anbindung verschiedener Materialien ohne Fugenbildung im Bereich von sonnenbedingter Hitzeeinwirkung), kann nicht erwarten, von den bauausführenden Unternehmern einen Bedenkenhinweis zu erhalten.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.07.2015, Az.: 6 U 7/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: VII ZR 198/15); IBR 2017, 492

4. Bedenken mündlich angemeldet: Auftragnehmer haftet nicht für Pfützenbildung!

1. Die Versickerungsfähigkeit des Untergrunds stellt einen Unterfall des sog. "Baugrundrisikos" - die Gefahr unvorhergesehener Erschwernisse aufgrund der Beschaffenheit des Baugrunds - dar, das regelmäßig in die Risikosphäre des Auftraggebers fällt.
2. Kommt es auf einem Parkplatz bei stärkeren Regenfällen zu Wasseransammlungen, stellt dies jedenfalls dann keinen Werkmangel dar, wenn der Auftragnehmer Bedenken angemeldet hat.
3. Eine ordnungsgemäße Bedenkenanmeldung kann auch mündlich erfolgen.
4. Der Auftragnehmer kann seine Bedenken an den vom Auftraggeber beauftragten Architekten richten, wenn dieser in besonderer Art und Weise in das Projekt eingebunden ist und die Verhandlungen über die Vertragsinhalte ganz wesentlich von ihm gestaltet worden sind.

OLG Hamburg, Urteil vom 19.08.2016, Az.: 9 U 47/10; BauR 2017, 922 = IBR 2017, 127

8. Vorteilsausgleich/Sowieso-Kosten

1. Mängelbeseitigung hinausgezögert: Kein Abzug "Neu für Alt"?

1. (...)
2. Eine Vorteilsanrechnung "Neu für Alt" kommt nicht in Betracht, wenn die Vorteile ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen und sich der Auftraggeber jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen musste.

OLG Dresden, Urteil vom 13.08.2015, Az.: 10 U 229/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.06.2017, Az.: VII ZR 213/15); IBR 2017, 629

2. Haftung eines Ingenieurs für Fehler des von ihm beauftragten Tragwerksplaners

1. (...)
2. Die Kürzung eines Schadensersatzanspruchs aus dem werkvertraglichen Gewährleistungsrecht unter dem Gesichtspunkt des "Abzugs neu für alt" wegen einer verlängerten Lebensdauer kommt überhaupt nur dann in Betracht, wenn der Mangel sich verhältnismäßig spät auswirkt und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste. Hinsichtlich der Gebrauchsnachteile ist es bei einem in sich geschlossenen Bauwerk unerheblich, ob diese sich aus dem Mangel ergeben, auf dem der Schadensersatzanspruch beruht, oder sie die Folge anderer Mängeln der Werkleistung sind.

3. (...)

OLG Oldenburg, Urteil vom 17.01.2017, Az.: 2 U 68/16; BauR 2017, 2023 = NJW-RR 2017, 1429 = NZBau 2017, 675 = IBR 2017, 504

3. Verantwortung des Architekten für die Auswahl einer Konstruktion

1. (...)
2. Ein Abzug „neu für alt“ kommt nur in Betracht, wenn der Mangel erst sehr spät in Erscheinung tritt, der Auftraggeber das Werk bis dahin aber ohne Beeinträchtigung nutzen konnte und durch die Nachbesserung im Wege der Neuherstellung die Lebensdauer des Werks entscheidend verlängert wird. Dagegen scheidet eine Vorteilsausgleichung in Fällen, in denen der Unternehmer die Nachbesserung unter Bestreiten der Mangelhaftigkeit lange hinauszögert und der Auftraggeber während dieses Zeitraums das mangelhafte Werk nur eingeschränkt nutzen kann, grundsätzlich aus. Der Werkunternehmer soll dadurch, dass er den werkvertraglichen Erfolg nicht sofort, sondern erst verspätet im Wege der Nachbesserung erreicht, nicht bessergestellt werden.

OLG Celle, Urteil vom 15.02.2017, Az.: 7 U 72/16; BauR 2017, 1714 = NJW-RR 2017, 1102 = NZBau 2017, 609 = IBR 2017, 444

9. Mitverschulden des AG

1. Parkettlegearbeiten

Der Auftraggeber hat den Auftragnehmer bei nicht vertraglich vereinbarter termingerechter Leistung darauf hinzuweisen, dass im Falle der verspäteten Herstellung dem Auftraggeber ein Schaden entsteht. Der Folgeschaden umfasst dann bei Parkettarbeiten insbesondere den aus dem verspäteten Einzug der Nutzer resultierten Schaden, der vom Auftragnehmer zu ersetzen ist.

OLG München, Urteil vom 20.08.2013, Az.: 9 U 794/12 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 09.03.2016, Az.: VII ZR 231/13); BauR 2017, 601 = IBR 2017, 21

2. Offenkundiger Planungsfehler: Auftragnehmer haftet für Baumangel allein!

1. Der Auftragnehmer hat grundsätzlich Pläne und sonstige Ausführungsunterlagen fachlich zu überprüfen und gegebenenfalls Bedenken mitzuteilen. Zu prüfen ist u. a., ob die Planung zur Verwirklichung des geschuldeten Werkerfolgs geeignet ist.
2. Für eine unterlassene Prüfung und Mitteilung ist der Auftragnehmer verantwortlich, wenn er Mängel mit den bei einem Fachmann seines Gebiets zu erwartenden Kenntnissen hätte erkennen können. Kommt er seinen hiernach bestehenden Verpflichtungen nicht nach und wird dadurch das Gesamtwerk beeinträchtigt, ist seine Werkleistung mangelhaft.
3. Der Auftraggeber muss sich kein Mitverschulden seines Architekten anrechnen lassen, wenn der Auftragnehmer die Leistung trotz eines offenkundigen Planungsmangels ausführt, ohne zuvor Bedenken angemeldet zu haben.

Kammergericht, Urteil vom 09.01.2015, Az.: 7 U 227/03 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.11.2016, Az.: VII ZR 30/15); IBR 2017, 194

3. Verstoß des Nachfolgeunternehmers gegen seine Prüfungs- und Hinweispflicht

1. (...)
2. Ein Verstoß des Nachfolgeunternehmers (hier: des Fliesenlegers) gegen seine Prüfungs- und Hinweispflicht bezüglich des Vorgewerks (hier: der Vorschalenbeplanung) ist dem Bauherrn nicht als Mitverschulden anzurechnen. Denn der nachfolgende Unternehmer ist im Verhältnis zu dem ersten Handwerker kein Erfüllungsgehilfe des Bauherrn.
3. Die Planungsverantwortung trifft originär den Bauherrn selbst. Das Fehlen einer Ausführungsplanung führt deshalb nicht dazu, dass der Unternehmer die Ausführungsplanung übernehmen muss.

OLG Celle, Urteil vom 02.12.2015, Az.: 7 U 75/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen – BGH, Beschluss vom 01.06.2016, Az.: VII ZR 294/15); BauR 2017, 299 = IBR 2016, 513 = IBR 2016, 514

4. Muss sich der Auftraggeber mit einer Reparatur statt einer Erneuerung begnügen?

1. (...)
2. Der Auftraggeber verletzt seine Schadensminderungspflicht, wenn er das Gebäude in beschädigtem Zustand nicht vermietet, obwohl die beanstandeten Beschädigungen und Mängel die Vermietung nicht hindern.

OLG Nürnberg, Urteil vom 03.02.2016, Az.: 2 U 887/15; IBR 2017, 136

5. Mitverschulden bei der Planung und Überwachung

1. (...)
2. Eine Mitverantwortung des Auftraggebers einer Werkleistung kann auch dann gegeben sein, wenn Teilbereiche vertragswidrig überhaupt nicht geplant worden sind und der Mangel auf eine solche vertragswidrig vollständig unterlassene Planung zurückzuführen ist.
3. Voraussetzung eines diesbezüglichen Mitverschuldens des Auftraggebers ist indes immer, dass diesen eine Planungsverantwortung trifft. Verzichtet der Auftraggeber auf eine Ausführungsplanung durch einen Architekten, bedeutet dies nicht ohne weiteres dass der Auftragnehmer die Aufgabe der Erstellung einer Ausführungsplanung zu übernehmen hat. Übernimmt indes ein Werkunternehmer vertraglich die Ausführung von Werkleistungen in Kenntnis des Umstandes, dass der Auftraggeber keine Ausführungsplanung zur Verfügung stellt, so kann er sich nicht mit Erfolg auf ein Mitverschulden des Auftraggebers wegen fehlender Ausführungsplanung berufen.
4. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.04.2016, Az.: 22 U 164/15; BauR 2017, 1249 = IBR 2017, 314

6. Mangelbeseitigung

1. Wenn der Auftraggeber Sonderfachleute und Architekten eingeschaltet hat, ist ein Werkunternehmer nicht verpflichtet, deren Erkenntnisse auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, es sei denn, ein Fehler springt ins Auge.
2. Der Auftragnehmer kann sich auf die Unzumutbarkeit der Mangelbeseitigung berufen, wenn der Fehler der Leistung auch auf einer fehlerhaften Planung des Auftraggebers beruht, dieser jedoch weder zur Beteiligung an der Nachbesserung mittels Planungskorrektur, noch zur Übernahme anteiliger Kosten bereit ist.

OLG Bamberg, Urteil vom 04.05.2016, Az.: 3 U 214/15; BauR 2016, 2104 = IBR 2017, 197

7. Verputzer meldet Bedenken an: Maurer haftet für Putzrisse nur begrenzt!

1. Sind Putzrisse auf eine handwerklich unsaubere Ausführung der Mauerwerkswände zurückzuführen, ist die Leistung des Maurerunternehmens mangelhaft. Das gilt auch dann, wenn die überwiegende Ursache für die Risse in der unzureichenden Wartezeit zwischen Unter- und Oberputz und der großen Härte des Putzes liegt.
2. Hat der Nachfolgeunternehmer (hier: der Verputzer) wegen Mängeln am Mauerwerk Bedenken angemeldet und besteht der Auftraggeber gleichwohl auf Erstellung des Außenputzes, ist die Haftung des Maurerunternehmens für Putzrisse (hier: auf 20%) begrenzt.

OLG München, Urteil vom 09.08.2016, Az.: 9 U 263/13 Bau; IBR 2017, 312

8. Keine Gesamtschuld des Bedenken mitteilenden Bauunternehmers bei fehlerhafter Planung

1. Ein Auftragnehmer ist auch dann von der Mängelhaftung befreit, wenn er ordnungsgemäß gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B Bedenken mitteilt, aber der Auftraggeber untätig bleibt und darauf nicht reagiert.
2. Betrifft der ordnungsgemäße Bedenkenhinweis des ausführenden Bauunternehmers einen Planungsmangel, besteht kein Gesamtschuldverhältnis zwischen dem Planer und dem ausführenden Bauunternehmer. Es liegt auch kein Fall der gestörten Gesamtschuld vor.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.11.2016, Az.: 10 U 71/16; BauR 2017, 750 = NJW-RR 2017, 144 = NZBau 2017, 83 = IBR 2017, 68 = IBR 2017, 78

9. Planungsbedingte Baumängel: Bauherr muss neue Planung vorlegen!

1. (...)
3. Gibt der vom Besteller beauftragte Architekt ein ungeeignetes System vor und führt dies zu erheblichen Baumängeln, ist der Mitverschuldensanteil des Bestellers unter Zurechnung des Verhaltens des Architekten mit 2/3 anzusetzen.

OLG München, Urteil vom 20.12.2016, Az.: 9 U 1430/16 Bau; IBR 2017, 615

10. Überwachungspflicht

Werden bei einem Klinikbau eine Unterkonstruktion und Estrich erstellt, der erheblichen Belastungen ausgesetzt ist, handelt sich nicht um eine einfache, gängige Tätigkeit, die nicht überwacht werden muss, sondern erkennbar einen besonders zu überwachenden Bauabschnitt. Im Verhältnis zum Unternehmer hat sich bei Planungsfehlern der Auftraggeber ein Mitverschulden seines Architekten mit einer Mitverschuldensquote von 70 % anspruchsmindernd anrechnen zu lassen.

OLG Bamberg, Urteil vom 16.05.2017, Az.: 5 U 69/16; BauR 2017, 2224 = IBR 2017, 568

10. Gewährleistungsfristen/Verjährung

1. Teilnahme an Besprechungen führt (noch) nicht zur Verjährungshemmung!

1. Die Verjährungshemmung bei Verhandlungen setzt eine Prüfung der Mängel der eigenen Leistung im Einvernehmen mit dem Besteller voraus.
2. Die bloße Teilnahme des Unternehmers an Besprechungen zwischen dem Besteller und dem Bauherrn begründet keine Hemmung.

Kammergericht, Beschluss vom 30.01.2014, Az.: 27 U 144/12 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 24.08.2016, Az.: VII ZR 48/14); IBR 2017, 28

2. *Mängel zwecks Streitvermeidung beseitigt: Beginnt die Verjährung neu?*

1. Ein die Verjährung unterbrechendes Anerkenntnis liegt vor, wenn sich aus dem tatsächlichen Verhalten des Schuldners gegenüber dem Gläubiger klar und unzweideutig ergibt, dass dem Schuldner das Bestehen der Schuld bewusst ist und angesichts dessen der Gläubiger darauf vertrauen darf, dass sich der Schuldner nicht auf den Ablauf der Verjährung berufen wird. Der Schuldner muss dabei sein Wissen, zu etwas verpflichtet zu sein, klar zum Ausdruck bringen, wobei ein eindeutiges schlüssiges Verhalten genügen kann.
2. In der Durchführung von Nachbesserungsarbeiten kann auch lediglich das Bemühen um Vermeidung einer Streiteskalation liegen und gerade nicht die konkludente Erklärung, dem Auftraggeber stünden die behaupteten Mängelrechte zu.

OLG München, Urteil vom 18.03.2014, Az.: 9 U 2103/13 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom BGH, Beschluss vom 02.11.2016, Az.: VII ZR 80/14); IBR 2017, 247

3. *Keine Bauüberwachung: Mängelansprüche verjähren drei Jahre ab Mängelkenntnis!*

1. Eine Dachabdichtung, die wegen fehlender Anschlüsse der luftdichten Folie (Dampfsperre) nicht so ausgebildet ist, dass im Gebäudeinneren entstehender Wasserdampf ohne Kondensatbildung nach Außen entweichen kann, ist mangelhaft.
2. Dem arglistigen Verschweigen eines Mangels steht ein Verhalten gleich, bei dem der Unternehmer ein Werk arbeitsteilig erstellen lässt und hierbei bewusst nicht die organisatorischen Voraussetzungen schafft, um sachgerecht beurteilen zu können, ob das Werk mangelfrei ist.
3. Die Art des Mangels kann bereits ein so überzeugendes Indiz für eine fehlende oder nicht richtige Organisation sein, dass es weiterer Darlegung hierzu nicht bedarf. Deshalb kann der Vortrag des Bestellers, der Unternehmer habe die Überwachung des Herstellungsprozesses nicht oder nicht richtig organisiert, so dass der Mangel nicht erkannt worden sei, schon ausreichend sein.

OLG Frankfurt, Urteil vom 04.07.2014, Az.: 24 U 84/13 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.02.2017, Az.: VII ZR 186/14); BauR 2017, 1580 = IBR 2017, 427

4. *Rückverankerung nicht überwacht: Zimmermann haftet nach 12 Jahren noch für Sturmschäden!*

1. Die Leistung eines Zimmermanns ist mangelhaft, wenn es an der erforderlichen Sicherung des Daches gegen Abheben durch Schaffung einer hinreichenden Verbindung zwischen den sog. "Aufschieblingen" und der Ringbalkenlage fehlt. Das

gilt auch dann, wenn das Dach 12 Jahre lang den Einwirkungen durch Wind und Wetter standgehalten hat.

2. Die Grundsätze der Arglisthaftung des Auftragnehmers wegen Organisationsverschuldens finden auch auf den VOB-Vertrag Anwendung.
3. Ein unentdeckt gebliebener gravierender Mangel an einem besonders wichtigen Gewerk lässt den Schluss auf eine mangelhafte Organisation zu.

OLG Hamm, Beschluss vom 23.09.2014, Az.: 21 U 155/12 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 14.12.2016, Az.: VII ZR 252/14); IBR 2017, 426

5. *Vorschuss nach als erforderlich festgestellter Mangelbeseitigungsmethode*

1. (...)
3. Die Tragweite einer Hemmung der Verjährung bei einem Vorschuss richtet sich nicht nach der bezeichneten Mangelercheinung, sondern nach den der Werkleistung anhaftenden Mängeln selbst, soweit sie Ursache der angeführten Mangelercheinung im Sinne der Symptomtheorie sind.
4. Eine Vorschussklage hemmt die Verjährung auch hinsichtlich nicht eingeklagter Beträge. Ein den Vorschussanspruch zusprechendes Urteil enthält regelmäßig die Feststellung, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist, die gesamten Mängelbeseitigungskosten (d.h. auch die den geforderten bzw. gezahlten Vorschuss übersteigenden Ersatzvornahmekosten) zu zahlen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Kläger aus anderen Gründen als der fehlenden bzw. unzureichenden Gewissheit über die Mängelbeseitigungskosten die Klage beschränkt, z.B. wenn er den Auftragnehmer nur für verpflichtet hält, (etwa wegen eines Mitverschuldens o.ä.) eine Quote der Mängelbeseitigungskosten als Vorschuss zu zahlen.
5. Auch neben einer bezifferten Kostenvorschussklage ist ein Feststellungsantrag zulässig, der die Verjährung ebenfalls hemmt.
6. (...)
7. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2017, Az.: I-22 U 134/16; BauR 2017, 1250 [Ls] = NZBau 2017, 280 = IBR 2017, 310

XII. Verjährung (allgemein)

1. *Verjährung bei eingeschlafenen Verhandlungen*

Die Wiederaufnahme abgebrochener Verhandlungen führt nicht zu einer auf den Beginn der Verhandlungen rückwirkenden Hemmung der Verjährung.

BGH, Urteil vom 15.12.2016, Az.: IX ZR 58/16; BauR 2017, 723 = ZfBR 2017, 253 = IBR 2017, 284

XIII. Allgemeine Pflichtverletzung/Schadensersatzansprüche

1. Schaden des sanierungswilligen Hauseigentümers aus einstweiligem Bauverbot

1. (...)

3. Eine vom Hauseigentümer an seinen Generalübernehmer gezahlte Verzögerungsschädigung kann einen ersatzfähigen Schaden auch dann darstellen, wenn der Generalübernehmer auf diese Zahlung keinen Anspruch hatte. Für die Ersatzfähigkeit reicht es nach den Grundsätzen zur Zurechnung herausgeforderten selbstschädigenden Verhaltens aus, dass der Hauseigentümer das Zahlungsbegehren des Generalübernehmers als berechtigt ansehen und die Zahlung an diesen als vernünftig und zweckmäßig ansehen durfte.

4. (...)

BGH, Urteil vom 13.10.2016, Az.: IX ZR 149/15; BauR 2017, 547 = NJW 2017, 1600 = NZBau 2017, 40

2. Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bauherrn in das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Nachunternehmer; keine Anwendung des § 362 HGB auf Werkverträge

1. (...)

5. Ein einseitiger Kalkulationsirrtum des Auftragnehmers im Vorfeld der Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung stellt einen nicht zur Anfechtung berechtigenden Motivirrtum dar.

6. Wenn der Empfänger ein Vertragsangebot annimmt oder auf der Durchführung des Vertrages besteht, obwohl er wusste (oder sich treuwidrig der Kenntnisnahme entzog), dass das Angebot auf einem Kalkulationsirrtum des Erklärenden beruht, kann hierin - unter strengen Voraussetzungen - eine unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) liegen (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 7. Juli 1998, X ZR 17/97, NJW 1998, 3192ff und Urteil vom 11. November 2014, X ZR 32/14, NZBau 2015, 248). Erforderlich ist die Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung bei Festhalten an den fehlerhaft berechneten Angebotspreisen und die Kenntnis hiervon bei dem Auftraggeber; für letzteres reicht die Kenntnis der fehlenden Auskömmlichkeit der angebotenen Preise nicht aus.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.02.2016, Az.: I-21 U 100/15; BauR 2017, 1031 = IBR 2017, 483

3. Bindet ein Vergleich mit dem Auftraggeber auch den Nachunternehmer?

1. (...)

2. Vergleichen sich Auftraggeber und Hauptunternehmer über die Höhe der Mängelbeseitigungskosten und umfasst dieser Vergleich auch die Mängel der Nachunternehmerleistung, fehlt es nur dann an einem haftungsrechtlichen Zusammenhang zwischen dem Mangel und dem Schaden, wenn der Hauptunternehmer durch den

Vergleichsabschluss in ungewöhnlicher und unsachgemäßer Weise in den schadensträchtigen Geschehensablauf eingegriffen hat (hier verneint).

3. (...)

OLG München, Beschluss vom 16.06.2016, Az.: 28 U 882/16 Bau; IBR 2017, 309

4. *Anscheinsbeweis für Hausbeschädigung durch nachbarliches Bauvorhaben*

1. Für die Begründung des Anscheinsbeweises muss zunächst ein typischer Geschehensablauf feststehen, d.h. ein Sachverhalt, bei dem nach der Lebenserfahrung auf das Hervorrufen einer bestimmten Folge oder die Verursachung durch ein bestimmtes Verhalten geschlossen werden kann.
2. Allein die Wahrscheinlichkeit, dass Abrissarbeiten auf einem benachbarten Grundstück zu Erschütterungen führen, die wiederum Rissbildungen an benachbarten Grundstücken verursachen können, reicht unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls (hier: Alter, Zustand und Lage des Hauses) nicht aus, einen Anscheinsbeweises zu begründen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.12.2016, Az.: 5 U 46/16; BauR 2017, 1394 = NJW-RR 2017, 856 = NZBau 2016, 415 = IBR 2017, 203

XIV. Gesamtschuldner(ausgleich)

1. *Ausgleichsanspruch zwischen Gesamtschuldern: Vorsicht Verjährungsfalle!*

1. Der Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB entsteht bereits in dem Augenblick, in dem die mehreren Ersatzpflichtigen dem Geschädigten ersatzpflichtig werden, d. h. mit der Entstehung der Gesamtschuld im Außenverhältnis.
2. Für den Beginn der Verjährung ist es nicht erforderlich, dass der Ausgleichsanspruch beziffert werden bzw. Gegenstand einer Leistungsklage sein kann.
3. Für die Beurteilung der Frage, wann der Ausgleichsanspruch eines zum Schadensersatz verpflichteten Gesamtschuldners gegen den anderen i.S.d. § 199 Abs. 1 BGB im Hinblick auf Schäden entstanden ist, die erst nach der Verwirklichung des haftungsbegründenden Tatbestands eingetreten sind, ist der Grundsatz der Schadenseinheit heranzuziehen.

BGH, Urteil vom 08.11.2016, Az.: VI ZR 200/15; IBR 2017, 104

2. *Keine Haftung des überwachenden Architekten bei nachbesserungsbereitem Unternehmer*

1. (...)

6. Der Auftraggeber kann den bauüberwachenden Architekten nicht auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, wenn er den zur Nachbesserung bereiten Bauunter-

nehmer durch eine unberechtigte Auftragsentziehung an der Mängelbeseitigung gehindert hat.

OLG Dresden, Urteil vom 19.10.2016, Az.: 13 U 74/16; BauR 2017, 899 = NJW 2017, 1555 = NZBau 2017, 168 = IBR 2016, 712

3. *Keine Gesamtschuld des Bedenken mitteilenden Bauunternehmers bei fehlerhafter Planung*

1. Ein Auftragnehmer ist auch dann von der Mängelhaftung befreit, wenn er ordnungsgemäß gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B Bedenken mitteilt, aber der Auftraggeber untätig bleibt und darauf nicht reagiert.
2. Betrifft der ordnungsgemäße Bedenkenhinweis des ausführenden Bauunternehmers einen Planungsmangel, besteht kein Gesamtschuldverhältnis zwischen dem Planer und dem ausführenden Bauunternehmer. Es liegt auch kein Fall der gestörten Gesamtschuld vor.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.11.2016, Az.: 10 U 71/16; BauR 2017, 750 = NJW-RR 2017, 144 = NZBau 2017, 83 = IBR 2017, 68 = IBR 2017, 78

XV. Bauhandwerkersicherheitsleistung (§ 648a BGB)

1. *Außerordentliche Kündigung trotz vorheriger Vertragsauflösung nach Sicherungsverlangen möglich*

1. (...)
2. Der Auftragnehmer ist auch nach Aufhebung des Vertrags gem. § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. § 643 BGB berechtigt, diesen zeitnah wegen Verzugs des Auftraggebers mit der Bezahlung von Abschlagsforderungen nach § 9 Nr. 1 b) VOB/B zu kündigen, wenn die Kündigungsvoraussetzungen in dem Zeitpunkt vorlagen, in dem der Vertrag als aufgehoben galt (Fortführung von BGH, Versäumnisurt. v. 24.02.2005 – VII ZR 225/03, BauR 2005, 861 = NZBau 2005, 335).

BGH, Urteil vom 22.09.2016, Az.: VII ZR 298/14; BGHZ 212, 90 = BauR 2017, 100 = NJW 2017, 71 = NZBau 2017, 35 = ZfBR 2017, 51 = IBR 2016, 688

2. *Keine analoge Anwendung des § 648a BGB auf Miet- und Dienstverträge*

Verbürgt sich eine Versicherung auf eine Online-Anfrage in einer als Bauhandwerkersicherungsbürgschaft gemäß § 648a BGB überschriebenen Urkunde für Vergütungsansprüche eines Unternehmens aus Arbeiten für ein bestimmtes Bauvorhaben eines Dritten, erstreckt sich die Bürgschaft nicht auf Forderungen, welche das Unternehmen gegen den Dritten für die Überlassung von Baumaschinen und Personal auf Grund einer als Mietvertrag bezeichneten Urkunde geltend macht.

OLG Celle, Urteil vom 21.01.2016, Az.: 2 U 91/15; BauR 2017, 289

3. Sicherheitsleistung

Im Falle der Verurteilung zur Stellung einer Bauhandwerkersicherung bemisst sich die nach § 709 Satz 1 ZPO zu bestimmende Sicherheit grundsätzlich nach dem Betrag der ausgerichteten Sicherheit nebst Kostenzuschlag und möglicher weiterer Vollstreckungsschäden; auf die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Sicherungsfalles kommt es nicht an.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 11.10.2016, Az.: 8 U 102/16; BauR 2017, 776 = IBR 2017, 200

4. § 648a BGB-Bürgschaft sichert keine Nachträge!

Eine auf Grundlage des § 648a BGB einem Unternehmer übergebene Bürgschaft sichert die Vergütung für Nachtragsleistungen nur dann, wenn diese in der Bürgschaftsurkunde ausdrücklich erwähnt sind.

OLG München, Urteil vom 13.12.2016, Az.: 9 U 77/16; BauR 2017, 1373 = IBR 2017, 250

5. Zahlungsbürgschaft gestellt: Keine zusätzliche Sicherheit nach § 648a BGB?

1. § 648a Abs. 1 BGB gewährt dem Auftragnehmer auch im Rahmen eines VOB-Vertrags einen Anspruch auf Sicherheitsleistung in Höhe der vereinbarten und noch nicht gezahlten Vergütung.
2. Will der Auftragnehmer eine Sicherheit für die vereinbarte Vergütung erlangen, muss er diese schlüssig darlegen.
3. Einen Anspruch auf Sicherheit gem. § 648a BGB kann der Auftragnehmer aber nur für solche Forderungen verlangen, für die nicht schon eine Sicherheit bestellt wurde.

Kammergericht, Urteil vom 20.12.2016, Az.: 7 U 123/15; IBR 2017, 556

6. Sicherheitsverlangen nach § 648a BGB: Was muss der Auftragnehmer darlegen und beweisen?

Der Auftragnehmer, der Sicherheit nach § 648a BGB verlangt, muss den Vertrag (gegebenenfalls auch den Zusatzauftrag) einschließlich vereinbartem Leistungsumfang und der dafür vereinbarten Vergütung darlegen und beweisen, hinsichtlich der Massen bzw. Stunden genügt hingegen schlüssiger Vortrag.

OLG Hamm, Urteil vom 16.01.2017, Az.: 17 U 111/16; BauR 2017, 1376 = IBR 2017, 372

7. Sicherheit

1. Ein Unternehmer hat aus § 648a BGB keinen Anspruch auf Sicherheit für Forderungen aus Bereicherungsrecht, Geschäftsführung ohne Auftrag oder § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B, weil in diesen Fällen eine auftragslose Leistung vorliegt, die einen Anspruch auf eine vertragliche Vergütung oder deren Surrogat nicht begründet.
2. Eine ursprünglich vertraglich nicht geschuldete, aber nachträglich anerkannte Leistung führt gemäß § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 1 VOB/B zu einem nach § 648a BGB zu sichernden vertraglichen Vergütungsanspruch.
3. Im Rechtsstreit auf eine Sicherheit nach § 648a BGB genügt für die Vergütungshöhe ein schlüssiger Vortrag, während der Unternehmer auf das Bestreiten des Bestellers den vertraglichen Anspruchsgrund beweisen muss.

OLG Stuttgart, Urteil vom 26.06.2017, Az.: 10 U 122/16; BauR 2018, 109 = NJW 2018, 472 = NZBau 2018, 101 = IBR 2017, 557

8. Keine § 648a BGB-Sicherheit für streitige Nachträge wegen Bauablaufstörungen!

1. Bei der Höhe der Sicherheit nach § 648a BGB können nur dem Grunde und der Höhe nach unstreitige Nachträge berücksichtigt werden.
2. Ein Anspruch aus § 6 Abs. 6 VOB/B ist trotz seiner Verankerung im Vertrag ein Schadensersatzanspruch; als solcher tritt er nicht an die Stelle der vereinbarten Vergütung und ist nicht nach § 648a BGB sicherbar.
3. Ein Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB fällt weder unter § 648a Abs. 1 Satz 1 noch unter Satz 2 BGB und ist nicht nach § 648a BGB sicherbar.

LG Berlin, Urteil vom 19.01.2017, Az.: 86 O 142/16; IBR 2017, 251

XVI. Rügepflichten nach HGB

1. Zur Untersuchungsobliegenheit beim beiderseitigen Handelsgeschäft

1. Für die Untersuchungsobliegenheit nach § 377 Abs. 1 ist darauf abzustellen, welche in den Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsgangs fallenden Maßnahmen einem ordentlichen Kaufmann im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung auch der schutzwürdigen Interessen des Verkäufers zur Erhaltung seiner Gewährleistungsrechte zugemutet werden können. Dabei ist einerseits zu berücksichtigen, dass die Vorschriften über die Mängelrüge in erster Linie den Interessen des Verkäufers dienen, der nach Möglichkeit davor geschützt werden soll, sich längere Zeit nach der Lieferung oder nach der Abnahme der Sache etwaigen, dann nur schwer feststellbaren oder durch die Untersuchung vermeidbaren Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt zu sehen. Andererseits dürfen die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Untersuchung nicht überspannt werden, weil ansonsten der Verkäufer, aus dessen Einflussbereich der Mangel kommt, in die Lage versetzt werden könnte, das aus seinen eigenen fehlerhaften Leistungen herrührende Risiko über das Erfordernis der Mängelrüge auf den Käufer abzuwälzen. Anhaltspunkte für die Grenzen der Zumutbarkeit bilden vor allem der für eine Überprüfung er-

forderliche Kosten- und Zeitaufwand, die dem Käufer zur Verfügung stehenden technischen Prüfungsmöglichkeiten, das Erfordernis eigener technischer Kenntnisse für die Durchführung der Untersuchung beziehungsweise die Notwendigkeit, die Prüfung von Dritten vornehmen zu lassen (Bestätigung des Senatsurteils vom 24. Februar 2016, VIII ZR 38/15, WM 2016, 1899 Rn. 20 ff. mwN).

2. Die von § 377 Abs. 1 HGB geforderte Untersuchung muss nicht von derartigem Umfang und solcher Intensität sein, dass sie nach Art einer "Rundum-Untersuchung" alle irgendwie in Betracht kommenden Mängel der Ware erfasst.
3. Für die schlüssige Darstellung eines Handelsbrauchs genügt nicht die bloße Behauptung, in einem bestimmten Geschäftsbereich werde üblicherweise etwas in einer bestimmten Weise gehandhabt. Unerlässlich ist vielmehr der Vortrag konkreter Anknüpfungstatsachen, die den Schluss auf eine in räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht ausreichende einheitliche, auf Konsens der beteiligten Kreise hindeutende Verkehrsübung in Bezug auf einen bestimmten Vorgang zulassen.
4. Art und Umfang einer gebotenen Untersuchung können durch AGB zwar in bestimmter Weise, etwa hinsichtlich der zu untersuchenden Eigenschaften und der dabei vorzugsweise anzuwendenden Methoden, konkretisiert und gegebenenfalls auch generalisiert werden, sofern dies durch die Umstände veranlasst oder durch eine in dieser Richtung verlaufende Verkehrsübung vorgezeichnet ist und die Konkretisierung oder Generalisierung eine hinreichende Rücksichtnahme auf die beiderseitigen Interessen erkennen lässt. Unangemessen benachteiligend ist es aber, wenn die Klausel ohne nähere Differenzierung nach Anlass und Zumutbarkeit stets eine vollständige Untersuchung der Ware auf ein Vorhandensein aller nicht sofort feststellbarer Mängel fordert und keinen Raum für Abweichungen lässt, in denen eine Untersuchung vernünftigerweise unangemessen ist oder dem Käufer sonst billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann.
5. Mit dem Zweck der Untersuchungsobliegenheit, eine im Falle der Mangelhaftigkeit erforderliche Mängelrüge vorzubereiten, also etwaige Mängel zu erkennen und über die dabei gewonnenen Erkenntnisse eine danach gebotene Mängelrüge hinreichend konkret zu formulieren, ist es nicht zu vereinbaren, dem Käufer in AGB die Untersuchung der Ware durch einen neutralen Sachverständigen vorzuschreiben.

BGH, Urteil vom 06.12.2017, Az.: VIII ZR 246/16; ZIP 2018, 81

2. Rügeobliegenheit bei erheblichem Kostenaufwand

1. Für die Einschätzung der Tunlichkeit chemischer Untersuchungen nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang im Sinne von § 377 Abs. 1 HGB ist der zu erwartende Kostenaufwand maßgeblich, wie er sich aus ex-ante-Sicht darstellt.
2. Untersuchungskosten für aussagekräftige Stichproben von mindestens 15% des eigentlichen Warenwerts sind im Rahmen eines ordnungsmäßigen Geschäftsgangs grundsätzlich nicht mehr als tunlich einzustufen.
3. (...)

OLG Koblenz, Urteil vom 07.07.2016, Az.: 2 U 504/15; NJW-RR 2017, 83

3. Untersuchungspflicht im Streckengeschäft – Mangelanzeige nachstellerauskunft

1. Beim Streckengeschäft hat die handelsrechtliche Mängelrüge grundsätzlich entlang der Kaufvertragsverhältnisse zu erfolgen (Anschluss an BGH, 24. Januar 1990, VIII ZR 22/89, BGHZ 110, 130; Abgrenzung zu OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 21. Juni 2012, 15 U 147/11, IBR 2012, 613).
2. Im Fall einer erkannten und genehmigten Falschlieferung besteht für den Käufer Anlass, im Rahmen des § 377 HGB besonders sorgfältig zu untersuchen, ob die gelieferte Ware in den vertragswesentlichen Eigenschaften der bestellten entspricht (Fortführung BGH, 24. Februar 2016, VIII ZR 38/15, ZIP 2016, 722).
3. Fragt der Käufer aufgrund eines Mangelverdachts beim Hersteller nach und gibt ihm der Hersteller eine falsche Auskunft, entlastet das den Käufer mit Blick auf die Mängelrüge nach § 377 HGB gegenüber dem Verkäufer nicht. Die Auskunft des Herstellers ist dem Verkäufer grundsätzlich nicht zuzurechnen.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 19.07.2016, Az.: 12 U 31/16; BauR 2016, 1813 = NJW-RR 2017, 177 = NZBau 2017, 91 = IBR 2016, 551 = IBR 2016, 611 = IBR 2016, 735

B. Bauvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der VOB

I. VOB/AGB-Inhaltskontrolle

1. Bindet ein Vergleich mit dem Auftraggeber auch den Nachunternehmer?

1. (...)
3. Die sog. "Quasiunterbrechung" in § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B benachteiligt den (Nach-)Unternehmer auch dann nicht unangemessen, wenn die Gewährleistungsfrist für Mängel auf fünf Jahre und drei Monate verlängert wird.

OLG München, Beschluss vom 16.06.2016, Az.: 28 U 882/16 Bau; IBR 2017, 309

2. Entschädigung!

1. Der Kündigungstatbestand des § 6 Abs. 7 VOB/B benachteiligt den Unternehmer nicht unangemessen gemäß § 307 Abs. 1 BGB. Diese Bestimmung ist somit auch dann wirksam, wenn die VOB/B nicht als Ganzes in einen Bauvertrag einbezogen sind.
2. (...)

Kammergericht, Urteil vom 10.01.2017, Az.: 21 U 14/16; BauR 2017, 1204 = ZfBR 2018, 52 = IBR 2017, 131 (aufgehoben durch BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17, BauR 2018, 242, nicht jedoch zu diesem Punkt)

3. Vernehmung eines Privatgutachters als Sachverständiger des Gerichts

1. (...)

2. Die wirksame Einbeziehung der VOB/B auf Initiative des Bauunternehmers setzt voraus, dass der Verbraucher vor oder bei Vertragsschluss Gelegenheit hatte, die VOB/B inhaltlich zur Kenntnis zu nehmen. Hierauf kann verzichtet werden, wenn der Verbraucher seinen Architekten in die Vertragsverhandlungen eingebunden hatte.

3. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 03.04.2017, Az.: 29 U 169/16; BauR 2018, 296 = NJW-RR 2017, 982 = NZBau 2017, 480 = IBR 2017, 366

4. Kündigung des Auftragnehmers wegen verspäteten Abrufs der Bauleistung

1. (...)

3. Eine den Baubeginn nicht fixierende, sondern vom Abruf des Auftraggebers abhängig machende Regelung ähnlich § 5 Abs. 2 VOB/B ist regelmäßig als Bestimmungsrecht nach billigem Ermessen zu verstehen. Der Bauunternehmer wird durch ein derartiges Abrufrecht nicht unangemessen benachteiligt.

4. (...)

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 28.04.2017, Az.: 29 U 166/16; BauR 2017, 2012 = NJW 2018, 79 = NZBau 2017, 543 = IBR 2017, 490

5. Mehrmengen über 110%: AGK-Zuschlag trotz Schlusszahlungsmitteilung!

Trotz Schlusszahlungsmitteilung kann noch eine Preisanpassung gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B zu Allgemeinen Geschäftskosten mit Erhöhung entsprechend der Prozentangabe des EFB-Preisblatts durchgesetzt werden, wenn wegen der Vereinbarung der ZVB/E StB 2011 die VOB/B nicht als Ganzes in den Vertrag einbezogen worden ist.

OLG Dresden, Urteil vom 05.09.2017, Az.: 4 U 551/17; IBR 2017, 608

II. Leistungsbeschreibung/Leistungssoll

1. Besondere VOB/C-Leistung technisch zwingend erforderlich: Kein Anspruch auf Mehrvergütung!

1. Werden in den Positionen eines Leistungsverzeichnisses Leistungen beschrieben, deren Realisierung zwingend die Ausführung Besonderer Leistungen gemäß der VOB/C voraussetzt, kann für die Ausführung dieser Besonderen Leistungen keine Mehrvergütung beansprucht werden.
2. Enthält die der Leistungsbeschreibung beiliegende Statik den Hinweis auf das Erfordernis der Besonderen Leistung, ist die Leistung als Besondere Leistung gemäß der Vorgaben der VOB/C ausreichend "erwähnt". Einer gesonderten textlichen Beschreibung der Besonderen Leistung, insbesondere in Form einer gesonderten Ordnungsziffer im Leistungsverzeichnis, bedarf es dann nicht mehr.

Kammergericht, Beschluss vom 06.08.2015, Az.: 27 U 120/14; IBR 2017, 241

2. Trockenlegung

1. Ein Werkvertrag kann gemäß §§ 133, 157 BGB dahin auszulegen, dass der Unternehmer als Leistungssoll nur eine bestimmte Ausführungsart (hier: Abdichtung mittels Injektionsverfahrens), als werkvertraglichen Leistungserfolg indes zugleich eine dauerhafte Trockenlegung des Kellers schuldet.
2. Auch im werkvertraglichen Gewährleistungsrecht können Werbeaussagen als Begleitumstände für die Vertragsauslegung erhebliche Bedeutung erlangen und ggf. zu einer stillschweigenden Beschaffenheitsvereinbarung führen, wenn sie - für den Werkunternehmer erkennbar - für den Auftraggeber von erheblicher Bedeutung sind.
3. Wenn die Werkvertragsparteien die Trockenlegung eines Kellers ohne jedwede Einschränkung vertraglich vereinbart haben, sind Maßstab für den zu erzielenden Trocknungsgrad weder "Kellerverhältnisse" noch eine "adäquate Kellernutzung", sondern der Auftraggeber darf nach dem im Wege der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB ermittelten Inhalt des Werkvertrages erwarten, dass die Wände nach Durchführung der Abdichtungsmaßnahmen vollständig trocken sind.
4. Selbst wenn eine beschränkte Abdichtungswirkung der Werkleistungen zu verzeichnen sein sollte, sind Werkleistungen vollständig ohne Wert, wenn der geschuldete dauerhafte und zuverlässige Abdichtungserfolg nicht eingetreten ist und der Keller weiterhin feucht ist.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.10.2016, Az.: 22 U 60/16; BauR 2017, 1380

3. Kein Schuldanerkennnis durch Erklärungen von Dienststellen der öffentlichen Hand

1. (...)
4. Eine Pflicht des Bieters im Ausschreibungs- und Angebotsstadium, die ausschreibende Stelle auf im Leistungsverzeichnis enthaltene Fehler hinzuweisen, besteht grundsätzlich nicht, weil der Bieter die Prüfung der Verdingungsunterlagen nur unter kalkulatorischen Aspekten vornimmt. 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.
5. (...)

OLG Celle, Urteil vom 31.01.2017, Az.: 14 U 200/15; BauR 2017, 1686 = IBR 2017, 300 = IBR 2017, 301

III. Preisanpassung bei EP-Vertrag

1. Preisanpassung

Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eines Einheitspreis-Bauvertrags enthaltene Klausel

"Die dem Angebot des Auftragnehmers zugrunde liegenden Preise sind grundsätzlich Festpreise und bleiben für die gesamte Vertragsdauer verbindlich."

benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist daher unwirksam.

BGH, Urt. v. 20.07.2017, Az.: VII ZR 259/16, BauR 2017, 1995 = NJW 2017, 2762 = NZBau 2018, 29 = ZfBR 2017, 672 = IBR 2017, 481

2. Überlassung einer Containeranlage: § 2 Abs. 3 VOB/B bei verlängerter Vorhaltung anwendbar?

1. Bei einer verlängerter Vorhaltung handelt es sich um den mietrechtlichen Teil eines gemischt-typischen Vertrags über die Aufstellung, Vorhaltung und den Abbau einer Containeranlage.
2. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ist auf Bedarfspositionen nicht anwendbar.

BGH, Urteil vom 11.10.2017, Az.: XII ZR 8/17; BauR 2018, 248 = IBR 2017, 663

3. Mehrmengen müssen nicht angezeigt werden!

1. (...)
2. Kommt es ohne Anordnungen des Auftraggebers zu Mehrmengen in einzelnen Positionen eines detaillierten Leistungsverzeichnisses, setzt der Anspruch auf Vergütung dieser Mehrmengen nicht voraus, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber den Anspruch vor Ausführung der Leistung angekündigt hat.

OLG Naumburg, Urteil vom 09.04.2015, Az.: 6 U 19/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.09.2016, Az.: VII ZR 83/15); BauR 2017, 326 = IBR 2017, 4

4. Verlängerte Vorhaltung von Containern: Miet- oder Werkvertragsrecht anwendbar?

1. Eine Leistungsverzeichnisposition für Schulcontainer, die im Rahmen eines Bauvertrags einen Einheitspreis für einen Verlängerungszeitraum der Vorhaltung vorsieht, ist nach mietvertraglichen Regelungen zu beurteilen.
2. Die Vereinbarung der VOB/B führt nicht dazu, dass etwaige Massenmehrungen oder Änderungsanordnungen hinsichtlich der Zeitdauer der Vorhaltung zu einer Preisanpassung des Einheitspreises führen.

OLG Frankfurt, Urteil vom 02.12.2016, Az.: 2 U 61/16; IBR 2017, 119

5. *An einmal angebotene Preise bleibt der Auftragnehmer gebunden!*

1. Bietet der Auftragnehmer eine bestimmte (Teil-)Leistung im Ursprungsangebot mit einem bestimmten Einheitspreis an, wird der Auftrag allerdings insoweit zunächst nicht erteilt und erst später auch auf diese Leistung erstreckt, ist unter Zugrundelegung des objektiven Empfängerhorizonts davon auszugehen, dass bei der nachträglichen Einbeziehung der Leistung der ursprünglich angebotene Einheitspreis Vertragsgrundlage wird.
2. Eine Preisanpassung aufgrund eingetretener Mengenänderungen wegen Störung der Geschäftsgrundlage ist nicht veranlasst, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer lediglich zur Unterstützung eines anderen Unternehmers hinzugezogen hat, bei dem die Mengen ohne die ergänzende Beauftragung des Auftragnehmers ebenfalls angefallen wären.

OLG Koblenz, Beschluss vom 06.04.2017, Az.: 5 U 176/17; BauR 2017, 2003 = NJW-RR 2017, 1170 = IBR 2017, 361

IV. Nachträge

1. Nachträge/Sittenwidrige Preisbildung

1. *Sittenwidriger Einheitspreis in einer Position*

Der Einheitspreis einer Eventualposition für „Baustelleneinrichtung, Verlängerung“ über 13.230 €, der einen Wagnis- und Gewinnanteil i.H.v. 11.750 € enthält, ist sittenwidrig überhöht (§ 138 Abs. 1 BGB).

OLG Celle, Urteil vom 30.07.2015, Az.: 5 U 24/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 01.06.2016, Az.: VII ZR 1854/14); BauR 2017, 563 = IBR 2017, 5

2. Mehrkosten wegen Verzögerungen im Vergabeverfahren

1. *Voraussetzungen für den Erlass eines Grund- und Teilurteils in komplexen Nachtragsstreitigkeiten*

1. (...)
5. Die Vermutung der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung gilt bei einem Bauvertrag nicht unabhängig von der vereinbarten Leistungszeit. Deshalb hat die durch ein verzögertes Vergabeverfahren bedingte Änderung der Leistungszeit zur Folge, dass die Parteien redlicherweise vereinbart hätten, sich auf eine angepasste Vergütung zu verständigen.
6. Es ist möglich, dass der Auftraggeber unter Verstoß gegen das Nachverhandlungsgebot einen Zuschlag unter veränderten Bedingungen erteilt und damit ein wirksames neues Angebot i.S.v. § 150 II BGB abgibt, etwa durch Nennung einer neuen Ausführungsfrist. Der Auftragnehmer kann einen Mehrvergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 V VOB/B erwerben, wenn er sich in der

Antwort auf das modifizierende Zuschlagsschreiben eine Erstattung der verschiebungsbedingten Mehrkosten deutlich genug vorbehält und der Auftraggeber ihn in der Folgezeit die vertraglich vereinbarten Leistungen ausführen lässt.

7. (...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 26.01.2017, Az.: 12 U 179/15; NJW-RR 2017, 399 = NZBau 2017, 222 = IBR 2017, 184

2. *Verzögerte Zuschlagserteilung: Auftraggeber muss Vorhaltekosten vor Zuschlag ersetzen!*

1. Hält der spätere Auftragnehmer im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung seine Leistung (hier: eine mobile Stahlgleitwand) in Erwartung des Zuschlags vor und kann er diese nicht anderweitig einsetzen, steht ihm ein Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB zu.
2. Die Berechnung der Entschädigung kann auf kalkulatorischer Grundlage erfolgen und umfasst auch Allgemeine Geschäftskosten.

OLG Rostock, Urteil vom 14.03.2017, Az.: 4 U 69/12; IBR 2017, 303

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

1. *Unwirksamkeit einer die Preisanpassung nach § 313 BGB ausschließenden AGB-Klausel*

Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eines Einheitspreis-Bauvertrags enthaltene Klausel

"Die dem Angebot des Auftragnehmers zugrunde liegenden Preise sind grundsätzlich Festpreise und bleiben für die gesamte Vertragsdauer verbindlich."

benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist daher unwirksam.

BGH, Urteil vom 20.07.2017, Az.: VII ZR 259/16; BauR 2017, 1995 = NJW 2017, 2762 = NZBau 2018, 29 = ZfBR 2017, 672 = IBR 2017, 481

2. *Keine Nachtragsvergütung, wenn Auftragnehmer die Unvollständigkeit eines Leistungsverzeichnisses erkennen konnte*

Missachtet der öffentliche Auftraggeber die Anforderungen an die Aufstellung der Leistungsbeschreibung nach § 9 VOB/A, sind dennoch alle Erschwernisse vom Vertrag umfasst, mit denen nach dem objektiven Empfängerhorizont eines potentiellen Bieters gerechnet werden musste. Kann der Auftragnehmer die Unvollständigkeit oder Fehlerhaftigkeit der Leistungsbeschreibung bzw. des Leistungsverzeichnisses erkennen, so kann er später keine veränderte Vergütung verlangen.

OLG Braunschweig, Urteil vom 26.06.2014, Az.: 8 U 11/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen – BGH, Beschluss vom 11.05.2016, Az.: VII ZR 167/14); BauR 2017, 111 = IBR 2016, 684

3. Mehrkosten wegen Massenmehrungen: Pauschalpreis bleibt unverändert!

Vereinbaren die Parteien eines Pauschalpreisvertrags (individualvertraglich), dass der Auftragnehmer die Statikunterlagen geprüft hat und der Auftraggeber für danach vorhersehbare Mehrkosten nicht aufkommen wird, steht dem Auftragnehmer kein Anspruch auf Mehrvergütung oder wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage zu, wenn es aufgrund der Anforderungen des Prüfstatikers zu erheblichen Planungsmehrkosten, massiven Massenmehrungen und einer Bauzeitverlängerung kommt.

OLG Frankfurt, Urteil vom 28.05.2015, Az.: 22 U 141/13 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.03.2017, Az.: VII ZR 128/15); BauR 2017, 1999 = IBR 2017, 484

4. Bauzeitennachtrag wegen Zusatzleistungen: Bauablaufbezogene Darstellung erforderlich!

Macht der Auftragnehmer aufgrund zusätzlicher/geänderter Leistungen einen Anspruch auf Mehrvergütung wegen Bauzeitverlängerung aus § 2 Abs. 5, 6 VOB/B geltend, muss er die tatsächlich auf der Anordnung beruhenden Verzögerungen des Bauablaufs darstellen. Insofern gelten keine anderen Anforderungen als bei einem Schadensersatzanspruch aus § 6 Abs. 6 VOB/B.

OLG München, Urteil vom 27.04.2016, Az.: 28 U 4738/13 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 20.04.2017, Az.: VII ZR 141/16); BauR 2017, 1741 = IBR 2017, 488

5. Stundenlohnarbeiten ohne Auftrag ausgeführt: Nur notwendige Leistungen werden vergütet!

1. Ist das Leistungsverzeichnis in dem Sinne "unvollständig", dass dem Bieter kalkulationserhebliche Angaben fehlen, darf er diese "Unvollständigkeit" nicht einfach hinnehmen, sondern muss sie durch Rückfrage beim (öffentlichen) Auftraggeber ausräumen.
2. Klärt der Bieter eine kalkulationserhebliche "Unklarheit" nicht auf und kalkuliert er mit der für ihn günstigsten Ausführungsvariante, steht ihm kein Anspruch auf Mehrvergütung zu, wenn es im Rahmen der Ausführung zu den zu erwartenden Erschwernissen kommt.

OLG München, Urteil vom 27.04.2016, Az.: 28 U 4738/13 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 20.04.2017, Az.: VII ZR 141/16); BauR 2017, 1741 = IBR 2017, 541

6. Ausführung und Abrechnung

Die Änderung des Bauentwurfs nach § 1 Abs. 3 VOB/B ist nicht nur die rein planerische Änderung, sondern auch Änderungen der geforderten bisherigen vertraglichen Leistungsinhalte. Bei der Ermittlung des Preises nach § 2 Abs. 5 VOB/B für eine geänderte Leistung erfolgt die vorkalkulatorische Preisfortschreibung in der Weise, dass an die Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft wird. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Auftragnehmer die Kosten so kalkuliert hätte, wenn er bereits bei seinem Angebot von ihnen gewusst hätte.

OLG Hamm, Urteil vom 14.10.2016, Az.: 12 U 67/15; BauR 2017, 327 = IBR 2017, 122 = IBR 2017, 123

7. Kein Schuldanerkenntnis durch Erklärungen von Dienststellen der öffentlichen Hand

1. (...)
2. Eine Anordnung i.S.d. § 2 Nr. 5 VOB/B (2002) kann grundsätzlich nur angenommen werden, wenn der diese vermeintlich aussprechende Auftraggeber auch mit dem Bewusstsein handelt, überhaupt eine rechtlich verbindliche Erklärung abzugeben.
3. Für die Annahme einer Anordnung ist nur dann Raum, wenn dadurch eine Leistungsänderung eintritt, sich also das Bau-Soll verändert, weil beide Vertragspartner ihrer Preisvereinbarung erkennbar eine andere Vertragsleistung zugrunde gelegt haben als sie später ausgeführt wurde. Daran fehlt es, wenn eine bestimmte Art und Weise der Herstellung des versprochenen Werks nicht vertraglich vereinbart wurde, sondern nur, ohne Fixierung der näheren Einzelheiten zur Durchführung, ein bestimmter Erfolg versprochen wird.
4. Eine Pflicht des Bieters im Ausschreibungs- und Angebotsstadium, die ausschreibende Stelle auf im Leistungsverzeichnis enthaltene Fehler hinzuweisen, besteht grundsätzlich nicht, weil der Bieter die Prüfung der Verdingungsunterlagen nur unter kalkulatorischen Aspekten vornimmt. 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.

5. (...)

OLG Celle, Urteil vom 31.01.2017, Az.: 14 U 200/15; BauR 2017, 1686 = IBR 2017, 300 = IBR 2017, 301

8. Bauzeitverkürzung = freie Kündigung!

Die Aufforderung des Auftraggebers, eine knapp 15 km lange Stahlgleitwand statt nach vereinbarten 588 Tagen bereits nach einer Standzeit von 333 Tagen abzubauen, ist als freie Kündigung anzusehen.

OLG Rostock, Urteil vom 14.03.2017, Az.: 4 U 155/12; IBR 2017, 367

9. Abruf einer Nebenleistung stellt keine vergütungspflichtige Leistungsänderung dar; Streitverkündung zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen

1. Sind die VOB/C in einen Bauvertrag einbezogen, so stellt der Abruf einer dort als Nebenleistung bewerteten Leistung keine vergütungspflichtige Leistungsänderung dar, solange nicht die Auslegung des Vertrages in seiner Gesamtheit zweifelsfrei zu einem anderen Ergebnis führt.
2. (...)
3. Streitet ein Bauunternehmer einerseits mit seinem Auftraggeber und andererseits mit seinem Nachunternehmer in unterschiedlichen Prozessen wegen der gleichen angeblichen Leistungsänderungen um einen Vergütungsnachtrag, so ist zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen in beiden Rechtsstreitigkeiten eine Streitverkündung des Bauunternehmers an die jeweils nicht beteiligte Partei zulässig.
4. (...)

Kammergericht, Urteil vom 09.05.2017, Az.: 21 U 97/15; BauR 2017, 1698 = NJW 2017, 3530 = NZBau 2017, 719 = IBR 2017, 485 = IBR 2017, 539

10. Vertragsdurchführung geht vor Preisgewissheit!

1. (...)
2. Aus der Vorleistungspflicht des Unternehmers im Bauvertrag folgt der Grundsatz „Vertragsdurchführung geht vor Preisgewissheit“. Der Unternehmer darf seine Leistung deshalb nicht allein aus dem Grund verweigern, dass ihm der Besteller einen umstrittenen Nachtrag nicht zubilligt. Ein Grund zur Leistungsverweigerung entsteht erst dann, wenn der Besteller in Verzug mit der Zahlung tatsächlich fälliger Abschlagszahlungen gerät, die allerdings auch für die Ausführung umstrittener Nachträge begründet werden können.
3. (...)

Kammergericht, Urteil vom 13.06.2017, Az.: 21 U 24/15; BauR 2017, 1677 = NJW 2017, 3726 = NZBau 2017, 659 = IBR 2017, 421

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

1. Nachunternehmer-Rechnung durchgereicht: Leistung als notwendig anerkannt!

Rechnet ein Generalunternehmer von seinem Nachunternehmer ohne Auftrag erbrachte Leistungen ungekürzt gegenüber dem Bauherrn ab, liegt darin die Bestätigung, dass die Leistungen notwendig i.S.d. § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B waren und dem mutmaßlichen Willen des Generalunternehmers entsprachen.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 12.04.2013, Az.: 14 U 30/13; IBR 2017, 7

2. *Nachträgliches Anerkenntnis vollmachtlos erteilter Zusatzaufträge*

1. (...)
2. Die Annahme einer Duldungs- und Anscheinsvollmacht des Architekten kommt nicht in Betracht, wenn dem Unternehmer bekannt ist, dass der Architekt keine Vollmacht zur Vergabe von Zusatzaufträgen hatte.
3. Es ist jedoch von einem nachträglichen Anerkenntnis des vom vollmachtlosen Architekten erteilten Zusatzauftrages durch den Bauherrn auszugehen, wenn er aus dem auch ihm zugegangenen E-Mailverkehr weiß, dass der vollmachtlose Architekt Zusatzaufträge erteilt hat, er dem nicht widerspricht und die Leistung nach ihrer Ausführung abnimmt.

OLG Brandenburg, Urteil vom 08.12.2016, Az.: 12 U 192/15; BauR 2017, 891 = NJW-RR 2017, 721 = NZBau 2017, 417 = IBR 2017, 65

V. Sub-/Nachunternehmer

1. *Nachunternehmer-Rechnung korrigiert: Abrechnung prüfbar, Werklohn fällig!*

Hakt der Hauptauftragnehmer die abgerechneten Einheitspreise nicht nur ab, sondern nimmt er auch teilweise Massenänderungen vor, spricht dies dafür, dass die (Schluss-)Rechnung des Nachunternehmers prüfbar war. Gleiches gilt, wenn der Hauptauftragnehmer die Leistungen des Nachunternehmers gegenüber dem Bauherrn abgerechnet hat.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 12.04.2013, Az.: 14 U 30/13; IBR 2017, 10

2. *Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bauherrn in das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Nachunternehmer; keine Anwendung des § 362 HGB auf Werkverträge*

1. Verweist der Auftraggeber bei der Beauftragung des Nachunternehmers auf seitens des Bauherrn (Hauptauftraggeber) gestellte und für das Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Hauptauftraggeber gültige allgemeine Geschäftsbedingungen und fügt er diese dem eigenen, an den Nachunternehmer gerichteten Auftragsschreiben mit der Erklärung bei, diese seien Grundlage der Beauftragung, so werden diese wirksam in das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Nachunternehmer einbezogen, wenn der Nachunternehmer ein sich hierauf beziehendes Beauftragungsschreiben unterzeichnet.
2. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.02.2016, Az.: I-21 U 100/15; BauR 2017, 1031

3. Bindet ein Vergleich mit dem Auftraggeber auch den Nachunternehmer?

1. Weist die Leistung eines Nachunternehmers Mängel auf, besteht der Schaden des Hauptunternehmers darin, dass er Schadensersatzansprüchen des Auftraggebers ausgesetzt ist.
2. Vergleichen sich Auftraggeber und Hauptunternehmer über die Höhe der Mängelbeseitigungskosten und umfasst dieser Vergleich auch die Mängel der Nachunternehmerleistung, fehlt es nur dann an einem haftungsrechtlichen Zusammenhang zwischen dem Mangel und dem Schaden, wenn der Hauptunternehmer durch den Vergleichsabschluss in ungewöhnlicher und unsachgemäßer Weise in den schadensträchtigen Geschehensablauf eingegriffen hat (hier verneint).

3. (...)

OLG München, Beschluss vom 16.06.2016, Az.: 28 U 882/16 Bau; IBR 2017, 309

4. Nachunternehmer

Hat der Bauherr die Leistung des Hauptauftragnehmers abgenommen, ist der Vergütungsanspruch des Nachunternehmers ebenfalls fällig.

OLG Brandenburg, Urteil vom 13.10.2016, Az.: 12 U 26/15; BauR 2017, 156 = IBR 2017, 11

5. Gesamtschuldnerische Architektenhaftung mit Nachunternehmer

1. (...)

4. Der Architekt haftet mit dem mangelhaft leistenden Nachunternehmer gegenüber dem Bauherrn als Gesamtschuldner, wenn der Generalunternehmer seine Mängelansprüche an den Bauherrn abgetreten hat.

OLG Brandenburg, Urteil vom 30.03.2017, Az.: 12 U 71/16; NZBau 2017, 612 = IBR 2017, 432

6. Abruf einer Nebenleistung stellt keine vergütungspflichtige Leistungsänderung dar; Streitverkündung zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen

1. (...)

3. Streitet ein Bauunternehmer einerseits mit seinem Auftraggeber und andererseits mit seinem Nachunternehmer in unterschiedlichen Prozessen wegen der gleichen angeblichen Leistungsänderungen um einen Vergütungsnachtrag, so ist zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen in beiden Rechtsstreitigkeiten eine Streitverkündung des Bauunternehmers an die jeweils nicht beteiligte Partei zulässig.

4. (...)

Kammergericht, Urteil vom 09.05.2017, Az.: 21 U 97/15; BauR 2017, 1698 = NJW 2017, 3530 = NZBau 2017, 719 = IBR 2017, 539

VI. Kündigung

1. *Außerordentliche Kündigung trotz vorheriger Vertragsauflösung nach Sicherungsverlangen möglich*

1. (...)

2. Der Auftragnehmer ist auch nach Aufhebung des Vertrags gem. § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. § 643 BGB berechtigt, diesen zeitnah wegen Verzugs des Auftraggebers mit der Bezahlung von Abschlagsforderungen nach § 9 Nr. 1 b) VOB/B zu kündigen, wenn die Kündigungsvoraussetzungen in dem Zeitpunkt vorlagen, in dem der Vertrag als aufgehoben galt (Fortführung von BGH, Versäumnisurt. v. 24.02.2005 – VII ZR 225/03, BauR 2005, 861 = NZBau 2005, 335).

BGH, Urteil vom 22.09.2016, Az.: VII ZR 298/14; BGHZ 212, 90 = BauR 2017, 100 = NJW 2017, 71 = NZBau 2017, 35 = ZfBR 2017, 51 = IBR 2016, 688

2. *Kündigung aus wichtigem Grund: Können weitere Kündigungsgründe nachgeschoben werden?*

Beim Nachschieben von Kündigungsgründen kann eine Kündigung nach § 8 Nr. 3 i.V.m. § 4 Nr. 7 VOB/B 2002 nur dann als wirksam angesehen werden, wenn die in § 4 Nr. 7 VOB/B 2002 genannten Voraussetzungen im Zeitpunkt der Kündigung bereits vorlagen.

BGH, Beschluss vom 11.10.2017, Az.: VII ZR 46/15; BauR 2018, 255 = NJW 2018, 50 = NZBau 2018, 32 = ZfBR 2018, 51 = IBR 2017, 667

3. *Trotz Verzugs/Mängeln: Keine Kostenerstattung ohne Fristsetzung und Kündigung!*

1. Im VOB-Vertrag muss der Auftraggeber vor der Abnahme auch bei Verzug des Auftragnehmers mit der Mängelbeseitigung oder Vollendung der Leistung dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen und die Kündigung androhen. Nach fruchtlosem Fristablauf kann der Auftraggeber kündigen.

2. Hält der Auftraggeber das in Leitsatz 1 beschriebene Prozedere nicht ein und kündigt er den Bauvertrag nicht nach Ablauf einer zur Mängelbeseitigung bzw. Fertigstellung gesetzten Frist, kann er die aus der Beauftragung eines anderen Unternehmers entstandenen Mängelbeseitigungs- bzw. Fertigstellungskosten nicht vom Auftragnehmer ersetzt verlangen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.05.2015, Az.: 22 U 173/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.03.2017, Az.: VII ZR 125/15); IBR 2017, 610

4. Keine Haftung des überwachenden Architekten bei nachbesserungsbereitem Unternehmer

1. Voraussetzung für den Anspruch auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten ist eine wirksame Kündigung nach § 8 Nr. 3 I VOB/B, die ihrerseits eine ordnungsgemäße Fristsetzung nach § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B voraussetzt.
2. Auf den Ablauf einer zur Mängelbeseitigung gesetzten Frist kann sich der Auftraggeber nach Treu und Glauben nicht mehr stützen, wenn er danach weiter über die Mängelbeseitigung verhandelt und eine neue Frist gesetzt hat.
3. Eine Aufforderung an den Unternehmer, innerhalb einer Frist die Bereitschaft zur Mängelbeseitigung zu erklären oder diese einzuleiten, ist keine Fristsetzung zur Beseitigung des Mangels.
4. Einer Fristsetzung bedarf es nicht, wenn der Auftragnehmer die Nachbesserung endgültig und ernsthaft verweigert. Insoweit sind hohe Anforderungen zu stellen. Allein das Bestreiten der Mängel genügt hierfür grundsätzlich nicht, insbesondere dann nicht, wenn es erst im Rechtsstreit nach Durchführung der Ersatzvornahme erklärt wird. Wer ernsthaft Verhandlungen über Streitpunkte anbietet, bringt sein Interesse an der Fortsetzung des Vertrags zum Ausdruck.
5. Die Vorlage eines ungeeigneten Sanierungskonzepts führt nur dann zur Entbehrlichkeit einer Fristsetzung unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensverlustes, wenn deutlich wird, dass der Unternehmer etwaigen Bedenken des Auftraggebers unter keinen Umständen Rechnung tragen und er von seinem Konzept nicht abrücken wird.
6. (...)

OLG Dresden, Urteil vom 19.10.2016, Az.: 13 U 74/16; BauR 2017, 899 = NJW 2017, 1555 = NZBau 2017, 168 = IBR 2016, 712

5. Trotz Insolvenz: Öffentlicher Auftraggeber kann nicht kündigen!

Ein öffentlicher Auftraggeber kann einen VOB/B-Landschaftsbauvertrag jedenfalls dann nicht insolvenzbedingt kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Arbeiten ohne Unterbrechung weiter ausführt und der Insolvenzverwalter die Vertragsfortführung ankündigt.

Kammergericht, Urteil vom 23.12.2016, Az.: 7 U 69/15; IBR 2017, 545

6. Kündigung wegen Unterbrechung: Entgangener Gewinn wird nicht ersetzt!

1. Der Kündigungstatbestand des § 6 Abs. 7 VOB/B benachteiligt den Unternehmer nicht unangemessen gem. § 307 Abs. 1 BGB. Diese Bestimmung ist somit auch dann wirksam, wenn die VOB/B nicht als Ganzes in einen Bauvertrag einbezogen sind.
2. (...)

Kammergericht, Urteil vom 10.01.2017, Az.: 21 U 14/16; BauR 2017, 1204 = ZfBR 2018, 52 = IBR 2017, 131 (aufgehoben durch BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17, BauR 2018, 242, nicht jedoch zu diesem Punkt)

7. Kündigung des Auftragnehmers wegen verspäteten Abrufs der Bauleistung

1. (...)
2. Das Kündigungsrecht des Auftragnehmers nach § 6 VII VOB/B setzt nicht voraus, dass mit den Arbeiten bereits begonnen worden ist. Es reicht auch aus, dass sich der vertraglich vorgesehene Beginn um mehr als drei Monate hinausschiebt.
3. (...)
5. Der Auftraggeber, der wirksam aus wichtigem Grund gekündigt hat, kann vom Auftragnehmer einen abzurechnenden Vorschuss auf die Mehrkosten der Fertigstellung verlangen.
6. Zu den zu erstattenden Mehrkosten können auch solche infolge von Mehrmengen und Nachtragsforderungen des Ersatzunternehmers gehören, wenn dieselben Nachforderungen bei dem gekündigten Auftragnehmer gemäß seiner Kalkulationsgrundlage oder aufgrund der zuvor vereinbarten Einheitspreise billiger gewesen wären.
7. Der Auftraggeber ist nach Treu und Glauben gehalten, bei der Auswahl des Ersatzunternehmers den Mehraufwand in vertretbaren Grenzen zu halten. Das heißt aber nicht, dass er ein neues Ausschreibungsverfahren einzuleiten hat. Vielmehr kann er, falls die Möglichkeit besteht, einen Bieter als Ersatzunternehmer gewinnen, der bei der ursprünglichen Ausschreibung mit seinem Angebot in der engeren Wahl lag.
8. (...)

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 28.04.2017, Az.: 29 U 166/16; BauR 2017, 2012 = NJW 2018, 79 = NZBau 2017, 543

8. Vertragsdurchführung geht vor Preisgewissheit!

1. Unterliegt ein Bauvertrag der VOB/B, ist eine teilweise Auftragsentziehung, die sich nicht auf einen in sich abgeschlossenen Teil der Leistung bezieht, gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B unwirksam. Je nach Auslegung der Kündigungserklärung im konkreten Einzelfall kann daraus nur die Unwirksamkeit der Beschränkung der Kündigung auf einen Leistungsteil folgen. Die nicht mit § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B konforme Teilkündigung ist dann als Gesamtkündigung zu verstehen.
2. (...)

Kammergericht, Urteil vom 13.06.2017, Az.: 21 U 24/15; BauR 2017, 1677 = NJW 2017, 3726 = NZBau 2017, 659 = IBR 2017, 425

VII. Mängel vor der Abnahme

1. Fremdnachbesserungskosten

Wenn der Auftragnehmer mit der Mängelbeseitigung vor Abnahme in Verzug ist, kann der Auftraggeber den Ersatz von Nachbesserungskosten erst verlangen, wenn er zuvor nach vorangegangener vergeblicher Fristsetzung zur Mängelbeseitigung und Androhung des Auftragsentzuges dem Auftragnehmer nach § 8 Abs. 3 VOB/B gekündigt hat. Rechte des Auftraggebers wegen Mängelbeseitigung vor der Abnahme sind in der VOB/B in § 4 Abs. 6, 7 VOB/B abschließend geregelt. Daher ist eine analoge Anwendung des § 13 VOB/B schon vor der Abnahme nicht vorgesehen.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 12.01.2017, Az.: 4 U 4/15; BauR 2017, 1083 = NJW 2017, 1689 = NJW-RR 2017, 473 = NZBau 2017, 226 = IBR 2017, 307

VIII. Vergütung/Zahlung

1. Nachunternehmer-Rechnung korrigiert: Abrechnung prüfbar, Werklohn fällig!

Hakt der Hauptauftragnehmer die abgerechneten Einheitspreise nicht nur ab, sondern nimmt er auch teilweise Massenänderungen vor, spricht dies dafür, dass die (Schluss-)Rechnung des Nachunternehmers prüfbar war. Gleiches gilt, wenn der Hauptauftragnehmer die Leistungen des Nachunternehmers gegenüber dem Bauherrn abgerechnet hat.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 12.04.2013, Az.: 14 U 30/13; IBR 2017, 10

2. Keine Schlussrechnung gestellt: Auftragnehmer kann nachfordern!

Der Auftragnehmer kann in der (Schluss-)Rechnung "vergessene" Rechnungspositionen grundsätzlich "nachschieben".

OLG Frankfurt, Urteil vom 19.05.2014, Az.: 18 U 21/12 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.02.2017, Az.: VII ZR 138/14); IBR 2017, 544

3. Stundenlohnarbeiten ohne Auftrag ausgeführt: Nur notwendige Leistungen werden vergütet!

1. Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, wonach Stundenlohnarbeiten nur geleistet werden dürfen, wenn sie schriftlich besonders angeordnet worden sind, benachteiligt den Auftragnehmer nicht unangemessen und ist wirksam.
2. Werden Stundenlohnarbeiten ohne schriftliche Anordnung ausgeführt, steht dem Auftragnehmer ein Vergütungsanspruch nur unter den in § 2 Abs. 8 VOB/B genannten Voraussetzungen oder nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) zu.
3. Im VOB-Vertrag wird die Höhe der Vergütung für auftragslos erbrachte Stundenlohnarbeiten auf Basis der Auftragskalkulation ermittelt.

OLG München, Urteil vom 27.04.2016, Az.: 28 U 4738/13 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 20.04.2017, Az.: VII ZR 141/16); BauR 2017, 1741 = IBR 2017, 486

4. *Arbeitseinstellung des Auftragnehmers wegen Verzugs mit der Abschlagszahlung*

1. (...)

3. Auch der Auftragnehmer eines VOB-Vertrages darf seine Arbeiten einstellen, wenn der Auftraggeber mit dem Ausgleich einer Abschlagsrechnung für erbrachte Leistungen in Verzug ist. Er hat Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm durch die Einstellung der Arbeiten entstanden ist. Insoweit kommen etwa Kosten der Baustellenräumung und erneuten -einrichtung, zusätzliche Vorhaltekosten für Baugrubenverbau, Mehrkosten für das Betreiben und Vorhalten der Wasserhaltung in der Baugrube und für die Verkehrssicherung in Betracht.

4. (...)

OLG Köln, Urteil vom 07.06.2016, Az.: 22 U 45/12; BauR 2017, 741 = BauR 2016, 1531 = NJW 2017, 493 = NZBau 2017, 87 = IBR 2016, 444

5. *Prüfbarkeit*

1. Hat ein Auftraggeber die Schlussrechnung gemäß § 14 Abs. 4 VOB/B selbst erstellt, kann er sich regelmäßig nicht auf die fehlende Prüffähigkeit dieser Schlussrechnung berufen.
2. Im Urkundenprozess kann grundsätzlich auch die Zahlung von Werklohn aus einem Einheitspreis-Bauvertrag geltend gemacht werden.
3. Klagt ein Auftragnehmer restlichen Werklohn auf Grundlage einer vom Auftraggeber gemäß § 14 Abs. 4 VOB/B erstellten Schlussrechnung ein, muss er in der Schlussrechnung aufgeführte streitige Gegenforderungen nicht berücksichtigen. Es ist vielmehr Sache des Auftraggebers, das Bestehen dieser Gegenforderungen darzulegen und zu beweisen. Dies ist im Urkundenprozess nur mit den im Urkundenprozess zulässigen Beweismitteln möglich.

OLG Stuttgart, Urteil vom 14.02.2017, Az.: 10 U 107/16; BauR 2017, 1533 = NZBau 2017, 412 = IBR 2017, 355

IX. Gewährleistung

1. *Mängelrüge per E-Mail verlängert Verjährungsfrist für Mängelansprüche!*

Eine Mängelrüge per E-Mail erfüllt das Schriftformerfordernis des § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B. Auch mit einer "einfachen" E-Mail kann die Verjährungsfrist für Mängelansprüche deshalb wirksam verlängert werden (entgegen OLG Jena, IBR 2016, 144, und OLG Frankfurt, IBR 2012, 386).

OLG Köln, Urteil vom 22.06.2016, Az.: 16 U 145/15; BauR 2017, 1218 = IBR 2017, 192

2. Mangelbeseitigungskosten als Schadensersatz

1. Hat der Bauherr Schadenersatz nach § 13 Nr. 7 VOB/B gewählt, ist er wegen desselben Mangels mit einem Anspruch auf Nachbesserung nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B ausgeschlossen.
2. (...)

OLG Schleswig, Urteil vom 31.3.2017, Az.: 1 U 48/16; BauR 2017, 1423 = NJW-RR 2017, 1052 = NZBau 2017, 550 = IBR 2017, 370

X. Sicherungsrecht des Auftraggebers

1. Sicherungsabrede

1. Zur Inhaltskontrolle von Bauvertrags-AGB

Die von einem Auftraggeber in einem Bauvertrag gestellten Formulklauseln

„Die Parteien vereinbaren - unabhängig von einer Ausführungsbürgschaft - den Einbehalt einer unverzinslichen Sicherheitsleistung durch den Auftraggeber in Höhe von 5 % der Brutto-Abrechnungssumme für die Sicherstellung der Gewährleistung einschließlich Schadensersatz und die Erstattung von Überzahlungen.“

Der Auftragnehmer ist berechtigt, den Sicherheitseinbehalt gegen Vorlage einer unbefristeten, selbstschuldnerischen und unwiderruflichen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder Versicherung abzulösen; frühestens jedoch nach vollständiger Beseitigung der im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel oder fehlender Leistungen.“

sind bei der gebotenen Gesamtbeurteilung wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (Fortführung von BGH, Urteil vom 13. November 2003, VII ZR 57/02, BGHZ 157, 29).

BGH, Urteil vom 30.03.2017, Az.: VII ZR 170/16; BauR 2017, 1202 = NJW 2017, 1941 = NZBau 2017, 275 = ZfBR 2017, 456 = ZIP 2017, 975 = IBR 2017, 316

2. Wirksamkeit einer formularmäßig vereinbarten Sicherungsabrede über eine dem Auftragnehmer zur Ablösung eines Gewährleistungseinhalts auferlegte Bürgschaft mit einem gegenüber dem Bürgen unzulässigen Regelungsinhalt

Eine in einem Vertrag über Bauleistungen formularmäßig vereinbarte Sicherungsabrede, die es dem Auftragnehmer auferlegt, zur Ablösung eines Gewährleistungseinhalts eine Bürgschaft mit einem gegenüber dem Bürgen unzulässigen Regelungsinhalt (hier: formularmäßiger Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit, der auch unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen des Hauptschuldners umfasst) zu stellen, benachteiligt den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

BGH, Urteil vom 24.10.2017, Az.: XI ZR 600/16; BauR 2018, 521 = ZIP 2017, 2406 = IBR 2018, 76

3. *Formularmäßiger Verzicht auf Einrede der Anfechtung: Sicherungsabrede unwirksam!*

Eine Sicherungsabrede, die einen formularmäßigen Verzicht auf die Einreden der Anfechtung, der Aufrechnung sowie der Rechte aus § 776 BGB enthält, benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders unter Verstoß gegen Treu und Glauben unangemessen und ist daher unwirksam.

OLG München, Urteil vom 03.06.2014, Az.: 9 U 3404/13 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.11.2016, Az.: VII ZR 158/14); IBR 2017, 23

4. *Bürgschaft darf nicht bis zur Beseitigung der Abnahmemängel einbehalten werden!*

1. Ein Zurückbehaltungsrecht an einer Vertragserfüllungsbürgschaft nach Abnahme bis die im Abnahmeprotokoll aufgeführten Mängel beseitigt sind, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen, wenn es nicht, wie z. B. in § 17 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B, auf einen dem zu sichernden Erfüllungsanspruch entsprechenden Teil beschränkt ist.
2. Die Vertragserfüllungssicherungsklausel im Bauvertrag ist so eng mit der unwirksamen Rückgabeklausel im Bürgschaftsmuster verknüpft, dass sie nicht isoliert aufrechterhalten werden kann, was zur Gesamtunwirksamkeit der Sicherungsklausel führt.
3. Eine ergänzende Vertragsauslegung, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft bis zur Abnahme zu stellen sei, kommt nicht in Betracht, da sie allein die Interessen des Verwenders berücksichtigen würde und daher einer geltungserhaltenden Reduktion gleichkäme.

OLG Hamm, Urteil vom 09.02.2017, Az.: 24 U 129/15; IBR 2017, 497

5. *Sicherungsklausel 4.1 BVB i.V.m. 22.1 ZVB Bund 2008 unwirksam!*

1. Kumulieren sich die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgegebene Mängelsicherheit und eine Vertragserfüllungsbürgschaft, die "sämtliche Ansprüche" und somit neben den Vertragserfüllungs- auch die Mängelansprüche nach Abnahme sichern soll (z. B. EFB-Sich 1), auf mehr als 6%, führt dies zu einer unangemessenen Übersicherung der Mängelansprüche nach Abnahme und somit zur Nichtigkeit der Sicherungsklausel.
2. Die Sicherungsabrede lässt sich auch nicht teilweise durch Streichung der unzulässigen Passagen aufrechterhalten, denn durch die Beschränkung des Sicherungszwecks auf Ansprüche vor Abnahme oder auf ohne bei Abnahme vorbehalten Mängel erhielte die Klausel einen vom ursprünglichen Inhalt grundsätzlich abweichenden Regelungsgehalt.

OLG Celle, Urteil vom 06.04.2017, Az.: 8 U 204/16; BauR 2018, 104 = NZBau 2018, 106 = IBR 2017, 317

2. Sicherheit durch Bürgschaft, Bürgschaftsrecht

1. Keine Aufrechnung gegen Gewährleistungseinbehalt mit Ansprüchen aus anderen Verträgen

Vereinbaren die Parteien eines Bauvertrags, dass ein Betrag von 5% der Netto-Schlussabrechnungssumme zur Sicherung einbehalten werden darf, der Unternehmer diesen Einbehalt durch eine Bankbürgschaft ablösen kann und weiter:

"Diese Sicherheit - gleich ob als Einbehalt oder als Bürgschaft - dient in dem Zeitraum von der Abnahme bis zum Eintritt der Verjährung der Mängelansprüche dazu, die Rechte des AG bei Mängeln (§ 634 BGB) (inklusive Aufwendungsersatz und Kostenvorschuss bei Selbstvornahme), jedwede Schadensersatzansprüche des Auftraggebers (insbesondere gemäß der §§ 280 ff. BGB) und die Ansprüche des AG auf Erstattung von Überzahlungen aus diesem Vertrag (auch hinsichtlich geänderter und zusätzlicher Leistungen) abzusichern."

ist der Besteller jedenfalls während des vereinbarten Sicherungszeitraums nicht berechtigt, nachdem er den Betrag einbehalten hat, gegen diesen Restwerklohnanspruch mit einer Forderung aus einem anderen Vertrag aufzurechnen.

BGH, Urteil vom 14.09.2017, Az.: VII ZR 3/17; BauR 2018, 91 = NJW 2017, 3437 = NZBau 2017, 655 = ZfBR 2017, 783 = IBR 2017, 618

2. Bereicherungseinrede des Bürgen gegen den Gläubiger bei unwirksamer Sicherungsvereinbarung

Ein Bürge, dem wegen der Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB eine dauerhafte Einrede gegen den Gläubiger zustand, kann das von ihm dennoch Geleistete nach § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB vom Gläubiger zurückverlangen.

BGH, Urteil vom 24.10.2017, Az.: XI ZR 362/15; BauR 2018, 515 = ZIP 2017, 2410 = IBR 2018, 78

3. Gewährleistungsbürgschaft für fertiggestellte und abgenommene Arbeiten

1. Die Beschränkung einer Bürgschaft auf fertiggestellte und ohne Beanstandung bzw. Vorbehalt abgenommene Arbeiten ist wirksam.
2. Das spätere Fallenlassen von bei der Abnahme erklärten Mängelvorbehalten kann bei einer derart beschränkten Bürgschaft nur dann zu einer Bürgenhaftung führen, wenn es schriftlich erklärt wird.
3. Eine zweite Abnahmeverhandlung nach Beseitigung der Vorbehaltsmängel vermag eine Bürgenhaftung nicht mehr zu begründen.

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 24.08.2016, Az.: 29 U 147/16; BauR 2017, 600 = NJW 2017, 964 = NZBau 2017, 220 = IBR 2018, 80

4. *Vorauszahlungsbürgschaft auf erstes Anfordern: Bürge kann sich nicht auf § 648a BGB berufen!*

Leistet der Auftraggeber eine Vorauszahlung, die durch eine Vorauszahlungsbürgschaft auf erstes Anfordern abgesichert wird, kann sich der Bürge gegenüber dem Zahlungsverlangen des Auftraggebers nicht darauf berufen, dass dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Sicherheitsleistung gem. § 648a BGB zusteht und Zahlungen aus der Vorauszahlungsbürgschaft daher nur Zug um Zug gegen Stellung einer Bauhandwerkersicherung gem. § 648a BGB gestellt werden müssten.

OLG Celle, Urteil vom 22.02.2017, Az.: 7 U 121/16; BauR 2017, 1056 = IBR 2017, 199

3. **Sicherheit: Rückgabe**

1. *Anwendung der Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens auf übersandtes Abnahmeprotokoll; Verjährungsvereinbarung!*

1. (...)
2. Vereinbaren die Bauvertragsparteien, dass für die Dauer der Gewährleistungszeit der Auftraggeber berechtigt ist, 5 % der vertraglich vereinbarten Vergütung zur Sicherung etwaiger Gewährleistungsansprüche einzubehalten und wird darüber hinaus dem Auftragnehmer eine Ablösungsmöglichkeit durch Stellung einer unbefristeten selbstschuldnerischen Gewährleistungsbürgschaft eingeräumt, liegt hierin nicht eine von den Regelungen des § 17 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (2002) abweichende Rückgabeverpflichtung des Auftraggebers.
3. Eine als Sicherheit für Mängelansprüche erhaltene Bürgschaft ist regelmäßig nach Wegfall des Sicherungszweckes, d.h. nach Ablauf der Verjährungsfrist bzw. eingetretener Verjährung etwaiger Mängelansprüche zurückzugeben.

4. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.02.2016 , Az.: 21 U 183/15; BauR 2017, 1681 = IBR 2017, 201

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

I. **Allgemein**

1. *Verpflichtung zur Selbstausführung der "Hauptleistung" ist unzulässig!*

1. Es ist unzulässig, den Bieter zu verpflichten, eine vom Auftraggeber definierte "Hauptleistung" selbst zu erbringen und den Einsatz von Unterauftragnehmern insoweit auszuschließen.
2. Der Auftraggeber darf die Verdingungsunterlagen vor Ablauf der Angebotsfrist präzisieren, soweit dadurch der potenzielle Bieterkreis nicht geändert und die Bieter nicht ungleich behandelt werden.

3. Der Auftraggeber darf beim Angebot einer Bietergemeinschaft nicht verlangen, dass die Nachweise zur beruflichen Leistungsfähigkeit jedes Mitglieds proportional seinem Anteil an der Auftragsausführung entsprechen müssen.

EuGH, Urteil vom 05.04.2017, Az.: Rs. C-298/15; NZBau 2017, 748 = ZfBR 2017, 484 = VergabeR 2017, 448 = IBR 2017, 512

2. *Doppeltes Hauptangebot, Wertungsfähigkeit*

1. Sendet ein Bieter auf elektronischem Wege ein Hauptangebot und mit gewissem zeitlichem Abstand (hier: etwa zwei Stunden) kommentarlos eine weitere als Hauptangebot erkennbare Offerte, ist dies regelmäßig, wenn nicht besondere Umstände auf einen abweichenden Willen des Absenders hindeuten, dahin zu verstehen, dass das spätere Angebot an die Stelle des früher eingereichten treten soll, nicht aber, dass beide als Hauptangebot gelten sollen.
2. Es ist zweifelhaft, ob unabdingbare Voraussetzung für die Wertungsfähigkeit mehrerer Hauptangebote eines Bieters ist, dass sie sich nicht nur in Bezug auf den Preis, sondern sich (auch) technisch inhaltlich unterscheiden.

BGH, Urteil vom 29.11.2016, Az.: X ZR 122/14; NZBau 2017, 176 = ZfBR 2017, 247 = IBR 2017, 210

3. *Entschädigung für Bieteraufwand: Bis zu 2/3 der Angebotskosten werden ersetzt!*

1. Verpflichtet sich der öffentliche Auftraggeber in den Vergabeunterlagen eines ungewöhnlich umfangreichen Vergabeverfahrens, die Bieter mit einem noch festzulegenden Pauschalbetrag teilweise für ihren Aufwand im Vergabeverfahren zu entschädigen, bestimmt sich die Höhe der Entschädigung nach § 315 BGB analog.
2. Sofern in den Vergabeunterlagen nichts anderes geregelt wird, ist eine Entschädigung zwischen 1/3 und 2/3 der durchschnittlichen Kosten der Bieter billig. Dabei werden insbesondere die Personalkosten der Bieter berücksichtigt.

BGH, Urteil vom 31.01.2017, Az.: X ZR 93/15; ZfBR 2017, 449 = VergabeR 2017, 601 = IBR 2017, 391

4. *Zulässigkeit der Punktbewertung ohne Zielerreichungsgrad - Postdienstleistungen*

1. Es steht einer transparenten und wettbewerbskonformen Auftragsvergabe regelmäßig nicht entgegen, wenn der öffentliche Auftraggeber für die Erfüllung qualitativer Wertungskriterien Noten mit zugeordneten Punktwerten vergibt, ohne dass die Vergabeunterlagen weitere konkretisierende Angaben dazu enthalten, wovon die jeweils zu erreichende Punktzahl konkret abhängen soll.
2. Ein Wertungsschema, bei dem die Qualität der Leistungserbringung und der nach der einfachen linearen Methode in Punkte umzurechnende Preis mit jeweils 50% bewertet werden, ist ohne Weiteres auch dann nicht vergaberechtswidrig, wenn nur eine Ausschöpfung der Punkteskala in einem kleinen Segment (hier: 45 bis 50 von 50 möglichen Punkten) zu erwarten ist. Die Wahl einer bestimmten Preissumme

rechnungsmethode kann vergaberechtlich nur beanstandet werden, wenn sich gerade ihre Heranziehung im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände als mit dem gesetzlichen Leitbild des Vergabewettbewerbs unvereinbar erweist.

3. Der Gefahr einer Überbewertung qualitativer Wertungskriterien zum Nachteil einzelner Bieter ist durch eingehende Dokumentation des Wertungsprozesses zu begegnen. Die Nachprüfungsinstanzen untersuchen auf Rüge die Benotung des Angebots des Antragstellers als solche und in Relation zu den übrigen Angeboten, insbesondere zu demjenigen des Zuschlagsprätendenten, und darauf hin, ob die jeweiligen Noten im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden.
4. Der Beschwerdegegner kann sich im Vergabenachprüfungsverfahren bis zum Ablauf der ihm gesetzten Frist zur Beschwerdeerwidern der Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer anschließen.
5. Im Verfahren vor dem Bundesgerichtshof nach § 179 Abs. 2 GWB kann die Beschwerde nach Beginn der mündlichen Verhandlung nur mit Einwilligung des Gegners zurückgenommen werden.

BGH, Beschluss vom 04.04.2017, Az.: X ZB 3/17; NZBau 2017, 366 = ZfBR 2017, 607 = IBR 2017, 387

5. Auftraggeber darf auch produktspezifisch ausschreiben!

1. Der öffentliche Auftraggeber ist bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine Herkunft, ein Verfahren oder dergleichen im rechtlichen Ansatz ungebunden und weitestgehend frei. Das Vergaberecht regelt nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung.
2. Im Interesse einer Öffnung des Beschaffungsmarkts der öffentlichen Hand für den Wettbewerb darf der Auftraggeber in technischen Anforderungen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren verweisen, wenn dies nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist oder bestimmte Unternehmen oder Produkte dadurch ausgeschlossen oder begünstigt werden.
3. Der öffentliche Auftraggeber darf den ausgeschriebenen Auftrag auf die Lieferung der Produkte eines Herstellers beschränken, wenn die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist, vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2016, Az.: Verg 47/15; NZBau 2016, 656 = ZfBR 2017, 93

6. Darf auch ein unauskömmliches Angebot bezuschlagt werden?

1. Die Preisprüfung erstreckt sich darauf, ob der angebotene Gesamtpreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich oder unangemessen niedrig ist und zur Leistung in einem Missverhältnis steht.

2. Auch ein Angebot, das mehr als 20 % vom nächsthöheren abweicht, kann den Zuschlag erhalten, wenn der Bieter nachweist, dass er wettbewerbskonforme Ziele verfolgt und den unauskömmlichen Auftrag zuverlässig und (bis zu einer längstmöglichen vertraglichen Befristung) ordnungsgemäß ausführen kann. Die Entscheidung darüber hat der Auftraggeber aufgrund gesicherter tatsächlicher Erkenntnisse zu prognostizieren.
3. In die Prognoseentscheidung sind langjährige Rabattverträge einzustellen, bei denen es trotz ausgewiesener Verbindlichkeiten nie zu Lieferschwierigkeiten kam.
4. Eine negative Prognose kann nicht darauf gestützt werden, dass der Bieter bereits mehrere Zuschläge auf Unterkostenangebote erhalten hat und mit jedem Zuschlag das Risiko wirtschaftlicher Überforderung steigt.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.06.2016, Az.: Verg 57/15; ZfBR 2017, 88 = VergabeR 2017, 93 = IBR 2017, 42

7. Gleichwertigkeit von Nebenangeboten richtet sich nach Funktionalität der Leistung!

1. Nebenangebote in Ausschreibungsverfahren können den Zuschlag nur begründen, wenn diese in allen Punkten mit den Hauptangeboten gleichwertig sind und die Vorgaben der Ausschreibung (z. B. Anforderung an Standsicherheit einer Mauer/Böschung) erfüllen.
2. Der Vergabestelle steht bei technischen Anforderungen (z. B. für die Standsicherheit) kein Beurteilungsspielraum zu. Sie muss die in der Ausschreibung niedergelegten Anforderungen zu Grunde legen.

OLG Koblenz, Beschluss vom 25.08.2016, Az.: 1 U 260/16; NZBau 2016, 790 = IBR 2017, 153

8. Wie wird festgestellt, ob das Angebot von der Ausschreibung abweicht?

1. Angebote, bei denen Änderungen an den Vertragsunterlagen vorgenommen wurden, sind zwingend von der Angebotswertung auszuschließen.
2. Ob das Angebot eines Bieters von den Vertragsunterlagen abweicht und diese damit ändert, ist anhand der Leistungsbeschreibung einschließlich sämtlicher Anlagen, wie Erläuterungen, etwaigen Datenblättern etc., durch Auslegung zu ermitteln.
3. Für die Auslegung der Vertragsunterlagen ist ein objektiver Maßstab anzulegen und auf den Empfängerhorizont eines fachkundigen Bieters, der mit der Leistung vertraut ist, abzustellen.
4. Ein Angebotsausschluss wegen Änderungen an den Vertragsunterlagen setzt voraus, dass Gegenstand und Inhalt der Leistung entsprechend eindeutig beschrieben sind. Verstöße gegen interpretierbare oder missverständliche bzw. mehrdeutige Angaben in den Vergabeunterlagen führen somit nicht zum Angebotsausschluss.

OLG Naumburg, Beschluss vom 12.09.2016, Az.: 7 Verg 5/16; IBR 2017, 32

9. Budget lässt sich durch Alternativpositionen bestmöglich ausschöpfen!

1. Der Umstand, dass aufgrund begrenzter Haushaltsmittel nicht voraussehbar ist, ob die bevorzugten Ausführungsvarianten durchführbar sind, begründet ein berechtigtes Bedürfnis des Auftraggebers an der Ausschreibung von Alternativpositionen.
2. Alternativpositionen sind im Leistungsverzeichnis deutlich als solche zu kennzeichnen und in den Vergabeunterlagen sind die Kriterien bekannt zu geben, die für die Inanspruchnahme der ausgeschriebenen Alternativpositionen maßgeblich sind.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.09.2016, Az.: Verg 7/16; IBR 2017, 647

10. Wann darf sich der Auftraggeber auf ein bestimmtes Produkt festlegen?

1. Die vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers sind gewahrt, sofern (1) die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist, (2) vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, (3) solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sind, und (4) die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.
2. Verhält sich die Bestimmung in diesen Grenzen, gilt der Grundsatz der Wettbewerbsöffnung der Beschaffung nicht mehr uneingeschränkt.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.09.2016, Az.: VII-Verg 1/16; ZfBR 2017, 178 = VergabeR 2017, 200 = IBR 2017, 278

11. Angebotsausschluss bei vorsätzlichen Falschangaben des Nachunternehmers - Abwasserwärmetauscher

1. Im Fall der Eignungsleihe führen auch vorsätzlich falsche Angaben des Nachunternehmers zum Angebotsausschluss nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. g VOB/A EG, da für die Erklärungen und Nachweise des Nachunternehmers dieselben Anforderungen gelten wie für den Bieter selbst.
2. Der Begriff der Ausführung im Rahmen der Bestimmung des Zeitraums für einzureichende Referenzen ist grundsätzlich im tatsächlichen Sinn zu verstehen, d.h. wann die Leistung tatsächlich erbracht wurde, nicht jedoch, wann die Leistung im Sinne der Abnahme als vertragsgemäß gebilligt wurde.

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 11.10.2016, Az.: 11 Verg 12/16, NZBau 2017, 183 = ZfBR 2017, 298 = VergabeR 2017, 210 = IBR 2017, 214

12. Zulässigkeit des Schulnotensystems mit funktionalen Unterkriterien – BfA Bayreuth-Hof

1. Das Wertungssystem, nach dem die Zusammenarbeit mit regionalen Akteuren mit 0 Punkten bewertet wird, wenn Art und Umfang der Zusammenarbeit falsch bzw. nicht beschrieben oder Zielsetzung und Zielgruppe falsch bzw. nicht berücksichtigt werden, mit 1 Punkt, wenn Art und Umfang der Zusammenarbeit nur allgemein oder unkonkret beschrieben oder Zielsetzung oder Zielgruppe falsch oder nicht berücksichtigt werden, mit 2 Punkten, wenn Art und Umfang der Zusammenarbeit konkret beschrieben und Zielsetzung und Zielgruppen berücksichtigt werden, mit 3 Punkten, wenn die Voraussetzungen für eine Bewertung mit 2 Punkten erfüllt und Aufbau und Funktionalität einer Netzworkebildung detailliert erläutert werden, ist nicht unter dem Gesichtspunkt des so genannten Schulnotensystems wegen Unbestimmtheit der Wertungsmaßstäbe zu kritisieren, sondern stellt vielmehr einen Beispielfall dafür da, wie der öffentliche Auftraggeber bei (teil.)funktionalen Ausschreibungen das Schulnotensystem durch funktionale Unterkriterien ausfüllen kann.
2. (...)
3. Gibt ein öffentlicher Auftraggeber als Wertungsvorgabe bisherige Erfolge und Qualität in einem bestimmten Bezirk vor, ohne vergleichbare Maßnahmen von Bietern in einem angrenzenden Bezirk werten zu wollen, so stellt diese Vorgabe einen Verstoß gegen das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot dar (§ 97 II GWB a.F.), der auf Grund des Gesetzes weder ausdrücklich gestattet oder sonst zugelassen ist.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.11.2016, Az.: VII-Verg 25/16; NZBau 2017, 116 = VergabeR 2017, 204 = IBR 2017, 88

13. Welche Anforderungen bestehen an die Bewertung des wirtschaftlichsten Angebots?

1. Dem Bestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers unterliegen sowohl die Kriterien, anhand derer die Angebote bewertet werden, als auch die Methode, wie ein Wertungsergebnis ermittelt wird. Hierbei steht dem Auftraggeber ein weiter Ermessensspielraum zu.
2. Das Bestimmungsrecht des Auftraggebers unterliegt nur den Schranken, die sich - unmittelbar oder mittelbar - aus den vergaberechtlichen Prinzipien sowie aus dem Zweck, dem die Festlegung von Wertungskriterien dient, ergeben.
3. Die Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen hat sich dabei ähnlich wie bei der Ermessenskontrolle darauf zu beschränken, ob ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand gegeben ist und kein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder ein Ermessensfehlgebrauch vorliegen. Soll der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot ergehen, unterliegt der Kontrolle nicht nur die Beachtung des Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatzes durch den Auftraggeber, sondern auch, ob die Kriterien dem mit ihrer Bestimmung verfolgten Zweck, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln, zuwiderlaufen, sachfremde Erwägungen angestellt werden oder der Auftraggeber bei der Festlegung von unzutreffenden tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen ist.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.02.2017, Az.: Verg 31/16; ZfBR 2017, 718 = VergabeR 2017, 505 = IBR 2017, 514

14. Leistungsbeschreibung muss keine Lösungsmöglichkeiten aufzeigen

1. Bei einer funktionalen Ausschreibung hat eine Bewertung nach einem reinen Schulnotensystem aufgrund völliger Unbestimmtheit und Intransparenz der Bewertungsmaßstäbe als vergaberechtswidrig auszuschneiden (OLG Düsseldorf, 16. Dezember 2015, VII-Verg 25/15).
2. Ein Wertungssystem ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden, bei dem ein zunächst vierstufiges Bewertungssystem durch funktionale Unterkriterien ausgefüllt wird, die den Bietern hinreichend transparent verdeutlichen, worauf es dem Auftraggeber bei der Wertung der Angebote ankommt, und die es ihnen ermöglichen, ihre Angebote danach auszurichten.
3. Nicht zu fordern ist, dass der Auftraggeber über die in den Vergabeunterlagen enthaltenen Angaben hinaus den Bietern Lösungsmöglichkeiten und Konzepte aufzeigt und ihnen das Angebot damit gewissermaßen in die Feder diktiert, da dies der Intention einer funktionalen Ausschreibung widerspräche.
4. Führt eine Festlegung, dass nur vollständig abgeschlossene Maßnahmen berücksichtigungsfähig sind, dazu, dass Erfolge von Bietern, die aktuell für den Auftraggeber tätig sind, über Jahre - und damit mehrere Ausschreibungen hinweg - unberücksichtigt bleiben, so wird eine derartige Benachteiligung nicht durch das aner kennenswerte Interesse des Auftraggebers, nachlassende Erfolge am Ende einer Maßnahme berücksichtigen zu können, gerechtfertigt.
5. Die bei den Ausschreibungsregularien zugunsten des öffentlichen Auftraggebers anerkannte Bestimmungsfreiheit rechtfertigt nicht die regionale Wertungsbeschränkung bei den Referenzen (OLG Düsseldorf, 2. November 2016, VII-Verg 25/16).

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.02.2017, Az.: Verg 29/16; NZBau 2017, 628 = ZfBR 2017, 823

15. Bewertungsskala von "ohne Mängel" bis "nicht akzeptabel" zulässig?

1. (...)
5. Auf der Grundlage einer den vergaberechtlichen Anforderungen genügenden Leistungsbeschreibung müssen die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung so gefasst sein, dass die Bieter erkennen können, was der Auftraggeber von ihnen erwartet.
6. Insbesondere bei funktionalen Ausschreibungen kann der öffentliche Auftraggeber die auf die Formulierung der Leistungsbeschreibung und der Zuschlagskriterien einschließlich gegebenenfalls notwendiger Unterkriterien und ihrer Gewichtung zu verwendende Aufmerksamkeit nicht durch die Verwendung eines reinen Schulnotensystems ersetzen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2017, Az.: Verg 39/16; NZBau 2017, 296 = ZfBR 2017, 498 = VergabeR 2017, 381 = IBR 2017, 328

16. Angebotsausschluss bei Abweichung von Ausführungsfrist – Metallbau- und Schlosserarbeiten

1. Enthält das Angebot eines Bieters Abweichungen von den vom Auftraggeber verbindlich vorgegebenen Ausführungsfristen, so beinhaltet das Angebot eine gem. § 16 I Nr. 2 VOB/A-EU zum Ausschluss führende unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen i.S.v. § 13 Nr. 1 Nr. 5 VOB/A-EU, denn eine Änderung an den Vergabeunterlagen liegt bereits dann vor, wenn der Bieter nicht das anbietet, was der Ausschreibende bestellt hat, sondern von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht.
2. Fehlt ein übereinstimmendes Angebotsverständnis, so ist Maßstab der Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB, wie ein mit den Umständen des Einzelfalls vertrauter Dritter in der Lage der Vergabestelle das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste oder durfte.
3. Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass der Bieter stets das vom Ausschreibenden Nachgefragte anbieten will, auch wenn ihm redliche und interessengerechte Absichten zu unterstellen sind.
4. An dem Ergebnis, dass das Angebot eines Bieters auszuschließen ist, ändert sich auch nichts dadurch, dass er seine im Angebot enthaltenen Angaben nach § 119 I BGB anfechtet, da im Falle einer erfolgreichen Anfechtung die abgegebene Erklärung lediglich entfielen, ohne dass etwas anderes an ihre Stelle treten würde.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.03.2017, Az.: VII Verg 54/16; NZBau 2017, 684 = ZfBR 2017, 724 = VergabeR 2017, 765

17. Auch schlechte Angebote sind zuschlagsfähig!

1. Es ist grundsätzlich mit dem Transparenzgebot vereinbar, dass ein Bewerber bei der Bewertung die volle Punktzahl erhält, weil die anderen Bewerber noch schlechtere oder keine Angebote zu diesem Unterkriterium abgegeben haben, obwohl er (absolut betrachtet) ein schlechtes Angebot abgegeben hat (sog. relative Bewertungsmethode, entgegen LG Stuttgart, Urteil vom 05.04.2016 - 41 O 43/14 KfH, IBRRS 2017, 2289).
2. Wird die relative Bewertungsmethode angewandt, muss sich im Vorhinein bestimmen lassen, welchen Erfüllungsgrad (Zielerreichungsgrad) die Angebote bei den jeweiligen Unterkriterien aufweisen, um das jeweils beste Angebot mit dem höchsten Erfüllungsgrad und die darauf zu machenden Abschläge für die schlechteren Angebote ermitteln zu können.
3. Beteiligt sich die Gemeinde durch ein Beteiligungsunternehmen selbst am Vergabeverfahren, so ist sie verpflichtet, den potenziellen Bietern die Bewertungsmethode zur Kenntnis zu bringen, anhand derer sie eine konkrete Bewertung der Angebote hinsichtlich der zuvor in den Auftragsdokumenten festgelegten Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung vornimmt, da andernfalls die Gefahr einer willkürlichen Auswahl bestünde. Der Wettbewerb als solcher sowie die Bieterunternehmen sind vor der Gefahr von Manipulationen durch Festlegen und Bekanntgeben transparenter Bewertungsmaßstäbe zu schützen.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 03.04.2017, Az.: 6 U 151/16 Kart; ZfBR 2017, 727 = IBR 2017, 513

18. Risikominimierung rechtfertigt produktspezifische Ausschreibung

1. Das Vergaberecht regelt nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung. Gleichwohl unterliegt die Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers beim Beschaffungsgegenstand bestimmten, durch das Vergaberecht gezogenen Grenzen.
2. Soweit dies nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder auf Marken, Patente, Typen verweisen, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Güter begünstigt oder ausgeschlossen werden.
3. Die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers für die Beschaffung eines bestimmten Produkts aus technischen Gründen ist sachlich gerechtfertigt, wenn hierdurch im Interesse der Systemsicherheit und Funktion eine wesentliche Verringerung von Risikopotenzialen (Risiko von Fehlfunktionen, Kompatibilitätsproblemen, höherem Umstellungsaufwand) bewirkt wird.
4. (...)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.05.2017, Az.: Verg 36/16; NZBau 2017, 623 = ZfBR 2017, 713 = IBR 2017, 522

II. Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte

1. Zweite Chance - oder doch nicht?

Einem Unternehmen, das durch eine bereits rechtskräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wurde, kann auch dann der Zugang zum Nachprüfungsverfahren verwehrt werden, wenn es lediglich einen weiteren Bieter gibt und das Unternehmen vorträgt, auch das Angebot des anderen Bieters müsse ausgeschlossen werden.

EuGH, Urteil vom 21.12.2016, Az.: Rs. C-355/15; NZBau 2017, 171 = VergabeR 2017, 159 = IBR 2017, 148

2. Wettbewerber können Preisprüfung verlangen!

1. Erscheint ein Angebotspreis ungewöhnlich niedrig, können Mitbewerber von der Vergabestelle eine nähere Prüfung der Preisbildung verlangen.
2. Wird für Informationen, die die Vergabestelle zur Aufklärung des Preises benötigt, der Schutz als Geschäftsgeheimnis begehrt, entscheidet die Vergabekammer über deren Offenlegung in einem Zwischenverfahren.

BGH, Beschluss vom 31.01.2017, Az.: X ZB 10/16; NZBau 2017, 230 = ZfBR 2017, 492 = VergabeR 2017, 364 = IBR 2017, 209

3. Rüge ist keine Förmelerei!

1. Eine Rüge muss vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens angebracht werden. Eine nach Einreichung des Nachprüfungsantrags erhobene Rüge heilt die Unzulässigkeit nicht.
2. Eine Rüge ist nicht entbehrlich, wenn sich im Nachprüfungsverfahren herausstellt, dass der Auftraggeber ihr ohnehin nicht abgeholfen hätte.
3. Dem Bieter fehlt die Antragsbefugnis, wenn er in der Wertung Platz 3 einnimmt, sich aber nicht gegen die Bezuschlagung des zweitplatzierten Angebots wendet.

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 27.06.2016, Az.: 1 Verg 2/16; IBR 2017, 149

4. Verschiebung des Zuschlags zugesagt: Vorsicht!

1. Eine verbindliche Zusage des Auftraggebers nach Erhalt einer Rüge, dass er den Zuschlag erst später als zu dem im Bieterinformationsschreiben mitgeteilten frühesten Zuschlagstermin erteilen werde, führt nicht automatisch zur Unwirksamkeit eines entgegen dieser Zusage doch erteilten Zuschlags.
2. Die 10-tägige Wartefrist nach § 101a Abs. 1 GWB a.F. wird nicht wirksam in Lauf gesetzt, wenn die Frist so über (Oster-)Feiertage und Wochenenden gelegt wird, dass einem Bieter für die Entscheidung über einen Nachprüfungsantrag praktisch nur vier bis fünf Tage verbleiben.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.10.2016, Az.: Verg 24/16; NZBau 2017, 119 = VergabeR 2017, 90 = IBR 2017, 34

5. Verschiedene Bauabschnitte können einheitlichen Auftrag bilden!

1. Der für die Vergabe maßgebliche Auftragswert ist anhand des funktionalen Auftragsbegriffs zu ermitteln. Auch wenn der öffentliche Auftraggeber Leistungen in verschiedenen Abschnitten ausführen lassen will, ist von einem Gesamtauftrag auszugehen, sofern die Leistungen in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht zusammenhängen.
2. Sollen ausweislich der Baubeschreibung sämtliche Einzelleistungen der Wiederherstellung des Sollprofils einer Bundeswasserstraße dienen, sind auch die Bauleistungen "Bagger- und Transportleistungen" sowie "Entsorgung von Baggergut" Teil des einheitlichen Auftrags und müssen bei der Ermittlung des Gesamtauftragswerts einbezogen werden.

OLG Köln, Beschluss vom 24.10.2016, Az.: 11 W 54/16; NZBau 2017, 181 = ZfBR 2017, 204 = VergabeR 2017, 215 = IBR 2017, 89

6. *Ausschluss wegen früherer Bauverzögerung: Anforderungen an den Nachweis der Schlechterfüllung*

1. Der Ausschluss eines Bieters (hier: bei der Vergabe von Arbeiten an einer Lüftungsanlage) wegen Schlechtleistung setzt voraus, dass der Auftraggeber nachweisen kann, dass er dem Bieter wegen dieser Schlechtleistung rechtmäßig gekündigt hat. Der Nachweis einer berechtigten außerordentlichen Kündigung kann durch Indiztatsachen von einigem Gewicht und gesicherten Erkenntnissen aus serösen Quellen erfolgen, die den Ausschluss des Bieters als nachvollziehbar erscheinen lassen.
2. Eine erhebliche mangelhafte Erfüllung (§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB) liegt vor, wenn die mangelhafte Leistung den öffentlichen Auftraggeber in tatsächlicher und finanzieller Hinsicht deutlich belastet. Die Bauförderungspflicht des Bauunternehmers ist eine solche wesentliche Vertragspflicht, deren Verletzung eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen kann.

OLG Celle, Beschluss vom 09.01.2017, Az.: 13 Verg 9/16; ZfBR 2017, 407 = VergabeR 2017, 194 = IBR 2017, 332

7. *Rechtmäßigkeit eines Zuschlagsverbots im Rahmen eines dreimonatigen Interimsvertrags*

1. Der Antrag auf Wiederherstellung eines Zuschlagsverbots nach § 169 Abs. 2 Satz 5 GWB stellt ein eigenständiges Rechtsmittelverfahren dar.
2. Im Rahmen der gebotenen Abwägung ist in der Regel von einer Statthaftigkeit der Zuschlagsentscheidung auszugehen, wenn der Nachprüfungsantrag bei der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit unbegründet ist und die Eilbedürftigkeit glaubhaft gemacht wurde.
3. Im Rahmen der Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB muss sich aus dem Vortrag des Antragstellers des Nachprüfungsverfahrens ergeben, dass sich seine Chancen auf Zuschlagserteilung durch den Vergabefehler verschlechtert haben. Soweit eine unrichtige Verfahrensart gerügt wird, der Antragsteller an diesem Verfahren jedoch beteiligt wurde, muss konkret dargelegt werden, aus welchen Gründen im Fall der Wahl des vergaberechtmäßigen Verfahrens ein anderes, wirtschaftlich günstigeres Angebot abgegeben worden wäre.
4. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gem. § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB gebietet es, vor der Gestattung eines vorzeitigen Zuschlags - und der damit verbundenen Beschneidung des Primärrechtsschutzes - den Auftraggeber als milderer Mittel auf die Möglichkeit einer Interimsvergabe zu verweisen.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 26.01.2017, Az.: 11 Verg 1/17; NZBau 2017, 309 = ZfBR 2017, 307 = IBR 2017, 388

8. *Zu früh erteilter Zuschlag ist unwirksam!*

1. Ein Zuschlag, der innerhalb der Frist des 118 Abs. 1 GWB a.F. erteilt wird, ist unwirksam, selbst wenn die Vergabestelle von der Erhebung der eingelegten sofortigen Beschwerde keine Kenntnis erlangt hat.

2. Die Vorschrift des § 118 Abs. 1 GWB a.F. normiert ein eigenständiges gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB.
3. Sinn und Zweck der Vorschrift des § 118 Abs. 1 GWB a.F. ist die Sicherstellung der Effektivität des Primärrechtsschutzes, der durch die Zuschlagserteilung ins Leere laufen würde.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.02.2017, Az.: 11 Verg 14/16; ZfBR 2017, 515 = IBR 2017, 331

9. Gesamtauftragswert auch bei abschnittsweiser Ausschreibung - Planungsleistungen

1. (...)
2. Stellen sich Planungsleistungen als funktionale, wirtschaftliche und technische Einheit dar, ist deren geschätzter Auftragswert auch bei abschnittsweiser Ausschreibung für die Schwellenwertberechnung zu addieren.
3. Antragsbefugt kann auch ein Unternehmen sein, das im Hinblick auf beanstandete Referenzen, anhand derer der Auftraggeber über die Auswahl der Teilnehmer am Wettbewerb entscheiden will, keinen Teilnahmeantrag abgegeben hat.
4. Im zweistufigen Vergabeverfahren, insbesondere im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, hat der Sektorenauftraggeber bereits mit der Auftragsbekanntmachung interessierten Unternehmen die für eine Teilnahme am Wettbewerb maßgeblichen Vergabeunterlagen zugänglich zu machen; eine spätere Festlegung von Zuschlagskriterien ist nicht zulässig.
5. Für einen Teilnahmewettbewerb muss der Auftraggeber objektive und nachvollziehbare Auswahlkriterien festlegen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen; bei mehreren Kriterien muss erkennbar sein, welches Gewicht sie bei der Auswahlentscheidung haben.
6. Fordert ein Sektorenauftraggeber bei der Vergabe von Tragwerksplanungsleistungen Referenzen für Objekte derselben Nutzungsart (hier: Büro- und Verwaltungsgebäude), muss dies nachvollziehbar begründet werden.

OLG München, Beschluss vom 13.03.2017, Az.: Verg 15/16; NZBau 2017, 371 = ZfBR 2017, 509 = VergabeR 2017, 470 = IBR 2017, 336

10. Elektronische Angebote: Niemals unverschlüsselt!

1. Bei elektronischen Angeboten ist die Vertraulichkeit durch Verschlüsselung sicherzustellen. Eine ausdrückliche diesbezügliche Vorgabe des Auftraggebers ist nicht erforderlich.
2. Ein unverschlüsselt eingereichtes elektronisches Angebot ist zwingend auszuschließen. Auf die Frage des Verschuldens oder Vertretenmüssens kommt es dabei nicht an.
3. Der Mangel kann nicht durch nochmalige verschlüsselte Übermittlung des Angebots geheilt werden.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17.03.2017, Az.: 15 Verg 2/17; VergabeR 2017, 512 = IBR 2017, 446

11. Zuschlag erteilt - Nachprüfungsverfahren (noch) zulässig?

Macht ein Bieter mit seinem Nachprüfungsantrag die Unwirksamkeit des Zuschlags nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB geltend, darf er die Frist des § 135 Abs. 2 GWB auch für die Geltendmachung von Vergaberechtsverstößen ausschöpfen, die bei Fristbeginn noch nicht präkludiert waren. Die kürzere Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB findet auf solche Vergaberechtsverstöße keine Anwendung.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.04.2017, Az.: Verg 38/16; ZfBR 2017, 727 = IBR 2017, 516

12. Risikominimierung rechtfertigt produktspezifische Ausschreibung

1. (...)
4. Ein Vergabeverfahren beginnt erst, wenn der Auftraggeber einen internen Beschaffungsentschluss gefasst hat und er nach außen (über interne Überlegungen und Vorbereitungen hinaus) bestimmte Maßnahmen ergreift, um den Auftragnehmer mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses zu ermitteln oder bereits zu bestimmen.
5. Eine Rügeobliegenheit kann entfallen, wenn die Vergabestelle eindeutig zu erkennen gegeben hat, dass sie unumstößlich an ihrer Entscheidung festhalten wird, dass sie also unter keinen Umständen - auch nicht auf eine Rüge hin - gewillt ist, eine etwa vorliegende Verletzung des Vergaberechts abzustellen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.05.2017, Az.: Verg 36/16; NZBau 2017, 623 = ZfBR 2017, 713 = VergabeR 2017, 618 = IBR 2017, 522

13. Indikatives Angebot im Verhandlungsverfahren: Führen Abweichungen zum Ausschluss?

1. (...)
2. Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich nur auf entscheidungsrelevante Aktenbestandteile. Höher zu gewichtende Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse stehen dem Interesse an einer Akteneinsicht entgegen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.06.2017, Az.: Verg 7/17; NZBau 2017, 619 = ZfBR 2018, 89 = VergabeR 2018, 79 = IBR 2017, 698

14. Unzulässigkeit des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb - MARS

1. § 160 II GWB setzt nur voraus, dass das antragstellende Unternehmen eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 VI GWB durch Nichtbeachtung von Vergabe-

vorschriften geltend macht und darlegt, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

2. Für die nach § 160 II 2 GWB vorzunehmende Darlegung des entstandenen Schadens ist es ausreichend, dass das antragstellende Unternehmen vorträgt, durch den einzelnen beanstandeten Vergaberechtsverstoß hätten sich seine Aussichten auf den Zuschlag zumindest verschlechtert. An die Darlegung sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Es ist vielmehr ausreichend, dass ein Schadens Eintritt nicht offensichtlich ausgeschlossen ist.
3. Die in § 160 III 1 Nr. 1-3 GWB normierte Rügeobliegenheit besteht gem. § 160 III 2 GWB nicht bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 I Nr. 2 GWB.
4. (...)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2017, Az.: VII-Verg 13/17; NZBau 2017, 679 = VergabeR 2018, 67 = IBR 2017, 618

III. Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte

1. Auftrag im Unterschwellenbereich: Wann besteht ein grenzüberschreitendes Interesse?

1. Auch Vergaben im Unterschwellenbereich unterliegen den allgemeinen Grundsätzen des AEU-Vertrags, sofern an dem Auftrag ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht.
2. Ein solches Interesse muss sich positiv aus einer konkreten Beurteilung der Umstände des fraglichen Auftrags ergeben.

EuGH, Urteil vom 06.10.2016, Az.: Rs. C-318/15; NZBau 2016, 781 = VergabeR 2017, 31 = IBR 2017, 146

2. Vergabeverfahren kann auch im Unterschwellenbereich zurückversetzt werden!

1. Auch im Unterschwellenbereich ist die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Angebotsabgabe wirksam, wenn ein sachlicher Grund vorliegt.
2. Die Zurückversetzung entspricht einer Teilaufhebung. Wenn kein Grund des § 17 VOB/A 2012 vorliegt, ist die Aufhebung zwar rechtswidrig, aber trotzdem grundsätzlich wirksam, sofern sie auf vernünftige, sachliche und nicht diskriminierende Gründe gestützt wird.

OLG Frankfurt, Urteil vom 21.03.2017, Az.: 11 U 10/17; ZfBR 2017, 624 = VergabeR 2017, 540 = IBR 2017, 450

3. Angebot wahrscheinlich auszuschließen: Rechtsschutz im Unterschwellenbereich?

1. Ein nicht zum Zuge kommender Bieter kann im Unterschwellenbereich mit Hilfe einer einstweiligen Verfügung Primärrechtsschutz in Anspruch nehmen und dadurch seine Chance auf eine Zuschlagserteilung wahren.
2. Ob ein Bieter auch dann einstweiligen Rechtsschutz erwirken kann, wenn er von vorneherein keine Chance hat, dass das von ihm abgegebene Angebot den Zuschlag erhält, etwa weil es unangemessen hoch ist, ist eine ungeklärte und schwierige Rechtsfrage.
3. War der Ausgang eines einstweiligen Verfügungsverfahrens zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses offen, weil Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung im materiellen Recht geklärt werden müssen, sind die Kosten gegeneinander aufzuheben.

OLG München, Beschluss vom 19.06.2017, Az.: 21 W 314/17; VergabeR 2017, 682 = IBR 2017, 517

IV. Schadensersatz

1. Ausschluss statt Zuschlag: Wie wird der Schaden des Bieters berechnet?

1. Schließt der öffentliche Auftraggeber in einem Vergabeverfahren einen Bieter, dem der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre, schuldhaft vergaberechtswidrig aus und erteilt einem anderen Unternehmen den Auftrag, so berechnet sich der dem Bieter vom öffentlichen Auftraggeber gem. § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, §§ 249 ff. BGB zu ersetzende Schaden nach der entgangenen Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen.
2. Der Bieter hat darzulegen und zu beweisen, dass Aufwendungen, die zur Erfüllung des Auftrags erforderlich gewesen wären, angefallen sind, obgleich die Leistungen nicht zu erbringen waren (hier: Lohnaufwand für Arbeitnehmer, die nicht beschäftigt werden konnten).

Kammergericht, Urteil vom 06.09.2016, Az.: 9 U 9/15; ZfBR 2017, 102 = VergabeR 2017, 97 = IBR 2017, 33

D. GSB/BauFordSiG

1. Faktischer Geschäftsführer

1. Der Schadensersatzanspruch aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 1 Abs. 1 Satz 1 BauFordSiG wegen der nicht ordnungsgemäßen Verwendung von Baugeld richtet sich auch gegen den faktischen Geschäftsführer einer GmbH.
2. Faktischer Geschäftsführer ist aber nur, wer durch sein Handeln im Außenverhältnis die Gesellschaft nachhaltig prägt und nach dem Gesamterscheinungsbild seines Auftretens die Geschicke der Gesellschaft selbst maßgeblich in die Hand genommen hat. Lediglich sporadisches Auftreten im Außenverhältnis oder die Möglichkeit des Einwirkens auf den satzungsmäßigen Geschäftsführer reichen hingegen nicht aus.

3. Ob sich ein Schadensersatzanspruch aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 1 Abs. 1 Satz 1 BauFordSiG wegen täterschaftlichen Verstoßes gegen das BauFordSiG auch gegen eine Person richten kann, die weder satzungsmäßiger noch faktischer Geschäftsführer der GmbH ist, bleibt offen. In jedem Fall obliegt dem Anspruchsteller die Darlegung einer entsprechenden Tathandlung und des Vorsatzes. Auf die Vermutung des § 1 Abs. 4 BauFordSiG kann sich der Antragsteller insoweit nicht berufen, diese erstreckt sich nur auf das satzungsmäßige oder faktische Organ des Empfängers.
4. Zur Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB wegen Beihilfe zu einem Verstoß gegen § 1 BauFordSiG, hat der Anspruchsteller die Förderung der Haupttat durch den Gehilfen und dessen Vorsatz darzulegen.

Kammergericht, Urteil vom 31.01.2017, Az.: 21 U 36/14; BauR 2017, 2188 = IBR 2017, 252 = IBR 2017, 253

E. Architekten-/Ingenieurrecht (Auswahl)

I. Allgemein

1. *Architektenleistungen als Gesellschaftereinlage unterliegen nicht der HOAI!*

1. Verpflichtet sich ein Gesellschafter (hier: einer stillen Gesellschaft), als Beitrag Architektenleistungen zu erbringen, gilt für diese Leistungen ohne Vereinbarung nicht das Preisrecht der HOAI (Abweichung zu BGH, IBR 2000, 437).
2. Sind als Einlage in die Gesellschaft Architektenleistungen erbracht worden und sind diese mangelhaft, ergeben sich die Rechte gegen den mangelhaft leistenden Gesellschafter aus einer entsprechenden Anwendung der Gewährleistungsregeln des Werkvertrags (§§ 633 ff. BGB).
3. In einer stillen Gesellschaft hat der Geschäftsinhaber gegen den stillen Gesellschafter einen unmittelbaren Anspruch auf Leistung des Gesellschaftsbeitrags in sein Vermögen und in der Folge auch einen unmittelbaren Gewährleistungsanspruch im Fall einer mangelhaften Einlage.

OLG Stuttgart, Urteil vom 01.03.2016, Az.: 10 U 105/15; BauR 2016, 1350 = IBR 2017, 27

2. *Keine Mindestsätze für Paketanbieter!*

1. Die Preisvorschriften der HOAI sind auf alle natürlichen und juristischen Personen anwendbar, die Architekten- und Ingenieuraufgaben erbringen, die in der HOAI beschrieben sind.
2. Nicht anwendbar ist die HOAI auf Anbieter, die neben oder zusammen mit Bauleistungen auch Architekten- und Ingenieurleistungen erbringen. Dies gilt insbesondere für Bauträger und andere Anbieter kompletter Bauleistungen. Auch bei Projektentwicklungsarbeiten ist die HOAI nicht anzuwenden.

OLG Stuttgart, Urteil vom 01.08.2016, Az.: 10 U 136/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.06.2017, Az.: VII ZR 324/16; IBR 2017, 625

3. *Kann die Bauüberwachung ein Dienstvertrag sein?*

Ein Architekt, der auch Leistungen erbringt, die den Leistungsphasen 7 und 8 zuzuordnen sind, schuldet keinen Werkerfolg, wenn er bei einem Gesamtüberblick des Leistungsbildtextes nicht die Verantwortung für seine Leistungen trägt.

OLG München, Urteil vom 07.02.2017, Az.: 9 U 2987/16 Bau; BauR 2017, 1583 = IBR 2017, 377

4. *Architektenvertrag ist kein Bauvertrag: Privater Bauherr kann widerrufen!*

1. Architektenverträge sind keine "Verträge über den Bau von Gebäuden oder erhebliche Umbaumaßnahmen" i.S.v. § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Sie unterfallen den Vorschriften über den Verbraucherwiderruf in §§ 312b ff. BGB.
2. Ein Verbraucher kann den Architektenvertrag widerrufen, wenn der Vertrag bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit der Parteien außerhalb der Geschäftsräume des Architekten geschlossen wurde. Hierfür genügt es, dass nur der Verbraucher unter diesen Umständen ein bindendes Angebot abgab.

OLG Köln, Beschluss vom 23.03.2017, Az.: 16 U 153/16; BauR 2018, 142 = IBR 2017, 501

II. Vertragsschluss/Leistungsumfang

1. *Stufenweise Beauftragung*

Wenn der Architekt ausschließlich mit Leistungen der Leistungsphasen 3 und 4 des § 5 HOAI 1996 beauftragt wurde und reicht der Bauherr oder Architekt mit ausdrücklicher Gestattung des Bauherrn die genehmigungsfähigen Bauunterlagen ein, so gibt der Bauherr zu erkennen, dass er die erbrachten Architektenleistungen billigt. Bei der stufenweisen Beauftragung begrenzt sich der zu erbringende Werkerfolg nur auf die beauftragten Leistungen. Daher richtet sich die Mangelhaftigkeit der Planung bei Verjährung von Mängelansprüchen selbständig nur nach dieser Leistungsaufgabe und dem erbrachten Planungsstadium.

OLG Brandenburg, Urteil vom 16.03.2016, Az.: 4 U 19/15; BauR 2017, 757 = BauR 2017, 328 [Ls.] = NJW-RR 2017, 79 = NZBau 2017, 102 = IBR 2016, 707

III. Vergütungsrecht/Verjährung

1. *Unwirksames Bestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers für anrechenbare Kosten*

Vom Auftraggeber gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen, nach denen die anrechenbaren Kosten für Leistungen der Leistungsphasen 2 bis 4 gemäß der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure auf der Grundlage einer genehmigten Kos-

tenberechnung zur Haushaltsunterlage Bau zu bestimmen sind, sind wegen unangemessener Benachteiligung des Architekten unwirksam.

BGH, Beschluss vom 16.11.2016, Az.: VII ZR 314/13; BauR 2017, 306 = ZfBR 2017, 140 = IBR 2017, 25

2. „Vergütete Akquisition“ unterfällt dem Honorarrecht

Die akquisitorische Tätigkeit eines Architekten ohne vertragliche Bindung begründet einen Vergütungsanspruch nicht. Die vergütungsfreie akquisitorische Phase endet, sobald eine Vergütungsvereinbarung getroffen wird. Für die hiervon erfassten Leistungen kann der Architekt grundsätzlich eine Vergütung nach den Mindestsätzen der HOAI (2002) verlangen, wenn und soweit seine Leistungen von den Leistungsbildern der HOAI (2002) erfasst sind.

BGH, Urteil vom 16.03.2017, Az.: VII ZR 35/14; BauR 2017, 1059 = NJW 2017, 2344 = NZBau 2017, 482 = ZfBR 2017, 452 = IBR 2017, 260

3. Bauauftrag wird nicht erteilt: Planung ist nach HOAI zu vergüten!

1. Die Honorarregelungen der HOAI sind leistungsbezogen, d. h. die Anwendbarkeit der HOAI richtet sich allein nach dem Charakter der erbrachten Tätigkeit, nicht nach der beruflichen Qualifikation und Bezeichnung des Leistenden.
2. Auch eine nicht als Architekt oder Ingenieur qualifizierte natürliche oder juristische Person, die Architekten- oder Ingenieurleistungen erbringt (hier: ein Bauunternehmen), hat ihr Honorar für diese Leistungen nach der HOAI abzurechnen. Eine Anwendbarkeit der HOAI scheidet allerdings aus, wenn ein Generalunternehmer oder Bauträger neben oder zusammen mit Bauleistungen auch Planungsleistungen anbietet.
3. Soll eine Vergütung der Planungsleistungen nur dann - gesondert - nach den Bestimmungen der HOAI erfolgen, wenn ein Bauauftrag nicht erteilt wird, ist ein Neben- und Miteinander von Planungs- und Bauleistungen nicht gegeben.

OLG Köln, Beschluss vom 27.01.2014, Az.: 11 U 100/13 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.06.2016, Az.: VII ZR 46/14); IBR 2017, 179

4. Entwurfsplanung wird nicht weiterverfolgt: Optionsrecht ist nicht eröffnet!

1. (...)
3. Wird ein Architekt mit der Erbringung von Leistungen entsprechend den Leistungsphasen 1 bis 3 des § 15 HOAI 2002 beauftragt und enthält der Vertrag eine Option auf die Leistungsphasen 4 bis 7, ist das Optionsrecht nicht eröffnet, wenn sich der Auftraggeber gegen eine Weiterverfolgung der bisherigen Entwurfsplanung entscheidet.

OLG Dresden, Urteil vom 18.07.2014, Az.: 10 U 1501/11 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 01.03.2017, Az.: VII ZR 173/14); IBR 2017, 380

5. Bauvertrag gekündigt: Wie sind erbrachte Planungsleistungen abzurechnen?

1. Bei einem vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrag können von einem für ein Vorhaben planenden und bauausführenden Auftragnehmer erbrachte Planungsleistungen nicht nach den Sätzen der HOAI abgerechnet werden.
2. Auch bei Planungsleistungen sind - wie im Allgemeinen - vom Auftragnehmer erbrachte Leistungen zu nicht erbrachten Leistungen nachvollziehbar abzugrenzen und der Preisansatz für die Teilleistungen aus der Angebotskalkulation zu Grunde zu legen.
3. Der Auftragnehmer hat eine solche Kalkulation im Nachhinein zu erstellen, wenn diese noch nicht vorliegt.

OLG Brandenburg, Urteil vom 14.10.2014, Az.: 12 U 236/11 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 30.08.2017, Az.: VII ZR 279/14); IBR 2017, 668

6. Ausnahmefall einer Mindestsatzunterschreitung nach § 4 Abs. 2 HOAI 1996

1. Wird die Arbeitskraft eines Architekten einseitig durch einen Bauträger gebunden und gerät er dadurch in eine wirtschaftliche Abhängigkeit, kann ein Ausnahmefall i.S.d. § 4 Abs. 2 HOAI 1996 vorliegen, der die Unterschreitung der Mindestsätze rechtfertigt, wenn diese enge Zusammenarbeit eine Qualität hat, die die Unterschreitung der Mindestsätze kompensiert. Dies kann der Fall sein, wenn der Arbeitsaufwand aufgrund von Synergieeffekten geringer ist oder eine stabile soziale Absicherung mit der Tätigkeit verbunden ist.
2. Gerade Ingenieure, die eine dauerhafte Zusammenarbeit auf der Basis von zu niedrigen Honorarsätzen anbieten und praktizieren, setzen sich in gesteigertem Maß der Gefahr unauskömmlicher Honorierung aus (vergleiche BGH, IBR 2012, 88) und verdienen den Schutz des Preisrechts der HOAI.
3. Der Auftraggeber muss darlegen und beweisen, dass ein die Mindestsätze der HOAI unterschreitendes Pauschalhonorar schriftlich bei Auftragserteilung vereinbart worden ist und dass die tatsächlichen Voraussetzungen eines Ausnahmefalls iSd § 4 II HOAI vorlagen.
4. Nur dann, wenn bereits mit einer Planung die damaligen Anforderungen des Auftraggebers angemessen berücksichtigt worden sind, ist eine weitere geänderte Planung vergütungspflichtig. Für den selbstverständlichen Optimierungsvorgang einer Planungsabwicklung kann ein Architekt kein zusätzliches Honorar verlangen.
5. Bei Planungen für dasselbe Gebäude ist von einer neuen Planung bzw. einer „Alternative“ nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen auszugehen, wenn sich das Raum- oder Funktionsprogramm wesentlich ändert oder wenn das Bauvolumen durch andere Anforderungen des Auftraggebers in erheblichem Umfang vergrößert bzw. verkleinert wird. Hiervon abzugrenzen ist die zentrale Leistung im Rahmen der Vorplanung, das Erarbeiten eines Planungskonzepts einschließlich der Untersuchung der alternativen Lösungsmöglichkeiten nach gleichen Anforderungen mit zeichnerischer Darstellung.
6. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.07.2016, Az.: 5 U 73/14; BauR 2017, 310 = NJW-RR 2017, 9 = NZBau 2017, 96 = IBR 2016, 706

7. Vor- und Entwurfsplanung: "Variante" oder gesondert vergütungsfähige "Alternative"?

1. Werden für dasselbe Gebäude auf Veranlassung des Auftraggebers mehrere Vor- oder Entwurfsplanungen nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen gefertigt, können für die umfassendste Vor- oder Entwurfsplanung die vollen Vomhundertsätze dieser Leistungsphasen und außerdem für jede andere Vor- oder Entwurfsplanung die Hälfte dieser Vomhundertsätze berechnet werden.
2. Nochmals zu erbringende Teilleistungen, die aufgrund von Änderungen der Planung anfallen, sind erneute Grundleistungen, die zusätzlich zur vertraglichen Vergütung abgegolten werden können.
3. Bei Planungen für dasselbe Gebäude ist von einer neuen Planung bzw. einer "Alternative" nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen auszugehen, wenn sich das Raum- oder Funktionsprogramm wesentlich ändert oder wenn das Bauvolumen durch andere Anforderungen des Auftraggebers in erheblichem Umfang vergrößert bzw. verkleinert wird. Derartige "Alternativen" schuldet der Architekt im Rahmen der Grundleistungen nicht.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.07.2016, Az.: 5 U 61/14; IBR 2017, 500

8. Kein Mindestsatzhonorar trotz einer unzulässigen Unterschreitung der Mindestsätze

1. (...)
2. Die Verbundenheit durch eine Vielzahl von Verträgen genügt für eine Mindestsatzunterschreitung ebenso wenig wie im Laufe der geschäftlichen Zusammenarbeit gebildete Freundschaft (BGH, Urt. v. 21.08.1997 – VII ZR 13/96, BauR 1997, 1062).
3. (...)

OLG Jena, Urteil vom 10.10.2016, Az.: 1 U 509/15; BauR 2017, 1560 = IBR 2017, 262

9. Feststellung einer Mindestsatzunterschreitung

1. Bei der Prüfung, ob eine schriftliche Honorarvereinbarung die Mindestsätze der HOAI unterschreitet, ist das vereinbarte Honorar mit dem niedrigsten vertretbaren Honorar zu vergleichen, welches die Parteien unter Beachtung der HOAI hätten vereinbaren können. Spielräume der HOAI sind dabei „nach unten“ zu nutzen. Das gilt auch dann, wenn nach der HOAI die Einordnung in zwei Honorarzonen vertretbar ist und die Parteien in der Honorarvereinbarung die höhere Honorarzone vereinbart haben.
2. Die in der Literatur zu § 11 Abs. 2 und 3 HOAI 1996/2002 (§ 33 Abs. 4 bis 6 HOAI 2013) entwickelten Punktesysteme werden von der HOAI nicht vorgegeben und lassen sich aus ihr nicht ableiten. Für den Mindestsatzvergleich ist daher das

Punktesystem heranzuziehen, welches im konkreten Einzelfall zur niedrigeren Honorarzone führt.

3. Dem Umbauzuschlag nach § 24 Abs. 1 HOAI 1996/2002 (§ 6 Abs. 2 HOAI 2013) kommt kein Mindestsatzcharakter zu.

OLG Köln, Urteil vom 29.12.2016, Az.: 16 U 49/12; BauR 2017, 1227 = NZBau 2017, 357 = IBR 2017, 205

10. Preisrecht der HOAI ist EU-rechtskonform!

1. Ein Rechtsstreit ist nicht deshalb auszusetzen, weil die Europäische Kommission gegen die BRD ein Vertragsverletzungsverfahren betreffend der Vereinbarkeit des Preisrechts der HOAI mit der Dienstleistungsrichtlinie eingeleitet hat.
2. Die BRD selbst geht richtigerweise davon aus, dass das Preisrecht der HOAI EU-rechtskonform ist.
3. Ein klagestattgebendes Urteil des EuGH hätte einen rein feststellenden Charakter und keinen rückwirkenden Einfluss auf zivilrechtliche Streitigkeiten.

OLG Naumburg, Urteil vom 13.04.2017, Az.: 1 U 48/11; BauR 2017, 1549 = NJW-RR 2017, 1231 = NZBau 2017, 667 = IBR 2017, 378

IV. Haftungsrecht

1. Mitverschuldensabzug wegen fehlerhafter Vorleistungen des Gebäudearchitekten für den Landschaftsarchitekten

Beauftragt der Besteller einen Architekten mit der Objektplanung für ein Gebäude und einen weiteren Architekten mit der Planung der Außenanlagen zu diesem Objekt, trifft ihn grundsätzlich die Obliegenheit, dem mit der Planung der Außenanlagen beauftragten Architekten die für die mangelfreie Erstellung seiner Planung erforderlichen Pläne und Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Hat der mit der Objektplanung beauftragte Architekt diese fehlerhaft erstellt, muss sich der Besteller dessen Verschulden gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB im Verhältnis zu dem mit der Planung der Außenanlagen beauftragten Architekten zurechnen lassen (Fortführung von BGH, Urteil vom 15. Mai 2013, VII ZR 257/11, BGHZ 197, 252).

BGH, Urteil vom 14.07.2016, Az.: VII ZR 193/14; BauR 2016, 1943 = NZBau 2017, 164 = ZfBR 2016, 781 = IBR 2016, 527

2. Bauobergrenzenrecht beschränkt Honoraranspruch

1. Hat der Architekt eine mit dem Auftraggeber vereinbarte Baukostenobergrenze nicht eingehalten, kann dem Auftraggeber ein Schadensersatzanspruch zustehen (Fortführung von BGH, Urteil vom 23. Januar 2003, VII ZR 362/01, BauR 2003, 566 = NZBau 2003, 281).

Der auf die Nichteinhaltung einer solchen Obergrenze gestützte Schadensersatzanspruch führt dazu, dass der Architekt den sich aus der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure ergebenden Honoraranspruch auf der Grundlage der anrechenbaren Kosten gemäß § 10 HOAI a.F. insoweit nicht geltend machen kann, als dieser das Honorar überschreitet, welches sich ergäbe, wenn die anrechenbaren Kosten der vereinbarten Baukostenobergrenze entsprochen hätten (dolo-agit-Einwand, § 242 BGB).

2. Beruft sich der Auftraggeber auf eine Überschreitung einer vereinbarten Baukostenobergrenze, trägt er die Darlegungs- und Beweislast für die von ihm behauptete Beschaffenheitsvereinbarung.

BGH, Urteil vom 06.10.2016, Az.: VII ZR 185/13; BauR 2017, 134 = NJW 2017, 386 = NZBau 2017, 46 = ZfBR 2017, 56 = IBR 2016, 702

3. Architekt kann Baumangelbeseitigung nicht an sich ziehen!

Die von einem Architekten als Allgemeine Geschäftsbedingung gestellte Vertragsbestimmung in einem Architektenvertrag: "Wird der Architekt wegen eines Schadens am Bauwerk auf Schadensersatz in Geld in Anspruch genommen, kann er vom Bauherrn verlangen, dass ihm die Beseitigung des Schadens übertragen wird." ist wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 09.04.1981 - VII ZR 263/79, BauR 1981, 395).

BGH, Urteil vom 16.02.2017, Az.: VII ZR 242/13; BauR 2017, 1061 = NJW 2017, 1669 = ZfBR 2017, 350 = IBR 2017, 204

4. Aufklärung

Hat ein Architekt den Bauherrn nicht über den zur Sanierung eines Gebäudes erforderlichen Gesamtaufwand aufgeklärt und übersteigen die Kosten die Finanzierungsmöglichkeiten des Bauherrn, die der Bauherr dem Architekten zuvor mitgeteilt hatte und kann deshalb auch das bereits begonnene Bauvorhaben nicht fertig gestellt werden, so ist die gesamte bisherige Leistung des Architekten wertlos. Der Bauherr kann gezahltes Honorar einschließlich angefallener Bereitstellungszinsen zurückverlangen.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 20.12.2013, Az.: 13 U 233/12 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.06.2016, Az.: VII ZR 10/14); BauR 2017, 602 = IBR 2017, 85

5. Bauüberwachung

Wenn der bauüberwachende Architekt die Planung des Objektplaners erhält, hat er sie auf Unstimmigkeiten oder Fehler zu überprüfen. Unterscheidet sich die in der vorgehenden Planung vorgesehene Bauweise wesentlich von der bis dahin allgemein praktizierten Bauweise und Regeln am Bau, hat der Architekt sich daraus ergebende Zweifel an der Richtigkeit der Planung nachzugehen. Ergibt sich, dass der Objektplaner keinen technischen und tatsächlichen Wissensvorsprung in Hinsicht auf die mögliche oder übliche Ausführungsmöglichkeit der Planung hat, ist die Verantwortlichkeit

des bauüberwachenden Architekten für einen planungsbedingten Baumangel um 50 % zu reduzieren.

OLG München, Urteil vom 18.02.2014, Az.: 9 U 4833/12 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.03.2017, Az.: VII ZR 66/14) BauR 2017, 2044 = IBR 2017, 555

6. *Bauwerk bezogen und Prüffrist abgelaufen: Architekten- oder Ingenieurleistung abgenommen!*

1. (...)
2. Die konkludente Abnahme einer Architekten- oder Ingenieurleistung kann darin liegen, dass der Bauherr nach Fertigstellung der Leistung und nach Ablauf einer angemessenen Prüffrist nach Bezug des fertig gestellten Bauwerks keine Mängel der Architekten- bzw. Ingenieurleistung rügt.
3. Sofern keine Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit und Angemessenheit einer längeren Prüffrist vorliegen, ist ein Prüfungszeitraum von sechs Monaten als angemessen anzusehen.

OLG Jena, Urteil vom 07.05.2014, Az.: 2 U 70/13 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 04.01.2017, Az.: VII ZR 133/14); IBR 2017, 382

7. *Keine Kostenschätzung erstellt: Kein Schadensersatz, aber Minderung!*

1. Ein Anspruch des Bauherrn auf Schadensersatz wegen einer nicht erstellten Kostenschätzung nach DIN 276 setzt voraus, dass dem Architekten Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben wurde.
2. Hat der Architekt die geschuldete Kostenschätzung nicht erstellt, ist der Bauherr berechtigt, die Honorarforderung des Architekten zu mindern. Anders als beim Schadensersatz setzt die Minderung wegen einer nicht erstellten Kostenschätzung nach Fertigstellung des Bauvorhabens kein erfolgloses Nachbesserungsverlangen voraus, da der Bauherr zu diesem Zeitpunkt kein Interesse mehr an der Kostenschätzung hat.

OLG Oldenburg, Urteil vom 26.05.2015, Az.: 13 U 50/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 15.06.2016, Az.: VII ZR 124/15); IBR 2017, 440

8. *Abnahme durch vorbehaltlose Schlusszahlung!?*

1. Die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen wegen Planungsmängeln beginnt mit der Abnahme der Architektenleistung.
2. Wird der Architekt nicht mit der Objektbetreuung (Leistungsphase 9) beauftragt und werden seine erbrachten Leistungen nicht ausdrücklich abgenommen, bringt der Bauherr jedenfalls mit vorbehaltloser Zahlung des vereinbarten Honorars stillschweigend zum Ausdruck, dass er die vom Architekten erbrachten Leistungen als im Wesentlichen vertragsgemäß billigt.

Kammergericht, Beschluss vom 28.04.2016, Az.: 21 U 172/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.03.2017, Az.: VII ZR 136/16); IBR 2017, 628

9. *Überreichung einer Kostenschätzung zur Erreichung eines Kredits*

Aus der Überschreitung einer Kostenschätzung, die nur zur "Vorlage bei der Bank" dienen sollte, um dieser die Erforderlichkeit eines Kredits plausibel zu machen, und lediglich "ca."-Angaben der Kosten enthält, kann der Bauherr jedenfalls dann keinen Anspruch gegen den Architekten herleiten, wenn dieser keine weiteren Leistungen erbracht hat.

OLG Celle, Urteil vom 28.04.2016, Az.: 6 U 102/15; BauR 2017, 1397 = IBR 2017, 265

10. *Prüfbericht falsch: Brandschutzsachverständiger haftet nach Werkvertragsrecht!*

1. (...)
2. Die Leistung des staatlich anerkannten Sachverständigen für Brandschutz ist mangelhaft, wenn er eine erkennbar nicht genehmigungsfähige Abweichung vom Brandschutz als unbedenklich erklärt. Die Leistung des Sachverständigen ist auch dann mangelhaft, wenn er dem Bauherrn eine Prüfbescheinigung nach § 16 SV-VO NW ausstellt, bevor die Zustimmung des Bauamts zu Abweichungen vom Brandschutz vorliegt.
3. (...)

OLG Köln, Urteil vom 04.05.2016, Az.: 16 U 129/15; BauR 2017, 1743 = IBR 2017, 507

11. *(Auch der) Bauüberwacher haftet für fehlenden Brandschutz!*

1. Im Rahmen der Genehmigungsplanung sind die Vorgaben des Brandschutzes zu planen und mit der Genehmigungsbehörde abzustimmen.
2. Dem mit der Vorbereitung der Vergabe und mit der Bauüberwachung beauftragten Architekten muss bereits beim Aufstellen der Vergabeunterlagen auffallen, wenn Vorgaben zum Brandschutz fehlen. Im Übrigen hat er im Rahmen der Überwachung selbst für den Brandschutz zu sorgen.
3. Stellt der Auftraggeber dem bauüberwachenden Architekten mangelhafte Planungsunterlagen zur Verfügung, muss er sich das Verschulden des planenden Architekten zurechnen lassen.

OLG München, Urteil vom 09.08.2016, Az.: 9 U 4338/15 Bau; NZBau 2017, 295 = IBR 2017, 266

12. Keine Haftung des überwachenden Architekten bei nachbesserungsbereitem Unternehmer

1. (...)
6. Der Auftraggeber kann den bauüberwachenden Architekten nicht auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, wenn er den zur Nachbesserung bereiten Bauunternehmer durch eine unberechtigte Auftragsentziehung an der Mängelbeseitigung gehindert hat.

OLG Dresden, Urteil vom 19.10.2016, Az.: 13 U 74/16; BauR 2017, 899 = NJW 2017, 1555 = NZBau 2017, 168 = IBR 2016, 712

13. SiGeKo ist kein Bauüberwacher!

1. Der Umfang der von einem Sicherheits- und Gesundheitsschutzkoordinator (SiGeKo) übernommenen Pflichten ergibt sich aus dem Vertrag sowie aus § 3 Abs. 2 und 3 BaustellenVO. Das gilt auch für die Verkehrssicherungspflicht.
2. Für die Bestimmung einer Pflichtverletzung des SiGeKo ist zu prüfen, ob von diesem im Rahmen seiner Beauftragung das getan worden ist, was im konkreten Fall unter Berücksichtigung der Vorgaben der BaustellenVO sowie des Vertrags geeignet, angemessen und zumutbar war, um bestehende Gefahren tunlichst abzuwenden.
3. Eine Konkretisierung der Pflicht ergibt sich aus dem Umfang der Überwachungspflichten nach Maßgabe der aufgestellten Sicherheits- und Gesundheitsschutzpläne.
4. Die Überwachung der Bauarbeiten ist grundsätzlich Aufgabe des bauleitenden Architekten. Dazu gehört auch die Überwachung gefahrenträchtiger Arbeiten. Die Aufgabe des SiGeKo ist daher auf die stichprobenartige Kontrolle der Einhaltung der Arbeitsschutzvorschriften beschränkt.

OLG Köln, Beschluss vom 23.11.2016, Az.: 3 U 97/16; BauR 2017, 1068 = NJW-RR 2017, 791 = NZBau 2017, 353 = IBR 2017, 510

14. Nur mit der Überwachung der Mängelbeseitigung beauftragt: Architekt trifft Sachwalterhaftung!

1. Die für die Sekundärhaftung entscheidende Sachwalterfunktion trifft nicht nur den mit einer Vollarchitektur beauftragten Architekten oder Ingenieur; besondere Betreuungsaufgaben und die sich daraus ergebende Sachwalterstellung im Hinblick auf aufgetretene Mängel sowie die damit zusammenhängende eigene Verantwortung folgen gerade aus den Aufgaben im Rahmen der Objektüberwachung und/oder der Objektbetreuung, wobei auch die isolierte Übertragung derartiger Leistungen ausreichend ist.
2. Eine Haftung wegen Verletzung bestehender Untersuchungs- und Beratungspflichten scheidet aus, wenn es an der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden fehlt.

OLG Brandenburg, Urteil vom 21.12.2016, Az.: 4 U 30/15; BauR 2017, 1399 = NZBau 2017, 290 = IBR 2017, 207

15. Pflichtverletzung des Architekten im Rahmen der Leistungsphase 9

1. Der Architekt haftet dem Bauherrn auf Schadensersatz, wenn er vor Ablauf der Gewährleistungsfristen bei ordnungsgemäßer Erbringung der Objektbegehung erkennbare Mängel nicht entdeckt und nunmehr die Durchsetzung des Gewährleistungsanspruchs gegen den Unternehmer an der Verjährungseinrede des Unternehmers scheitert.
2. Der Bauherr muss beweisen, dass bei pflichtgemäßer Objektbegehung der Mangel erkannt und der Gewährleistungsanspruch gegen den Unternehmer realisiert worden wäre.

OLG Braunschweig, Urteil vom 29.12.2016, Az.: 8 U 2/16; BauR 2017, 905 = IBR 2017, 327

16. Haftung eines Ingenieurs für Fehler des von ihm beauftragten Tragwerksplaners

1. (...)
3. Die Kosten eines Vorprozesses des Bauherrn gegen den ausführenden Unternehmer wegen Baumängeln können zum Schadensersatzanspruch des Bauherrn wegen Baumängeln als Folge von Planungsfehlern des Architekten / Ingenieurs gehören. Voraussetzung ist, dass der Vorprozess verloren geht, weil der Bauherr sich das Planungsverschulden des Architekten / Ingenieurs zurechnen lassen muss und der Architekt / Ingenieur seine Gewährleistungspflicht im Vorfeld verneint hat.

OLG Oldenburg, Urteil vom 17.01.2017, Az.: 2 U 68/16; BauR 2017, 2023 = NJW-RR 2017, 1429 = NZBau 2017, 675 = IBR 2017, 509

17. Verantwortung des Architekten für die Auswahl einer Konstruktion

1. Der mit der Planung beauftragte Architekt trägt allein das Risiko der Auswahl der Konstruktion (hier: Fußbodenaufbau einer Großküche). Dieses Risiko kann er nicht auf seine Auftraggeberin verlagern, indem er diese vor der Ausführung in seine Planungsüberlegungen einbezieht und ihre Zustimmung einholt. Denn diese Zustimmung steht – zumindest stillschweigend – unter der Bedingung des Gelingens.
2. (...)

OLG Celle, Urteil vom 15.02.2017, Az.: 7 U 72/16; BauR 2017, 1714 = NJW-RR 2017, 1102 = NZBau 2017, 609 = IBR 2017, 444

18. Beweislast des Architekten vor Abnahme für Fehlen wichtiger mängelbezogener Kündigungsgründe

1. Der Auftraggeber hat Fehler des Architekten bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten konkret darzulegen.
2. Der Architekt, dessen Leistungen nicht abgenommen sind, muss deren Mangelfreiheit darlegen und beweisen auch insoweit, als die Mängel vom Auftraggeber zur Begründung eines wichtigen Kündigungsgrundes herangezogen werden.
3. Wichtige Kündigungsgründe können darin liegen, dass der Architekt
 - a) im Rahmen der Ausführungsplanung und der Bauüberwachung erhebliche Abweichungen von der Baugenehmigung bewirkt und
 - b) eine fehlerhafte Wärmedämmung ausführen lässt, die bereits in der Bauphase zu Schimmel- und Bläuepilzbefall führt.
4. Solange der Rohbau nicht fertig abgedichtet und nicht mit Fenstern verschlossen ist, muss der bauüberwachende Architekt den Eintritt von Wasser nicht verhindern. Das Verschließen von Dachöffnungen bei anstehenden Regenfällen stellt eine handwerkliche Selbstverständlichkeit dar, die keiner gesonderten Überwachung bedarf.
5. Der Auftraggeber kann vom Architekten die Erstattung der Kosten zur Erstellung eines Bauteils, das wegen Baurechtswidrigkeit zurückgebaut werden muss, als fehlgeschlagene Aufwendungen verlangen. Daneben kommt kein weiterer Schadensersatz mit dem Ziel einer mangelfreien Herstellung in Betracht.
6. Zum ersatzfähigen Schaden wegen des Verstoßes gegen die Baugenehmigung zählt auch ein Betrag, den der Auftraggeber vergleichsweise an seinen Nachbarn gezahlt hat, um eine Dienstbarkeit zu erlangen, die nachträglich die Baurechtswidrigkeit beseitigt (hier: zu hohe Garage im Grenzbereich).
7. Die Kosten eines Privatgutachtens über Baumängel sind nicht ohne Weiteres vom Architekten zu erstatten, weil dieser nicht für jeden Baumangel haftet. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, das Gutachten von sich aus zur Frage auszuwerten, ob es Anhaltspunkte für mangelbezogene Pflichtverletzungen des Architekten enthält.

OLG Brandenburg, Urteil vom 05.04.2017, Az.: 4 U 112/14; BauR 2017, 1424 = NJW-RR 2017, 850 = NZBau 2017, 425 = IBR 2017, 381

19. Bauzeitverzögerung

Wenn der Bauherr vom Tragwerksplaner wegen verzögerter Planung einen Schadensersatzanspruch wegen Bauzeitverzögerung geltend macht, sind die gleichen Anforderungen wie an einen Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers aus § 6 Abs. 6 VOB/B zu stellen. Der Bauherr hat eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Verzögerungen unter Gegenüberstellung der Ist- und Soll-Abläufe darzustellen. Kann der Tragwerksplaner darstellen, dass er nicht bemerkt habe, dass sein Berechnungsprogramm, dass er zur Berechnung der Tragwerksplanung einsetzte, fehlerhaft programmiert war, so hat er die an ihn zu stellenden Sorgfaltsanforderungen grundsätzlich eingehalten. Der Fehler darf aber für ihn nicht erkennbar sein.

OLG Köln, Urteil vom 31.05.2017, Az.: 16 U 98/16; BauR 2017, 2044 = IBR 2017, 564

20. Projektsteuerer

Der Projektsteuerervertrag kann ein Werkvertrag sein, wenn die Koordinierung und Kontrolle von Finanzierungs- und Förderungsverfahren beauftragt war. Wenn der Auftraggeber wegen Vergabeverstößen die Fördermittel zurückerstatten muss, steht dem Auftraggeber gegen den Projektsteuerer nur ein Anspruch auf Schadensersatz zu, da sich der Mangel des Werkes in der Fehlleistung des Projektsteuerers im Zeitpunkt der Teilnahme am Förderungsverfahren realisierte und nach den Förderrichtlinien nicht nachholbar ist/war. Ein Regress des Projektsteuerers gegenüber dem Architekten ist ausgeschlossen, wenn er diesen aufgrund des Vertragssolls im Vertrags zwischen ihm und dem Auftraggeber nicht oder nicht genügend überwachte.

OLG Koblenz, Urteil vom 28.06.2017, Az.: 10 U 1116/16; BauR 2017, 2223 = NJW-RR 2017, 1299 = IBR 2017, 633

F. Bauträgerrecht

1. In welcher Qualität sind nicht beschriebene Details auszuführen?

1. Haben bauliche Maßnahmen an einem Bestandsgebäude nicht ein derartiges Gewicht, dass es gerechtfertigt ist, Werkvertragsrecht auch auf von den übernommenen Herstellungspflichten unberührt gebliebene Bauteile anzuwenden, unterliegt der Vertrag nur hinsichtlich der Verletzung der Herstellungspflichten den Vorschriften des Werkvertragsrechts.
2. Leistungsbeschreibungen in Bauträgerverträgen sind nicht abschließend. Daraus, dass ein bestimmtes Ausführungsdetail nicht erwähnt ist, kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass es nicht geschuldet ist. Vielmehr muss unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Vertrags geprüft werden, ob eine bestimmte Qualität der Ausführung stillschweigend vereinbart ist.
3. Qualitätsanforderungen können sich nicht nur aus dem Vertragstext, sondern auch aus sonstigen vertragsbegleitenden Umständen, den konkreten Verhältnissen des Bauwerks und seines Umfelds, dem qualitativen Zuschnitt, dem architektonischen Anspruch und der Zweckbestimmung des Gebäudes ergeben.
4. Entspricht das versprochene Bauwerk dem üblichen Qualitäts- und Komfortstandard, kann der Auftraggeber auch die Ausführung nicht näher beschriebener Details in diesem Standard verlangen und muss sich nicht mit einem Mindeststandard zufriedengeben.

OLG Stuttgart, Urteil vom 20.05.2014, Az.: 10 U 111/13 ((Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 16.11.2016, Az.: VII ZR 145/14); BauR 2017, 775 = IBR 2017, 254

2. Einzelerwerber (nicht die WEG) müssen Sonder- und Gemeinschaftseigentum abnehmen!

1. Hat sich der Bauträger in den Verträgen mit den Erwerbern zu umfassenden Modernisierungsmaßnahmen sowie zur Aufstockung des Gebäudes verpflichtet, sind diese Arbeiten nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar und rechtfertigen die Anwendung von Werkvertragsrecht auf die ganze Bausubstanz.
2. Beim Verkauf von Wohnungseigentum handelt es sich um verschiedene Verträge zwischen dem Bauträger und den einzelnen Erwerbern. Die Abnahme ist im jeweiligen Verhältnis zu erklären. Bei Wohnungseigentum ist jeder Erwerber einer Wohnung Besteller bezüglich seines Sondereigentums und bezüglich seines Anteils am Gemeinschaftseigentum.

OLG München, Beschluss vom 26.01.2015, Az.: 9 U 1995/14 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 16.11.2016, Az.: VII ZR 32/15); IBR 2017, 255

3. Nachforderung von Umsatzsteuer für an Bauträger erbrachte Bauleistungen

1. Ein Bauvertrag mit einem Bauträger, der Nettozahlungen vorsieht und einen Übergang der Umsatzsteuerschuld auf den Bauträger erwähnt, ist angesichts des in Wahrheit unterbleibenden Übergangs dahin ergänzend auszulegen, dass der Bauträger dem Bauunternehmer auch die Umsatzsteuer auf den Werklohn schuldet.
2. Der Umsatzsteueranteil des Werklohns beginnt erst zu verjähren, wenn die Finanzverwaltung die Umsatzsteuer beim Bauunternehmer anfordert.

OLG Köln, Urteil vom 04.08.2016, Az.: 7 U 177/15; NJW 2017, 677 = NZBau 2017, 44 = IBR 2017, 351

4. Keine Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Erstverwalter!

1. Eine vom Bauträger in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen des notariellen Erwerbsvertrags verwendete Klausel, nach der die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Verwalter oder durch einen von ihm zu bestimmenden Bau fachmann erklärt wird, ist gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.
2. Wird neben dem Verwalter auch ein Sachverständiger bevollmächtigt, macht das die Abnahmeklausel nicht wirksam, sondern erst recht unwirksam, weil dadurch die Abnahme dem Erwerber noch weiter entzogen wird.

OLG München, Urteil vom 06.12.2016, Az.: 28 U 2388/16 Bau; BauR 2017, 1041 = IBR 2017, 81

5. Änderungsvorbehalte sind unwirksam!

1. (...)
2. In einem Fertighausvertrag sind wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 4 und § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB folgende Bestimmungen unwirksam:

"Werden aus baurechtlichen Gründen oder weil sich DIN-Normen oder diesen vergleichbare technische Vorgaben geändert haben, Änderungen erforderlich, so kann das Unternehmen diese vornehmen, sofern hierdurch keine Wertminderung eintritt und diese Änderungen für den Bauherren zumutbar sind."

"Der endgültige Preis wird dann anhand der jeweils gültigen Preisliste vom Unternehmen festgelegt."

"Werden aufgrund behördlicher Auflagen Leistungsänderungen erforderlich, trägt der Bauherr die dadurch eventuell entstehenden Mehrkosten."

6. In einem Fertighausvertrag, der auch die Lieferung sog. "Ausbaupakete", die der Verbraucher in Eigenleistungen verbaut, vorsieht, ist folgende Bestimmung nach § 309 Nr. 8b) ee), § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam:

"Offensichtliche Mängel gelieferter Ausbaupakete müssen die Bauherren dem Unternehmen unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb einer Woche nach Lieferung schriftlich mitteilen. Dasselbe gilt, wenn das Unternehmen offensichtlich eine zu geringe oder Mehrmenge geliefert hat. Unterlässt der Bauherr in diesen Fällen die rechtzeitige Mitteilung, kann er die entsprechenden Mängel bzw. Mehrmengen bei den Ausbaupaketen nicht mehr geltend machen."

7. (...)

OLG Koblenz, Urteil vom 02.03.2017, Az.: 2 U 296/16; BauR 2017, 2178 = IBR 2017, 435 und 436

6. Schadensberechnung und Vorteilsausgleich bei Rücktritt wegen Zahlungsverzugs

1. Die Pflichten der Parteien eines Bauträgervertrags sind einheitlich am Ort des zu errichtenden Bauwerks zu erfüllen. Damit sind die deutschen Gerichte auch für Zahlungsansprüche gegen einen nicht in Deutschland wohnenden Erwerber international zuständig.
2. Ist der Bauträger wegen Zahlungsverzugs des Erwerbers vom Vertrag zurückgetreten, so ist sein Mehrerlös aus dem Deckungsverkauf des Vertragsobjekts sowohl auf seinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 281 Abs. 1 BGB als auch auf den Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 284 BGB anzurechnen, nicht hingegen auf die entstandenen Verzugszinsen.

Kammergericht, Urteil vom 26.09.2017, Az.: 21 U 9/17; BauR 2017, 2222 = NJW-RR 2017, 1296 = NZBau 2017, 727

G. Wohnungseigentumsrecht

1. Regelung der Gartennutzung im Wohnungseigentum durch das Gericht

- 1a. Die Zuweisung im Gemeinschaftseigentum stehender Flächen an einzelne Wohnungseigentümer zur ausschließlichen Nutzung begründet auch dann ein Sondernutzungsrecht und erfordert daher eine Vereinbarung im Sinne von § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG, wenn alle Wohnungseigentümer eine gleichwertige Fläche zur allei-

nigen Nutzung erhalten (Fortführung von Senat, Beschluss vom 20. September 2000, V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 167 f.).

- 1b. Eine Regelung, die im Interesse eines geordneten Gebrauchs des Gemeinschaftseigentums dessen turnusmäßige Nutzung durch einzelne Wohnungseigentümer vorsieht, führt dagegen grundsätzlich nicht zu einem (befristeten) Sondernutzungsrecht; sie kann daher durch (Mehrheits-) Beschluss getroffen werden.
2. Eine Vereinbarung kann durch eine gerichtliche Entscheidung nach § 21 Abs. 8 WEG ersetzt werden, wenn einem Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG ein Anspruch auf ihren Abschluss zusteht, die übrigen Wohnungseigentümer diesen nicht erfüllen und bei ihrer inhaltlichen Ausgestaltung Spielraum besteht.

BGH, Urteil vom 08.04.2016, Az.: V ZR 191/15; NJW 2017, 64

2. Instandhaltung

Wird einem Sondereigentümer in der Gemeinschaftsordnung eine Instandsetzungs- oder Instandhaltungspflicht übertragen, hat er im Zweifel auch die ihm dadurch entstehenden Kosten zu tragen.

BGH, Urteil vom 28.10.2016, Az.: V ZR 91/16; BauR 2017, 928 = NJW 2017, 1167

3. Auswirkungen baulicher Maßnahmen am Sondereigentum auf den optischen Gesamteindruck des Gebäudes

1. Ein nach § 14 Nr. 1 WEG nicht hinzunehmender Nachteil liegt im Grundsatz auch vor, wenn eine bauliche Maßnahme am Sondereigentum auf den optischen Gesamteindruck des Gebäudes ausstrahlt und diesen erheblich verändert.
2. Diese Feststellung erfordert einen Vorher-Nachher-Vergleich, bei dem in werten-der Betrachtung der optische Gesamteindruck des Gebäudes vor der baulichen Maßnahme dem als Folge der baulichen Maßnahme entstandenen optischen Gesamteindruck gegenüberzustellen ist.
3. Auf bauliche Maßnahmen am Sondereigentum, die nur wegen ihrer Ausstrahlung auf den optischen Gesamteindruck des Gebäudes für andere Wohnungseigentümer einen Nachteil darstellen, sind die Vorschriften des § 22 Abs. 2 und 3 WEG entsprechend anzuwenden. Handelt es sich bei der Maßnahme am Sondereigentum um eine Modernisierung oder modernisierende Instandsetzung, genügt es daher, wenn die in den genannten Vorschriften jeweils bestimmte Mehrheit der Wohnungseigentümer zustimmt.

BGH, Urteil vom 18.11.2016, Az.: V ZR 49/16; BauR 2017, 1252 = NJW 2017, 2184 = ZfBR 2017, 446

4. An wen muss der Bauträger den Energieausweis herausgeben?

Die Wohnungseigentümergeinschaft hat gegen den Bauträger einen Anspruch auf Herausgabe einer Kopie des Energieausweises. Die Herausgabe kann bei geborener

oder gekorener Ausübungszuständigkeit des Verbands nur an den Verwalter und nicht an die einzelnen Wohnungseigentümer verlangt werden.

OLG Stuttgart, Urteil vom 16.11.2016, Az.: 3 U 98/16; IBR 2017, 257

I. AGB-Recht

1. Einseitiges Leistungsbestimmungsrecht in AGB des Verwenders im Leasingvertrag

1. (...)

2. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen darf sich deren Verwender ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht grundsätzlich nur vorbehalten, wenn dafür ein berechtigtes Interesse besteht. Das setzt voraus, dass gewichtige (Sach-)Gründe dies rechtfertigen, dass die Voraussetzungen und der Umfang des Leistungsbestimmungsrechts tatbestandlich hinreichend konkretisiert sind und dass die berechtigten Belange des anderen Teils ausreichend gewahrt werden (Fortführung des Senatsurteils vom 20. Juli 2005, VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11, 26 f. mwN). Diesen aus § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB abzuleitenden Anforderungen wird die in formularmäßigen Leasingbedingungen enthaltene Rückgabeklausel "Nach Beendigung des Leasingvertrages hat der Leasingnehmer auf eigene Kosten und Gefahr das Leasingobjekt entweder an eine vom Leasinggeber zu benennende Anschrift in der Bundesrepublik Deutschland, anderenfalls an den Sitz des Leasinggebers zu liefern oder auf Weisung des Leasinggebers kostenpflichtig zu entsorgen. [...]" nicht gerecht.

BGH, Urteil vom 18.01.2017, Az.: VIII ZR 263/15; NJW 2017, 1301

2. Architekt kann Baumangelbeseitigung nicht an sich ziehen!

Die von einem Architekten als Allgemeine Geschäftsbedingung gestellte Vertragsbestimmung in einem Architektenvertrag: "Wird der Architekt wegen eines Schadens am Bauwerk auf Schadensersatz in Geld in Anspruch genommen, kann er vom Bauherrn verlangen, dass ihm die Beseitigung des Schadens übertragen wird." ist wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 09.04.1981 - VII ZR 263/79, BauR 1981, 395).

BGH, Urteil vom 16.02.2017, Az.: VII ZR 242/13; BauR 2017, 1061 = NJW 2017, 1669 = NZBau 2017, 555 = ZfBR 2017, 350 = IBR 2017, 204

3. Zur Inhaltskontrolle von Bauvertrags-AGB

Die von einem Auftraggeber in einem Bauvertrag gestellten Formulklauseln

„Die Parteien vereinbaren - unabhängig von einer Ausführungsbürgschaft - den Einbehalt einer unverzinslichen Sicherheitsleistung durch den Auftraggeber in Höhe von 5 % der Brutto-Abrechnungssumme für die Sicherstellung der Gewährleistung einschließlich Schadensersatz und die Erstattung von Überzahlungen.

Der Auftragnehmer ist berechtigt, den Sicherheitseinbehalt gegen Vorlage einer unbefristeten, selbstschuldnerischen und unwiderruflichen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder Versicherung abzulösen; frühestens jedoch nach vollständiger Beseitigung der im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel oder fehlender Leistungen.“

sind bei der gebotenen Gesamtbeurteilung wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (Fortführung von BGH, Urteil vom 13. November 2003, VII ZR 57/02, BGHZ 157, 29).

BGH, Urteil vom 30.03.2017, Az.: VII ZR 170/16; BauR 2017, 1202 = NJW 2017, 1941 = NZBau 2017, 275 = ZfBR 2017, 456 = ZIP 2017, 975 = IBR 2017, 316

4. Unwirksamkeit einer die Preisanpassung nach § 313 BGB ausschließenden AGB-Klausel

Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eines Einheitspreis-Bauvertrags enthaltene Klausel

"Die dem Angebot des Auftragnehmers zugrunde liegenden Preise sind grundsätzlich Festpreise und bleiben für die gesamte Vertragsdauer verbindlich."

benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist daher unwirksam.

BGH, Urteil vom 20.07.2017, Az.: VII ZR 259/16; BauR 2017, 1995 = NJW 2017, 2762 = NZBau 2018, 29 = ZfBR 2017, 672 = IBR 2017, 481

5. Werkunternehmer kann Vorauszahlung per AGB-Klausel verlangen!

1. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Werkunternehmers kann eine Vorleistungspflicht des Bestellers wirksam vereinbart werden, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, der auch bei Abwägung mit den hierdurch für den Besteller entstehenden Nachteilen Bestand hat. Dabei können insbesondere die Aufwendungen eine Rolle spielen, die der Unternehmer bereits vor dem eigentlichen Leistungsaustausch erbringen und finanzieren muss.
2. Bei einem Werkvertrag besteht die Leistung des Unternehmers regelmäßig nicht nur in der Ausführung der Leistung, sondern auch in der Planung. Es ist daher nicht unangemessen, die Planungskosten bei der Ermittlung der Gesamtaufwendungen, die auf die konkrete Leistung bezogen sind und die der Unternehmer vor Ausführung der Leistung finanzieren muss, zu berücksichtigen.

BGH, Urteil vom 25.07.2017, Az.: X ZR 71/16; NJW 2017, 3297 = IBR 2017, 682

6. Wirksamkeit einer formularmäßig vereinbarten Sicherungsabrede über eine dem Auftragnehmer zur Ablösung eines Gewährleistungseinhalts auferlegte Bürgschaft mit einem gegenüber dem Bürgen unzulässigen Regelungsinhalt

Eine in einem Vertrag über Bauleistungen formularmäßig vereinbarte Sicherungsabrede, die es dem Auftragnehmer auferlegt, zur Ablösung eines Gewährleistungsein-

behalts eine Bürgschaft mit einem gegenüber dem Bürgen unzulässigen Regelungsinhalt (hier: formularmäßiger Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit, der auch unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen des Hauptschuldners umfasst) zu stellen, benachteiligt den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

BGH, Urteil vom 24.10.2017, Az.: XI ZR 600/16; BauR 2018, 521 = ZIP 2017, 2406 = IBR 2018, 76

7. Umlage von Baustrom/-wasser unzulässig!?

Eine vom Auftraggeber vorformulierte Bauvertragsklausel, wonach von der Schlussrechnung des Auftragnehmers für die Bereitstellung und Inanspruchnahme von Baustrom- und Bauwasseranschlüssen, für den Verbrauch von Wasser und Strom sowie für die Mitbenutzung der Wasch- und Toilettenanlagen ein Betrag in Höhe von 1,8% der Nettoauftragssumme abgezogen werden, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.

OLG Hamburg, Urteil vom 04.12.2013, Az.: 13 U 1/09 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.06.2016, Az.: VII ZR 3/14); IBR 2017, 183

8. Formularmäßiger Verzicht auf Einrede der Anfechtung: Sicherungsabrede unwirksam!

Eine Sicherungsabrede, die einen formularmäßigen Verzicht auf die Einreden der Anfechtung, der Aufrechnung sowie der Rechte aus § 776 BGB enthält, benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders unter Verstoß gegen Treu und Glauben unangemessen und ist daher unwirksam.

OLG München, Urteil vom 03.06.2014, Az.: 9 U 3404/13 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 02.11.2016, Az.: VII ZR 158/14); IBR 2017, 23

9. Kurze Verjährung mit "Paketlösung" durchgesetzt: Klausel ausgehandelt!

1. Hat sich der Auftragnehmer im Gegenzug mit der Vereinbarung einer zweijährigen Gewährleistungsfrist dazu bereit erklärt, auf eine Sicherheit nach § 648a BGB zu verzichten, stand die Länge der Gewährleistungsfrist ernsthaft zur Disposition und wurde individuell ausgehandelt, wenn sich der Auftragnehmer auch auf eine fünfjährige Gewährleistungsfrist eingelassen hätte.
2. Der Umstand, dass eine ausgehandelte Klausel bereits im Vertragsentwurf enthalten war, steht der Annahme einer individuellen Vereinbarung nicht entgegen.

OLG München, Beschluss vom 26.08.2015, Az.: 27 U 520/15 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 11.05.2016, Az.: VII ZR 229/15); IBR 2017, 48

10. Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bauherrn in das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Nachunternehmer; keine Anwendung des § 362 HGB auf Werkverträge

1. Verweist der Auftraggeber bei der Beauftragung des Nachunternehmers auf seitens des Bauherrn (Hauptauftraggeber) gestellte und für das Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Hauptauftraggeber gültige allgemeine Geschäftsbedingungen und fügt er diese dem eigenen, an den Nachunternehmer gerichteten Auftragsschreiben mit der Erklärung bei, diese seien Grundlage der Beauftragung, so werden diese wirksam in das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Nachunternehmer einbezogen, wenn der Nachunternehmer ein sich hierauf beziehendes Beauftragungsschreiben unterzeichnet.

2. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.02.2016, Az.: I-21 U 100/15; BauR 2017, 1031

11. Stundenlohnarbeiten ohne Auftrag ausgeführt: Nur notwendige Leistungen werden vergütet!

1. Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, wonach Stundenlohnarbeiten nur geleistet werden dürfen, wenn sie schriftlich besonders angeordnet worden sind, benachteiligt den Auftragnehmer nicht unangemessen und ist wirksam.

2. (...)

OLG München, Urteil vom 27.04.2016, Az.: 28 U 4738/13 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 20.04.2017, Az.: VII ZR 141/16); BauR 2017, 1741 = IBR 2017, 486

12. Bindet ein Vergleich mit dem Auftraggeber auch den Nachunternehmer?

1. (...)

3. Die sog. "Quasiunterbrechung" in § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B benachteiligt den (Nach-)Unternehmer auch dann nicht unangemessen, wenn die Gewährleistungsfrist für Mängel auf fünf Jahre und drei Monate verlängert wird.

OLG München, Beschluss vom 16.06.2016, Az.: 28 U 882/16 Bau; IBR 2017, 309

13. Wirksamkeit formularmäßiger Verjährungsverlängerung für Fassadenarbeiten

Die Verlängerung der Gewährleistungsfrist für die Dichtigkeit einer Fassade auf zehn Jahre und drei Monate in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers ist nicht wegen unangemessener Benachteiligung des Bauunternehmers wirksam.

OLG Köln, Urteil vom 28.07.2016, Az.: 7 U 179/15; NZBau 2017, 82 = IBR 2016, 639

14. Verbotene Abrechnung von Pausenzeiten beim Stundenlohnvertrag

1. Eine Vertragsklausel, die es einer Partei gestattet, in beliebigem Umfang nichts zu tun (hier: Einhaltung von Pausenzeiten), dafür aber trotzdem eine Gegenleistung erhält, ist unwirksam.
2. Eine Vertragsklausel, die es dem Verwender erlaubt, ab 17.00 Uhr unabhängig von der bisherigen Einsatzzeit Überstundenzuschläge zu berechnen, benachteiligt den Vertragspartner unangemessen und ist unwirksam.
3. Der Werkunternehmer hat seine Leistung wirtschaftlich zu organisieren.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 12.08.2016, Az.: 5 U 35/14; BauR 2017, 565 = IBR 2016, 644

15. Preisanpassung

Vereinbaren die Parteien die Klausel „Die dem Angebot des Auftragnehmers zu Grunde liegenden Preise sind grundsätzlich Festpreise und bleiben für die gesamte Vertragsdauer verbindlich“, so wird die Preisanpassungsmöglichkeit des § 2 Abs. 3 VOB/B bei Geltung der VOB/B im Übrigen ausgeschlossen. Eine solche Klausel hält der Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB stand, da weitergehende Ansprüche auf Preisanpassung gem. § 313 BGB bzw. Schadensersatz gem. §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB nicht ausgeschlossen sind.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.10.2016, Az.: 22 U 79/16; BauR 2017, 727 = IBR 2016, 683

16. Keine Abnahme durch Ingebrauchnahme bei erkennbar geäußerten Beanstandungen

1. Eine als Allgemeine Geschäftsbedingung anzusehende Klausel, nach der die (Teil-)Abnahme allein und damit unweigerlich an die tatsächliche Ingebrauchnahme des Vertragsgegenstands knüpft, ist unwirksam.
2. Eine konkludente Abnahme durch Ingebrauchnahme ist ausgeschlossen, wenn der Besteller durch das Erheben von Beanstandungen erkennen lässt, dass er das Werk nicht als vertragsgemäß gelten lässt.

OLG Koblenz, Urteil vom 19.10.2016, Az.: 5 U 458/16; BauR 2017, 895 = IBR 2016, 700

17. Verpflichtung zum Vorbehalt der Vertragsstrafe bei der Abnahme durch AGB nicht abdingbar

1. Die Verpflichtung zum Vorbehalt einer Vertragsstrafe bei der Abnahme ist nur durch Individualvereinbarung, nicht aber durch Allgemeine Geschäftsbedingungen vollständig abdingbar.
2. (...)

OLG Celle, Urteil vom 26.10.2016, Az.: 7 U 27/16; BauR 2017, 1045 = IBR 2017, 16

18. Keine Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Erstverwalter!

1. Eine vom Bauträger in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen des notariellen Erwerbsvertrags verwendete Klausel, nach der die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Verwalter oder durch einen von ihm zu bestimmenden Bau fachmann erklärt wird, ist gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.
2. Wird neben dem Verwalter auch ein Sachverständiger bevollmächtigt, macht das die Abnahmeklausel nicht wirksam, sondern erst recht unwirksam, weil dadurch die Abnahme dem Erwerber noch weiter entzogen wird.

OLG München, Urteil vom 06.12.2016, Az.: 28 U 2388/16 Bau; BauR 2017, 1041 = IBR 2017, 81

19. Förmliche Abnahme vorgesehen: VOB/B nicht "als Ganzes" vereinbart!

1. Der Kündigungstatbestand des § 6 Abs. 7 VOB/B benachteiligt den Unternehmer nicht unangemessen gemäß § 307 Abs. 1 BGB. Diese Bestimmung ist somit auch dann wirksam, wenn die VOB/B nicht als Ganzes in einen Bauvertrag einbezogen sind.
2. (...)

Kammergericht, Urteil vom 10.01.2017, Az.: 21 U 14/16; BauR 2017, 1204 = ZfBR 2018, 52 = IBR 2017, 120 (aufgehoben durch BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17, BauR 2018, 242, nicht jedoch zu diesem Punkt)

20. Vertragsstrafe über mindestens 520 Euro pro Tag ist unwirksam!

Die folgende Vertragsstrafenregelung hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB nicht stand und ist daher in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam:

"Überschreitet der Auftragnehmer die Vertragstermine (Zwischen- und Endtermine) schuldhaft, ist eine Vertragsstrafe von 0,3% der Nettoabrechnungssumme, jedoch mindestens 520,00 Euro je Werktag und nicht fertig gestellter Wohneinheit vereinbart, höchstens jedoch 5% der Nettoauftragssumme."

Die Regelung stellt nicht sicher, dass der Tagessatz der Vertragsstrafe nicht die in der Rechtsprechung anerkannte Höchstgrenze von 0,3% der Nettoabrechnungssumme überschreitet.

Kammergericht, Beschluss vom 23.02.2017, Az.: 21 U 126/16; BauR 2017, 1539 = NJW-RR 2018, 24 = NZBau 2018, 46 = IBR 2017, 364

21. Unwirksame Klauseln in Fertighausverträgen

1. (...)

2. In einem Fertighausvertrag sind wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 4 und § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB folgende Bestimmungen unwirksam:

"Werden aus baurechtlichen Gründen oder weil sich DIN-Normen oder diesen vergleichbare technische Vorgaben geändert haben, Änderungen erforderlich, so kann das Unternehmen diese vornehmen, sofern hierdurch keine Wertminderung eintritt und diese Änderungen für den Bauherren zumutbar sind."

"Der endgültige Preis wird dann anhand der jeweils gültigen Preisliste vom Unternehmen festgelegt."

"Werden aufgrund behördlicher Auflagen Leistungsänderungen erforderlich, trägt der Bauherr die dadurch eventuell entstehenden Mehrkosten."

3. (...)

4. In einem Fertighausvertrag sind wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 5, § 309 Nr. 2 und § 307 Abs. 1 Satz 1, § 307 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB folgende Bestimmungen unwirksam:

"Falls eine förmliche Abnahme aus Gründen, die der Bauherr zu vertreten hat, unterbleibt, gelten die Leistungen des Unternehmens als abgenommen mit Ablauf von 12 Tagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistungen."

"Hat der Bauherr das Haus oder einzelne Räume in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme nach Ablauf von sechs Tagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt, sofern nichts anderes schriftlich vereinbart ist."

5. In einem Fertighausvertrag sind folgende Bestimmungen nach § 309 Nr. 2, § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam:

"Der Bauherr ist verpflichtet, spätestens acht Wochen vor dem vorgesehenen Beginn der Arbeiten seine Darlehensauszahlungsansprüche gegenüber der das Bauvorhaben finanzierenden Bank, dem Kreditinstitut oder dem Versicherungsunternehmen an das Unternehmen abzutreten. Die Abtretung erfolgt zur Absicherung aller sich aus dem vorliegenden Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen des Bauherrn gegenüber dem Unternehmen. Der Bauherr wird sein Finanzierungsinstitut anweisen, die Darlehensvaluta gemäß den im Darlehensvertrag und im Hausvertrag vereinbarten Bedingungen an das Unternehmen auszuzahlen."

Ziffer 2. wird aufgrund des Klauselumfangs nur gekürzt und sinngemäß wiedergegeben: "Soweit der Bauherr die Vergütung aus vorhandenem Eigenkapital erbringt, ist dieses auf ein gesondert einzurichtendes Bankkonto einzuzahlen und der Anspruch auf Auszahlung zur Sicherheit an das Unternehmen abzutreten."

6. In einem Fertighausvertrag, der auch die Lieferung sog. "Ausbaupakete", die der Verbraucher in Eigenleistungen verbaut, vorsieht, ist folgende Bestimmung nach § 309 Nr. 8b) ee), § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam:

"Offensichtliche Mängel gelieferter Ausbaupakete müssen die Bauherren dem Unternehmen unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb einer Woche nach Lieferung schriftlich mitteilen. Dasselbe gilt, wenn das Unternehmen offensichtlich eine zu

geringe oder Mehrmenge geliefert hat. Unterlässt der Bauherr in diesen Fällen die rechtzeitige Mitteilung, kann er die entsprechenden Mängel bzw. Mehrmengen bei den Ausbaupaketen nicht mehr geltend machen."

7. (...)

OLG Koblenz, Urteil vom 02.03.2017, Az.: 2 U 296/16; BauR 2017, 2178 = IBR 2017, 321, 435 und 436

22. Freie Kündigung: 10% Schadensersatz!

1. (...)

4. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers, die den Besteller bei einer Kündigung zur Zahlung eines auf 10 % der Gesamtkosten pauschalierten Schadensersatzes verpflichtet, benachteiligt den Besteller nicht wegen unangemessener Höhe der Pauschale.

5. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2017, Az.: 21 U 106/16; NZBau 2017, 605 = IBR 2017, 546

23. Mehrmengen über 110%: AGK-Zuschlag trotz Schlusszahlungsmitteilung!

Trotz Schlusszahlungsmitteilung kann noch eine Preisanpassung gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B zu Allgemeinen Geschäftskosten mit Erhöhung entsprechend der Prozentangabe des EFB-Preisblatts durchgesetzt werden, wenn wegen der Vereinbarung der ZVB/E StB 2011 die VOB/B nicht als Ganzes in den Vertrag einbezogen worden ist.

OLG Dresden, Urteil vom 05.09.2017, Az.: 4 U 551/17; IBR 2017, 608

J. Prozessrecht (einschließlich Schiedsgutachtenverfahren)

I. Allgemeines Prozessrecht

1. Abruf einer Nebenleistung stellt keine vergütungspflichtige Leistungsänderung dar; Streitverkündung zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen

1. (...)

3. Streitet ein Bauunternehmer einerseits mit seinem Auftraggeber und andererseits mit seinem Nachunternehmer in unterschiedlichen Prozessen wegen der gleichen angeblichen Leistungsänderungen um einen Vergütungsnachtrag, so ist zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen in beiden Rechtsstreitigkeiten eine Streitverkündung des Bauunternehmers an die jeweils nicht beteiligte Partei zulässig.

4. (...)

Kammergericht, Urteil vom 09.05.2017, Az.: 21 U 97/15; BauR 2017, 1698 = NJW 2017, 3530 = NZBau 2017, 719 = IBR 2017, 539

II. Schiedsverfahrensrecht

1. *Ein Vertragsbeirat ist kein Schiedsgericht!*

Die Vollstreckbarerklärung eines erlassenen "Teil-Schiedsurteils" gem. § 1060 ZPO setzt voraus, dass es sich bei der Entscheidung um einen in einem schiedsrichterlichen Verfahren i.S.d. §§ 1025 ff. ZPO erlassenen Schiedsspruch handelt, dem unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils zukommt (hier verneint).

OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.02.2017, Az.: 26 Sch 6/16; IBR 2017, 290

K. Selbständiges Beweisverfahren

I. Verfahrensrecht (bis Beweisbeschluss) einschl. Verjährung

1. *Frage nach Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik ist zulässig!*

1. Im selbständigen Beweisverfahren ist regelmäßig nicht zu prüfen, inwieweit die gestellten Fragen Bedeutung für ein Hauptsacheverfahren haben.
2. Zu dem im selbständigen Beweisverfahren feststellbaren Zustand einer Sache zählt auch, wie eine Leistung fachmännisch einzuordnen ist und ob sie den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht.
3. Die allgemein formulierte Fragestellung, ob eine bestimmte Ausführungsart im Hinblick auf eine gerügte Mangelercheinung den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht oder ob im Zusammenhang hiermit die einschlägigen DIN-Vorschriften eingehalten sind, ist zulässig.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.01.2017, Az.: 15 W 170/16; IBR 2017, 174

2. *Unzulässiger Wechsel des Beitritts eines Streithelfers im selbständigen Beweisverfahren*

Ein rechtliches Interesse für den Streithelfer im selbständigen Beweisverfahren für einen Beitritt aufseiten des Antragstellers fehlt, wenn zu diesem keine vertragliche oder sonstige Beziehung besteht, die eine Haftung des Streithelfers gegenüber dem Antragsteller begründen könnte.

OLG München, Beschluss vom 26.01.2017, Az.: 9 W 69/17 Bau; NJW-RR 2017, 723 = NZBau 2017, 354 = IBR 2017, 235

3. *Selbständiges Beweisverfahren: Zulässigkeit*

1. Die Beweisaufnahme im selbständigen Beweisverfahren ist nur über Tatsachenbehauptungen zulässig. Die Frage nach dem Vorliegen von Mängeln ist folglich als Rechtsfrage unzulässig.
2. Ein nicht hinreichend substantiierter Beweisantrag würde zur unzulässigen Ausforschung führen und ist aus diesem Grund unzulässig.

OLG Bamberg, Beschluss vom 12.06.2017, Az.: 1 W 51/17; BauR 2017, 2033

II. Durchführung und Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens

1. *Fehlende Urkunden im selbständigen Beweisverfahren*

Die Ablehnung einer im selbständigen Beweisverfahren begehrten Anordnung der Urkundenvorlegung gemäß § 142 Abs. 1 ZPO ist nicht mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar.

BGH, Beschluss vom 29.11.2016, Az.: VI ZB 23/16; BauR 2017, 767

III. Kosten

1. *Vorschuss nicht eingezahlt: Antragsteller trägt Kosten des selbständigen Beweisverfahrens*

Der Antragsteller hat in entsprechender Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO grundsätzlich die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu tragen, wenn er den angeforderten Auslagenvorschuss, von dessen Einzahlung das Gericht die Beweiserhebung abhängig gemacht hat, trotz Erinnerung seitens des Gerichts nicht einzahlt und eine Beweiserhebung deshalb unterbleibt. Ist kein Hauptsacheverfahren anhängig, in dem diese Kostenfolge ausgesprochen wird, und haben die Parteien sich über die Kosten nicht geeinigt, ergeht eine solche Kostenentscheidung auf Antrag im selbständigen Beweisverfahren.

BGH, Beschl. v. 14.12.2016, Az.: VII ZB 29/16; BauR 2017, 591 = ZfBR 2017, 244 = IBR 2017, 110

2. *Streithelfer des Antragsgegners kann Antragsteller zwingen, Klage in der Hauptsache gegen den Antragsgegner zu erheben*

1. Auch ein Streithelfer des Antragsgegners im selbständigen Beweisverfahren kann grundsätzlich die Anträge gemäß § 494a Abs. 1 und 2 ZPO (indes allein bezogen auf eine Klage gegen den Antragsgegner selbst) stellen, es sei denn, solche Anträge werden vom Streithelfer gegen den Willen des Antragsgegners gestellt. Da die Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren zulässig ist, der Streithelfer sogar eigene Sachanträge stellen kann, ist es folgerichtig, die Grundsätze, die im Verhältnis zwischen Antragsteller und Antragsgegner gelten, auch auf den Streithelfer anzuwenden. Das heißt zugleich, dass der Streithelfer den Antragsteller analog § 494a Abs. 1 ZPO zwingen kann, Klage in der Hauptsache gegen den

Antragsgegner zu erheben, weil er ein berechtigtes Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis zwischen Antragsteller und Antragsgegner in einem Hauptprozess geklärt wird.

2. Kommt der Antragsteller innerhalb der ihm gesetzten Frist der Erhebung der Klage zur Hauptsache nicht nach, besteht für den Streithelfer analog §§ 494a Abs. 2, 101 Abs. 1 ZPO die Möglichkeit, zu einem eigenen Kostentitel gegen den Antragsteller zu kommen.
3. Der Streithelfer des Antragsgegners kann nicht auf der Grundlage des § 494a ZPO beantragen, eine Frist zur Klageerhebung gegen ihn - den Streithelfer selbst - anzuordnen.
4. Ein Antrag des Streithelfers im selbständigen Beweisverfahren auf Setzung einer Frist zur Klageerhebung gemäß § 494a ZPO kann unter Umständen dahingehend verstanden bzw. ausgelegt werden, dass er sich auf die (zusätzliche) Fristsetzung für eine Klage des Antragstellers gegen den Streithelfer des Antragsgegners selbst bezieht.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.03.2016, Az.: 22 W 6/16 und 22 W 7/17; BauR 2017, 1242 = IBR 2017, 356

3. *Isolierte Kostenentscheidung bei unzulässigem Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens*

Über einen als unzulässig zurückgewiesenen Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens kann eine isolierte Kostenentscheidung ergehen. Das gilt auch dann, wenn zwar ein Hauptsacheverfahren anhängig ist, der Antrag aber erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung in diesem eingereicht wird.

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 16.12.2016, Az.: 2 W 6/16; BauR 2017, 1086 = NJW-RR 2017, 573 = NZBau 2017, 356 = IBR 2017, 357

L. Insolvenzrecht

1. *Bindung des Insolvenzverwalters durch vorherige Vereinbarung über die Werklohnfähigkeit*

Haben die Parteien eines Werkvertrages vereinbart, dass die Fälligkeit des Werklohns von der Vorlage von Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Sozialkassen und der Bauberufsgenossenschaft abhängen soll, ist diese Vereinbarung nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bauunternehmers für den Verwalter bindend.

BGH, Urteil vom 15.12.2016, Az.: IX ZR 117/16; BauR 2017, 551 = NJW-RR 2017, 173 = NZBau 2017, 144 = IBR 2017, 63

M. Strafrecht/Schmiergeldzahlungen

1. Zur Beendigung der Bestechung oder Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr

1. Werden Bestechung oder Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr in der Form begangen, dass der Bestechende zunächst den Vorteil gewährt und der Bestochene sodann die im Wettbewerb unlauter bevorzugende Handlung vornimmt, so sind beide Taten beendet und beginnt damit die Frist für deren Verfolgungsverjährung zu laufen, wenn diese Handlung vollständig abgeschlossen ist.
2. Bestehen die bevorzugenden Handlungen nach der getroffenen Unrechtsvereinbarung in dem Abschluss und der Durchführung eines Vertrags, so tritt daher die Beendigung der Taten erst ein, wenn der Bestochene die letzte von ihm zur Vertragserfüllung bestimmte Leistung erbringt.
3. (...)

BGH, Urteil vom 18.05.2017, Az.: 3 StR 103/17; NJW 2017, 2565 = ZIP 1521
