

Mandanten-Rundbrief

- September 2025 -

Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser,

in dieser Ausgabe unseres Mandanten-Rundbriefes empfehlen wir Ihnen insbesondere den praxisrelevanten Beitrag zur Unwirksamkeit einer Sicherungsabrede, wodurch der Bürgschaftsanspruch entfallen kann (Seite 6).

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Helmerich Bornheim
Rechtsanwalt

Vangerowstraße 20
69115 Heidelberg
Tel.: 06221/91290
Fax: 06221/912929

Myliusstraße 14
60323 Frankfurt
Tel.: 069/72737415
Fax: 069/72737491

Finkenstraße 7
80333 München
Tel.: 089/38859720
Fax: 089/38859728

Inhalt

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	3
1.	Herausgabe der Gewährleistungsbürgschaft	3
2.	Keine pauschale Umlage der Verbrauchskosten	5
3.	Sicherungsabrede unwirksam – kein Bürgschaftsanspruch	6
4.	Umfasst das Pauschalhonorar auch eine verlängerte Bauüberwachung?	10
5.	Der Tiefbauer ist verpflichtet, den Verlauf der Rohrleitungen zu prüfen.	11
6.	Personal zu knapp? Kündigungsrisiko auf der Baustelle	13
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	17
1.	Öffentlich-rechtlicher Bestandsschutz bei Erhaltungsmaßnahmen	17
2.	Zu teure Planung (oberhalb einer verbindlich vereinbarten Kostenobergrenze) lassen Vergütungs- und Ersatzansprüche des Planers entfallen	17
3.	Verjährungsfrist für Schadensersatz wegen Mangelfolgeschaden	18
4.	Keine Mitarbeiter auf der Baustelle – Auftraggeber kann Aufstockung des Personals verlangen	18

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Herausgabe der Gewährleistungsbürgschaft

- a) Die Gewährleistungsbürgschaft ist spätestens herauszugeben, wenn Mängelansprüche verjährt sind.
- b) Das selbständige Beweisverfahren endet mit seiner sachlichen Erledigung. Dieser Zeitpunkt bestimmt sich danach, ob das Sachverständigengutachten mündlich oder schriftlich erstattet, ob es mündlich erläutert worden ist und ob das Gericht Stellungnahmefristen gesetzt bzw. eine Partei ohne Fristsetzung innerhalb eines angemessenen Zeitraums Einwendungen oder das Gutachten betreffende Anträge oder Ergänzungsfragen mitgeteilt hat.

OLG Schleswig, Urteil vom 12.02.2025 – 12 U 9/23

Sachverhalt:

B errichtete eine Wohnanlage und beauftragte K mit Rohbauarbeiten, wobei die VOB/B vereinbart wurde. Nachträglich wurden noch Stundenlohnarbeiten durchgeführt. Nach Abnahme der Leistungen am 30.06.2015 übergab K eine Gewährleistungsbürgschaft. Es kam zu mehreren Verfahren: Zunächst verteidigte sich die Beklagte gegen eine Werklohnklage eines Fensterbauers mit Mängelgewährleistungsansprüchen, der Klägerin verkündete sie in diesem Verfahren den Streit und leitete später gegen die hiesige Klägerin ein selbständiges Beweisverfahren zu Mängeln ein. Die Klägerin (K) fordert von der Beklagten (B) die Herausgabe einer Gewährleistungsbürgschaft. Die Beklagte behielt die Gewährleistungsbürgschaft mit dem Argument zurück, dass Mängelansprüche noch nicht erledigt bzw. verjährt seien.

Das LG Flensburg (16.12.2022 – 2 O 142/20)) hat der Klage auf Werklohn und Herausgabe der Bürgschaft vollumfänglich stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb in Bezug auf den Herausgabeantrag erfolglos.

Entscheidung:

Das OLG Schleswig entschied, dass die Auftraggeberin die Gewährleistungsbürgschaft herausgeben muss. Nach § 17 VIII Nr. 2 VOB/B ist eine solche Bürgschaft nach Ablauf der Verjährung der gesicherten Mängelansprüche zurückzugeben. § 17 VIII Nr. 2 S.2 VOB/B wurde von den Parteien abbedungen und als Rückgabezeitpunkt wurde die Verjährung der Mängelansprüche vereinbart. Im konkreten Fall war die Verjährung sämtlicher relevanter Mängelansprüche eingetreten: Die Rohbauleistungen waren am 30.06.2015 abgenommen worden, so dass die reguläre vierjährige Verjährungsfrist am 30.06.2019 endete. Die Verjährung wurde durch eine Streitverkündung und ein selbständiges Beweisverfahren zeitweise gehemmt, wobei das Gericht detailliert darlegte, zu welchem Zeitpunkt diese Hemmungen jeweils endeten. Ein selbständiges Beweisverfah-

ren ist (bereits) dann beendet, wenn die Beweissicherung sachlich erledigt ist (BGH NZBau 2011, 156).

Das wiederum bedeutet, dass das selbständige Beweisverfahren grundsätzlich mit dem Schluss des Beweisternins endet, in dem die gem. § 490 I ZPO beschlossene Beweisaufnahme durchgeführt und erledigt wird. Der Zeitpunkt der Protokollübermittlung ist irrelevant, da diese außerhalb der Beweisaufnahme liegt und nicht mehr zum Beweisverfahren gehört. Wird der Beweis im selbständigen Beweisverfahren durch einen Sachverständigen geführt und findet kein Termin zur Erläuterung des Gutachtens durch den Sachverständigen statt, endet das Verfahren mit der Übermittlung des Gutachtens an die Parteien, sofern weder das Gericht in Ausübung des ihm nach § 411 IV 2 ZPO eingeräumten Ermessens eine Frist gesetzt hat, noch die Parteien dem Gericht nach Erhalt des Gutachtens innerhalb eines angemessenen Zeitraums Einwendungen oder das Gutachten betreffende Anträge oder Ergänzungsfragen mitteilen. Erheben die Parteien rechtzeitig Einwände gegen das Gutachten, findet das selbständige Beweisverfahren ein Ende, wenn das Gericht erklärt, eine weitere Beweisaufnahme werde nicht stattfinden und die Parteien dagegen keine Einwände vorbringen. Wird das schriftliche Gutachten durch den Sachverständigen mündlich erläutert, endet die Beweisaufnahme und damit das Beweisverfahren mit dem Verlesen oder der Vorlage des Sitzungsprotokolls über die Vernehmung des Sachverständigen zur Durchsicht, und zwar auch dann, wenn die Beantwortung der Beweisfragen nicht umfassend oder ergiebig war.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass das selbständige Beweisverfahren mit Ablauf der letzten Frist bzw. gewährten Fristverlängerung für Stellungnahmen zum Gutachten als beendet gilt. Da keine weiteren fristverlängernden Maßnahmen erfolgten, war die Verjährung spätestens am 10.12.2022 eingetreten. Eine weitere Hemmung, etwa durch spätere Klageeinreichungen, trat nicht mehr ein. Damit bestand für die Auftraggeberin kein Recht mehr, die Bürgschaft weiter zurückzubehalten, auch nicht wegen angeblich noch offener Mängel. Das Gericht machte zugleich deutlich, dass auch die besonderen Regelungen der VOB/B, etwa zur Verlängerung der Verjährungsfrist bei nachträglichen Mängelbeseitigungsarbeiten, vorliegend nicht griffen, da es an den notwendigen Voraussetzungen – etwa der Abnahme solcher Nachbesserungen – fehlte. Folglich wurde die Beklagte zur Rückgabe der Bürgschaft verurteilt.

Praxishinweis:

Für beide Vertragsparteien im Bauprozess – insbesondere für Auftragnehmer (Unternehmer) und Auftraggeber (Bauherren) – gibt das Urteil wichtige Hinweise zum Umgang mit Gewährleistungsbürgschaften und zu den maßgeblichen Fristen: Die Abnahme setzt die Verjährung in Gang. Die Hemmung in einem selbständigen Beweisverfahren endet nicht erst mit einem förmlichen Gerichtsbeschluss, sondern bereits, wenn das Beweisverfahren „sachlich erledigt“ ist. Keine „ewige“ Sicherheit durch immer neue Mangelrügen. Das Urteil betont, dass nach Ablauf der Verjährungsfrist – unter Berücksichtigung aller Hemmungstatbestände – kein Sicherungsinteresse mehr besteht.

Rechtsanwältin Laura Roth
München

2. Keine pauschale Umlage der Verbrauchskosten

Die vom Besteller vorformulierte und dem Unternehmer gestellte Klausel, wonach der Besteller wegen der Kosten, die ihm für eine Bauwesenversicherung oder den Verbrauch von Strom und Wasser entstehen, zu einem pauschalen Abzug vom Vergütungsanspruch des Unternehmers berechtigt ist (hier in Höhe von 1,8 %), ist gemäß § 307 BGB unwirksam, da der Abzug keinen Bezug zu den tatsächlichen Kosten des Bestellers und zum tatsächlichen Verbrauch des Unternehmers hat.

KG, Urteil vom 11.02.2025 – 21 U 89/23

Sachverhalt:

Der Auftraggeber hat die Auftragnehmerin mit der Ausführung der Elektroinstallationen auf dem Bauvorhaben beauftragt. Es wurde die VOB/B vereinbart. In den vorformulierten Vertragsbedingungen des Auftraggebers heißt es unter § 2.7: „Auf die Kosten der vom AG abgeschlossenen Bauwesenversicherung sowie auf die Verbrauchskosten (z.B. Strom Wasser) und etwaigen Kosten für Messer und Zähler werden bei der Schlussrechnung pauschal 1,8 % der Auftragssumme vom Vergütungsanspruch des AN in Abzug gebracht.“ Aufgrund dieser Klausel hat der Auftraggeber 1,8 % von der Schlussrechnung der Auftragnehmerin einbehalten. Die Auftragnehmerin hat u. a. deswegen Klage auf Zahlung der noch offenen Werklohnforderung erhoben.

Entscheidung:

Die Auftragnehmerin hat insoweit Erfolg, als ein Abzug in Höhe von 1,8 % der Auftragssumme aufgrund der Kostenpauschale nicht vorgenommen werden darf. Bei der entsprechenden Klausel handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die die Auftragnehmerin unangemessen benachteiligt und daher gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist. Gemäß § 306 Abs. 1 BGB tritt an ihre Stelle die gesetzliche Regelung.

Im Unterschied zur ebenfalls vertraglich vereinbarten Nachlassklausel stellt die Umlage der Verbrauchskosten keine Preisvereinbarung dar. Auch wenn die Regelung rechnerisch wie eine Preisgestaltung erscheint – da sie, wie die Nachlassklausel, einen prozentualen Abschlag von der Vergütung vorsieht –, liegt ihr eine andere Zielrichtung zugrunde. Der Abzug soll nicht unbegründet erfolgen, sondern wird als pauschaler Ausgleich für bestimmte Kostenpositionen – insbesondere Versicherung, Strom und Wasser – verstanden, die im Zusammenhang mit der Projektdurchführung anfallen.

Ein prozentualer Abzug von der Vergütung, der sachlich durch einen Gegenanspruch – etwa auf Schadensersatz oder Kostenerstattung – gerechtfertigt ist, beeinflusst die Vergütung lediglich mittelbar. Dementsprechend handelt es sich nicht um eine Preisvereinbarung im engeren Sinne, sondern vielmehr um eine sogenannte „Preisnebenabrede“.

Diese Preisnebenabrede ist jedoch unwirksam. Der pauschale, verbrauchsunabhängige Abzug zur Deckung von Kosten für Versicherung, Strom und Wasser steht in keinem nachvollziehbaren Verhältnis zu den tatsächlichen Kosten, die dem Auftraggeber ent-

stehen, noch ist erkennbar, in welchem Umfang diese Kosten konkret durch die Auftragnehmerin – insbesondere im Verhältnis zu weiteren an dem Projekt beteiligten Vertragspartnern – verursacht wurden.

Praxishinweis:

Pauschale Umlagen der Verbrauchskosten gelten regelmäßig als unwirksam, wenn sie nicht am tatsächlichen Verbrauch des jeweiligen Auftragnehmers ausgerichtet sind. Auftraggeber sollten derartige Klauseln daher nur verwenden, wenn sie auf Anforderung einen sachlich nachvollziehbaren Bezug zu den tatsächlich angefallenen Kosten darlegen können und ersichtlich ist, in welchem Umfang diese dem einzelnen Auftragnehmer zuzurechnen sind.

Ein vereinbarter Abzug für die Bauwesenversicherung ist nur zulässig, wenn der Auftraggeber auf Anforderung den Abschluss der entsprechenden Versicherung nachweisen kann.

Rechtsanwältin Natalja Gratz
Heidelberg

3. Sicherungsabrede unwirksam – kein Bürgschaftsanspruch

- a) Eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders von Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann auch aus dem Zusammenwirken von mehreren AGB-Klauseln resultieren (Summierungseffekt).**
- b) Zur Vereinbarung der Sicherheitsleistung ist es notwendig, den Sicherungszweck anzugeben.**
- c) Wird in der AGB-Sicherungsklausel vorgegeben, dass der Barsicherheitseinbehalt von den Abschlagszahlungen entgegen § 17 Abs. 6 VOB/B erst bei der Schlusszahlung auf ein Sperrkonto eingezahlt werden muss, ist dies unangemessen, da dem Auftragnehmer das Insolvenzrisiko des Auftraggebers aufgebürdet wird.**
- d) Aushandeln setzt mehr als Verhandeln voraus. Der Verwender muss den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellen und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumen.**
- e) Werden der anderen Vertragspartei durch die vorformulierten Vertragsbedingungen Wahlmöglichkeiten eröffnet, zwischen denen sie sich durch Ankreuzen oder Streichen zu entscheiden hat, genügt dies allein nicht für ein Aushandeln.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.03.2025 – 23 U 138/23

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Inanspruchnahme aus einer Vertragserfüllungsbürgschaft.

Im Zentrum des Rechtsstreits stand die Frage, ob eine Bürgin aus einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von EUR 153.900,00 in Anspruch genommen werden kann. Diese Bürgschaft war für die ordnungsgemäße Ausführung der Leistungen durch eine inzwischen insolvente GmbH gestellt worden.

Im Jahr 2016 beauftragte die Auftraggeberin die oben genannte GmbH mit der Errichtung einer Metallbaufassade für ein Einkaufszentrum in Essen. Bestandteil des Bauvertrags war ein Verhandlungsprotokoll, das verschiedene Klauseln zur Sicherung enthielt. Diese sahen insbesondere vor:

„7. Abschlagszahlungen

a) Gemäß VOB/B § 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 werden 10 % der Netto-Abschlagszahlung einbehalten, bis die vereinbarte Sicherheitssumme erreicht ist.

b) Abweichend zur VOB/B § 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 werden 10 % der Netto-Abschlagszahlung bis zur Fälligkeit der Schlusszahlung einbehalten. Ablösbar über Vertragserfüllungsbürgschaft in gleicher Höhe.

c) Der einbehaltene Sicherheitsbetrag wird abweichend zur VOB/B § 17 Nr. 6 Abs. 2 erst nach Schlusszahlung auf ein Sperrkonto bei einem vom AG zu benennenden Kreditinstitut eingezahlt, falls nicht eine Ablösung der Sicherheit durch Bürgschaft erfolgt (s. Punkt 21).“

Für die Auswahlmöglichkeit "ja/nein" neben der Klausel war bei Ziffer 7a) das "ja" durchgestrichen, bei 7b) und 7c) jeweils das "nein".

Unter Ziffer 21. des Verhandlungsprotokolls vom 22.07.2016 heißt es (Bl. 39 LG):

"21. Sicherheitsleistung gem. BGB §§ 648, 648 a

Verlangt der Auftragnehmer vom Auftraggeber vor Abnahme eine Sicherheit gemäß §§ 648, §§ 648 a BGB, so ist er verpflichtet, binnen 2 Wochen, gerechnet ab Zugang des Sicherheitsverlangens, eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe der zu diesem Zeitpunkt noch offenen Nettoauftragssumme zu stellen. Gerät er hiermit in Verzug, darf der Auftraggeber diesen Betrag bis zur Abnahme einbehalten.

Die Vertragserfüllungsbürgschaft muss folgende Kriterien erfüllen:

I. ohne Hinterlegungsklausel

VI. unbefristet

VII. unbedingt

VIII. unwiderruflich

IX. selbstschuldnerisch

X. Auszahlung auf erstes Anfordern

Die Kosten trägt der AN."

Während der Bauphase kam es zu erheblichen Verzögerungen. Die ursprünglich bis Dezember 2017 vorgesehene Fertigstellung wichtiger Verglasungsarbeiten erfolgte nicht. Im Januar 2018 stellte die Auftragnehmerin die Arbeiten vorübergehend ein. Nach erneuter Unterbrechung im Mai 2018 folgte die endgültige Einstellung der Arbeiten.

Die Auftraggeberin mahnte, setzte Fristen und drohte mit Kündigung, während die Auftragnehmerin Gegenvorstellungen erhob: Sie forderte einen Verzicht auf Schadenersatz- und Mängelansprüche sowie eine Verschiebung des Fertigstellungstermins. Zu einer Einigung kam es nicht.

Am 07.06.2018 kündigte die Auftraggeberin den Bauvertrag außerordentlich fristlos, nachdem über das Vermögen der Auftragnehmerin ein Schutzschirmverfahren gemäß §§ 270a, 270b InsO eröffnet worden war.

Mit Schreiben vom 18.01.2019 machte die Auftraggeberin ihren Anspruch gegenüber der Bürgin aus der Vertragserfüllungsbürgschaft geltend.

Das LG Kleve wies die Klage gestützt auf mehrere rechtliche Mängel der Sicherungsvereinbarung ab:

- Ziffer 21 sei als AGB unwirksam, da sie eine Bürgschaft auf erstes Anfordern vorschreibt – eine Regelung, die den Auftragnehmer unangemessen benachteilige.
- Ziffer 7b sei ebenfalls als AGB zu qualifizieren und unwirksam, da der Sicherungszweck nicht hinreichend konkret bezeichnet sei.
- Der in Ziffer 7c) vorgesehene Ausschluss der in § 17 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B normierten Auszahlungspflicht sei unwirksam.

Die Auftraggeberin legte gegen dieses Urteil Berufung ein.

Entscheidung:

Ohne Erfolg! Das OLG Düsseldorf entschied, dass die Auftraggeberin keinen Anspruch gegen die Bürgin auf Zahlung hatte.

Zunächst stellte das OLG Düsseldorf klar, dass die Sicherungsklauseln in den Ziffern 7b), 7c) und 21 des Verhandlungsprotokolls nicht individuell ausgehandelt sind. Viel mehr waren diese als AGB zu qualifizieren, die der gerichtlichen Inhaltskontrolle unterliegen (§§ 305 ff. BGB).

Ein „Aushandeln“ im Sinne der Rechtsprechung hätte vorausgesetzt, dass die Klägerin den gesetzesfremden Kerngehalt dieser Klauseln ernsthaft zur Disposition gestellt und der Auftragnehmerin echten Gestaltungsspielraum eingeräumt hätte. Dies war nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht der Fall. Auch das Vorsehen von Ankreuzmöglichkeiten ("ja/nein") genügt für sich genommen nicht, um eine individuelle Vereinbarung anzunehmen.

Die einzelnen Klauseln hielten der rechtlichen Überprüfung nicht stand:

- Ziffer 21 sah vor, dass der Auftragnehmer eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern stellen muss – eine Klausel, die nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung in AGB grundsätzlich unwirksam ist, da sie den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt. Denn bei unberechtigter Inanspruchnahme aus der Bürgschaft trägt dieser das volle Liquiditätsrisiko.
- Ziffer 7b) regelt einen 10 %igen Abschlagseinbehalt bis zur Schlusszahlung. Sie wurde ebenfalls als unwirksame AGB eingestuft, da sie keinen klar erkennbaren Sicherungszweck benennt. Der bloße Verweis auf § 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B genügt nicht, weil diese Norm sowohl die Vertragserfüllung als auch die Mängelhaftung umfasst. Die Unklarheit darüber, wofür genau der Einbehalt dienen soll, geht zu Lasten der Auftraggeberin als Verwenderin der Klausel.
- Ziffer 7c) verstößt gegen § 17 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B, da abweichend von der vorstehenden Regelung die Einzahlung des Sicherheitseinhalts auf ein Sperrkonto erst nach Schlusszahlung erfolgen soll. Dabei handelt es sich um eine Ausnahme, die nur bei kleineren oder kurzfristigen Aufträgen zulässig wäre. Ein solcher lag hier mit einem Auftragsvolumen von über einer Million Euro und mehrmonatiger Bauzeit eindeutig nicht vor. Die Regelung führt dazu, dass der Auftragnehmer bis zur Schlusszahlung das Insolvenzrisiko des Auftraggebers trägt. Dies stellt eine unangemessene Benachteiligung dar.

Schließlich folgte aus Sicht des Gerichts eine unangemessene Benachteiligung der Auftragnehmerin aus der Summation mehrerer Sicherungsmittel.

Neben dem Abschlagseinbehalt nach Ziffer 7b) (10 %) und dem Gewährleistungseinbehalt nach Ziffer 20 (5 %) sah Ziffer 21 zusätzlich eine Bürgschaft in Höhe der gesamten offenen Auftragssumme vor, die zu Beginn der Vertragsdurchführung noch bei 100% liegen kann.

Diese Kumulation von Sicherheiten führt zu einer Übersicherung der Auftraggeberin und stellt eine unangemessene Benachteiligung der Auftragnehmerin dar.

Praxishinweis:

Dieses Urteil verdeutlicht, dass Auftraggeber bei der Formulierung von Sicherungsklauseln äußerste Sorgfalt walten lassen müssen. Klauseln, die eine selbstschuldnerische Vertragserfüllungsbürgschaft zusätzlich „auf erstes Anfordern“ vorsehen, unklare Sicherungszwecke oder Regelungen, die gegen § 17 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B verstoßen, halten der AGB-Kontrolle häufig nicht stand.

Zudem gilt: Die bloße Möglichkeit zur Wahl zwischen verschiedenen Klauselvarianten (z. B. durch Ankreuzen) genügt nicht für ein „Aushandeln“. Hierzu ist nämlich eine echte Disposition über den Klauselinhalt erforderlich.

Auftragnehmer sollten zwecks Vermeidung von nachträglichen Rechtsstreitigkeiten bereits vor Vertragsunterzeichnung alle Sicherungsklauseln rechtlich prüfen (lassen).

Bürgen, bspw. Banken und Versicherer, sollten sich im Falle ihrer Inanspruchnahme stets fragen, ob die zugrundeliegende Sicherungsvereinbarung wirksam war. Ist sie es nicht, kann die Inanspruchnahme unter Berufung auf § 768 BGB abgewehrt werden.

Rechtsanwalt Eugen Wichert
Heidelberg

4. Umfasst das Pauschalhonorar auch eine verlängerte Bauüberwachung?

- a) Die Darlegungs- und Beweislast für eine zusätzliche Vergütung der erbrachten Leistungen liegt beim Auftragnehmer**
- b) Zur schlüssigen Darlegung des zusätzlichen Vergütungsanspruchs ist eine hinreichende Abgrenzung zwischen der mit dem ursprünglichen Honorar abgeholzten Hauptvertragsleistung und der Nachtragsleistung notwendig.**

OLG Köln, Urteil vom 11.05.2023 – 7 U 96/22; BGH, Beschluss vom 16.04.2025 – VII ZR 107/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Sachverhalt:

Der Bauherr (B) beauftragte den Ingenieur (I) im Jahr 2012 mit der Bauüberwachung für eine Infrastrukturmaßnahme. Der Vertrag sah ein Pauschalhonorar vor, wobei nachgewiesene Mehrleistungen zusätzlich vergütet werden sollten. I reichte 2017 ein Nachtragsangebot (NA 19) ein, das zusätzliche Überwachungsleistungen umfasste und von B akzeptiert wurde. B beauftragte NA 19 zum "endgültigen Pauschalpreis" von 962.686 Euro, wobei die Pauschale - nach dem zugehörigen Verhandlungsprotokoll - für die "Bauausführung bis 06/2019 (...) gilt". 2019 forderte I erneut zusätzliche Vergütung für verlängerte Überwachungsleistungen (NA 27), da sich die Bauzeit verlängert hatte. B lehnte die Zahlung ab, eine Einigung kam nicht zustande. I erhob daraufhin Klage.

Das Landgericht wies die Klage ab. Dagegen wendet sich die Berufung des I.

Entscheidung:

Ohne Erfolg! Das Gericht entschied gegen I, da er nicht schlüssig darlegen konnte, dass NA 27 zusätzliche, vergütungsrelevante Mehrleistungen umfasste. Es wurde festgestellt, dass eine Verlängerung der Bauzeit nicht automatisch zusätzlichen Überwachungsaufwand rechtfertigt. I konnte keine klare Abgrenzung zwischen den bereits vergüteten und den zusätzlich geforderten Leistungen nachweisen. Stundenaufstellungen für die ab Juli 2019 erbrachten Leistungen sind für eine Zuordnung zur Hauptvertragsleistungen oder Nachtragsleistungen nicht ausreichend

Praxishinweis:

Die Entscheidung zeigt, wie wichtig eine belastbare Dokumentation für die Durchsetzbarkeit von Nachtragsforderungen ist. Bei Pauschalhonorarvereinbarungen und vertraglichen Regelungen zur Honoraranpassung müssen zusätzliche Leistungen klar abgegrenzt und dokumentiert werden. Insofern sind auch Aufwände zu dokumentieren, welche auf die jeweiligen Nachtragsleistungen entfallen.

Rechtsanwältin Laura Roth
München

5. Der Tiefbauer ist verpflichtet, den Verlauf der Rohrleitungen zu prüfen.

- a) **Der Tiefbauunternehmer kann sich nicht auf Unkenntnis der Lage des Erdrohrs berufen. Er ist verpflichtet, sich vor Beginn der Baggerarbeiten über den Verlauf der Rohrleitungen zu vergewissern und sicherzustellen, dass der Baugrund frei ist.**
- b) **Grundstückseigentümer können entstandene Schäden auch dann fiktiv abrechnen, wenn sie diese selbst beheben wollen. Voraussetzung dafür ist, dass sie Eigentümer zum Zeitpunkt der Schadensregulierung sind. Im Gegensatz zum Gewährleistungsrecht im Kaufrecht steht allerdings dem Grundstückseigentümer bei einem Schaden durch unerlaubte Handlung kein Wahlrecht auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung zu.**

OLG München, Endurteil vom 20.01.2025 – 17 U 8292/21

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche. Ein Tiefbauunternehmen hat im Zuge von Baggerarbeiten auf einem Nachbargrundstück ein Erdwärmekollektorrohr beschädigt.

Der Grundstückseigentümer beauftragte daher einen Privatgutachter mit der Ermittlung der Reparaturkosten. Dieser kam in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, dass das Rohr vollständig über 48 m auszutauschen und nicht nur teilweise über mehrere Meter zu reparieren sei.

Der Grundstückseigentümer möchte die Kosten dafür gegenüber dem Auftragnehmer fiktiv abrechnen und geht in die Berufung nachdem seine Klage vor dem Landgericht abgewiesen wurde.

Entscheidung:

Teilweise mit Erfolg! Die Haftung des Tiefbauunternehmers gemäß § 823 Absatz 1 BGB steht dem Grunde nach fest. Der Tiefbauunternehmer kann sich nicht auf Unkenntnis der Lage des Erdrohrs berufen. Er ist verpflichtet, vor Beginn der Baggerarbeiten sicherzustellen, dass der Baugrund frei ist. Das beschädigte Erdrohr wäre bei entsprechender Nachfrage ohne Weiteres erkennbar gewesen. Durch die Verletzung dieser Sorgfaltspflicht und der unterlassenen Erkundigung hat der Tiefbauunternehmer rechtswidrig den Schaden verursacht.

Der Grundstückseigentümer ist folglich berechtigt, den entstandenen Schaden auf Netobasis fiktiv gemäß § 249 Absatz 2 Satz 1 BGB abzurechnen, wobei es unerheblich ist, ob der Mangel tatsächlich behoben wird.

Eine fiktive Abrechnung wäre für den ursprünglichen Eigentümer lediglich dann ausgeschlossen, wenn er das betroffene Grundstück vor Erhalt der Schadensersatzzahlung veräußert hätte (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juli 1999, III ZR 159/97, NJW 1999, 3332, 3334, Ziffer II 3 b bb (2)).

Die Abrechnung des fiktiven Schadens erfolgt unabhängig davon, dass der Kläger den Schaden durch die Verlegung eines neuen Rohres selbst beseitigen möchte. Hinsichtlich des beschädigten Rohres kann der Grundstückseigentümer jedoch nur die vom gerichtlichen Sachverständigen als gerechtfertigt anerkannten Aufwendungen für eine Reparatur auf einer Länge von acht Metern geltend machen. Eine vollständige Neuverlegung des Rohres ist nicht erforderlich.

Praxishinweis:

Tiefbauunternehmer sollten sich vor Beginn der Arbeiten umfassend über vorhandene Leitungen und Rohre auf dem Baugrund informieren, um Schäden zu vermeiden und eine Haftung auszuschließen.

Dies gilt unter Umständen selbst dann, wenn dem Tiefbauunternehmer Pläne über den Leitungsverlauf ausgehändigt werden. So hat das Oberlandesgericht Rostock mit Urteil vom 28.8.2018 – 4 U 105/15 entschieden, dass der Auftragnehmer, der während der Arbeitsausführung eine Leitung beschädigt „*sich zu seiner Entlastung nicht darauf berufen [kann], dass ihm der Auftraggeber unvollständige Pläne übergeben hat.*“

Rechtsanwältin Natalja Gratz
Heidelberg

6. Personal zu knapp? Kündigungsrisiko auf der Baustelle

- a) **Der Auftraggeber eines VOB/B-Vertrags hat ein Kündigungsrecht, wenn der Personaleinsatz so unzureichend ist, dass die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können, und der Auftragnehmer einem entsprechenden Abhilfeverlangen nicht unverzüglich nachkommt.**
- b) **Eine Abhilfefrist für die Personalaufstockung von drei (Arbeits-)Tagen ist angemessen.**
- c) **Wendet der Auftragnehmer Behinderungen ein, hat er Art und Umfang der zeitlichen Verschiebungen im Bauablauf näher darzulegen und im Zweifel zu beweisen.**
- d) **Ein Bauablaufplan, der nur Beginn, Ende und Dauer jeder Einzeltätigkeit in Tagen angibt, nicht aber, wie viele Mitarbeiter oder Lohnstunden aufzuwenden gewesen wären, ist zur substantiierten Darlegung nicht geeignet, da er einen Abgleich der (behaupteten) Verzögerung auf den tatsächlichen Leistungsstand nicht ermöglicht.**
- e) **Ein von einer Zwischenfeststellungsklage erfasstes Rechtsverhältnis ist nicht vorgreiflich für Entscheidung des weiteren Rechtsstreits, wenn die Klage zur Hauptsache unabhängig davon abzuweisen ist, ob das zwischen den Parteien streitige Rechtsverhältnis besteht oder wenn das Rechtsverhältnis (nur) für Ansprüche vorgreiflich ist, die unter innerprozessualer Bedingung geltend gemacht sind und nicht bereits feststeht, dass die entsprechende Bedingung eingetreten ist (hier jeweils verneint).**

KG, Urteil vom 12.01.2024 – 7 U 58/22

Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung eines VOB/B-Werkvertrags.

Vertragsgegenstand waren elektrotechnische Arbeiten im Rahmen einer umfangreichen Gebäudesanierung. Die Auftraggeberin kündigte den Vertrag im September 2019 außerordentlich wegen unzureichender Besetzung der Baustelle mit Personal.

Sie berief sich auf mehrere erfolglose Abhilfeaufforderungen und machte geltend, dass die Auftragnehmerin nicht genügend Arbeitskräfte eingesetzt habe, um die vereinbarten Ausführungsfristen einzuhalten. Hilfsweise berief sie sich auf ein ihr wegen Verzugs mit der Vollendung der Ausführung zustehendes Kündigungsrecht. Die Auftragnehmerin hielt dem entgegen, durch eine Vielzahl von Behinderungen an der Leistungserbringung gehindert gewesen zu sein.

Im Mittelpunkt stand die Frage, ob die Kündigung berechtigt war, obwohl die Auftragnehmerin Verzögerungen auf angeblich bauseitige Ursachen zurückführte – insbesondere auf eine verspätete Schadstoffsanierung und fehlende Ausführungsunterlagen. Die Auftragnehmerin hatte zudem 35 Behinderungsanzeigen erstattet und eine Verschiebung des Fertigstellungstermins bis August 2020 behauptet.

Mit dem Zwischenfeststellungsurteil vom 11. August 2022 hatte das Landgericht Berlin der Auftraggeberin Recht gegeben und festgestellt, dass die außerordentliche Kündigung des Bauwerksvertrags wirksam sei.

Zur Begründung führte das Landgericht aus, dass die Auftragnehmerin trotz dreier unstreitiger Abhilfeverlangen (vom 2. Juli, 15. August und 17. September 2019) die Baustelle weiterhin nicht ausreichend mit Personal besetzt hatte. Nach ihrem eigenen Vortrag waren in der vertraglich vorgesehenen Bauzeit rund 7.000 Lohnstunden erforderlich gewesen, von denen bei Kündigung noch etwa 4.000 Stunden offenstanden. Um diese fristgerecht zu leisten, hätte der Personaleinsatz erheblich gesteigert werden müssen – was tatsächlich nicht erfolgte. Die Arbeiten waren vielmehr mehrfach unterbrochen worden. Das Gericht sah darin eine schleppende Bauausführung, die die Einhaltung des Fertigstellungstermins offensichtlich gefährdete.

Ein Verweis auf angebliche Behinderungen ließ das Gericht nicht gelten: Ab Juli 2019 lagen für die wesentlichen Bereiche des Gebäudes keine Behinderungsanzeigen mehr vor, und es war nicht ersichtlich, warum nicht zumindest Teilbereiche hätten bearbeitet werden können. Auch der Verweis auf Sperrungen einzelner Räume oder ein von der Klägerin vorgelegter Bericht reichten zur Darlegung konkreter Leistungshindernisse nicht aus, zumal entsprechende Behinderungen nicht ordnungsgemäß angezeigt worden waren.

Gegen dieses Zwischenfeststellungsurteil legte die Auftragnehmerin Berufung ein.

Sie bestritt, dass die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung vorgelegen hätten. Nach ihrer Auffassung habe das Landgericht zu Unrecht unterstellt, dass eine Fertigstellung bis Dezember 2019 geschuldet gewesen sei, da es die zahlreichen weiteren Behinderungen unberücksichtigt gelassen habe. Es sei auch nicht nachvollziehbar, weshalb bereits vor dem (angeblichen) Fertigstellungstermin ein Kündigungsrecht bestanden haben solle.

Darüber hinaus monierte sie, dass das Landgericht sich nicht hinreichend mit dem konkreten Bauablauf und dem von ihr vorgelegten Privatgutachten auseinandergesetzt habe. Die Annahme, der tatsächliche Personaleinsatz sei unzureichend gewesen, sei pauschal und nicht durch eine konkrete Betrachtung der Bauabläufe gestützt worden. Es habe nicht festgestanden, dass die noch ausstehenden Leistungen tatsächlich nicht mehr fristgerecht hätten erbracht werden können.

Entscheidung:

Ohne Erfolg! Das Kammergericht bestätigte die landgerichtliche Entscheidung in vollem Umfang. Die außerordentliche Kündigung sei wirksam, da die Voraussetzungen nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 3. Fall i.V.m. § 5 Abs. 4 3. Fall, Abs. 3 VOB/B erfüllt seien.

Danach kann der Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn - soweit, hier von Bedeutung - eingesetzte Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile so unzureichend sind, dass die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können, der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung gesetzt und erklärt hat, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen werde, und diese Frist fruchtlos abgelaufen ist.

Die Auftragnehmerin habe trotz wiederholter Aufforderung (Abhilfeverlangen vom 17.09.2019 sowie Kündigungserklärung vom 30.09.2019) nicht für eine ausreichende Baustellenausstattung gesorgt. Angesichts der verbliebenen Restleistungen und der kurzen verbleibenden Zeit bis zum Fristende war eine rechtzeitige Fertigstellung anhand einer objektiven Prognose aus der ex-ante-Perspektive nicht mehr realistisch. Das Gericht sah eine offensichtliche Gefährdung der Vertragserfüllung und damit einen Kündigungsgrund gegeben.

Der von der Auftragnehmerin vorgelegte Bauablaufplan war nach Auffassung des Gerichts nicht geeignet, die behaupteten Verzögerungen nachvollziehbar darzulegen, da er keine Angaben zu Lohnstunden oder eingesetzten Arbeitskräften enthielt. Auch die behaupteten Behinderungen wurden vom Gericht als nicht hinreichend substantiiert bewertet.

Eine dreitägige Abhilfefrist zur Personalaufstockung wurde als angemessen angesehen, zumal es sich um eine grundlegende vertragliche Pflicht des Auftragnehmers handelte. Dass die Auftragnehmerin in der Folgezeit kaum Arbeitsleistung erbrachte – an zwei Tagen insgesamt nur 11 Arbeitsstunden – bestätigte nach Ansicht des Gerichts die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung.

Das Kammergericht stellte klar, dass bei drohender Fristüberschreitung infolge unzureichender Mittel – hier Personaleinsatz – ein außerordentliches Kündigungsrecht besteht, auch wenn ein konkreter Verzug mit einzelnen Teilleistungen nicht vorliegt.

Praxishinweis:

Das Urteil des Kammergerichts bringt Klarheit für Bauverträge nach VOB/B:

- 1. Unzureichende Baustellenausstattung kann ein Kündigungsgrund sein.** Entscheidend ist nicht erst ein konkreter Leistungsverzug, sondern bereits die Prognose, dass der Auftragnehmer die Frist bei objektiv unzureichendem Ressourceneinsatz offensichtlich nicht einhalten wird.

2. **Abhilfefristen dürfen kurz sein.** Eine Frist von nur drei Arbeitstagen zur Personalaufstockung wurde als angemessen angesehen. Vor diesem Hintergrund ist Auftragnehmern zu empfehlen, auf Mahnungen und Abhilfeverlangen zügig zu reagieren.
3. **Ausreichende Darlegung von Behinderungen ist unerlässlich.** Auftragnehmer, die sich auf Behinderungen berufen, müssen präzise dokumentieren:
 - Welche Arbeiten konkret betroffen waren,
 - welcher Leistungsumfang geplant war,
 - welche Zeitverschiebungen daraus resultierten,
 - und ob (bzw. warum nicht) eine Umorganisation der Arbeiten möglich war.
4. **Bauablaufpläne müssen nachvollziehbar sein.** Pläne, die nur Dauern angeben, aber keine Angaben zu Lohnstunden oder Personalbesetzung enthalten, sind zur Verteidigung gegen Kündigungen nicht geeignet.

Abschließend ist festzuhalten, dass Auftraggeber durch das Urteil ein wirksames Instrument gegen schleppende Bauausführungen erhalten. Auftragnehmer wiederum sind gut beraten, Personalengpässe frühzeitig zu beheben und mögliche Behinderungen sorgfältig und nachvollziehbar zu dokumentieren.

Rechtsanwalt Eugen Wichert
Heidelberg

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Öffentlich-rechtlicher Bestandsschutz bei Erhaltungsmaßnahmen

- a) Ein Bestandsschutz berechtigt grundsätzlich (nur) dazu, eine rechtmäßig errichtete bauliche Anlage in ihrem Bestand zu erhalten und sie wie bisher zu nutzen (redaktioneller Leitsatz).**
- b) In gewissem Umfang können auch die zur Erhaltung und zeitgemäßen Nutzung notwendigen Maßnahmen zulässig sein, wenn sie den bisherigen Zustand im Wesentlichen unverändert lassen (redaktioneller Leitsatz).**
- c) Vom Bestandsschutz nicht mehr gedeckt sind Maßnahmen, die einer Neuerrichtung gleichkommen (redaktioneller Leitsatz).**
- d) An der notwendigen Identität zwischen dem ursprünglichen und dem wiederhergestellten Bauwerk fehlt es bei erheblichen, statisch relevanten Eingriffen in die Bausubstanz (redaktioneller Leitsatz).**

OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 07.01.2025 – 1 LA 71/23

2. Zu teure Planung (oberhalb einer verbindlich vereinbarten Kostenobergrenze) lassen Vergütungs- und Ersatzansprüche des Planers entfallen

- a) Planungsleistungen für den Umbau und die Sanierung von Wohnraum weisen einen schwerwiegenden Mangel und eine daraus folgende Wertlosigkeit für den Auftraggeber auf, welche eine Vergütungspflicht entfallen lässt, wenn nicht festgestellt werden kann, dass aufgrund der erbrachten Planungsleistungen des Bauprojekt unter Einhaltung der verbindlich vereinbarten Kostenobergrenze hätte durchgeführt werden können (amtlicher Leitsatz).**
- b) Erteilt der planende Architekt trotz entsprechender Vereinbarung Einzelaufträge an externe Fachplaner, ohne eine Rücksprache mit seinem Auftraggeber, so hat er unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf Erstattung der hierfür getätigten Aufwendungen (amtlicher Leitsatz).**

OLG Naumburg, Urteil vom 21.12.2023 – 2 U 138/22; BGH, Beschluss vom 04.09.2024 – VII ZR 18/24 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

3. Verjährungsfrist für Schadensersatz wegen Mangelfolgeschaden

Ein bei einem Werkvertrag vor der Abnahme nach dem allgemeinen Schuldrecht entstandener Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens verjährt nach den allgemeinen Vorschriften jedenfalls dann, wenn der Mangel vor der Abnahme beseitigt worden ist. § 634a BGB ist nicht anwendbar (amtlicher Leitsatz).

OLG Schleswig, Urteil vom 20.12.2024 – 1 U 85/22

4. Keine Mitarbeiter auf der Baustelle – Auftraggeber kann Aufstockung des Personals verlangen

- a) **Nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 VOB/B kommt eine Kündigung aus wichtigem Grund auch in Betracht, wenn der Auftragnehmer zwar keine sog. Vertragsfrist versäumt hat, aber einem wirksamen Abhilfeverlangen i.S.v. § 5 Abs. 3 VOB/B nicht nachgekommen ist und für den Auftraggeber das Setzen einer Nachfrist nach § 5 Abs. 4 VOB/B ausnahmsweise entbehrlich geworden ist (amtlicher Leitsatz).**

- b) **Grundsätzlich ist der Auftraggeber zwar nach § 4 Abs. 1 Satz 3 VOB/B nur befugt, unter Wahrung der dem Auftragnehmer zustehenden eigenverantwortlichen Ausführung der Vertragsleistungen Anordnungen zu treffen, die zu deren vertragsgemäßer Erfüllung notwendig sind. Diese allgemeinen Befugnisse des Auftraggebers werden aber bei einer notleidenden Bauausführung durch § 5 Abs. 3 VOB/B ausdrücklich dahin erweitert, dass der Auftraggeber vom Auftragnehmer eine Änderung des bisherigen personellen und sachlichen Einsatzes im Sinne einer Aufstockung verlangen darf (amtlicher Leitsatz).**

OLG Naumburg, Urteil vom 04.03.2025 – 2 U 53/24

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim
Heidelberg

Wir stehen Ihnen selbstverständlich zur näheren Erläuterung der vorstehenden Entscheidungen zur Verfügung und überlassen Ihnen auch gerne weiterführendes Material (Gesetzestexte, Entscheidungen mit vollständigen Begründungen, etc.).

Unsere Mandanten-Rundbriefe sind auch auf unserer Website www.bornheim.com unter der Rubrik „News“ abrufbar.

Falls Sie künftig keinen Mandanten-Rundbrief mehr erhalten möchten, teilen Sie uns dies bitte telefonisch oder per E-Mail an heidelberg@bornheim.com mit.

**- Heidelberg - Frankfurt - München -
im September 2025**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner mbB Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft mbB von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim

Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Jan-Stephan Henning, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg