

# Rechtsprechungsreport Baurecht 2022

Das waren die wichtigsten baurechtlichen Entscheidungen im vergangenen Jahr

Alena Wutz, GvW Hamburg

Marie-Christin Molitor, GvW Stuttgart

Melanie Eilers, GvW Hamburg

18. Januar 2022

**GW** Graf von Westphalen

## 1. Baustellenverbot führt nicht zum Verlust der Mängelansprüche

OLG Schleswig, Beschluss vom 29.07.2020 – 12 U 23/20 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen – VII ZR 123/20)

## 2. Auch ein funktionstauglicher Estrich kann mangelhaft sein

OLG Schleswig, Beschluss vom 29.07.2020 – 12 U 66/20 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen, VII ZR 325/20)

## 3. Zur Bestimmung des Leistungs-SOLL und Nachtragsvergütung

Fast identische Leistungsverzeichnisse und fehlende Anordnung des AG (OLG Hamm, Urt. v. 13.07.2017 – 24 U 11716, BGH, Beschl. v. 10.07.2019 – VII ZR 209/17, sowie KG, Urt. v. 07.09.2021 – 21 U 86/21)

## 4. Bemusterung

Wann stellt das im Bemusterungstermin ausgewählte Material die geschuldete Beschaffenheit dar? (BGH, Beschl. v. 26.02.2020 – VII ZR 89/19 und LG Bonn, Urt. v. 30.12.2020 – 1 O 471/18)

## 5. Entschädigungsanspruch erfordert bauablaufbezogene Darstellung

OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.08.2019 – 22 U 140/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen, VII ZR 196/19)

## 6. Wann sind Pläne zu übergeben (§ 642 BGB)

OLG Hamburg, Urteil vom 16.11.2018 – 1 U 40/17 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen, VII ZR 251/18)

# OLG Schleswig, Beschluss vom 29.07.2020 – 12 U 23/20

GW

- Sachverhalt
- Kernaussagen des Urteils
- Anmerkungen für die Praxis

Der AG beauftragt den AN mit der Neueindeckung eines Daches. Nach Abschluss der Arbeiten stellt ein bauseitiger Privatgutachter **erhebliche Mängel** fest, die einen **vollständigen Rückbau und die Neuherstellung des Daches** erforderlich machen.

Der AG fordert den AN unter Fristsetzung zur Beseitigung der Mängel auf und behält einen Teil des Werklohns ein. Der AN beginnt mit geringfügigen Nachbesserungsarbeiten, weist die gerügten Mängel jedoch im Wesentlichen zurück. Der AG untersagt dem AN die Fortführung der Nachbesserungsarbeiten und spricht ein **Baustellenverbot** aus. Später verlangt er erneut die Beseitigung der Mängel. Der AN bietet wiederum nur die Ausführung geringfügiger Nachbesserungsarbeiten an, was der AG ablehnt. Der AN wendet u. a. ein, der voraussichtliche Mangelbeseitigungsaufwand würde den vereinbarten Werklohn erheblich übersteigen.

Der AN erhebt Klage auf Zahlung des restlichen Werklohns, der AG verlangt widerklagend die Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung.

Das LG Kiel hat die Zahlungsklage des AN abgewiesen und der Vorschlussklage stattgegeben.

- Das OLG Schleswig **bestätigt** das Urteil des Landgerichts.
- Spricht der AG ein **Baustellenverbot** aus, führt dies nicht zu einem Verlust seines Nacherfüllungsanspruchs, insbesondere wenn der AG später erneut zur Mängelbeseitigung auffordert
- Ungeeignete Maßnahmen zur Mängelbeseitigung darf der AG ablehnen
- Kann das Werk nicht nachgebessert werden und besteht die Gefahr, dass die vorhandenen Fehler auf bisher nicht betroffene Teile des Werks übergreifen, kommt eine **Neuerstellung** in Betracht.
- Der Vorschussanspruch ist der Höhe nach nicht durch den Werklohn beschränkt

- Auch bei Verhängung eines Baustellenverbots **bleibt der AN zur Mangelbeseitigung verpflichtet**
  - Die Ablehnung der Mangelbeseitigung führt allenfalls zu Annahmeverzug des AG
    - Folge: Haftungserleichterungen zugunsten des AN, Ersatz von Mehraufwendungen
  - **Untaugliche Maßnahmen** muss der AG nicht dulden, er kann unmittelbar nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist Mängelrechte durchsetzen
- 
- **Haftung für Mängel (fast) grenzenlos**
  - Nacherfüllung kann nur verweigert werden, wenn sie dem Auftragnehmer nicht zugemutet werden kann oder mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist.
  - Bei berechtigtem Interesse des AG sind auch hohe Kosten nicht unverhältnismäßig, Relation zu Herstellungskosten ist nicht entscheiden

# OLG Schleswig, Beschluss vom 2.12.2020 – 16 U 66/20

GW

- Sachverhalt
- Kernaussagen des Urteils
- Anmerkungen für die Praxis



Der AG beauftragt den AN, in einem Wohnhaus Designestrich auszuführen. Gemäß der Leistungsbeschreibung soll der Estrich zur Bewehrung Stahldrahtfasern enthalten. Nach der Abnahme stellt der AG jedoch fest, dass der Estrich diese Fasern nicht enthält und fordert den AN zur Mangelbeseitigung auf. Nach fruchtlosem Fristablauf erhebt er Kostenvorschussklage, um den Estrich auszutauschen.

Der AN räumt das Fehlen der Stahldrahtfasern zwar ein, meint jedoch der Estrich sei dennoch gebrauchstauglich und hinreichend tragfähig. Außerdem sei ein vollständiger Austausch unverhältnismäßig teuer.

Das LG hat der Klage stattgegeben.



- Das OLG Schleswig **bestätigt** das Urteil des Landgerichts.
- Der Estrich ist mangelhaft, weil er der vertraglichen Vereinbarung nicht entspricht.
- Die **Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit** begründet einen Sachmangel auch dann, wenn **die Abweichung die Funktionstauglichkeit des Werkes nicht beeinträchtigt**.
- Der AN darf den Austausch auch nicht wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigern.
- Die Beweisaufnahme ergab, dass eine Bewehrung mit Stahldrahtfasern die **Stabilität sowie die Haltbarkeit des Estrichs** erhöht.
- Die vereinbarte Funktionstauglichkeit war daher nur durch eine (teure) Nachbesserung zu erreichen

- Auch **technisch einwandfreie Bauwerke** sind mangelhaft, wenn und soweit sie von der vereinbarten Beschaffenheit abweichen.
- Sogar eine **höherwertige Ausführung** kann einen Werkmangel begründen
- Wenn ein solcher Mangel die Funktionstauglichkeit oder Haltbarkeit gegenüber der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit mindert, kann der AN die Mangelbeseitigung **grundsätzlich nicht aus Kostengründen verweigern**.
  - uneingeschränkter Anspruch auf **Vertragserfüllung und Mängelbeseitigung** auch des übervorsichtigen Bauherrn

- Sachverhalt
- Kernaussagen des Urteils
- Anmerkungen für die Praxis



Der AG beauftragte den AN mit der Installation von Brandmeldeanlagen am Neubau einer Hochschule mit Standorten C und N. Grundlage der Angebotsabgabe war eine Leistungsbeschreibung des AG. Diese differenziert zwischen Los 1 (Standort N) und Los 2 (Standort C). Die Leistungsbeschreibung war in Form eines Leistungsverzeichnisses aufbereitet.

Das Leistungsverzeichnis für das Los 2 enthält die Position 02.03.0090 „Programmierung von Ringleitungselementen, 381,00 Stk“, welche der AN für einen Stückpreis von 25,00 EUR anbot. Diese Position ist in dem Leistungsverzeichnis für das Los 1 (N) nicht enthalten.

Die Programmierung der Ringleitungselemente ist zur Herbeiführung der ordnungsgemäßen Funktionalität der Brandmeldeanlage erforderlich.

Über die Programmierung von Ringleitungselementen für das Los 1 erstellte der AN einen Nachtrag. Diesen lehnte der AG mit der Begründung ab, die Leistung sei bereits vom Vertrag umfasst gewesen.

# Funktionaler Herstellungsbegriff als übergeordnetes Auslegungskriterium

- Vertragsauslegung maßgeblich zur Bestimmung des Bau-SOLL
- Vorrangiges Kriterium dabei ist die werkvertragliche Erfolgsverpflichtung des AN

# Funktionaler Herstellungsbegriff als übergeordnetes Auslegungskriterium

„Das werkvertragliche Verständnis der vereinbarten Beschaffenheit wird maßgeblich davon beeinflusst, welche Funktion das herzustellende Werk hat und welchen Zweck es erfüllen soll. Deshalb beschränkt sich die Herstellungspflicht des Auftragnehmers nicht auf die Abarbeitung des vereinbarten Leistungsverzeichnisses und die Einhaltung der vereinbarten Ausführungsart. Die Leistungsvereinbarung der Parteien wird überlagert von der Herstellungspflicht, die dahin geht, ein nach den Vertragsumständen zweckentsprechendes, funktionstaugliches Werk zu erbringen. Wenn eine Funktion nach dem Vertrag vorausgesetzt ist oder sogar vereinbart wird, dann muss der Auftragnehmer die Funktion herbeiführen. Das ist Gegenstand der Beschaffenheitsvereinbarung und damit der geschuldete Erfolg.“

## 1. Ergänzende Vertragsauslegung, §§ 133, 157 BGB

Beurteilung der Höhe der geschuldeten Leistung nach Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung, d.h. nach hypothetischem Parteiwillen

## 2. Außerdem: Vergütung nach § 2 Abs. 6 VOB/B

Es fehlt an einer im Vertrag nicht vorgesehenen zusätzlichen Leistung i.S.d. § 2 Abs. 6 VOB/B, aber: Treu und Glauben!

Ein Bauvertrag wird auf Grundlage eines vom AG erstellten Leistungsverzeichnisses geschlossen. Im Leistungsverzeichnis fehlt aus der Sicht des Unternehmers eine relevante Leistungsposition, die erforderlich ist, um das Bauwerk mangelfrei herzustellen.

Der AG verlangt die Ausführung dieser Leistung, erklärt aber ausdrücklich keine Leistungsänderung zu begehren, weil diese Leistung seiner Meinung nach bereits vom Vertrag umfasst ist.

Worauf kommt es an?



- Sachverhalt
- Kernaussagen des Urteils
- Anmerkungen für die Praxis



Der AG beauftragte den AN mit der Durchführung einer umfangreichen Sanierungsmaßnahme. Die Ausschreibungsunterlagen sahen dabei u.a. den Einbau von Sonderelementen aus Weißglas vor. Die für die **optische Wirkung maßgebliche Auswahlentscheidung der Beschichtung** dieses Glases sollte anhand eines **Bemusterungstermins** erfolgen.

In diesem Termin wurden aus Grünlas bestehende Glaselemente mit einer grauen Beschichtung vorgestellt. Der AG stimmt dem zu. Anschließend stellt der AN einen Nachtrag wegen höherer Kosten für die bemusterten Grünlaselemente.

Was ist das vertraglich geschuldete Bau-SOLL?

„Haben die Parteien einen Vertrag über die Herstellung und Lieferung von Glaselementen aus Weißglas geschlossen, führt allein der Umstand, dass anlässlich eines anschließenden **Bemusterungstermins zur Bestimmung der Oberflächenbeschichtung Glaselemente** aus Grünglas verwendet werden, nicht dazu, dass nunmehr "Grünglas" geschuldet ist.“

Der AN soll Basaltlavaplatten für die Erneuerung einer Fußgängerzone liefern. Nach dem Leistungsverzeichnis (LV) dürfen die Platten "keine Fehlfarben, störende Maserungen oder Einschlüsse" aufweisen, weshalb eine "Bemusterung vorab unbedingt erforderlich" ist.

In einem Bemusterungstermin legt der AN eine Musterplatte vor. Der AG stimmt zu.

Im Rahmen einer Koordinationsbesprechung vor Baubeginn legt der AN ein neues Muster vor, das im Hinblick auf Oberfläche und Farbe von dem ursprünglichen Muster abweicht. Aufgrund dessen wird das neue Muster vom AG abgelehnt.

Zu Recht?

# OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.08.2019 – 22 U 140/16

- Sachverhalt
- Kernaussagen des Urteils
- Anmerkungen für die Praxis



Der AN nimmt den AG auf Entschädigung von 3.000 EUR nach § 642 BGB in Anspruch und begründet das damit, dass 3 Mitarbeiter an 3 Tagen wegen fehlender Vorleistungen für jeweils 8 Stunden unproduktiv vorgehalten worden sind. Ein anderweitiger Einsatz sei nicht möglich gewesen.

Das LG hat die Klage abgewiesen, weil die Ausfallzeiten wegen der fehlenden Vorleistung vom AN nicht ausreichend nachgewiesen worden seien. Es fehle an einer **bauablaufbezogenen Darstellung der Verzögerung**. Der Vortrag des AN, dass es für die an dem Bauvorhaben beteiligte Kolonne keine parallel zu bearbeitende Baustelle gab, genügt diesen Anforderungen nicht.

Der AN legt Berufung ein.

- Das OLG Düsseldorf **bestätigt** das Urteil des Landgerichts.
- Zwar sei davon auszugehen, dass eine Behinderung wegen fehlender Vorleistungen und ein diesbezüglicher Annahmeverzug des AG bestand.
- ABER: Der AN habe nicht dargelegt, wie er den **Bauablauf geplant** habe (Einsatz der Arbeitskräfte). Dem sei der **tatsächliche Bauablauf** gegenüberzustellen. Desweiteren seien die **jeweiligen Behinderungstatbestände** und deren **tatsächliche Auswirkungen auf dem Bauablauf** darzulegen. Darzustellen seien darüber hinaus auch etwaige Möglichkeiten, andere Bauabschnitte vorzuziehen oder Arbeitskräfte anderweitig einzusetzen.
- Dem genüge der Vortrag des AN nicht.

- Die **Darlegungslast des AN** im Rahmen des § 642 BGB wird **verschärft**.
- Nach den Ausführungen des OLG Düsseldorf, muss der AN zu **jeder Behinderung** darlegen:
  - die konkret **unterlassene Mitwirkungshandlung**
  - die **Behinderungsanzeige bzw. Offenkundigkeit** (im VOB-Vertrag)
  - den sich daraus ergebenden **Annahmeverzug**
  - die sich daraus ergebenden **Auswirkungen auf den Bauablauf** (Gegenüberstellung Soll-/Ist-Bauablauf)
  - die fehlende Möglichkeit eines **anderweitigen Einsatzes**
- Damit ist auch bei § 642 BGB (faktisch) eine **bauablaufbezogene Darstellung** erforderlich (bisher nur bei § 6 Abs. 6 VOB/B).



## Ebenso

- OLG Celle, Urteil vom 04.03.2020 – 7 U 334/18 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen – VII ZR 45/20)

## Nicht bei absolutem Baustopp

- OLG Braunschweig, Urteil vom 15.06.2017 – 8 U 59/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen – VII ZR 156/17)

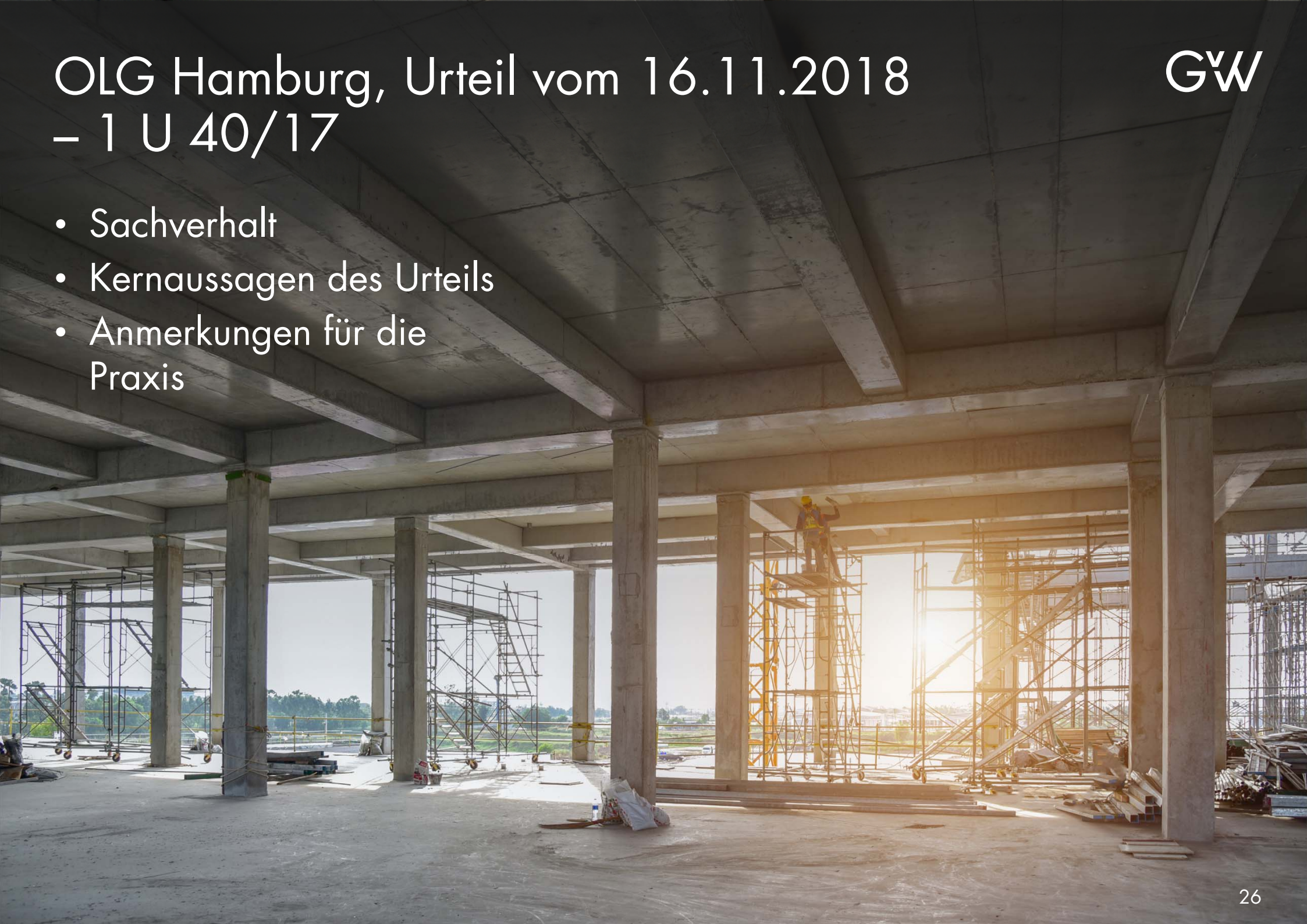
## Entschädigung ist kein Schadensersatz

- BGH, Urteil vom 27.10.2017 – VII ZR 16/17

# OLG Hamburg, Urteil vom 16.11.2018 – 1 U 40/17

GW

- Sachverhalt
- Kernaussagen des Urteils
- Anmerkungen für die Praxis



Der AG beauftragte den AN mit Leistungen des erweiterten Rohbaus. Der AN nimmt den AG wegen der Erstattung von Mehrkosten in Anspruch, die ihm aufgrund einer Bauzeitverlängerung entstanden sind.

Der AN begründet seinen Anspruch damit, dass der AG ihm die für die Leistungserbringung erforderlichen **Pläne (u.a. die Ausführungsplanung) nicht rechtzeitig vorgelegt** habe. Der AN bezieht sich zur Begründung der Verzögerung auf einen Vertragsterminplan. Das LG spricht dem AN eine Entschädigung wegen Bauzeitverlängerung zu.

Der AG legt dagegen Berufung ein.

- Das OLG Hamburg gibt dem AG **teilweise Recht**.
- Das Gericht verneint einen Mitwirkungsverzug des AG (Vorlage der Pläne).
- Der ursprüngliche Terminplan, auf den der AN sich beruft, stimme nicht mehr mit dem tatsächlichen (verzögerten) Bauablauf überein und habe sich deshalb „erledigt“.
- Ein aufgrund tatsächlicher Entwicklungen **überholter Bauzeitenplan könne keine Auskunft darüber geben, wann eine bestimmte Mitwirkungshandlung des AG erforderlich sei**.
- Der AN hätte darlegen müssen, wann er tatsächlich mit seinen Leistungen habe beginnen wollen und wann die Pläne dafür hätten vorliegen müssen.

- Bei der Frage nach der Rechtzeitigkeit einer Mitwirkungshandlung des AG im Rahmen des § 642 BGB kommt es auf den **tatsächlichen Bauablauf** und nicht auf vertraglich vereinbarte Termine an, wenn diese durch den tatsächlichen Bauablauf überholt wurden.
- Der AN muss mithin darlegen, **wann die konkrete Mitwirkungshandlung im tatsächlichen Bauablauf erforderlich war**, damit er seine Leistungen hätte erbringen können.
- **PRAXISTIPP:**
  - Es ist deshalb ratsam, bereits in der **Behinderungsanzeige** mitzuteilen, wann eine erforderliche Mitwirkungshandlung erfolgen muss, damit dem AN die termingerechte Ausführung möglich ist.
  - Soweit möglich sollten AG und AN bei Verzögerungen neue belastbare **Vereinbarungen zur Bauzeit** treffen bzw. neue Terminpläne erstellen.



**Melanie Eilers**

Partnerin

Fachanwältin für Bau- und  
Architektenrecht

GvW Graf von Westphalen  
Poststraße 9 – Alte Post  
20354 Hamburg

[m.eilers@gvw.com](mailto:m.eilers@gvw.com)

T +49 40 35922-113

F +49 40 35922-238



**Marie-Christin Molitor**

Associate

Fachanwältin für Bau- und  
Architektenrecht

GvW Graf von Westphalen  
Forststraße 7 – Bosch Areal  
70174 Stuttgart

[m.molitor@gvw.com](mailto:m.molitor@gvw.com)

T +49 711 250871-25

F +49 711 250871-99



**Alena Wutz, geb. Danilow**

Associate

GvW Graf von Westphalen  
Poststraße 9 – Alte Post  
20354 Hamburg

[a.wutz@gvw.com](mailto:a.wutz@gvw.com)

T +49 40 35922-136

F +49 40 35922-238

