



## Wichtige OLG-Entscheidungen im Jahr 2016 zum Bau- und Architektenrecht

---

### 1.) Kalkulation „ins Blaue hinein“

OLG Frankfurt, Urteil vom 23.07.2013 – 6 U 122/12; BGH, Beschluss vom 25.06.2015 - VII ZR 238/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); Fundstelle: ibr-online 2016, 5

---

Auftraggeber und Auftragnehmer einigen sich hinsichtlich des Werklohns im Zusammenhang mit der Montage eines Heizungs- und Kühlsystems für ein Hochhaus auf einen Pauschalpreis. Zu diesem Zeitpunkt liegen dem AN nur vom AG erstellte Mengenlisten vor, nicht aber die endgültigen Montagepläne. Dem AN ist bekannt, dass diese erst noch erstellt werden müssen. Der AN macht nach Abschluss der Baumaßnahme eine zusätzliche Vergütung mit der Begründung geltend, der AG habe es unterlassen, ihn über die Unvollständigkeit der für die Kalkulation zur Verfügung gestellten Unterlagen aufzuklären. Das Gericht weist die Klage ab. Der AN habe die Unvollständigkeit der für ihn zur Kalkulation notwendigen Informationen erkennen können. Er habe gewusst, dass er für eine belastbare Kalkulation Montagepläne benötige, diese ihm aber fehlten. Er habe deshalb nicht auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der ihm zur Verfügung stehenden Kalkulationsgrundlagen vertrauen dürfen.

---

### 2.) Bestehen Hinweispflichten in Bezug auf Nachfolgewerke?

OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.04.2015 - 22 U 157/14; Fundstelle: IBR 2016, 7

---

Ein Bauherr kündigt einem Unternehmer vorzeitig den Vertrag und beauftragt ein Nachfolgeunternehmen mit der Fertigstellung. Nach Fertigstellung der Leistung zeigt sich ein Mangel, die Parteien streiten nun darüber, inwieweit der gekündigte Unternehmer eine Verpflichtung hatte, auf Risiken im Rahmen der Vollendung der Leistungen hinzuweisen. Das Gericht verneint dies. Ein Werkunternehmer dürfe davon ausgehen, dass ein Nachfolgeunternehmer, der auf seiner Werkleistung aufbaut, diese ebenfalls nach den anerkannten Regeln der Technik ausführt. Nur wenn ausnahmsweise der Vorunternehmer Anhaltspunkte dafür hat, dass die Nachfolgearbeiten nicht einwandfrei ausgeführt werden können, ist er verpflichtet, den Auftraggeber darauf hinzuweisen, wie bei den nachfolgenden Arbeiten verfahren werden muss. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass dem Nachfolgeunternehmer von vorneherein bekannt ist, dass er gerade nicht auf eine fertiggestellte Werkleistung des ersten Unternehmers aufbauen kann, so dass an seine Prüfungspflichten besonders strenge Anforderungen zu stellen sind.

---

### **3.) Kosten der baubegleitenden Anwaltsberatung als Schadenersatz?**

KG, Urteil vom 28.09.2012 - 7 U 253/11; BGH, Beschluss vom 20.11.2014 - VII ZR 297/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); Fundstelle: IBR 2016, 12

---

Im Rahmen der Bauausführung kommt es zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu Meinungsverschiedenheiten wegen Mängeln. Der AG beauftragt einen Sachverständigen und zieht zum Ortstermin seinen Anwalt hinzu. Der AG verlangt vom AN die in diesem Zusammenhang angefallenen Anwaltskosten als Schadenersatz.

Das Gericht weist die Klage ab. Derartige Kosten sind nur erstattungsfähig, wenn der Unternehmer mit der Mängelbeseitigung in Verzug gerät oder wenn er eine konkrete vertragliche Pflichtverletzung begeht. Allein die Existenz von Mängeln an einem umfangreichen Bauvorhaben stellt nach Ansicht des Gerichts keine Pflichtverletzung dar.

---

### **4.) Kosten für die Erstellung eines Nachtragsangebots**

OLG Brandenburg, Urteil vom 02.12.2015 - 11 U 102/12; Fundstelle: ibr-online 2016, 71

---

Der AG ordnet eine Leistungsänderung an und verlangt vom AN die Erstellung eines Nachtragsangebots. Dieser erstellt das Nachtragsangebot und verlangt die in diesem Zusammenhang ihm entstandenen Kosten. Das Gericht weist die Klage ab. Aus § 632 Abs. 3 BGB folgt, dass die Kosten für die Erstellung eines An-

gebots und die hierfür notwendigen Vorarbeiten regelmäßig dem AN zur Last fallen, dies gilt auch für Nachtragsangebote. Der AN hätte das Nachtragsangebot nicht erstellen müssen, er hätte vielmehr vom Auftraggeber ein Nachtrags-LV verlangen können.

---

### **5.) Zur Fälligkeit der Vergütung bei einer vom AG erstellten Schlussrechnung**

OLG Nürnberg, Beschluss vom 24.07.2013 - 13 U 594/12; BGH, Beschluss vom 25.06.2015 - VII ZR 216/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen); Fundstelle: ibr-online 2016, 72

---

Der AN erstellt nach der Abnahme trotz Fristsetzung durch den AG die Schlussrechnung nicht, worauf diese gemäß § 14 Abs. 4 VOB/B vom AG aufgestellt wird. Im Zusammenhang mit der Verjährungsproblematik stellt sich die Frage, wann die Schlussrechnungsforderung fällig wurde. Nach Auffassung des Gerichts ist mit Zugang der vom AG gemäß § 14 Abs. 4 VOB/B erstellten Schlussrechnung (ohne den Ablauf einer Prüffrist) Fälligkeit der Vergütung sofort eingetreten.

---

### **6.) Die Bedeutung von Herstellerempfehlungen im Rahmen der Mängelhaftung**

OLG München, Urteil vom 08.07.2015 - 13 U 4157/14 Bau; BGH, Beschluss vom 22.10.2015 - VII ZR 189/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen); Fundstelle: ibr-online 2016, 79

---

Nach Abnahme kommt es zu einem Schadensfall. Feststeht, dass ein Verstoß gegen eine Herstellerempfehlung vorliegt, der Sachverständige

kann im Rechtsstreit jedoch keine Aussage dazu machen, ob der Verstoß gegen die Herstellerempfehlung für den Schaden ursächlich ist. Das Gericht weist die Schadensersatzklage ab. Der AG trage nach Abnahme die volle Beweislast, eine Beweiserleichterung kommt ihm nicht zugute.

---

### **7.) Zuschlag trotz Kalkulationsfehlers (I)**

OLG Brandenburg, Urteil vom 25.11.2015 - 4 U 7/14; Fundstelle: NZBau 2016, 217

---

Der Auftraggeber schreibt Umbauarbeiten an einem Gebäude nach VOB/A 2002 aus. Seine Kostenschätzung liegt bei 98.000 €. Das Angebot des AN ist mit 92.000 € das Günstigste. Vor Zuschlagserteilung teilt der AN mit, er habe sich verkalkuliert und bittet um Ausschluss von der Vergabe. Der AG erteilt ihm den Zuschlag. Der AN führt die Arbeiten durch und verlangt in seiner Schlussrechnung zusätzlich 14.600 €. Er macht diesen Zusatzanspruch als Schadensersatz geltend mit der Begründung, auf ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen Preis hätte der Zuschlag nicht erteilt werden dürfen (§ 25 Nr. 3 VOB/A 2002 = § 16 Abs. 6 Nr. 1 VOB/A 2012).

Das Gericht weist die Klage ab. § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A 2002 entfaltet keine Schutzwirkung zu Gunsten des Bieters. Es liegt auch keine Verletzung der Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Bieters vor, da zwischen dem Wert der erbrachten Leistung und Gegenleistung keine unbillige Diskrepanz vorliegt. Diese ist gegeben, wenn der AG erkennen kann, dass der irrig kalkulierte Preis kein äquivalentes Entgelt für die zu erbringende Leistung darstellt.

---

### **8.) Zuschlag trotz Kalkulationsfehlers (II)**

OLG Brandenburg, Urteil vom 17.03.2016 - 12 U 76/15; Fundstelle: ibr-online 2016, 379

---

Ausgeschrieben sind Zimmerer- und Holzbauarbeiten. Die Kostenschätzung des Auftraggebers für dieses Gewerk beläuft sich auf 332.000 €. Der günstigste Bieter unterbreitet ein Angebot mit einer Summe von 284.494,31 €. Der Zweitbieter liegt bei 305.298,39 €. Die Architekten des Auftraggebers bewerten das Angebot des günstigsten Bieters als nicht auskömmlich. Vor Zuschlagserteilung erklärt der Bieter, er habe sich grob verkalkuliert und ficht sein Angebot wegen Irrtums an. Der AG erteilt dennoch den Zuschlag auf dieses Angebot. Der AN verweigert die Durchführung des Auftrags. Der AG kündigt außerordentlich und verlangt Mehrkosten durch die Beauftragung eines anderen Unternehmens.

Das Gericht kommt zu folgendem Ergebnis: Der Bieter war zur Anfechtung nicht berechtigt (unbeachtlicher Motivirrtum). Der AG hat aber seine Pflicht zur Rücksichtnahme verletzt, weil er das Vertragsangebot angenommen hat und bei Vertragsabschluss wusste, dass das Angebot auf einem erheblichen Kalkulationsirrtum beruht.

---

### **9.) Abnahmeverweigerung wegen fehlender Dokumentation?**

OLG Frankfurt, Urteil vom 24.02.2015 - 16 U 135/14; BGH, Beschluss vom 06.07.2015 - VII ZR 55/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen); Fundstelle: ibr-online 2016, 206

---

Der mit umfangreichen Leistungen beauftragte AN schuldet nach dem Vertrag die Erstellung einer baubegleitenden Dokumentation (u.a. Messprotokolle hinsichtlich der Glasfasermessungen der von ihm verlegten LWL-Kabel), die er auf Datenträgern mit Datenformat „DWG“ liefern hat.

Der AG verweigert die Abnahme mit der Begründung, der AN habe keine lesbare Dokumentation der Messprotokolle übergeben.

Nach Auffassung des Gerichts handelt es sich bei der fehlenden Dokumentation nur um einen unwesentlichen Mangel, der nicht zur Abnahmeverweigerung berechtigt.

---

#### **10.) Abnahmeverweigerung wegen fehlender Druckprüfungs- und Dichtigkeitsprotokolle?**

OLG Köln, Urteil vom 07.08.2015 - 19 U 104/14; Fundstelle: NZBau 2016, 225

---

Der AN führt Heizungs-, Lüftungs- und Sanitärarbeiten beim Bau eines Einfamilienhauses aus. Der AG ist der Auffassung, er sei zur Abnahmeverweigerung berechtigt, da die Protokolle über Druck- und Dichtigkeitsprüfung der Leitungen ihm noch nicht übergeben wurden. Die Anlage war bereits 2 Jahre in Betrieb. Nach Auffassung des Gerichts sind die Druckprüfungsprotokolle nicht für die Funktionstauglichkeit des Werks maßgeblich, betreffen vielmehr den Nachweis des Werkerfolgs selbst, so dass eine Abnahmeverweigerung nicht gerechtfertigt ist.

---

#### **11.) Mängelrechte vor der Abnahme beim BGB-Bauvertrag?**

OLG Brandenburg, Urteil vom 22.12.2015 - 4 U 26/12; Fundstelle: ibr-online 2016, 210

---

Ob dem Auftraggeber Mängelrechte beim BGB-Bauvertrag vor der Abnahme zustehen, hat der BGH bislang noch nicht entschieden, er hat diese Frage erneut in einem Urteil vom 25.02.2016 - VII ZR 49/15 offengelassen. Das OLG Brandenburg verneint diese Frage. Die werkvertraglichen Mängelrechte würden bei einem BGB-Bauvertrag grundsätzlich erst mit der Abnahme der Bauleistung entstehen. Nur dann, wenn der Auftragnehmer sein Werk als fertiggestellt ansieht, der Auftraggeber jedoch die Abnahme wegen Mängeln verweigert und der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung endgültig verweigert, kann der Auftraggeber auch ohne Abnahme Mängelansprüche geltend machen.

---

#### **12.) Auftragnehmer verweigert beim Abnahmeprotokoll die Unterschrift - Rechtswirkungen?**

OLG Dresden, Urteil vom 26.06.2013 - 1 U 1080/11; BGH, Beschluss vom 16.12.2015 - VII ZR 184/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); Fundstelle: ibr-online 2016, 273

---

Die Parteien vereinbarten förmliche Abnahme. Der Bauherr führt Protokoll und erklärt die Abnahme vorbehaltlich einiger streitiger Mängel. Der Unternehmer verweigert die Unterzeichnung des Protokolls. Im Rahmen der Prüfung der Verjährungsfrage stellt sich das Problem, ob bzw. wann die Abnahme erfolgte. Das OLG Dresden kommt zu dem

Ergebnis, dass die Verweigerung des Unternehmers, die Niederschrift ebenfalls zu unterzeichnen, nicht zur Unwirksamkeit der Abnahme führt, da die Abnahme eine einseitige Willenserklärung des Auftraggebers ist. Einer Unterschrift des Auftragnehmers bedarf es nicht.

---

**13.) Sind Selbstvornahmekosten für einen erfolglosen Mängelbeseitigungsversuch erstattungsfähig?**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.04.2015 - 21 U 71/14; Fundstelle: ibr-online 2016, 280

---

Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass sämtliche Mängelbeseitigungskosten, die der Auftraggeber im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als wirtschaftlich vernünftig denkender Bauherr aufgrund fachlicher, sachkundiger Beratung aufwenden musste, erstattungsfähig sind. Der Erstattungsanspruch des Auftraggebers sei erst dann gemindert, wenn die Grenzen der Erforderlichkeit eindeutig überschritten sind und der Bauherr bei der Auswahl des Dritunternehmers seine Schadensminderungspflicht verletzt hat. Erstattungsfähig können deshalb auch solche Kosten sein, die für einen erfolglosen oder sich später als unverhältnismäßig teuer herausstellenden Versuch aufgewendet wurden. Das Prognoseisiko in diesem Zusammenhang trägt der Auftragnehmer.

---

**14.) Abrechnung von Stundenlohnarbeiten**

OLG Schleswig, Urteil vom 15.11.2013 – 1 U 59/12; BGH, Beschluss vom 06.04.2016 - VI ZR 328/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); Fundstelle: ibr-online 2016, 381

---

Der AN rechnet vereinbarungsgemäß nach Zeitaufwand ab und reicht dazu die vom Bevollmächtigten des AG abgezeichneten Stundenzettel ein. Der AG zahlt nicht in voller Höhe, da er den vom AN betriebenen Aufwand für überzogen hält.

Das Gericht kommt unter Berufung auf eine Entscheidung des BGH vom 17.04.2009 - VII ZR 164/07 zu dem Ergebnis, dass der AN seinen Vergütungsanspruch schlüssig dargelegt hat. Er muss nur darlegen (und gegebenenfalls beweisen, sofern er keine unterschriebenen Stundenlohnzetteln vorlegen kann), wie viele Stunden er für die Erbringung der Vertragsleistung benötigt hat. Der AN ist jedoch zur wirtschaftlichen Betriebsführung verpflichtet. Eine diesbezügliche Pflichtverletzung muss jedoch der AG darlegen und beweisen. Den AN trifft in diesem Zusammenhang eine sog. sekundäre Beweislast, d.h. er muss zu Art und Inhalt der nach Zeitaufwand abgerechneten Leistungen jedenfalls so viel vortragen, dass dem AG eine sachgerechte Rechtswahrung ermöglicht wird.

**15.) Mitverschulden des AG für fehlerhafte Planfreigabe durch seinen Planer**

OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.04.2016 – 8 U 174/14; Fundstelle: ibr-online 2016, 389

---

Nach dem Bauvertrag war der AN zur Fertigung von Montageplänen verpflichtet und durfte die Arbeiten erst nach Freigabe dieser Pläne beginnen. Ein vom AN vorgelegter fehlerhafter Montageplan wurde vom Planer des Auftraggebers freigegeben. Der AG macht gegen den AN Mängelhaftungsansprüche geltend, der AN wendet ein, der AG müsse sich gemäß § 254 BGB Fehler seines Planers im Rahmen der Freigabe des Montageplans zurechnen lassen. Das Gericht gibt dem Einwand statt. Es handelte sich bei der Prüfung und Freigabe der Pläne um eine notwendige Mitwirkungshandlung, zu der der AG gegenüber dem AN verpflichtet war. Für Fehler, die dem AG oder dem von ihm eingeschalteten Planer in diesem Zusammenhang unterlaufen, hat der AG deshalb einzustehen. Den Mitverschuldensanteil des AG bewertete das Gericht mit 50 %.

Das OLG Hamm hat in einer Entscheidung vom 12.04.2013 - 12 U 75/12 (Fundstelle: ibr-online 2014, 1021) ein Mitverschulden des Auftraggebers im Rahmen der Freigabe einer fehlerhaften Werkstattzeichnung durch den von ihm beauftragten Prüfsachverständigen verneint. Die Begründung lautete, dass der Prüfsachverständige hoheitlich handelt und damit nicht Erfüllungsgehilfe des AG ist.

**16.) Zur rechtlichen Bedeutung von Herstellervorgaben (Montageanleitungen)**

OLG Hamm, Urteil vom 02.09.2015 – 12 U 199/14; Fundstelle: ibr-online 2016, 391

---

Der Unternehmer hat eine Werkleistung abweichend von der Montageanleitung des Herstellers ausgeführt. Die Parteien streiten sich darum, ob deshalb ein Mangel vorliegt. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass Montageanleitungen eines Herstellers den anerkannten Regeln der Technik nicht gleichstehen, ein Verstoß gegen sie stellt deshalb nicht zwangsläufig einen Ausführungsmangel dar. Allerdings gehören die Vorgaben des Herstellers dann zur vertraglich vereinbarten Beschaffenheit, wenn ihre Einhaltung vereinbart ist. Dies ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln. Von einer konkludenten Abrede ist auszugehen, wenn der Auftraggeber ein besonderes Interesse an der Einhaltung der Herstellervorgaben hat.

---

**17.) Konkludente Abnahme auch bei (nicht bekannten) wesentlichen Mängeln?**

OLG München, Urteil vom 10.11.2015 – 9 U 4218/14 Bau; Fundstelle: NZBau 2016, 161

---

Das OLG München hatte sich in dieser Entscheidung u.a. damit zu befassen, ob eine stillschweigende Abnahme bei Vorliegen wesentlicher Mängel in Betracht kommt. Dies wird in der Literatur teilweise abgelehnt, z.B. Kapellmann/Messerschmidt, § 12 VOB/B Rn. 17, wonach Voraussetzung einer konkludenten Abnahme ist, dass der Auftragnehmer die Mängel kennt und sie nicht beseitigt.

den Abnahme durch Inbenutzungnahme unter anderem ist, dass die Leistung im Wesentlichen fertiggestellt ist und keine schwerwiegenden Mängel vorliegen. Nach der Entscheidung des OLG München steht im Gegensatz dazu einer konkludenten Abnahme nicht bereits entgegen, dass das Werk mangelhaft ist. Mängel können einer konkludenten Abnahme entgegenstehen, wenn der Unternehmer wegen ihres Vorliegens oder vom Besteller behaupteten Vorliegens nicht davon ausgehen kann, der Besteller würde das Werk als im Wesentlichen vertragsgerecht hergestellt hinnehmen. Davon kann aber nur ausgegangen werden, wenn die Mängel den Vertragsparteien bekannt sind bzw. durch den Besteller gerügt sind. Nicht bekannte Mängel stehen einer konkludenten Abnahme nach dieser Entscheidung grundsätzlich nicht entgegen.

---

**18.) Verjährungsverlängerung durch Mängelrüge per einfacher E-Mail?**

OLG Jena, Urteil vom 26.11.2015 – 1 U 201/15; Fundstelle: NZBau 2016, 291

---

Nach der Entscheidung des Gerichts genügt eine Mängelrüge per einfacher E-Mail nicht dem Schriftformerfordernis des § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B 2006. Nach § 126 Abs. 1 BGB verlangt die Einhaltung der Schriftform, dass die Mängelanzeige von dem Anzeigenden eigenhändig durch Namensunterschrift oder mit mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet wird. Diese Form kann nach § 126 Abs. 3 BGB zwar durch die in § 126a BGB geregelte elektronische Form ersetzt werden. Auch diesem Formerfordernis genügt jedoch ein einfaches E-Mail-Schreiben nicht.

---

**19.) Wann ist eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung entbehrlich?**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2015 – I-22 U 84/15; Fundstelle: NZBau 2016, 295

---

Der AG erhebt Kostenerstattungsklage, nachdem er Mängel ohne vorheriges Nacherfüllungsverlangen beseitigen ließ. In diesem Fall 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. Folge der Obliegenheitsverletzung durch Missachtung des Nacherfüllungsrechts des Werkunternehmers ist der vollständige Ausschluss jeglicher Ansprüche auf Schadensersatz bzw. Erstattung der unberechtigten Ersatzvornahme.

---

**20.) Vorbehaltlose Abnahme trotz Kenntnis des Mangels - AG hat nur noch Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens**

OLG Schleswig, Urteil vom 18.12.2015 – 1 U 125/14; Fundstelle: NZBau 2016, 298

---

Nach der einem Bauträgervertrag zu Grunde liegenden Baubeschreibung waren die Fenster mit einem Rollladensystem auszustatten. Entgegen der Baubeschreibung wurden jedoch im Obergeschoss keine Rollläden eingebaut. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass die Kläger dies wussten, als sie das Objekt, was pro-

tokolliert ist, als ordnungsgemäß übernommen haben. Die Kläger machen Schadensersatz wegen der fehlenden Rollläden im Obergeschoss geltend. Das Gericht weist die Klage ab. Entgegen der in der Literatur vorherrschenden Meinung (u.a. Palandt/Sprau, BGB, 74. Auflage, § 340 Rn. 13; Messerschmidt/Voit, § 340 BGB Rn. 290; Staudinger/Peters/Jacoby, § 340 Rn. 65) ist das Gericht der Auffassung, dass der Besteller bei vorbehaltloser Abnahme trotz Kenntnis eines Mangels keinen Schadensersatz im Hinblick auf Mangelschäden mehr geltend machen kann. Zwar bliebe vom Wortlaut des § 640 Abs. 2 BGB her dem Besteller der Anspruch auf Ersatz von Mängelschäden und Mangelfolgeschäden erhalten. Es erscheint jedoch nicht interessengerecht, dass dem Besteller auch der Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens erhalten bleiben soll. Er verhält sich nämlich widersprüchlich, wenn er zwar einerseits das Werk trotz des ihm bekannten Mangels als vertragsgerecht annimmt, andererseits jedoch später die Mittel ersetzt haben möchte, um den Mangel zu beseitigen. Es kann jedoch der Mangelfolgeschaden noch geltend gemacht werden. Ein Mangelfolgeschaden bestünde beispielsweise darin, dass die Mieter der Käufer die Miete wegen des Fehlens der Rollläden im Obergeschoss mindern.

---

### **21.) Zur Berechnung des Minderungsanspruchs**

OLG Schleswig, Urteil vom 19.02.2016 – 1 U 157/14; Fundstelle: NZBau 2016, 490

---

Das Gericht befasst sich mit der Berechnung eines Minderungsanspruchs und führt in diesem Zusammenhang folgendes aus: Wählt der

Besteller Minderung, bedeutet dies typischerweise, dass der Mangel nicht beseitigt werden soll. Daher ist bei der Bestimmung der Höhe der Minderung Zurückhaltung geboten. Die Festsetzung der Minderung auf die Höhe der Mängelbeseitigungskosten stellt lediglich eine Vereinfachung dar, weil die Kosten in der Regel leichter zu ermitteln sind als das Verhältnis der Werte des Werks mit und ohne Mangel. Zieht man zur Berechnung der Minderung die Höhe der Mängelbeseitigungskosten heran, kann aber nur der Nettobetrag in Ansatz gebracht werden (auch keine Nebenkosten). Würde man die Umsatzsteuer berücksichtigen, so würde ein Wertungswiderspruch zum Schadensersatzanspruch bestehen. Verlangt nämlich der Besteller Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten, so kann er die Umsatzsteuer nicht verlangen, solange sie nicht angefallen ist, um eine Überkompensation des Schadens zu vermeiden. Dies schließt es aus, den Besteller dann besser zu stellen, wenn er die Minderung wählt.

---

### **22.) Prognoserisiko bei Durchführung der Ersatzvornahme**

OLG Oldenburg, Urteil vom 04.08.2015 – 2 U 15/15; Fundstelle: BauR 2016, 687

---

Ein Auftragnehmer wird unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert und lässt diese Frist verstreichen. Nach Einschaltung eines Privatgutachters greift er die Bewertungen des Gutachters an und beantragt seinerseits die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens mit dem Ziel, die Mängelfreiheit seiner Leistungen festzustellen. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass der AN durch sein Verhalten die vertragsgemäße Herstellung seiner



Leistung endgültig und ernsthaft verweigert hat. Der Auftraggeber lässt die Nachbesserung durch einen Drittunternehmer vornehmen und verlangt die in diesem Zusammenhang aufgewendeten Kosten.

Der AN wendet ein, die Kosten seien zu hoch, eine vollständige Neuherstellung sei nicht erforderlich gewesen. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass der AG die Erstattung der Fremdnachbesserungskosten in vollem Umfang verlangen kann, weil er als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr im Zeitpunkt der Beauftragung des Drittunternehmers die Maßnahmen für erforderlich halten durfte. Das mit einer sachkundig, begleiteten Beurteilung (Einschaltung eines Privatgutachters) einhergehende Risiko einer Fehleinschätzung trägt der Auftragnehmer. Dieser hat deshalb die Kosten der Ersatzvornahme selbst dann zu erstatten, wenn die zur Mängelbeseitigung ergriffenen Maßnahmen sich im Nachhinein als nicht erforderlich erweisen.

---

### **23.) Stillschweigende Abnahme der Vorunternehmerleistung**

OLG Celle, Urteil vom 07.05.2015 – 6 U 145/14; Fundstelle: BauR 2016, 850

---

Überlässt ein Auftraggeber einem Unternehmer zur Erfüllung dessen werkvertraglicher Verpflichtung das von einem anderen Unternehmer erstellte Werk, ohne eine Erklärung gegenüber diesem Unternehmer, so nimmt er dessen Leistung stillschweigend ab.

---

### **24.) Zur Berechnung eines Mehrvergütungsanspruchs bei unergiebigem Urkalkulation**

KG, Urteil vom 17.12.2013 – 7 U 203/12; BGH, Beschluss vom 27.04.2016 – VII ZR 24/14 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); Fundstelle: IBR 2016, 505

---

Die Vergütung einer Nachtragsforderung für eine zusätzliche Leistung ist nach § 2 Abs. 6 Nr. 2 S. 1 VOB/B nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung zu bestimmen. Es ist also auf die Urkalkulation zurückzugreifen. Wenn - wie hier - allerdings im Hauptvertrag keine hinreichenden Bezugspunkte für die Berechnung der Nachtragsforderung vorliegen, ist die Vergütung nach üblichen Preisen gemäß § 632 Abs. 2 BGB zu bestimmen.

Regensburg / Passau  
im Januar 2017