



Rechtsprechung aktuell:

Neue Entwicklungen im Bau- und Architektenrecht (2026)

Skript zum Nachweis von

5 Fortbildungsstunden

im Selbststudium gemäß § 15 Abs. 4 FAO

Herzlich willkommen zu Ihrer Fortbildung nach § 15 Abs. 4 FAO!

So funktioniert's:

Bearbeiten Sie die in diesem Skript dargestellten Entscheidungen innerhalb der vorgesehenen Fortbildungszeit.

Lernerfolgskontrolle:

Über die Seminarseite gelangen Sie anschließend zur Lernerfolgskontrolle im Multiple-Choice-Format. Die Fragen beziehen sich ausschließlich auf die Inhalte dieses Skripts. Die erforderliche Mindestpunktzahl beträgt 70 %. Sollten Sie diese nicht erreichen, können Sie die Kontrolle jederzeit und ohne zusätzliche Kosten wiederholen.

Zertifikat & Nachweis:

Nach bestandener Lernerfolgskontrolle werden Sie zur Zahlungsseite weitergeleitet. Sobald Ihre Zahlung eingegangen ist, erhalten Sie spätestens am nächsten Werktag alle erforderlichen Nachweise per E-Mail.

Viel Erfolg bei Ihrer Fortbildung!

Ihr Team von Hanse Seminare

Entscheidung 1 – BGH Urt. v. 17.7.2025 – IX ZR 70/24:

Tenor:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 23. April 2024 aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter in dem am 1. März 2022 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen des A. M. (im Folgenden: Schuldner). Er verlangt von der Beklagten restlichen Werklohn.

Der Schuldner war als selbständiger Dachdecker- und Zimmerermeister tätig. Mit Nachunternehmervertrag vom 31. Juli 2019 wurde er von der Beklagten mit den Gewerken Dachdecker- und Klempnerarbeiten an einem Bauvorhaben in Wilhelmshaven beauftragt. Die Vertragsparteien vereinbarten eine Abrechnung nach Einheitspreisen und die Geltung der VOB/B. Der Schuldner führte die Arbeiten in der Zeit vom 30. Oktober 2019 bis zum 15. März 2021 aus und stellte Abschlagsrechnungen, welche die Beklagte im Wesentlichen bezahlte. Unter dem 15. März 2021 legte der Schuldner Schlussrechnung, die unter Berücksichtigung der geleisteten Abschlagszahlungen eine offene Restforderung in Höhe von 88.667,98 € auswies. Die Beklagte rügte Mängel und ausstehende Restleistungen. Der Schuldner nahm weitere Arbeiten an dem Bauvorhaben vor. Die Beklagte zahlte in mehreren Teilbeträgen insgesamt weitere 20.000 € und rügte weiterhin Mängel.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat zunächst noch der Schuldner die Beklagte auf Zahlung der ausstehenden Restforderung in Höhe von 68.667,98 € in Anspruch genommen. Der Rechtsstreit ist durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners unterbrochen worden. Der Kläger hat den Rechtsstreit aufgenommen. Nachdem die vom Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme Mängel der Werkleistung des Schuldners ergeben hatte, hat der Kläger die (weitere) Erfüllung des Nachunternehmervertrags vom 31. Juli 2019 abgelehnt.

Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Der streitgegenständliche Werklohnanspruch sei nicht fällig. Infolge der Erfüllungsablehnung durch den Kläger könne die Fälligkeit auch nicht mehr herbeigeführt werden. Die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klage derzeit unbegründet sei. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein ursprüngliches Zahlungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat gemeint, der streitgegenständliche Restwerklohnanspruch sei derzeit nicht fällig. Die dem Anspruch zugrundeliegende Werkleistung des Schuldners sei nicht abgenommen worden. Wegen nicht unerheblicher Mängel sei die Leistung auch nicht abnahmereif. Auch eine Durchgriffsfälligkeit gemäß § 641 Abs. 2 BGB liege nicht vor. Schließlich folge aus der gemäß § 103 InsO erklärten Erfüllungsablehnung des Klägers kein die Fälligkeit des Werklohnanspruchs begründendes Abrechnungsverhältnis.

Ein die Fälligkeit der Werklohnforderung unabhängig von einer Abnahme und trotz fehlender Abnahmepflicht herbeiführendes Abrechnungsverhältnis sei gegeben, wenn der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrags, sondern Minderung oder Schadensersatz verlange oder die Abnahme des Werks oder weitere Arbeiten des Unternehmers ernsthaft und endgültig ablehne oder die Erfüllung unmöglich geworden sei. Es seien mithin Fälle betroffen, in denen dem Unternehmer eine Werklohnforderung zustehe und der Besteller allein auf Geldzahlung gerichtete Ansprüche wegen der unvollständigen oder mangelhaften Fertigstellung des Werks beanspruchen könne. Das entscheidende Kriterium für die Annahme eines solchen Abrechnungsverhältnisses liege darin, dass es dem Unternehmer rechtlich und/oder tatsächlich unmöglich sei, den Anspruch des Bestellers im Wesentlichen mangelfrei zu erfüllen und er damit selbst die Voraussetzungen für eine Pflicht des Bestellers zur Abnahme und damit letztlich die Fälligkeit seines Werklohnanspruchs nicht herbeiführen könne.

Gemessen daran begründe die Wahl der Nichterfüllung des Bauvertrags durch den klagenden Insolvenzverwalter gemäß § 103 InsO kein die Fälligkeit der Werklohnforderung unabhängig von der Abnahme und Abnahmereife begründendes Abrechnungsverhältnis. Die Wahl der Nichterfüllung des Vertrags durch den Insolvenzverwalter habe keine materiell-rechtliche Wirkung, sondern bestätige nur die durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens gesetzlich eingetretene Suspendierung der Hauptleistungspflichten. Diese wirke nur für die Dauer des Insolvenzverfahrens und schaffe ein auf dessen Zeitraum begrenztes Leistungsverweigerungsrecht. Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens könne der Besteller den Erfüllungsanspruch wieder geltend machen. Auch wenn das Wiederaufleben der Forderungen nach Beendigung eines Insolvenzverfahrens nicht der Regelfall sein werde, entstehe angesichts der dargestellten Rechtslage gerade keine Sachlage, in der es dem Schuldner rechtlich und/oder tatsächlich unmöglich sei, die Voraussetzungen der Abnahmepflicht des Bestellers herbeizuführen, wenn sich der Insolvenzverwalter dafür entscheide, den Bauvertrag nicht zu erfüllen, solange der Besteller seinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht gemäß § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO zur Insolvenztabelle anmelde.

Auch bezogen auf den Insolvenzverwalter lasse sich kein anderes Ergebnis rechtfertigen. Dieser habe bis zur Ausübung seines Wahlrechts die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit, den Anspruch des Bestellers im Wesentlichen mangelfrei zu erfüllen und damit selbst die Voraussetzungen für eine Pflicht des Bestellers zur Abnahme und damit letztlich die Fälligkeit seines Werklohnanspruchs herbeizuführen. Mit seiner Entscheidung, den Bauvertrag nicht zu erfüllen, verhalte sich der Insolvenzverwalter wie ein Unternehmer, der die Mängelbeseitigung verweigere und als Kompensation für die Mängel einen Abzug von der Rechnung vornehme. Genauso wie dem Unternehmer dieser Weg, ein Abrechnungsverhältnis dergestalt eigenmächtig herbeizuführen, verschlossen bleibe, gelte dies für den Insolvenzverwalter.

Allerdings sei die Klage nicht als endgültig, sondern nur mangels Fälligkeit als derzeit unbegründet abzuweisen. Sollte die Beklagte oder ihre Auftraggeberin die Mängel beseitigen oder sie doch noch ihre Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen, träte ein Abrechnungsverhältnis ein.

II.

Das hält rechtlicher Prüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Rechtsfehlerhaft meint das Berufungsgericht, die Vergütung für die vom Schuldner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Leistung sei nicht fällig. Der Insolvenzverwalter kann einen Vergütungsanspruch aus einem beiderseits nicht vollständig erfüllten Werkvertrag für eine vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Teilleistung des Schuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens unabhängig von einer Abnahme der Werkleistung durchsetzen. Dies ergibt sich aus §§ 103, 105 InsO, der bei einer teilbaren

Leistung aus einem beiderseits nicht vollständig erfüllten Vertrag mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintretenden Spaltung des Vertrags und den damit für die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits erbrachten Teilleistungen eintretenden Rechtsfolgen.

1. Der streitgegenständliche Anspruch ergibt sich aus einem gegenseitigen Vertrag im Sinne des § 103 InsO. Der Schuldner hat die nach dem Nachunternehmervertrag geschuldeten Bauleistungen noch nicht vollständig erbracht, weil die Leistungen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mangelhaft sind. Die Beklagte hat den Werklohn noch nicht vollständig bezahlt. Erfüllung im Sinne des § 103 InsO ist – selbst nach Abnahme des Werkes – solange nicht eingetreten, als beseitigungsfähige Mängel bestehen (BGH, Urteil vom 19. November 2015 – IX ZR 198/14, ZIP 2016, 85 Rn. 17). Denn der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers ist letztlich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch in modifizierter Form (BGH, Urteil vom 19. November 2015, aaO mwN).

2. Der Anspruch auf Vergütung für die vom Schuldner vor Verfahrenseröffnung erbrachte Leistung ist unabhängig von einer Erfüllungswahl oder -ablehnung durch den Verwalter, weil die beiderseitig geschuldeten Leistungen teilbar sind und dies zu einer Aufspaltung (Teilung) des Vertrags führt. Dies gilt auch für einen Werkvertrag.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Schuldners zu einer Aufspaltung des Vertrags, wenn ein gegenseitiger Vertrag den Regelungen des § 103 InsO unterfällt und die Leistungen teilbar sind. Soweit der Schuldner die ihm obliegende Leistung teilweise erbracht hat, wird mithin die auf diesen Teil entfallende Gegenleistung weder durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch durch das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters berührt. Der Anspruch auf die der erbrachten Teilleistung entsprechende Gegenleistung bleibt bestehen (BGH, Urteil vom 4. Mai 1995 – IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336, 340; vom 27. Februar 1997 – IX ZR 5/96, BGHZ 135, 25, 26 f; vom 25. April 2002 – IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 358 f; vom 17. Dezember 2009 – IX ZR 214/08, ZIP 2010, 238 Rn. 11). Diese Aufspaltung des Vertragsverhältnisses entsprechend dem vom Schuldner erfüllten und dem nicht erfüllten Teil tritt – wenn die beiderseitig geschuldeten Leistungen teilbar sind – bereits mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens und nicht erst durch die spätere Erfüllungswahl oder -ablehnung ein (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 – IX ZR 79/11, ZInsO 2012, 77 Rn. 22; Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., § 103 Rn. 268; Bopp, Der Bauvertrag in der Insolvenz, S. 234; vgl. auch BGH, Urteil vom 27. Februar 1997 – IX ZR 5/96, BGHZ 135, 25, 28; aA MünchKomm-InsO/Huber, 4. Aufl., § 103 Rn. 47).

Wegen der beiderseitigen Nichterfüllungseinreden der Vertragspartner (§ 320 BGB) hat dies zur Folge, dass diese ihre noch ausstehenden Erfüllungsansprüche nur durchsetzen können, soweit es sich um Ansprüche auf die Gegenleistung für schon erbrachte Leistungen handelt (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2009 – IX ZR 214/08, ZIP 2010, 238 Rn. 11 mwN). Sofern der Schuldner vor Verfahrenseröffnung anders als sein Vertragspartner teilweise geleistet hat, kann der Insolvenzverwalter grundsätzlich eine der tatsächlich bewirkten Leistung entsprechende anteilige Vergütung beanspruchen (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2009, aaO Rn. 12). Insoweit unterliegen die Ansprüche auf die Gegenleistung keinen Beschränkungen durch § 103 InsO. Der Vergütungsanspruch für die vorinsolvenzliche Leistung des Schuldners ist unabhängig von der Erfüllungswahl oder -ablehnung des Verwalters. Der Verwalter muss nicht die Erfüllung wählen, um den Vergütungsanspruch zur Masse zu ziehen. Andererseits bewirkt eine Erfüllungswahl nicht, dass Abtretungen und Aufrechnungen, soweit sie den Vergütungsanspruch der Masse für den vorinsolvenzlich erbrachten Teil der Leistung betreffen, in ihrer Wirkung eingeschränkt werden (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 1995 – IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336, 339; vom 25. April 2002 – IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 358). Denn die Erfüllungswahl beseitigt nicht die mit der Verfahrenseröffnung eingetretene Aufspaltung des Vertrags.

Die Aufspaltung des Vertrags eröffnet dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit, die Gegenleistung für vorinsolvenzlich erbrachte Leistungen des Schuldners geltend zu machen, ohne die mit einer Erfüllungswahl verbundenen Risiken in Kauf nehmen zu müssen. Andererseits ist der insolvenzrechtliche Schutz des Vergütungsanspruchs für die vor Verfahrenseröffnung erbrachte (Mehr-)Leistung des Schuldners im Hinblick auf (Sicherungs-)Abtretungen und Aufrechnungen weniger streng, als der Schutz des Anspruchs aus einer Erfüllungswahl des Verwalters. Nur im Umfang der Erfüllungswahl greift der Gedanke, dass der mit Mitteln der Masse bewirkte Gegenleistungsanspruch dieser auch zugutekommen muss. Die Rechtsprechung berücksichtigt daher sowohl das Interesse der Gläubigersamtheit an einer möglichst umfassenden Befriedigung als auch das Interesse von (Sicherungs-)Zessionaren am Bestand ihrer Sicherheit sowie das Interesse des Vertragspartners am Erhalt von Aufrechnungsmöglichkeiten. Die gegenläufigen Interessen werden zu einem aus insolvenzrechtlicher Sicht angemessenen Ausgleich gebracht.

Die Rechtsprechung zur Aufspaltung des Vertragsverhältnisses ist im Schrifttum überwiegend auf Zustimmung gestoßen (Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., § 103 Rn. 268; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 15. Aufl., § 103 Rn. 15 ff; MünchKomm-InsO/Huber, 4. Aufl., § 103 Rn. 47 ff; Graf-Schlicker/Breitenbücher, InsO, 6. Aufl., § 103 Rn. 7 ff; BeckOK-InsO/Berberich, 2024, § 103 Rn. 92 ff; Römermann/Harig, InsO, 2024, § 103 Rn. 53 f; Thode, ZfIR 2000, 165, 178; Huber, ZInsO 2005, 449, 451; Bopp, Der Bauvertrag in der Insolvenz, S. 234; Matthies, BauR 2012, 1005, 1009 f; kritisch Tintelnot in Prütting/Bork/Jacoby, InsO, 2025, § 103 Rn. 322 ff; aA von Wilmowsky, KTS 2012, 285, 293 ff). Der Senat hält an seiner Rechtsprechung auch unter Berücksichtigung der erhobenen Bedenken und Kritik fest.

b) Regelmäßig sind Leistungen aus gegenseitigen Verträgen teilbar. Eine Teilbarkeit liegt nicht erst dann vor, wenn sich die fragliche Leistung in hinreichend verselbständigte Teile aufspalten lässt. Es genügt vielmehr, dass sich der Wert der erbrachten Teilleistung und ein auf sie entfallender Anteil der Gegenleistung im Verhältnis zur Gesamtleistung und Gesamtvergütung objektiv bestimmen lassen, erforderlichenfalls mit sachverständiger Hilfe. Der Senat versteht den Begriff der Teilbarkeit in seiner Rechtsprechung damit im denkbar weitesten Sinne (BGH, Urteil vom 28. April 2022 – IX ZR 69/21, ZRI 2022, 600 Rn. 27 mwN). Demgemäß hat der Senat auch die Teilbarkeit von Werkleistungen bejaht (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 1995 – IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336, 340, 342; vom 25. April 2002 – IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 358 f; vom 28. April 2022, aaO Rn. 30 ff).

Unteilbar ist hingegen die dem Schuldner versprochene Übereignung eines Grundstücks (BGH, Urteil vom 7. Februar 2013 – IX ZR 218/11, BGHZ 196, 160 Rn. 9). Ebenso hat der Bundesgerichtshof eine Teilbarkeit der Gegenleistung abgelehnt, wenn der Vertragspartner eine nicht auf Einzelleistungen aufspaltbare Fallpauschale schuldete (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2009 – IX ZR 214/08, ZIP 2010, 238 Rn. 26).

c) Bislang nicht abschließend geklärt ist, welche Auswirkungen es auf die Teilbarkeit der Leistung hat, wenn die vom Schuldner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Leistung Mängel aufweist.

aa) Eine mangelhafte Leistung ist nur teilweise – im Umfang der Mängelfreiheit – erbracht (vgl. MünchKomm-InsO/Huber, 4. Aufl., § 105 Rn. 16). Die Mangelhaftigkeit der Leistung steht damit der Teilbarkeit nicht entgegen (Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., § 105 Rn. 45; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 15. Aufl. § 105 Rn. 21). Dies gilt auch für einen Werkvertrag. Denn hinsichtlich der Mängelbeseitigung und Herstellung eines mangelfreien Werks handelt es sich um die Teile des Vertrags, die – ohne dass zu den insoweit streitigen Fragen Stellung genommen werden müsste – der Erfüllungswahl unterliegen.

bb) Nach dieser Maßgabe stellen im Hinblick auf die Wirkungen des § 103 InsO vom Schuldner bereits vor Eröffnung erbrachte Leistungen, die noch Mängel aufweisen, eine teilweise Erfüllung des Vertrags dar, wenn sich – erforderlichenfalls mit sachverständiger Hilfe – ein mangelfreier Leistungsteil abgrenzen lässt. Auch hier greift eine wirtschaftliche Betrachtung. Es kommt daher darauf an, ob sich

der Wert der mangelfrei erbrachten Teilleistung und ein auf sie entfallender Anteil der Gegenleistung im Verhältnis zur Gesamtleistung und Gesamtvergütung objektiv bestimmen lassen. Dem steht das Senatsurteil vom 19. November 2015 (IX ZR 198/14, ZIP 2016, 85) nicht entgegen. Insgesamt mangelhaft im Sinne des Senatsurteils (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2015, aaO Rn. 25) ist eine Werkleistung vielmehr, wenn sich aufgrund der Mängel ein Wert der mangelfrei erbrachten Leistung nicht bestimmen lässt. Das kann schon dann der Fall sein, wenn der unter Berücksichtigung der Mängel verbleibende Wert der erbrachten Leistungen nur geringfügig ist, dem Besteller also gegenüber einer gedachten Neuherstellung des Werks kein nennenswerter Vorteil verbleibt, oder wenn eine Beseitigung der Mängel technisch nur durch eine Neuherstellung des Werks möglich ist.

3. Ist eine Werkleistung nach diesen Maßstäben teilbar, setzt die Durchsetzung des Vergütungsanspruchs für den vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner erbrachten Teil der Leistung keine Abnahme voraus.

a) Allerdings bleibt ein gegenseitiger Vertrag ungeachtet der Eröffnung des Insolvenzverfahrens grundsätzlich in der Lage bestehen, in der er sich bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens befand (BGH, Urteil vom 25. April 2002 – IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 359; vom 27. Mai 2003 – IX ZR 51/02, BGHZ 155, 87, 95; vom 10. August 2006 – IX ZR 28/05, BGHZ 169, 43 Rn. 12; vom 17. Dezember 2009 – IX ZR 214/08, ZInsO 2010, 284 Rn. 11; vom 7. Februar 2013 – IX ZR 218/11, BGHZ 196, 160 Rn. 8; vom 19. November 2015 – IX ZR 198/14, ZIP 2016, 85 Rn. 19 mwN; vom 14. September 2017 – IX ZR 261/15, BGHZ 216, 10 Rn. 13 mwN; ebenso bereits BGH, Urteil vom 7. Dezember 1988 – IVb ZR 93/87, BGHZ 106, 169, 175 mwN; vom 17. Dezember 1998 – IX ZR 151/98, ZIP 1999, 199, 200). Die Verfahrenseröffnung bewirkt keine materiellrechtliche Umgestaltung des gegenseitigen Vertrags (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 – IX ZR 79/11, ZInsO 2012, 77 Rn. 18 mwN).

b) Jedoch unterliegen die vertraglichen Regelungen Einschränkungen, soweit die Insolvenzordnung besondere gesetzliche Regelungen – wie etwa in §§ 103 ff InsO – vorsieht (BGH, Urteil vom 27. Oktober 2022 – IX ZR 213/21, BGHZ 235, 36 Rn. 17). Demgemäß führt die aufgrund der Bestimmungen der §§ 103, 105 InsO mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintretende Spaltung des Vertrags dazu, dass der Vergütungsanspruch des Schuldners für den bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfüllten Teil seiner Leistung getrennt von der Nichterfüllung des übrigen Teils der Leistung zu betrachten ist. Aufgrund dieser mit der Spaltung des Vertrags eintretenden insolvenzrechtlichen Modifikationen setzt der Vergütungsanspruch für den vom Schuldner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits erfüllten Teil des Werkvertrags weder eine Abnahme dieser Teilleistung noch eine Abnahme der gesamten Leistung voraus.

aa) Allerdings wird im Hinblick auf die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, wonach (auch) nach einer Kündigung des Werkvertrags die Werklohnforderung erst mit Abnahme der bis dahin erbrachten Werkleistung fällig wird (Urteil vom 11. Mai 2006 – VII ZR 146/04, BGHZ 167, 345 Rn. 19 ff) vertreten, dass der Insolvenzverwalter die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs für die vom Schuldner vorinsolvenzlich erbrachte Teilleistung nur herbeiführen könne, wenn der Vertragspartner zur Abnahme der Teilleistung verpflichtet sei oder diese abnehme (vgl. Thode, ZfBR 2006, 638, 640; vgl. auch BeckOKInsO/Matthies/Zeyns, 2024, Bau- und Architektenrecht in der Insolvenz Rn. 337, 340, Grziwotz/Koeble/Schmitz, Handbuch Bauträgerrecht, 2. Aufl., Kap. 9 Rn. 92 ff; ders., Die Abwicklung des Bauvertrags in der Insolvenz, 2021, Rn. 53 f; Wellensiek/Alexander/Scharfenberg, Die Bauinsolvenz, 7. Aufl., Rn. 209 ff, 430 ff).

bb) Dies trifft nicht zu. Vielmehr tritt mit der Spaltung des Vertrags aufgrund der insolvenzrechtlichen Modifikationen hinsichtlich der vor Verfahrenseröffnung erbrachten Leistungen eine Fälligkeit des auf diesen Teil entfallenden Werklohns auch ohne Abnahme ein. Es ist insolvenzrechtlich unerheblich, dass materiellrechtlich kein Abrechnungsverhältnis entsteht. Aufgrund der mit Eröffnung des

Insolvenzverfahrens eintretenden Vertragsspaltung sind die Vergütungsansprüche für die jeweiligen Teile der Leistung – sofern sie teilbar sind – selbständig zu behandeln.

(1) §§ 103, 105 InsO und die mit der Insolvenzeröffnung eintretende Spaltung eines beiderseits nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrags bezwecken einen aus insolvenzrechtlicher Sicht angemessenen Ausgleich des Interesses der Gläubigergesamtheit an einer möglichst umfassenden Befriedigung einerseits und des Interesses des Vertragspartners an der Wahrung seiner vertraglichen Rechte andererseits.

§ 103 InsO dient dazu, dem Vertragspartner des Insolvenzschuldners den durch das funktionelle Synallagma vermittelten Schutz zu erhalten, soll es aber vor allem dem Verwalter ermöglichen, den Vertrag zum Vorteil der Masse und damit im Interesse der Gläubigergesamtheit auszuführen (BGH, Urteil vom 16. Mai 2019 – IX ZR 44/18, BGHZ 222, 114 Rn. 21 mwN). Jenseits der von § 103 InsO gezogenen Grenzen verbleibt es – soweit die Leistungen teilbar sind – bei den unabhängig von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehenden Einschränkungen. Demgemäß haben die Insolvenzeröffnung und eine Erfüllungswahl des Verwalters keinen Einfluss auf das Schicksal des Gegenleistungsanspruchs für bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Leistungen. So bleibt etwa die Aufrechnung mit vorinsolvenzlichen Forderungen möglich (BGH, Urteil vom 4. Mai 1995 – IX ZR 256/93, BGHZ 129, 335, 339); ebenso ist die vorinsolvenzliche Abtretung des Vergütungsanspruchs wirksam (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 2002 – IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 358).

(2) Die Spaltung des Vertrags nach Maßgabe der §§ 103, 105 InsO soll den Verwalter in den Stand setzen, die Vergütung für die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachten Leistungen zur Masse zu ziehen, ohne den Vertrag insgesamt erfüllen zu müssen. Es ist mit den Rechtsfolgen der mit Insolvenzeröffnung eintretenden Spaltung des Vertrags nicht vereinbar, die Vergütung für die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachten Teilleistungen von einer Abnahme abhängig zu machen, weil dies den Verwalter entgegen der von § 103 InsO bezweckten Entscheidungsfreiheit dazu zwänge, das gesamte Werk in einen abnahmefähigen Zustand zu versetzen (vgl. Tintelnot in Prütting/Bork/Jacoby, InsO, 2025, § 103 Rn. 434).

Nach Maßgabe des Insolvenzrechts bedarf es keiner Abnahme der vorinsolvenzlich erbrachten Teilleistung, um die Fälligkeit des entsprechenden Vergütungsanspruchs herbeizuführen. Hinsichtlich der erbrachten Teilleistung handelt es sich um eine mangelfreie Leistung. Demgemäß ist die Leistung – isoliert für den erbrachten Teil – abnahmereif. Sämtliche weitergehenden Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche des Vertragspartners fallen in den anderen, gesondert zu betrachtenden Vertragsteil, welcher der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters unterliegt. Sie können erst durchgesetzt werden, wenn der Insolvenzverwalter Erfüllung wählt. Daher kann der Verwalter den Vergütungsanspruch für die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Teilleistung sogleich geltend machen. Es entspricht den Regelungen des materiellen Rechts, dass auch bei einem Werkvertrag Vergütungsansprüche für erbrachte, mangelfreie Teilleistungen geltend gemacht werden können. Insbesondere ist die Möglichkeit zur Geltendmachung eines Vergütungsanspruchs für erbrachte Teilleistungen ohne Abnahme auch dem Vertragsregime nicht fremd (vgl. § 632a BGB, § 16 VOB/B; vgl. auch BGH, Urteil vom 16. April 2025 – VII ZR 236/23, ZIP 2025, 1219 Rn. 26 f).

(3) Dem steht die bisherige Rechtsprechung nicht entgegen.

(a) Soweit der Bundesgerichtshof darauf abgestellt hat, dass bei der Ermittlung des für die vorinsolvenzliche Teilleistung des Schuldners geschuldeten anteiligen Werklohns dieselben Maßstäbe anzuwenden sind, wie wenn der Bauvertrag im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung aus wichtigem Grund gekündigt worden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 2002 – IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 364; vom 28. April 2022 – IX ZR 69/21, ZRI 2022, 600 Rn. 31 mwN), betrifft dies allein die Frage, wie

der für das gesamte Werk vertragsgemäß geschuldete Werklohn auf den vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits erfüllten Teil aufzuteilen ist. Hingegen ist darin nicht ausgesprochen, dass der Vergütungsanspruch auch für die vorinsolvenzlich erbrachte Teilleistung nur nach Maßgabe der bürgerlich-rechtlichen Anforderungen durchgesetzt werden kann. Der Senat hat nicht ausgesprochen, dass die Durchsetzung des Vergütungsanspruchs der Masse für die vom Schuldner vor Verfahrenseröffnung erbrachte Teilleistung nach Maßgabe des Vertragsregimes erfolgt.

(b) Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. November 2017 (VII ZR 116/15, ZInsO 2017, 2738) befasst sich allein mit der Geltendmachung eines Vorschussanspruchs nach § 637 Abs. 3 BGB für Mängelbeseitigungskosten. Dies betrifft nicht die im Streitfall erhebliche Frage, wann der Vergütungsanspruch der Masse für die vor Verfahrenseröffnung erbrachte Teilleistung fällig wird, sondern lediglich Gegenrechte des Bestellers hinsichtlich des noch nicht erfüllten Teils eines Werkvertrags. Es kann dahinstehen, ob – wie der Leitsatz der Entscheidung annimmt – allein durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmers kein Abrechnungsverhältnis im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Mängelrechten ohne Abnahme entsteht. Daraus folgt nichts für die Frage, welche Wirkungen die aufgrund der Insolvenzeröffnung eintretende Spaltung des Vertrags für den Vergütungsanspruch hinsichtlich der vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachten Teilleistung hat.

(c) Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 1. Dezember 2011 (IX ZR 79/11, ZInsO 2012, 77) steht der Annahme einer Fälligkeit des Anspruchs auf Vergütung für die vom Schuldner vorinsolvenzlich erbrachte Teilleistung ohne Abnahme nicht entgegen. Soweit danach der Anspruch auf Zahlung des Rückkaufswerts bei einem beiderseits nicht vollständig erfüllten Lebensversicherungsvertrag von einer Kündigung des Versicherungsvertrags durch den Verwalter abhängt (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011, aaO Rn. 22 f), betrifft dies – in Abgrenzung zu Vergütungsansprüchen aus aufgespaltenen Kauf- und Werkverträgen – die Entstehung des Anspruchs, nicht dessen Fälligkeit (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011, aaO Rn. 23).

4. Der Höhe nach kann der Insolvenzverwalter den der vorinsolvenzlich erbrachten Leistung entsprechenden Teil der vertraglich für die mangelfreie Leistung vereinbarten Gegenleistung verlangen.

a) Entscheidend für den Vergütungsanspruch für die vor Insolvenzeröffnung erbrachte Teilleistung ist, ob dieser Leistung nach den für eine Kündigung aus wichtigem Grund geltenden Maßstäben ein Teil des Vergütungsanspruchs zugeordnet werden kann, weil und soweit sich die erbrachte Leistung feststellen und bewerten lässt (BGH, Urteil vom 28. April 2022 – IX ZR 69/21, ZIP 2022, 1337 Rn. 29). Es genügt, wenn sich der Wert der erbrachten Teilleistung und ein auf sie entfallender Anteil der Gegenleistung im Verhältnis zur Gesamtleistung und Gesamtvergütung objektiv bestimmen lassen, erforderlichenfalls mit sachverständiger Hilfe (BGH, Urteil vom 28. April 2022, aaO Rn. 27 mwN).

b) Aufgrund der Spaltung des Vertrags richtet sich die Vergütung nach dem für die erbrachte Teilleistung geschuldeten Betrag. Maßgeblich ist der Wert der Teilleistung nach Maßgabe der vertraglich vereinbarten Vergütung. Weist die Teilleistung Mängel auf, kommt es für die Bemessung der Teilvergütung auf den Wert der mangelfreien Leistung an. Hierzu ist der auf die erbrachte Teilleistung entfallende Anteil der Gesamtvergütung zu ermitteln und um die für die Beseitigung der Mängel der Teilleistung erforderlichen Kosten zu mindern, soweit die Mängel in den Verantwortungsbereich des Schuldners fallen (vgl. Huber, ZInsO 2005, 449, 452 = Festschrift Kreft, 2004, S. 327, 335 f). Es besteht daher insoweit nur ein von vornherein um die Mängelbeseitigungskosten verminderter Vergütungsanspruch für die Teilleistung.

Damit werden die wechselseitigen Interessen zu einem angemessenen Ausgleich gebracht. Die Insolvenzmasse erhält den Wert der erbrachten Teilleistung vergütet, die der Schuldner mit Mitteln

der (späteren) Insolvenzmasse erwirtschaftet hat. Der Vertragspartner muss die erhaltene Teilleistung nur insoweit vergüten, als ihr Wert nicht durch Mängelbeseitigungskosten gemindert ist. Aufgrund der Kürzung der Vergütung für die mangelhafte Teilleistung um die Mängelbeseitigungskosten bleibt beiden Seiten unbenommen, die insolvenzrechtlich möglichen Entscheidungen hinsichtlich des nicht erfüllten Teils des Vertrags zu treffen. Dem Verwalter steht es frei, im Wege der Erfüllungswahl nach § 103 InsO einen weitergehenden Vergütungsanspruch zu erzielen; dem Vertragspartner steht offen, hinsichtlich des nicht erfüllten Teils des Vertrags seine Ansprüche - gegebenenfalls nach Ablehnung der Erfüllungswahl durch den Verwalter – geltend zu machen und die Beseitigung der Mängel, soweit diese vom Schuldner zu verantworten sind, durch Dritte vornehmen zu lassen.

5. Nach diesen Grundsätzen durfte das Berufungsgericht die Klage nicht als derzeit unbegründet abweisen. Der Kläger macht geltend, dass die vorinsolvenzlich vom Schuldner erbrachte Leistung die Gegenleistung der Beklagten übersteigt. Das Berufungsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen, weil es den Vergütungsanspruch der Masse für nicht fällig gehalten hat. Revisionsrechtlich ist daher davon auszugehen, dass der Schuldner vor Verfahrenseröffnung mehr geleistet hat als die Beklagte. Dieser revisionsrechtlich zu unterstellende Vergütungsanspruch ist mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners fällig geworden. Weiterhin ist revisionsrechtlich zu unterstellen, dass die bisher erbrachten Leistungen des Schuldners teilbar sind. Bei den geltend gemachten Mängeln der Leistung handelt es sich nach den bisherigen Feststellungen um Restmängel.

III.

Das angefochtene Urteil ist danach aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO). Eine eigene Sachentscheidung kann der Senat nicht treffen, weil die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

1. Das Berufungsgericht wird Feststellungen zur Höhe des streitgegenständlichen Vergütungsanspruchs zu treffen haben.

2. Nimmt es einen Vergütungsanspruch an, werden die von der Beklagten erklärten Hilfsaufrechnungen in den Blick zu nehmen sein. Mangelbeseitigungskosten mindern nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen (vgl. oben Rn. 38 f) bereits die Höhe des Vergütungsanspruchs.

Entscheidung 2 – OLG Düsseldorf Urt. v. 27.3.2025 – 5 U 147/23:

Gründe:

I.

Die Kläger schlossen als Käufer mit der beklagten Bauträgerin als Verkäuferin am 23.02.2017 einen notariellen „Kaufvertrag in Form eines Bauträgervertrages“ vor dem Notar A. mit Amtssitz in B.-Stadt (UR.-Nr. 00/2017) über das im Klageantrag zu 1 näher bezeichnete Grundstück, G1, sowie anteilig ein Wegegrundstück, G2, nebst der Verpflichtung zur Errichtung einer Doppelhaushälfte mit einer Wohnfläche von 134 qm nach Maßgabe der Bau- und Leistungsbeschreibung vom 08.05.2015 zum Preis von 373.260,00 Euro und weiteren 47.357,22 Euro für diverse Zusatzleistungen (im Folgenden auch: Vertrag oder Bauträgervertrag).

Der Baubeginn war am 18.07.2017. In § 8 Abs. 1 des Vertrages wurde bereits die Auflassung gemäß § 925 BGB erklärt; eine Vormerkung für die Übertragung des Eigentums ist im Grundbuch eingetragen. Die Übergabe an die Kläger und die Abnahme durch sie erfolgte am 28.09.2018 und bezüglich der Außenanlagen am 15.07.2019, wobei jeweils Mängel/Restarbeiten vorbehalten wurden.

Die Kläger zahlten auf den Gesamtpreis von 420.617,22 Euro insgesamt 393.134,46 Euro. In Höhe von 800,00 Euro einigten sich die Parteien auf einen Abzug wegen beschädigter Türen. Die Kläger forderten die Beklagte mehrfach vergeblich zur Beseitigung von Mängeln auf und begehrten eine Nutzungsentschädigung für die angeblich verspätete Fertigstellung.

Mit ihren Rechnungen vom 15.02.2019 und 14.05.2019 forderte die Beklagte die Kläger zur Restzahlung auf. Mit ihren anwaltlichen Schreiben vom 5. und 29.08.2019 setzten die Kläger gegenüber der Beklagten Fertigstellungsfristen. In der Folgezeit ließen die Kläger die Pflastersteine im Bereich der Garagenauffahrt auf ihre Kosten selbst austauschen.

Die Kläger sind der Ansicht gewesen, ihre Verpflichtung gegenüber der Beklagten erfüllt zu haben durch ihre hinsichtlich sämtlicher Gegenforderungen erklärten Aufrechnungen.

Da die Beklagte das Wohnhaus 72 Tage zu spät übergeben habe, stehe ihnen eine Nutzungsausfallentschädigung von 3.119,76 Euro zu. Da die Außenanlagen 9 Monate zu spät übergeben worden seien, ergäben sich weitere 1.170,00 Euro. Zudem haben sie behauptet, für die Entfernung mangelhafter Pflastersteine der Garagenauffahrt 1.681,41 Euro aufgewendet zu haben.

Schließlich bestünden Vorschussansprüche in einer die Hauptforderung der Beklagten übersteigenden Höhe, die sie zur Aufrechnung gestellt haben. Hierzu haben die Kläger behauptet, die Kosten für eine notwendige Mangelbeseitigung des WPC-Bodenbelags der Loggia auf der Gartenseite des Wohnhauses werde Kosten von 4.504,15 Euro verursachen. Für die Beseitigung von Kratzern an der großen Schiebetüranlage im Wohnzimmer werde die Mangelbeseitigung 1.000,00 Euro kosten. Für die als Mangelbeseitigung notwendige Einputzung der Garagentür seien weitere 500,00 Euro und für eine einheitliche Herstellung der Fassade oberhalb der Garage 1.569,13 Euro zu veranschlagen. Die voraussichtlichen Kosten für die Mangelbeseitigung der drei Lichtschächte beliefen sich auf die vom Gutachter prognostizierten und insgesamt zur Aufrechnung gestellten 18.300,00 Euro. Zudem seien die Abschlusschienen der Rollläden in der Küche bereits bei Abnahme beschädigt gewesen, die Mangelbeseitigung werde 350,00 Euro kosten. Eine Bodenschiene an der Eingangstür sei bereits bei Abnahme beschädigt gewesen, die Mangelbeseitigung werde 500,00 Euro kosten. Schließlich habe die Beklagte im Wegegrundstück G2 die Entwässerungsleitungen für das G2 und die L-Steine zu beseitigen; anteilmäßig auf ihren Miteigentumsanteil beliefen sich die Kosten auf 5.867,49 Euro.

Der verbleibende Rest begründe ihren Zahlungsantrag.

Die Beklagte hat behauptet, sie habe ihre Arbeiten mangelfrei erbracht. Sie ist der Ansicht, aufgrund der Regelungen in § 2 Abs. 3 des Vertrages ergebe sich keine Berechtigung der Kläger, Nutzungsentschädigungen zu beanspruchen. Ein Vorschussanspruch auf – ohnehin übersetzt geltend gemachte – Mangelbeseitigungskosten enthalte keine Umsatzsteuer, und Ansprüche im Hinblick auf das Wegegrundstück G2 könnten nicht allein durch die Kläger als Miteigentümer geltend gemacht werden. Mit ihrer Widerklage hat die Beklagte den ihrer Ansicht nach ausstehenden restlichen Kaufpreis in Höhe von 27.482,76 Euro geltend gemacht.

Zum weiteren Vorbringen der Parteien im ersten Rechtszug sowie den erstinstanzlich gestellten Anträgen wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergänzend auf die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Das Landgericht hat Gutachten der Sachverständigen E. und F. jeweils nebst einem Zusatzgutachten eingeholt und den Zeugen H. vernommen.

Mit dem am 12.10.2023 verkündeten Urteil hat die 8. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg die Beklagte unter Abweisung der Widerklage verurteilt, den Klägern das Eigentum durch Abgabe einer schriftlichen Kaufpreiszahlungsbestätigung gegenüber dem Notar A. zu verschaffen. Ferner können die Kläger 522,83 Euro nebst Zinsen und die Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten verlangen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, den Klägern stehe ein Anspruch auf Abgabe einer Kaufpreiszahlungsbestätigung gemäß § 8 Abs. 2 des Vertrages zu. Denn gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 des Vertrages sei die Beklagte zur Auflassung und Lastenfreistellung verpflichtet, wenn die Kläger den Kaufpreis gezahlt hätten oder ihn zumindest Zug-um-Zug zahlten. Dies sei der Fall, denn durch die Aufrechnungen der Kläger mit ihren Gegenforderungen sei die zunächst noch bestehende Hauptforderung der Beklagten in Höhe von 26.682,76 Euro gemäß § 389 BGB vollständig erloschen.

Den Klägern stehe der geltend gemachte Anspruch auf Nutzungsentschädigung für die Doppelhaushälfte in Höhe von 3.119,76 Euro gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB i. V. m § 2 Abs. 3 des Vertrages zu, denn die Beklagte hätte das Haus am 18.07.2018 übergeben müssen. Durch die Übergabe erst am 28.09.2018 sei die Beklagte 72 Tage in Verzug gewesen. Die maßgebliche Nettokaltmiete ergebe bei 134 qm Wohnfläche und 9,00 Euro Miete pro qm für 72 Tage den genannten Betrag. Ein Anspruch auf 1.681,41 Euro bestehe aus §§ 631 Abs. 1, 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB für die Pflasterarbeiten der Einfahrt. Der Zeuge H. habe glaubhaft bekundet, dass die Kosten für die Entfernung und Entsorgung der nicht ordnungsgemäßen Pflastersteine 1.681,41 Euro ausmachten.

Ein Anspruch auf Zahlung von zunächst 2.350,00 Euro als Vorschuss bestehe zur Mängelbeseitigung des WPC-Bodenbelags der Loggia im 1. Obergeschoss. Weitere Vorschussansprüche gemäß §§ 631 Abs. 1, 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 1, Abs. 3 BGB Kläger ergäben sich in Höhe von 910,00 Euro hinsichtlich der Fassade und in Höhe von 18.300,00 Euro zur Entwässerung der Lichtschächte. Die Notwendigkeit des Aufwands und die Höhe der Kosten stünden nach den Gutachten der Sachverständigen F. und E. fest.

Danach verblieben 321,59 Euro vom Kaufpreis. Denn die Höhe der Nutzungsentschädigung für die Außenanlagen sei nicht hinreichend dargelegt. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei ein Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses für die Garagentür nicht begründet. Schließlich bestehe zwar ein Anspruch auf Entfernung der Rohrleitungen und L-Steine. Die Kläger seien allerdings nicht berechtigt, diesen alleine geltend zu machen. Zu den Voraussetzungen einer Prozessstandschaft fehle es an näheren Darlegungen. Zudem ergebe sich hieraus kein eigener Anspruch.

Der danach in Höhe von 321,59 Euro verbleibende Anspruch der Beklagten sei ebenfalls erloschen, denn die Vorschussansprüche in gutachterlich angenommener Höhe von 21.560,00 Euro seien wegen

Baukostensteigerung um 5% zu erhöhen. Umsatzsteuer sei zu berücksichtigen, weil die Kläger nicht vorsteuerabzugsberechtigt seien.

Damit ergebe sich ein Anspruch der Kläger auf mindestens noch 522,83 Euro aus §§ 631 Abs. 1, 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 1, Abs. 3 BGB, womit der Klageantrag zu 2 und auch der Freistellungsantrag hinsichtlich der Anwaltskosten ebenfalls Erfolg hätten. Zugleich sei damit die Widerklage unbegründet.

Hiergegen richtet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Zur Begründung führt sie hinsichtlich der einzelnen zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen aus, der Vertrag enthalte in § 2 Ziffer 3 keine Verzugsregelung für die Übergabe des Objektes, die eine Mahnung vor Verzugseintritt entbehrlich gemacht hätte; auch sei eine Miete von 9 Euro pro qm zu hoch angesetzt.

Hinsichtlich der angeblich mangelhaften Pflasterung sei die Beweisaufnahme nicht überzeugend; die Beklagten hätten eine Beweissicherung unterlassen und den Beweis sodann nicht durch den von ihnen beauftragten Unternehmer führen können.

Hinsichtlich der Kellerlichtschächte lasse das Landgericht außer Acht, dass die Kläger im Gartenbereich in Eigenleistung und ohne ihre Beteiligung einen im Verhältnis zur Gartenfläche exorbitant großen Pool errichtet hätten. Sie habe mit Schriftsatz vom 28.07.2023 vorgetragen, für die Errichtung des Pools seien erhebliche Ausschachtungsarbeiten vorgenommen worden und die Kläger hätten anschließend die Anfüllungen auch der Kellerlichtschächte mit bindigem Boden selbst vorgenommen oder vornehmen lassen. Sie – die Beklagte – habe im Gartenbereich überhaupt nichts angefüllt oder angeschüttet.

Ein Aufstau des Wassers bei ordnungsgemäßer Verfüllung mit gut wasserdurchlässigem Kies-Sand im Bereich der Lichtschächte hätte vermieden werden können, was das Landgericht vollständig ignoriere. Sie könne daher nur im Bereich vor dem Haus überhaupt eine Verantwortlichkeit für derartige Mängel treffen. Dort habe der Sachverständige nur durch das Entwässerungsloch des Lichtschachtes Bohrungen vorgenommen hat, nicht jedoch um den Lichtschacht herum. Wenn aber der Sachverständige unterhalb des Lichtschachtentwässerung nur bindigen Boden aufgefunden habe, ergebe sich hieraus nichts für den äußeren Bereich des Lichtschachtes. Der Sachverständige gründe seine Meinung insoweit auf Mutmaßungen, die die Kammer nicht hätte zu Grunde legen dürfen.

Schließlich sei nicht ersichtlich, wieso das Landgericht eine Erhöhung der jeweiligen geltend gemachten Vorschussansprüche um 5% annehme; vielmehr seien die Kosten angesichts zurückgegangener Bautätigkeit gesunken. Auch sei der Kostenvorschuss ohne die Umsatzsteuer zu berechnen, die bei Schadensersatzansprüchen nicht anfalle. Insgesamt sei ihr Restzahlungsanspruch nicht erloschen, da keine der Gegenforderungen der Kläger bestehe, womit der Widerklage in großen Teilen stattzugeben sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Duisburg vom 12.10.2023, AZ.: 8 O 46/20, aufzuheben,

die Klage abzuweisen sowie die Kläger auf die Widerklage zu verurteilen, an sie 27.482,76 Euro nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 9.381,36 Euro seit dem 15.03.2019 und aus 18.101,40 Euro seit dem 14.06.2019 zu zahlen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das Urteil. Der Ansatz von 9 Euro als Nettokaltmiete während des Verzugs seien angemessen. Die Kosten für den Ersatz der Pflasterung seien ebenso zutreffend bemessen. Der unstreitig vorliegende Pool sei ohne Einfluss auf Mängel der Lichtschächte, über die unstreitig mehrfach Wasser eingedrungen sei.

Zudem stünden ihnen auch die in Bezug auf die Entfernung der Rohrleitungen und der L-Steine auf dem Wegegrundstück geltend gemachten Ansprüche zu. Bei entsprechendem Hinweis in erster Instanz hätten sie – die Kläger – sich sämtliche diesbezüglichen Ansprüche von den übrigen Eigentümern abtreten lassen, was inzwischen erfolgt sei. Insgesamt seien damit die Klageanträge begründet. Zudem stünden ihnen die weiteren Ansprüche, die das Landgericht nicht mehr im Einzelnen behandelt habe, ebenfalls zu.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens im Berufungsverfahren wird auf die wechselseitigen Schriftsätze und Urkunden Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat nur insoweit Erfolg, als dass weitere Gegenforderungen der Kläger durch deren Aufrechnung verbraucht werden einschließlich eines Teils der Forderungen aus abgetretenem Recht und dass der von den Klägern darüber hinaus geltende gemachte Zahlungsantrag nur aufgrund der abgetretenen Forderung – und damit mit späterem Zinsbeginn – Erfolg hat.

Die zulässige Anschlussberufung der Kläger hat dahingehend Erfolg, als der zur Aufrechnung gestellte Vorschussanspruch bezüglich des G2 nach inzwischen erfolgter Abtretung ebenfalls im Rahmen der von den Klägern erklärten Aufrechnung zu berücksichtigen ist.

1. Den Klägern steht der Anspruch auf die begehrte Erklärung auf Abgabe einer schriftlichen Kaufpreiszahlungsbestätigung der Beklagten gegenüber dem Notar A. zu. Ein solcher ergibt sich – unstreitig – aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Bauträgervertrag. In § 4 des Vertrages haben die Parteien geregelt: „Der Verkäufer hat dem Käufer das Eigentum zu verschaffen. Zur Auflassung und Lastenfreistellung ist er jedoch erst verpflichtet, wenn der Käufer den Kaufpreis gezahlt hat oder ihn zumindest Zug um Zug zahlt.“ Entsprechend haben die Parteien trotz der in § 8 Abs. 1 des Vertrages enthaltenen Auflassung in § 8 Abs. 2 den Notar angewiesen, „den Umschreibungsantrag erst zu stellen nach Eingang der schriftlichen Kaufpreiszahlung des Verkäufers und der abzulösenden Grundpfandrechtsgläubiger oder wenn der Käufer durch Bankbescheinigung nachweist, dass die Zahlung des gesamten Kaufpreises erfolgt ist.“ Keine der Parteien wendet sich gegen die Auslegung des zwischen ihnen bestehenden Vertrags dahingehend, dass dieser den Klägern in § 8 Abs. 2 einen Anspruch einräumt, von der Beklagten eine schriftliche Kaufpreiszahlungsbestätigung zu verlangen, wenn die vollständige Zahlung erfolgt ist. Ebenso wendet sich keine der Parteien gegen die Auslegung des Landgerichts, wonach der Antrag zu 1 der Kläger trotz seiner anderslautenden Formulierung in erster Instanz dahingehend auszulegen war, dass die Kläger die Abgabe einer schriftlichen Kaufpreiszahlungsbestätigung gegenüber dem Notar A. mit den im Übrigen geschilderten Folgen verlangen.

Die Voraussetzungen dieses Anspruchs liegen auch vor. Denn nach dem Vertrag ist der Anspruch auf diese Erklärung gegenüber dem Notar A. abhängig von der Begleichung der ausstehenden Restzahlung in Höhe von 26.682,76 Euro (unter Berücksichtigung des unstreitigen Abzugs in Höhe von 800,00 Euro), ohne dass es darauf ankommt, ob diese durch Zahlung oder aber durch eine Aufrechnung erfolgt ist. Dies ist der Fall, denn die Kläger haben – weitgehend durch unstreitige Zahlungen und im Übrigen durch ihre erklärten Aufrechnungen – den Kaufpreis aus dem Bauträgervertrag umfänglich beglichen.

Da die Kläger keine weiteren Zahlungen behaupten, kommt es entsprechend allein auf ihre zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen an. Dabei haben die Kläger bereits in der Klage die notwendige verbindliche Reihenfolge vorgegeben, in der sie ihre in der Summe die Hauptforderung der Beklagten übersteigenden Gegenforderungen zur Aufrechnung gestellt haben. Danach war zunächst die Nutzungsausfallentschädigung für die Haushälfte in Höhe von 3.119,76 Euro zur Aufrechnung gestellt, dann diejenige für die Außenanlagen in Höhe weiterer 1.170,00 Euro, dann der Erstattungsanspruch für die Pflastersteine in Höhe von 1.681,41 Euro, dann der Vorschussanspruch für den WPC-Bodenbelag der Loggia in Höhe von 4.504,15 Euro, dann derjenige für die Scheibe an der großen Schiebetüranlage im Wohnzimmer in Höhe von 1.000,00 Euro, dann derjenige für die Garagentür in Höhe von 500,00 Euro, dann derjenige hinsichtlich der einheitlichen Herstellung der Fassade in Höhe von 1.569,13 Euro, dann derjenige bezüglich der Lichtschächte in Höhe von 18.300,00 Euro, dann diejenigen für die Abschlussschienen der Küchenrollos in Höhe von 350,00 Euro und der Bodenschienen an der Eingangstür in Höhe von 500,00 Euro sowie schließlich 5.867,49 Euro als zunächst anteilig und dann aus abgetretenem Recht geltend gemachter Vorschuss zur Beseitigung der L-Steine und der Rohrleitung.

a) Maßgeblich ist damit zunächst, ob den Klägern die zur Aufrechnung gestellte Nutzungsentschädigung für die Doppelhaushälfte in der geltend gemachten und vom Landgericht zuerkannten Höhen von 3.119,76 Euro zusteht. Dies ist nicht der Fall, denn die Voraussetzungen eines Anspruchs gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB i. V. m § 2 Abs. 3 des Vertrages liegen nicht vor.

Gemäß Art. 229 § 39 EGBGB kommen dabei die Vorschriften des BGB in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung zur Anwendung.

In § 2 Abs. 3 des Vertrages (18) heißt es:

„Der Verkäufer verpflichtet sich, das Kaufobjekt mit Ausnahme eventueller Eigenleistungen des Käufers binnen 12 Monaten nach Baubeginn fertig zu stellen und dem Käufer vertragsgemäß zu übergeben. Der Termin der Bezugsfertigkeit verlängert sich um die Tage, an denen die Arbeiten aufgrund höherer Gewalt oder wegen Schlechtwettertagen nicht ausgeführt werden können. Als Schlechtwettertage gelten solche Tage, an denen innerhalb der Regelarbeitszeit mindestens 4 Stunden lang aus Witterungsgründen nicht gearbeitet werden konnte.“

Hierzu hat das Landgericht ausgeführt, es handele sich um ein vereinbartes Fälligkeitsdatum für die versprochene Leistung im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB, bei dessen Nichteinhaltung der Schuldner ohne ausdrückliche Mahnung des Gläubigers in Verzug komme. Zudem habe die Beklagte nicht ausreichend dargelegt, die eingetretene Bauzeitverzögerung nicht zu vertreten zu haben. Dies überzeugt nicht.

Eine Anknüpfung kann an ein bestimmtes Ereignis, etwa die Erteilung der Baugenehmigung, erfolgen (Jurgeleit in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage, Teil 5, Rn. 85). Dabei kann das vorausgehende Ereignis, an das angeknüpft wird, auch der Beginn der Bauarbeiten sein (vgl. BGH, Urteil vom 19.05.2022, Az. VII ZR 149/21, zit. nach juris, dort Rn. 26; Grüneberg in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Auflage, § 286, Rn. 23). Der Bundesgerichtshof hat hierzu entschieden, dass der Eintritt des Verzugs ohne Mahnung gerechtfertigt sei, weil einerseits durch die kalendermäßige Bestimmung zum Ausdruck gebracht werde, dass die Zeit der Erfüllung für den Gläubiger wesentlich ist, und weil andererseits der Schuldner in diesen Fällen genau weiß, wann er zu leisten hat. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn die kalendermäßige Fristbestimmung bereits bei Vertragsschluss besteht, sondern auch dann, wenn sie einvernehmlich im Laufe der Vertragsdurchführung erfolgt. Auch dann weiß der Schuldner genau, wann seine Leistung zu erbringen ist (vgl. BGH, Urteil vom 13.12.2001, Az. VII ZR 432/00, zit. nach juris, dort Rn. 22). Angeknüpft hat der

Bundesgerichtshof den Beginn der Frist dabei aber an einen von den Parteien im weiteren Verlauf der Vertragsdurchführung gemeinsam verbindlich festgelegten Termin des Baubeginns, durch den dann zugleich eine kalendermäßige Bestimmung des Fristendes vereinbart worden sei (vgl. BGH a. a. O, Rn. 23; Jurgeleit in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage, Teil 5, Rn. 85). Hiermit ist die vorliegende vertragliche Situation nicht vergleichbar. Es fehlt an einer eindeutigen Bestimmbarkeit des Ereignisses. Die Parteien haben weder näher definiert, worin der Baubeginn liegen soll, noch zu welchem Zeitpunkt dieser erfolge. Dass dieser Termin des Baubeginns zwischen den Parteien vereinbart gewesen wäre, ist anders als in dem durch den Bundesgerichtshof entschiedenen Fall nicht ersichtlich. Die Kläger teilen lediglich mit: „Baubeginn war der 18.07.2017“. Woran sie diese (Ansicht oder Behauptung?) anknüpfen, teilen sie nicht mit. Zudem haben die Parteien durch die Verlängerungsregelung im Vertrag weitere Unklarheiten geschaffen, die letztlich die Errechnung anhand des Kalenders nicht mehr möglich erscheinen lässt. So soll eine Verlängerung eintreten, „um die Tage, an denen die Arbeiten aufgrund höherer Gewalt oder wegen Schlechtwettertagen nicht ausgeführt werden können. Als Schlechtwettertage gelten solche Tage, an denen innerhalb der Regelarbeitszeit mindestens 4 Stunden lang aus Witterungsgründen nicht gearbeitet werden konnte.“ Hierbei handelt es sich nicht lediglich um eine Regelung, wann das Verschulden der Beklagten entfallen soll. Vielmehr wird hierdurch die Fälligkeit der Leistung selbst modifiziert. Jedenfalls dadurch entfällt dann die Möglichkeit einer Berechnung der Fälligkeit nach dem Kalender, zumal sich aus dem vom Kläger als Anlage vorgelegten Schreiben der Beklagten vom 19.09.2019 ergibt, dass die Beklagte das Vorliegen von 62 Schlechtwettertagen geltend gemacht hat.

b) Die an zweiter Position zur Aufrechnung gestellte Forderung auf Kostenvorschuss für die Außenanlagen in Höhe von 1.170,00 Euro besteht nicht. Gegen die diesbezügliche Bewertung durch das Landgericht richten sich die Kläger nicht. Insoweit hat das Landgericht damit gemäß § 322 Abs. 2 ZPO rechtskräftig entschieden.

c) Sodann haben die Kläger den Erstattungsanspruch für die Selbstvornahme bezüglich der Pflastersteine in Höhe von 1.681,41 Euro gemäß §§ 631 Abs. 1, 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB zur Aufrechnung gestellt, hinsichtlich derer im Abnahmeprotokoll vom 15.07.2019 ein Vorbehalt aufgenommen ist. Zwar ist hierzu in der Klageschrift noch ein Vorschussanspruch zur Aufrechnung gestellt worden. Die Umstellung auf die Aufrechnung mit dem Ersatzanspruch ist erst im Schriftsatz vom 11.01.2021 erfolgt. Allerdings handelt es sich um denselben Anspruch, der durch die zwischenzeitliche Durchführung der Arbeiten auf einer anderen rechtlichen Grundlage steht. Seine Position innerhalb der Reihenfolge der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen bleibt hierdurch unbeeinflusst.

Da unstreitig der Pflasterbelag geschuldet war, war er auch ohne Beschädigungen und ohne Zement- oder Mörtelschleier geschuldet. Insoweit liegt, wie das Landgericht zutreffend erkannt hat, die Darlegungs- und Beweislast für die Mangelfreiheit der Arbeiten bei der Beklagten. Denn in der Anlage zum Abnahmeprotokoll vom 15.07.2019 sind die Pflasterarbeiten im Vorgarten ausdrücklich aufgeführt bei Mängeln und Vorbehalten. Entgegen der Bewertung der Beklagten liegen auch keine Umstände vor, die eine Beweisvereitelung durch die Kläger darstellen könnten. Diese hatten die Beklagte vielmehr unstreitig mehrfach – zuletzt anwaltlich durch Schreiben vom 29.08.2019 – zur Nachbesserung aufgefordert, bevor sie diese im Wege der Selbstvornahme durchgeführt haben.

Hinsichtlich der insoweit angefallenen Kosten ist der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an die Feststellungen der Kammer gebunden. Hiernach hat das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung die vom erstinstanzlichen Gericht festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellung begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit können sich insbesondere aus Verfahrensfehlern des erstinstanzlichen Gerichts ergeben. Die Beweiswürdigung ist dann

verfahrensfehlerhaft, wenn sie den Anforderungen des § 286 ZPO nicht genügt, also dann, wenn sie in sich widersprüchlich oder unvollständig ist, den Denkgesetzen oder allgemeinen Erfahrungssätzen zuwiderläuft oder das Gericht Tatsachenvortrag der Parteien übergangen oder von den Parteien nicht vorgetragene Tatsachen verwertet hat (siehe BGH, Urteil vom 21.06.2016, Az. VI ZR 403/14, juris Rn. 10). Zudem können sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen auch aus der Möglichkeit einer abweichenden Wertung durch das Berufungsgericht ergeben, insbesondere daraus, dass das Berufungsgericht das Ergebnis einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme anders würdigt als das Gericht der Vorinstanz (siehe BGH, Urteil vom 21.06.2016, VI ZR 403/14, juris Rn. 11).

Ein Verfahrensfehler des Landgerichts ist indes nicht ersichtlich. Insbesondere genügt die Beweismwürdigung den geltenden Anforderungen des § 286 ZPO. Zutreffend hat das Landgericht die Beweislast der Beklagten angenommen und auf Grundlage der Vernehmung des Zeugen H. sowie des vorliegenden Angebots die Überzeugung begründet, dass Kosten in Höhe von 1.681,41 Euro angefallen seien für die Entfernung und Entsorgung der mangelhaften Pflasterung.

d) Es folgt in der von den Klägern vorgegebenen Reihenfolge der Vorschussanspruch gemäß §§ 631 Abs. 1, 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB für den WPC-Bodenbelag der Loggia, den die Kläger in Höhe von 4.504,15 Euro geltend gemacht haben und den das Landgericht in Höhe von 2.467,50 Euro als zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung berücksichtigt hat. Soweit die Kläger in erster Instanz einen höheren Anspruch geltend gemacht haben, wenden sie sich mit ihrer Anschlussberufung nicht gegen die Entscheidung des Landgerichts, vgl. oben.

Auch bezüglich dieses Anspruchs ist der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an die Feststellungen der Kammer zu den Tatsachen bezüglich des Vorliegens des Mangels sowie der Bewertung der nach dem Gutachten zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten gebunden. Ein Verfahrensfehler des Landgerichts ist – jedenfalls zulasten der Beklagten – insoweit nicht ersichtlich. Insbesondere genügt die Beweismwürdigung zur Höhe des Anspruchs den geltenden Anforderungen des § 286 ZPO.

In der Anlage zum Abnahmeprotokoll vom 28.09.2018 steht bei Mängel/Restarbeiten unter 1 „Loggia: Geländer und Bodenbelag“ sowie unter 13 „Loggia“. Insoweit ist ein Mängelvorbereitung bei der Abnahme erfolgt mit der Folge der Beweislast der Beklagten für das Nichtvorliegen des Mangels. Zwar hat das Landgericht nach der Formulierung der Beweisfrage im Beweisbeschluss vom 13.01.2021 wohl eine Beweislast der Kläger angenommen. Letztlich kann dies jedoch dahinstehen, denn auf der Grundlage seiner Feststellungen hat das Landgericht überzeugend angenommen, dass konstruktive technische Herstellungsmängel bestehen, weil keine Lagesicherung des Dielenbelags erreicht wurde, was keine ordnungsgemäße Verlegung darstelle. Die unterlegten Keile ließen sich gegeneinander verschieben und mühelos herausnehmen. Zudem seien sie ungeschützt und lägen auf der Entwässerungsebene auf, weshalb es mittelfristig an den Hölzern zu Fäulnisprozessen kommen werde. Auch seien die Stöße teilweise frei endend, ohne dass sie auf Keilen auflagerten, so dass sich die einzelnen Dielen gegeneinander höhenversetzten. Die letzte Dielenreihe sei zur Fensteranlage hin nicht lagegesichert, da sie nur einseitig gehalten sei. Es komme zu Funktionsbeeinträchtigungen des Dielenbelags mit Verletzungsgefahren.

Allerdings ist grundsätzliche Voraussetzung eines Vorschussanspruches neben dem Recht des Bestellers zur Selbstvornahme auch seine Absicht zur Mängelbeseitigung; diese ist zwar im Allgemeinen bei einem geltend gemachten Vorschussanspruch zu vermuten (Retzlaff in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Auflage, § 637, Rn. 8). Eine solche Vermutung soll indes nicht greifen und entsprechend kein Vorschussanspruch bestehen, wenn der Besteller den für die Mängelbeseitigung erforderlichen Geldbetrag vom Unternehmer auf andere Weise erlangen kann (Retzlaff a. a. O., Rn. 8). So soll der Bauherr eines solchen Vorschusses nach bisher herrschender Meinung etwa dann nicht bedürfen, wenn ihm der für die Mängelbeseitigung erforderliche Geldbetrag durch Einbehaltung der

Vergütung des Unternehmers ohnehin bereits zur Verfügung steht. Entsprechend sollte ein Vorschussanspruch vor seiner Kodifizierung in § 637 Abs. 3 BGB um zurückbehaltenen Werklohn zu kürzen sein, da insoweit die Vermutung, dass eine Mängelbeseitigung mit dem erhaltenen Vorschuss erfolgen werde, nicht tragfähig wäre (vgl. OLG Oldenburg BauR 1994, 371, zit. nach juris, dort Rn. 5). Dies soll nach Auffassung des Oberlandesgerichts Oldenburg sowie des Kammergerichts (Urteil vom 18.06.2024, Az. 21 U 20/23, zit. nach juris, dort Leitsatz 3) auch hinsichtlich des neuen Schuldrechts gelten. Ein Kostenvorschussanspruch bestehe weiterhin nicht, soweit der Besteller den dem Unternehmer zustehenden Werklohn einbehalten könne. Fordere der Auftraggeber einen Kostenvorschuss, obwohl er sich diesbezüglich anderweitig befriedigen könne, verhalte er sich auch nach neuem Schuldrecht treuwidrig (OLG Oldenburg, Urteil vom 12.07.2022, Az. 2 U 247/21, zit. nach juris, dort Rn. 45 als obiter dictum). „Die Aufrechnung mit einem Anspruch auf Vorschuss für Mangelbeseitigungskosten gegenüber dem Vergütungsanspruch des Unternehmers ist nicht möglich, da es eine solche Aufrechnungslage nicht geben kann“, solange der Einbehalt für die Beseitigungskosten ausreicht (KG a. a. O.).

Auf Grundlage dieser Ansicht käme eine Aufrechnung mit Vorschussansprüchen erst in Betracht, sobald der Zurückbehalt in Höhe von 26.682,76 Euro abzüglich der unter c) berücksichtigten 1.681,41 Euro überschritten wäre.

Der Senat teilt diese Ansicht jedoch nicht und sieht Vorschussansprüche gemäß § 637 Abs. 3 BGB auch bei noch ausstehendem Werklohn prinzipiell als eröffnet an, sodass mit ihnen grundsätzlich auch gegen einen bestehenden Restwerklohnanspruch die Aufrechnung möglich ist. Denn eine überzeugende Begründung, warum es nicht möglich sein soll, mit einem Vorschussanspruch aus § 637 Abs. 3 BGB gegenüber einem Werklohnanspruch aufzurechnen (KG a. a. O., Rn. 86), vermag der Senat nicht zu erkennen.

Diese soll sich nach Ansicht des Kammergerichts aus den in Bezug genommen Entscheidungen des Bundgerichtshofs ergeben. Konsequenz soll danach sein, dass „die Aufrechnung mit einem Vorschussanspruch gegenüber einem Vergütungsanspruch ... folglich deshalb ausgeschlossen [ist], weil es eine solche Aufrechnungslage nicht geben kann, denn wenn und soweit noch Vergütung des Unternehmers offen ist, hat der Besteller keinen Anspruch auf Vorschuss“. Das Kammergericht verweist für seine Argumentation auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.01.2000. Aus diesem ergibt sich indes nicht. Die relevante Passage beschränkt sich auf den Satz: „Allerdings könnte der Vorschussanspruch möglicherweise zu versagen sein, wenn der Auftraggeber sich aus zurückbehaltenem Werklohn befriedigen kann“ (BGH, Urteil vom 20.01.2000, Az. VII ZR 224/98, Unterstreichung durch den Senat). Dies lässt schon dem Wortlaut nach offen, dass es ebenso gut auch anders sein könnte, selbst wenn der Auftraggeber sich aus zurückbehaltenem Werklohn befriedigen kann. Ohnehin musste der Bundesgerichtshof diese aufgeworfene Frage auch nicht entscheiden, da ein noch zurückgehaltener Werklohn in seinem Fall nicht feststellbar war. Letztlich greift dieses Urteil das vorangehende Urteil des Bundesgerichtshofs vom 02.03.1967 auf, in dem der Bundesgerichtshof den Vorschussanspruch ursprünglich entwickelt hat (Az. VII ZR 215/64, zit. nach juris, dort Rn. 35). Dort wird die Entwicklung des Vorschussanspruchs zwar damit begründet, dass ein Bedürfnis für einen solchen besteht, sofern der Unternehmer den Besteller nicht auf eine ausreichend geleistete oder einbehaltene Sicherheit zu verweisen vermag, weshalb in einem solchen Fall die Leistung eines Vorschusses „ein Gebot der Billigkeit“ darstelle (Az. VII ZR 215/64, zit. nach juris, dort Rn. 35).

Insoweit darf aber nicht verkannt werden, dass es damals – 1967 wie auch 2000 – argumentativ um die Herleitung eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorschussanspruchs aus Gründen der Billigkeit ging. Die Frage, ob es damals einer Rechtsfortbildung bedurfte, unterscheidet sich indes grundlegend von der Frage, ob es nach erfolgter Gesetzesänderung einer Einschränkung des nunmehr kodifizierten Rechts bedarf. Nach Ansicht des Senats verändert sich durch die Kodifizierung die Richtung, aus der die Frage zu beantworten ist, grundlegend. War nach altem Recht der Vorschuss als solcher

begründungsbedürftig, gilt dies nach seiner Kodifizierung nunmehr für seine Einschränkung. Eine teleologische Reduzierung des Vorschussanspruchs nach der aktuellen Rechtslage wie auch die Annahme eines zusätzlichen ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals bedürfen nun ihrerseits einer Rechtfertigung.

Diese kann indes nicht darin liegen, eine 1967 durch den Bundesgerichtshof bewertete Situation, in der jedenfalls ein Vorschussanspruch angenommen wurde, als ausschließende Situation zu bewerten, in der überhaupt ein Vorschussanspruch in Betracht kommen kann. Eine solche Ausschlusswirkung gibt die Entscheidung schon für den damaligen Zeitpunkt nicht her. Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 02.03.1967 hat sich nicht der Frage gewidmet, wann eine Vorschusspflicht einzuschränken sein könnte, sondern nur, für welchen Fall sie – obwohl gesetzlich nicht geregelt – bestehen muss. Auch an anderen Stellen des Bürgerlichen Gesetzbuches sind Vorschussansprüche geregelt, ohne dass diese solchen Einschränkungen unterworfen würden, wie sie für den Vorschussanspruch zur Selbstvornahme vorgeschlagen werden (vgl. insbesondere die Ansprüche aus § 588 Abs. 2 S. 3 und § 669 BGB; instruktiv hierzu: Halfmeier, BauR 2022, 830). Warum anders als diese Vorschussansprüche derjenige gemäß § 637 Abs. 3 BGB zusätzlichen – ungeschriebenen – Voraussetzungen unterliegen sollte, erschließt sich dem Senat nicht.

Dies gilt nochmals stärker, als im Falle einer erfolgten Selbstvornahme diese Einschränkung nicht (fort-)besteht und auch bei noch geschuldetem Werklohn der Ersatz gemäß § 637 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden kann (vgl. Halfmeier a. a. O. unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 24.11.2005, Az. VII ZR 304/04, zit. nach juris unter Verweis auf BGH, Urteil vom 23.06.2005, Az. VII ZR 197/03). Insoweit spricht auch der Grundsatz, wonach die Mängelrechte des Werkvertragsrechts elektiv geltend gemacht werden können, gegen einen Ausschluss (allein) des Vorschussanspruchs, nachdem der Schadenersatzanspruch wie auch der Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten keinen solchen Einschränkungen unterliegen.

Nach Ansicht des Senats ist ein Vorschussanspruch nicht – jedenfalls nicht zwingend – durch einen zurückbehaltenen Werklohn ausgeschlossen. Denn das maßgebliche inhaltliche Argument der Befürworter einer Einschränkung des Vorschussanspruchs ist, dass ein Fordern eines Vorschusses trotz der Möglichkeit eines Rückgriffs auf zurückgehaltenen Werklohn treuwidrig sei (vgl. OLG Oldenburg a. a. O. m. w. N.). Ein solcher Verstoß gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB mag im Einzelfall feststellbar sein. Dies muss indes keineswegs immer zutreffen. Daher erschließt es sich dem Senat etwa nicht, weshalb es einer generalisierenden Lösung bedürfen sollte, die einen Vorschussanspruch des Bestellers bei bestehender Restwerklohnforderung ohne Ansehung des Einzelfalls und der konkreten Interessenlage ausschliesse.

Es erscheint dem Senat begründungsbedürftig, warum dem Erwerber im Rahmen eines Bauvertrages ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorzuwerfen sein sollte, wenn er nicht aus zurückbehaltenem Werklohn Investitionen zur Mängelbeseitigung treffen will, die dann (zumindest zunächst) allein dem Eigentum des Bauträgers zugutekommen.

Dogmatischer Ansatz für den Entfall des gesetzlich eingeräumten Vorschussanspruches kann nur sein, dass entweder die Notwendigkeit eines solchen Vorschusses entfällt oder dass die Voraussetzung des Willens fehlt, den Vorschuss zur Mängelbeseitigung einzusetzen. Beide Varianten sind letztlich Ausprägungen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und können im jeweils zu untersuchenden Einzelfall zutreffend sein, ohne dass dies indes immer der Fall sein müsste.

Maßgeblich erscheint nach Ansicht des Senats, ob der Vorschussberechtigte den Willen hat, die Mängelbeseitigungsarbeiten durchzuführen, was Voraussetzung für einen Anspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB ist (vgl. BGH, Urteil vom 19.11.2020, Az. VII ZR 193/19, zit. nach juris, dort Rn. 24). Dies mag im Einzelfall durchaus in Frage gestellt werden können, wenn ohnehin bereits durch einen einbehaltenen

Teil des Werklohns die Möglichkeit bestünde, die Mängel selbst zu beseitigen, ohne zuvor den Unternehmer auf Vorschuss in Anspruch zu nehmen. Zwingend ist ein solcher Schluss indes keinesfalls und insbesondere nicht in jedem Fall.

Das Interesse der Kläger, mit dem Vorschussanspruch gegen den Kaufpreisanspruch aufrechnen zu können und so die Voraussetzungen zu schaffen, zugleich selbst Eigentümer zu werden, liegt offen zutage. Es erscheint ebenso nachvollziehbar wie schützenswert. Daher griffe es zu kurz, einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben darin zu sehen, wenn dieser Anspruch auf Vorschuss verfolgt wird. Ohne einen solchen Verstoß fehlte jedoch zugleich ein erkennbarer Grund für die Einschränkung des gesetzlich geregelten Vorschussanspruchs.

Gegen den Ausschluss eines Vorschussanspruchs spricht, dass der Besteller eine nicht akut notwendige Mangelbeseitigung zwar einerseits durchaus auf Kosten des Unternehmers vornehmen (lassen) können wollte, andererseits aber zunächst Klarheit über die Kostenpflicht des Unternehmers benötigt. Eine Beseitigung zwar unter Verwendung eines einbehaltenen Teils des Werklohns, aber doch ohne Einigung oder gerichtliche Entscheidung über den Vorschussanspruch, birgt dann die Gefahr, dass sich die Beweissituation verschlechtert. Dies zeigt sich auch hier: So sehen sich die Kläger durch die Beklagte hinsichtlich der Position der ausgetauschten Pflastersteine, in der sie den Einbehalt bereits zur Selbstvornahme der Mängelbeseitigung genutzt haben, dem Vorwurf der Beweisvereitelung ausgesetzt. Hier hatten sie ebenfalls zunächst einen Vorschuss geltend gemacht und stützen ihren Anspruch nach erfolgter Selbstvornahme nunmehr auf den Ersatzanspruch nach § 637 Abs. 1 BGB bei verschlechterter – wenngleich noch ausreichender, vgl. oben – Beweislage. Warum es einen Verstoß gegen § 242 BGB darstellen soll, ihnen dies nicht zuzumuten, erschließt sich dem Senat nicht.

Denkbar ist auch, dass der Besteller einerseits im Falle der Einigung über die Verantwortung des Unternehmers oder einer gerichtlichen Feststellung eine vollständige Mängelbeseitigung wünscht und im Wege der Selbstvornahme auch vornehmen will, andererseits aber den bestehenden Zustand akzeptieren würde oder jedenfalls nur eine einfachere Verbesserung vornehmen würde, wenn er letztlich selbst für die Mangelbeseitigung finanziell aufkommen müsste. Diesem Risiko würde er aber ausgesetzt, wenn er ohne Abklärung einen einbehaltenen Werklohn verwenden würden. Der Senat sieht keinen Grund, warum dem Besteller ein solches Risiko gegenüber dem vertragsuntreuen Unternehmer aufgebürdet werden soll. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) ergibt sich nach Ansicht des Senats nicht daraus, dass ein Besteller dieses Risiko nicht auf sich nehmen will und daher Kostenvorschuss verlangt. Auch bestünde ohnehin das Risiko, dass der einbehaltene Werklohn bei der Selbstvornahme nicht ausreichen könnte; die Notwendigkeit eine Klage könnte ohnehin nicht ausgeschlossen werden.

Es ist auch nicht ersichtlich, wie ein Besteller – hier die Kläger – auf andere Weise seine Rechte diesbezüglich hinreichend und beweisfest sichern sollte. Bei einer Feststellungsklage bestünde die Gefahr, auf eine Vorschussklage verwiesen zu werden oder ebenfalls auf die Möglichkeit, die Selbstvornahmekosten aus dem zurückbehaltenen Teil des Werklohns zu zahlen, sodass das Rechtsschutzbedürfnis in Frage gestellt werden könnte.

All dies spricht dafür, den Vorschussanspruch im Grundsatz zu eröffnen und nur dann zu versagen, wenn tatsächlich im Einzelfall Umstände bestehen, aufgrund derer in seiner Geltendmachung ein Verstoß gegen Treu und Glauben läge, insbesondere, weil von einer Absicht, den Vorschuss zur Mängelbeseitigung zu verwenden, nicht auszugehen ist. Soweit bei Vorschüssen, die auf dieselben Umstände zurückzuführen sind, auf denen auch schon die Einbehalte basieren, eine unbillige Benachteiligung des Unternehmers zu befürchten sein könnte, kann dem zudem dadurch begegnet werden, die Durchsetzung des Vorschussanspruchs des Bestellers aus Gründen der Billigkeit auf eine Aufrechnung zu beschränken (dies erwägt Halfmeier, BauR 2022, 830). Jedenfalls dann ist keine

unbillige Benachteiligung des Unternehmers zu befürchten. Diese kommt damit vorliegend nicht in Betracht, denn die Kläger beschränken sich gerade auf die Aufrechnung.

Der als Gegenanspruch zur Aufrechnung gestellte Vorschussanspruch wäre also nur zu versagen, wenn die Verwendungsabsicht (oder -möglichkeit) zur Mängelbeseitigung fehlen sollte. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Ohnehin ist die diesbezügliche Verwendungsabsicht durch die Beklagte schon gar nicht in Abrede gestellt. Zudem zeigt sich die Absicht der Kläger zur Verwendung des Vorschusses zur Mängelbeseitigung schon aus dem Umstand, dass sie trotz noch ausstehender Entscheidung über die Vorschüsse und unter Inkaufnahme von Beweinschweigen teilweise zur Selbstvornahme der Mängelbeseitigung und zum Kostenerstattungsanspruch übergegangen sind.

Auch die vom Landgericht berücksichtigte Höhe des Vorschussanspruchs mit voraussichtlichen Kosten in Höhe von 2.467,50 Euro vollzieht der Senat umfänglich nach. Dies entspricht in Höhe von 2.350,00 Euro der Bewertung des Sachverständigen E. in seinem Gutachten vom 03.01.2022, dort S. 11 f., und ist in sich nachvollziehbar. Auch ist, da keine Vorsteuerabzugsberechtigung der Kläger besteht, die Umsatzsteuer im Vorschussanspruch zu berücksichtigen (vgl. nur Retzlaff in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Auflage, § 637, Rn. 9). Die Erhöhung der 2.350,00 Euro um 5% wegen gestiegener Kosten begegnet ebenfalls keinen Bedenken. Verfahrensrechtlich ist für die Schadensbemessung der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgeblich (vgl. BGH, Urteil vom 22.02.2018, An. VII ZR 46/17, zit. nach juris, dort Rn. 25). Daran ändert auch die materiell-rechtliche Rückwirkung der Aufrechnung nach § 389 BGB nichts (vgl. BGH, Urteil vom 17.04.1958, Az. II ZR 335/56), so dass auch beim Vorschussanspruch Preisveränderungen in jeder Richtung erfasst werden (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 02.05.2022, Az. 19 U 98/21). Insoweit teilt der Senat die Schätzung der Kammer, dass gemäß § 287 ZPO – jedenfalls für den Zeitpunkt der jetzigen mündlichen Verhandlung – eine Erhöhung um 5% zu erfolgen hat.

e) Sodann ist nach den bindenden Vorgaben der Kläger über die Reihenfolge der zur Aufrechnung gestellten Forderungen über den Vorschussanspruch für die Scheibe an der großen Schiebetüranlage im Wohnzimmer in Höhe von 1.000,00 Euro zu befinden. Die Beklagte hat in ihrer Klageerwidern vom 13.05.2020 bestritten, dass die Kratzer vorhanden sind und schon bei Abnahme vorhanden gewesen seien. Für das Vorliegen der Kratzer zum Zeitpunkt der Abnahme sind die Kläger beweibelastet, denn es findet sich hierzu kein Vorbehalt bei der Abnahme. Das Landgericht hat im Rahmen des Ortstermins die Scheibe in Augenschein genommen und dabei kaum sichtbare, aber fühlbare Kratzer festgestellt. Hieraus ergibt sich jedoch weiterhin nicht, dass die Kratzer auch bei Abnahme vorlagen.

f) Soweit das Landgericht hinsichtlich des Vorschussanspruches in Höhe von 500,00 Euro die Garagentür betreffend entschieden hat, dass dieser nicht bestehe, haben die Kläger dies nicht angegriffen. Insoweit ist das Urteil gemäß § 322 Abs. 2 ZPO rechtskräftig.

g) Es folgt der Vorschussanspruch gemäß §§ 631 Abs. 1, 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB bezüglich der Fassade, wobei über diesen nur in Höhe von 955,50 Euro zu entscheiden ist, nachdem die Kläger sich nicht gegen die Kürzung ihrer zunächst mit 1.569,13 Euro geltend gemachten Gegenforderung auf diesen Betrag wenden und insoweit Rechtskraft gemäß § 322 Abs. 2 ZPO besteht.

Auch bezüglich dieses Anspruchs ist der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an die Feststellungen der Kammer zu den Tatsachen gebunden. Ein Verfahrensfehler des Landgerichts zulasten der Beklagten ist nicht ersichtlich. Die Beweiswürdigung zum Vorliegen des Mangels wie auch zur Höhe der erwartbaren Beseitigungskosten genügt den geltenden Anforderungen des § 286 ZPO. Die Bemessung der voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung gemäß Gutachten mit 910,00 Euro einschließlich Umsatzsteuer begegnet keinen Bedenken. Diese entspricht der Bewertung des Sachverständigen E.

Auch die Erhöhung um 5% wegen gestiegener Kosten ist entsprechend den Ausführungen unter d) angemessen.

h) Ein Vorschussanspruch gemäß §§ 631 Abs. 1, 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB bezüglich der Lichtschächte ist begründet.

Soweit das Landgericht die insgesamt als Vorschusssumme für die Mängelbeseitigung geltend gemachte Kostenvorschusssumme von 18.300,00 Euro um 5% erhöht hat, lag in erster Instanz ein Verstoß gegen den für die Aufrechnung entsprechend anwendbaren § 308 ZPO vor. Denn die Kläger haben diese Positionen nur in der geltend gemachten Höhe zur Aufrechnung gestellt und – soweit nicht durch die Aufrechnung verbraucht – zum Gegenstand des Antrags zu 2 gemacht. In zweiter Instanz steht dies indes einer Berücksichtigung in der durch das Landgericht zuerkannten Höhe nicht entgegen, denn durch ihren Antrag, die Berufung zurückzuweisen, haben die Kläger die Aufrechnung jedenfalls konkludent nunmehr in der vom Landgericht zuerkannten Höhe erklärt.

Auch bezüglich dieses Anspruchs ist der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an die Feststellungen der Kammer zu den Tatsachen gebunden. Ein Verfahrensfehler des Landgerichts ist insoweit nicht ersichtlich. Zutreffend ist das Landgericht von der Beweislast der Kläger ausgegangen und hat – diese zugrundelegend – die Mangelhaftigkeit der Lichtschächte und der in ihnen enthaltenen Regulierung des Wasserablaufes festgestellt. Der Senat teilt die Einschätzung des Landgerichts, dass nach den nachvollziehbaren und überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen F. bei stärkeren Regenfällen die Gefahr eines erhöhten Schichtwasseraufstaus über dem Geschiebelehm besteht. Der Sachverständige hat ausgeführt, es ergebe sich durch die Konzeption einer Plattengründung unterhalb der Schichten mit ungünstigen Baugrundeigenschaften ein Einschnitt in die Oberfläche des Geschiebelehms. Durch die Eintiefung in den wasserstauenden tonhaltigen Geschiebelehm ergebe sich eine „Badewannensituation“. Es stau sich Schichtenwasser auf einer tonigen Geschiebelehmschicht, die mehrere Meter dick sei. Der seitliche Abfluss sei problematisch, da die Arbeitsraumverfüllungen aus stark bindigem Boden mit ebenfalls geringer Wasserdurchlässigkeit bestünden. Demgegenüber verfüge keiner der drei Lichtschächte über eine ordnungsgemäße Verfüllung mit gut wasserdurchlässigem Kies-Sand oder vergleichbarem Material. So ergebe sich die „große Gefahr“ eines erhöhten Aufstaus über dem Geschiebelehm bei stärkeren Regenfällen. Die schlechte Wasserdurchlässigkeit der Arbeitsraumverfüllungen bringe zudem die Gefahr einer Aufstauung von Sickerwasser mit sich. Dieser hydrostatische Wasserstau reiche über die Fensterbrüstungen und drücke gegen die Kellerfenster, was bereits eingetreten sei, wie sich an Ablagerungen an den Kellerfenstern sehen lasse. Zudem bestehe durch die Niederschlagswasserversickerung eine weitere Verstärkung der ohnehin recht großen Schichtwasserproblematik. Insoweit hat der Sachverständige F. nach dem Verständnis des Senats die vorliegend von der Beklagten erstellte Konzeption der drei Lichtschächte als eindeutig den örtlichen Begebenheiten nicht gewachsen bewertet (vgl. insgesamt S. 6-9 seines Gutachtens vom 22.12.2021). Diese Ausführungen hat der Sachverständige E. nachvollzogen und seinen eigenen Ausführungen zugrunde gelegt.

Sie begegnen auch nach der Bewertung des Senats keinen Bedenken. Ohne Erfolg macht die Beklagte mit der Berufung geltend, es sei nicht nachvollziehbar, warum die Kammer den von den Klägern im Gartenbereich angelegten großen Pools als insoweit nicht relevant bewertet habe. Insoweit habe sich die Kammer eine Sachkenntnis angemaßt, über die sie nicht verfüge.

Der Senat teilt hierzu die Einschätzung des Landgerichts wie auch der Sachverständigen. Der Senat schließt aus, dass dem Sachverständigen F. die augenfällige Anlage des Pools bei seinen Untersuchungen verborgen geblieben sein kann. Auch wenn die Kammer wie auch der Sachverständige F. entsprechend dem Berufungsvorbringen der Beklagten keine konkreten Feststellungen dazu getroffen haben, welche Abgrabungen für die Errichtung eines derartigen Pools

erforderlich sind, bleibt dies ohne Auswirkungen auf die Feststellung des Mangels. Denn dieser beruht weitgehend darauf, dass die vorliegend gewählte Konstruktion der Lichtschächte schon wegen des Schichtaufbaus des vorhandenen Erdreiches nicht ausreichend und letztlich untauglich ist. Die Einwände der Beklagten können demgegenüber ohnehin lediglich den Bereich des nicht ausreichenden Seitenabflusses aufgrund der fehlenden Verwendung von kies-sandigem, einen Durchfluss ermöglichenden, Materials betreffen. Dieser wird von dem Sachverständigen jedoch nicht als Ursache der Mangelhaftigkeit der Konstruktion ausgemacht, sondern als zusätzlicher Faktor, der die Gefahren der ohnehin für den vorhandenen Baugrund nicht geeigneten Konstruktion verstärkt.

Soweit die Beklagte im Schriftsatz vom 28.07.2023, auf den sie in der Berufungsbegründung Bezug nimmt, angedeutet hat, die Kläger hätten erhebliche Ausschachtungsarbeiten vorgenommen, sodass sie – die Beklagte – etwaig erforderliche Anfüllungsarbeiten am Haus nicht durchgeführt habe, kann sie dies nicht entlasten. Aus dem von ihr selbst vorgelegten Lichtbild ergibt sich, dass der Pool – vom Garten aus gesehen – vor einer Terrasse erbaut ist, an die hausseitig zwei große bodentiefe Fenster grenzen. Unter diesen befinden sich keine Lichtschächte. Weder der Poolbereich noch die angrenzende Terrasse sind diejenigen Bereiche, in denen die Lichtschächte verortet sind. Dies wird insbesondere durch die Anlage 1 zum Gutachten des Sachverständigen F. deutlich, in der die Lichtschächte an deutlich anderen Stellen eingezeichnet sind.

Auch der Verweis der Beklagten auf das anwaltliche Schreiben der Kläger vom 05.08.2019, wonach im März/April 2019 „die Herstellung der Terrassenanlage laut Baubeschreibung mit der Aushebung der Baugrube für den Pool verrechnet“ worden sei, kann insoweit keinen Aufschluss geben. Vielmehr ergibt sich hieraus, dass die Beklagte selbst die Baugrube für den Pool hat ausheben lassen. Sie müsste danach in der Lage sein, deren Ausmaße konkret vorzutragen. Stattdessen angestellte Mutmaßungen, eine Ausschichtung könne bis zu den Lichtschächten erfolgt und eine anschließende Anfüllung mit nicht hinreichend durchlässigem Material möge durch die Kläger erfolgt sein, kann einen schlüssigen Vortrag nicht ersetzen. Gleiches gilt hinsichtlich der Annahme, „das Erdreich im Bereich des Kellers [habe] mindestens größtenteils abgegraben werden“ müssen, wenn es „nach Errichtung des Kellers überhaupt vorhanden war“. Die Beklagte hat das Haus errichtet. Sie kann sich nicht mit Nichtwissen dazu erklären, ob sie Erdreich im Bereich des Kellers (also insbesondere auch um die Lichtschächte herum und unter ihnen) hinterlassen hat oder nicht. Ohne konkrete anderslautende Erklärung ist hiervon auszugehen.

Die Kammer hat zudem keinesfalls den Inhalt des Gutachtens ignoriert oder sogar in sein Gegenteil umgekehrt, indem sie den Aufstau von Sickerwasser auf dem verfüllten Material nur als ein zusätzliches Problem bewertet hat. Dies entspricht vielmehr – wie ausgeführt – genau den gutachterlichen Feststellungen. Entsprechend nicht maßgeblich sind die weiteren Einwände der Beklagten, dass der Sachverständige in Bezug auf den Kellerlichtschacht vor dem Haus nur durch das Entwässerungsloch des Lichtschachtes Bohrungen vorgenommen habe und nicht um den Lichtschacht herum.

Soweit die Beklagten schließlich im Rahmen der Höhe des Kostenvorschussanspruchs der Berücksichtigung neuer, wasserdichter, Fenster entgegentreten, verfangen diese Bedenken ebenfalls nicht. Der Sachverständige E. hat in seinem Ergänzungsgutachten vom 04.01.2023 unter 8.1-8.4 konkret ausgeführt, warum es der wasserdichten Fenster bedarf. Dabei hat er unter 8.3 die vom Sachverständigen F. angenommenen Wassermengen als den normalen Anfall bewertet. Demgegenüber sei aber ein Starkregenereignis mit gleichzeitigem Rückstau im Entwässerungssystem insoweit nicht abgebildet. Hierzu hat der Sachverständige F. in seinem Ergänzungsgutachten vom 03.01.2023 klargestellt, mit dem Sachverständigen E. über diese Interpretation gesprochen zu haben und diese als zutreffend zu bewerten. Entsprechend sehe er die druckwasserdichten Fenster ebenfalls als erforderlich an, ohne dass hierin eine „Übersicherung“ liege.

Bezüglich der Bemessung der voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung gemäß Gutachten mit 18.300,00 Euro begegnet die Beweiswürdigung der Kammer damit keinen Bedenken. Im Gegenteil handelt es sich um die preisgünstigere Alternative zu den ansonsten umfassenden Maßnahmen, die nach den Ausführungen des Sachverständigen F. erforderlich wären, um den eigentlich vorzugswürdigen Abfluss des Wassers aus dem Bereich um das Haus zu gewährleisten. Insoweit teilt der Senat die Schätzung der Kammer, dass gemäß § 287 ZPO – jedenfalls für den Zeitpunkt der jetzigen mündlichen Verhandlung – eine Erhöhung um 5% zu erfolgen hat. Damit ergeben sich die von der Kammer berücksichtigten 19.215,00 Euro.

Angesichts des Umfangs möglicher Schäden bei einem Wassereintritt liegt die von den Beklagten eingewandte Unverhältnismäßigkeit bei Kosten von 6.405,00 Euro pro Lichtschacht fern.

i) Ein Anspruch der Kläger auf Vorschuss für die „Abschlusschienen der Küchenrollen“ besteht nicht. Diese haben sich die Parteien mit der Kammer am 28.09.2020 im Ortstermin angesehen und der Gutachter hat diese auf S. 25 ff. seines Gutachtens behandelt. Die Parteien sind sich darüber einig, dass sie über die Abschlusskanten dieser Rollläden streiten. Insoweit sind daher die Kläger beweisschuldig. Ein Vorbehalt bei der Abnahme wurde nicht gemacht, denn die einzigen Rollläden, die in der Anlage zur Abnahme vom 28.09.2018 unter dem Punkt Mängel/Restarbeiten aufgeführt sind, sind unter 12 „Rollläden Wohnen“. Eindeutig betreffen die hier geltend gemachten Mängel aber nicht diese Rollläden, sondern diejenigen in der Küche. Diesen Beweis haben sie durch das angebotene und eingeholte Gutachten nicht zu führen vermocht. Zwar hat der Gutachter ausdrücklich das Vorliegen deutlicher Verunreinigungen und oberflächlicher Veränderungen festgestellt, dazu aber ausgeführt, es könne nicht beurteilt werden, woher diese rührten. Die Klägerin selbst hat in der mündlichen Verhandlung im Ortstermin dazu ausgeführt, sie habe „hier schon alles Mögliche“ versucht. Nicht ausschließbar ist, dass der Schaden erst nach der Abnahme entstanden ist.

j) Ein Vorschussanspruch für die Beseitigung der Schäden an der „Bodenschiene an der Eingangstür“ in Höhe von 500,00 Euro ist ebenfalls nicht begründet. Die Kläger müssten das Vorliegen des Mangels sowie die zu erwartenden Beseitigungskosten umfänglich beweisen, da die Abnahme insoweit ohne Vorbehalt erfolgt ist. Den Beweis haben sie durch das angebotene und eingeholte Gutachten nicht zu führen vermocht. Denn der Gutachter hat ausdrücklich zwar das Vorliegen der Macke bestätigt, aber zugleich ausgeführt, den Eintritt dieser Beschädigung zeitlich nicht eingrenzen zu können. Dass dieser – obwohl nicht in der Abnahme aufgenommen – zu diesem Zeitpunkt bereits vorgelegen hätte, haben die Kläger damit nicht bewiesen.

k) Der sich danach ergebende Restkaufpreisanspruch von 2.363,35 Euro (27.482,76 Euro minus 800,00 Euro vereinbarter Abzug minus 1.681,41 Euro für die Pflastersteine minus 22.638,00 Euro Vorschussansprüche) ist gemäß § 389 BGB erloschen nach Aufrechnung der Kläger mit einem Vorschussanspruch hinsichtlich der zu erwartenden Kosten für die Verbreiterung des Weges auf dem G2 durch Beseitigung der L-Steine.

Die Ausführungen der Kläger in ihrer Berufungserwiderung, sie hätten sich die Ansprüche bei einem Hinweis des Landgerichts bereits in erster Instanz insgesamt abtreten lassen, was nun erfolgt sei, sind als – zulässige – Anschlussberufung auszulegen. Die Kläger rechnen nunmehr mit einer Gegenforderung aus abgetretenem Recht auf, was eine andere Aufrechnung als diejenige aus erster Instanz mit dem auf sie entfallenden Anteil darstellt. Diese Aufrechnung greift durch und führt zum vollständigen Entfall des Anspruchs der Beklagten auf den Restkaufpreis aus dem Bauträgervertrag. Im Einzelnen:

Die erst in der Berufungsinstanz eingeführte, neue Aufrechnung unterliegt den Anforderungen des § 533 ZPO. Diese sind gegeben, denn sie kann, soweit die Gegenforderung zur Aufrechnung gegen den verbleibenden Restkaufpreisanspruch der Beklagten in Höhe von 2.363,35 Euro benötigt wird, auf

Tatsachen gestützt werden, die der Senat seiner Entscheidung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat; damit erscheint die Zulassung insoweit zugleich sachdienlich.

Die Abtretung des diesbezüglichen Vorschussanspruchs durch die Eigentümer des G2 hat die Beklagte nicht bestritten. Sie ist daher als unstreitig zugrunde zu legen.

Auch hat das Landgericht die notwendigen Feststellungen hinsichtlich des Anspruchs jedenfalls insoweit getroffen, als dieser die mit der Aufrechnung geltend gemachte Höhe von nur noch 2.363,35 Euro erreicht. Die Kammer hat im Rahmen der als Ortstermin durchgeführten mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020 festgestellt, dass die unstreitig geschuldete Wegbreite von zwei Metern auf dem G2 nicht erreicht wird, sondern die Breite lediglich 1,88 Meter beträgt. Hierzu hat der Geschäftsführer der Beklagten in der mündlichen Verhandlung im Ortstermin ausgeführt, dass der Zaun von der Straße aus nach links versetzt werden könne. Die Beklagte hat insoweit durch Erklärung ihres Geschäftsführers einerseits das Vorliegen des Mangels eingeräumt und ausgeführt, den Zaun um das entsprechende Stück zurückbauen und auch die Steine entsprechend weiter nach links zu setzen. Die Parteien sind sich damit einig, dass es zumindest dieser Maßnahmen bedarf.

Insoweit besteht auch ein Vorschussanspruch der Eigentümer zur Mängelbeseitigung gemäß §§ 631 Abs. 1, 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 1, Abs. 3 BGB. Denn die Kläger haben die Beklagte zuletzt mit anwaltlichem Schreiben vom 21.10.2019 aufgefordert, die L-Steine zu beseitigen und so die geschuldete Breite herzustellen, die – nunmehr unstreitig – bisher nicht erreicht ist. Dies hat die Beklagte spätestens in der Klageerwiderung vom 13.05.2020 abgelehnt und das Bestehen eines solchen Anspruch der Erwerber des G2 geleugnet. Da die Kläger hier in Prozessstandschaft für die anderen Grundstückseigentümer aufgetreten sind, bedeutet dies eine endgültige Ablehnung der insoweit geschuldeten Mängelbeseitigung durch Entfernung oder Versetzung der den Weg verengenden L-Steine gegenüber allen Berechtigten.

Damit liegen die Voraussetzungen des Vorschussanspruchs insoweit vor.

Zwar hat die Beklagte die für die Beseitigung der Rohrleitung und die Verbreiterung des Weges durch Entfernung der L-Steine erforderlichen Kosten bestritten. Der Senat vermag jedoch auf der Grundlage des von den Klägern vorgelegten Angebotes der J.- GmbH & Co. KG vom 20.01.2020 auszuschließen, dass diese unter 2.363,35 Euro liegen könnten. Diese unstreitig erforderlichen Arbeiten (Versetzung des Zauns und der Steine nach links) sind in dem Angebot enthalten. Dieses sieht allein für das Freischachten und den Rückbau der Steine sowie den Wiedereinbau in den Positionen 05, 07 und 08 des Angebotes Nettopreise von 1.550,00 Euro, 2.480,00 Euro und 1.885,00 Euro vor. Unstreitig ist zudem der Zaun zu versetzen, wofür das Angebot in Ziffer 04 weitere 2.350,00 Euro enthält. Damit ergeben sich bereits 9.835,35 Euro (brutto). Dies ist mehr als viermal so viel wie der noch ausstehende Restkaufpreis von 2.363,35 Euro. Der Senat schließt daher im Rahmen des § 287 ZPO aus, dass sich bei einer Begutachtung ein unter 2.363,35 Euro liegender Vorschussbetrag ergeben würde.

Insoweit steht dem zur Aufrechnung gestellten Anspruch damit auch nicht entgegen, dass das Landgericht keine konkreten Feststellungen zur Höhe getroffen hat.

Dies führt dazu, dass die restliche Kaufpreisforderung der Beklagten aus dem Bauträgervertrag gemäß § 389 BGB erloschen ist. Die Kläger können diesbezüglich die begehrte schriftliche Erklärung gegenüber dem Notar verlangen.

2. Soweit die Kläger zudem in Höhe von 522,83 Euro noch Zahlung verlangen, können sie sich nach der erfolgten Abtretung ebenfalls auf den verbleibenden Anteil des Vorschussanspruchs bezüglich des Wegegrundstücks G2 stützen. Insoweit ist die Sachdienlichkeit ebenfalls gegeben. Weiterer Feststellungen bedarf es ebenfalls nicht. Denn der Senat schließt im Rahmen des § 287 ZPO insoweit

ebenfalls aus, dass sich bei einer Begutachtung ein unter 2.886,18 Euro liegender Vorschussbetrag ergeben würde. Nach Verbrauch von 2.363,35 Euro für die Aufrechnung (vgl. hierzu oben) verbleiben vom abgetretenen Anspruch damit noch mindestens 522,83 Euro. Die Zinsen sind indes erst ab dem Zeitpunkt der Zustellung der Berufungserwiderung zu berücksichtigen, in der die Anschlussberufung enthalten ist.

3. Die Ansprüche der Kläger gegen die Beklagte auf Freistellung von den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten ergeben sich aus § 280 Abs. 1, Abs. 2, §§ 286, 257 BGB.

4. Damit ist die Widerklage abzuweisen. Die Berufung der Beklagten hat insoweit damit keinen Erfolg.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision wird gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zugelassen. Angesichts der von dem Oberlandesgericht Oldenburg und dem Kammergericht abweichenden Beurteilung eines Vorschussanspruchs bei gleichzeitig bestehendem Einbehalt von Werklohn hält der Senat eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung für erforderlich.

IV.

Streitwert für den Rechtsstreit, zugleich Entscheidung über die Streitwertbeschwerde:

Der Streitwert wird für beide Instanzen auf bis 65.000,00 Euro festgesetzt.

Da die Auflassung bereits erklärt ist und ihre „Weiterleitung durch den Notar“ unstreitig jederzeit durch Zahlungsnachweis bezüglich der 27.482,76 Euro erreicht werden konnte, ist der Streitwert für den Klageantrag zu 1 auf diese Summe zuzüglich der durch die Aufrechnung „verbrauchten“ Positionen zu beschränken (vgl. Elzer in: Toussaint, Kostenrecht, 54. Auflage, § 6 ZPO, Rn. 3). Hinzu kommen die sich aus den Anträgen zu 2 und dem Widerklageantrag ergebenden Beträge. Damit werden 50.000,00 Euro überschritten, 65.000,00 Euro jedoch nicht erreicht.

Entscheidung 3 – OLG Stuttgart Urt. v. 18.3.2025 – 10 U 107/24:

Gründe:

I.

Von der Darstellung der tatsächlichen Feststellungen wird gemäß § 540 Abs. 2, § 313a Abs. 1, § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO abgesehen.

II.

Die zulässige Berufung des Beklagten ist teilweise begründet. Der Kläger kann von dem Beklagten nach § 650q Abs. 1 i. V. m. § 631 Abs. 1, § 648a Abs. 5 BGB Zahlung von 8.403,71 € nebst Verzugszinsen seit dem 13.07.2021 für die von ihm erbrachten Architektenleistungen verlangen. Im Übrigen ist das Klagebegehren unbegründet. Namentlich steht dem Kläger gegen den Beklagten kein Anspruch auf Vergütung für nicht erbrachte Leistungen nach § 648 Satz 2 BGB zu; denn der Beklagte hat das Vertragsverhältnis wirksam mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 29.04.2021 aus wichtigem Grunde gekündigt hat. Ebenso wenig kann der Kläger Erstattung seiner vorgerichtlichen Anwaltskosten verlangen; denn es steht nicht fest, dass sich der Beklagte mit den Zahlungsansprüchen des Klägers bei deren Anmahnung durch dessen anwaltliche Vertreter in Verzug befand.

1. Die Parteien haben einen Architektenvertrag gemäß § 650p Abs. 1 BGB geschlossen, der zuletzt die Erbringung von Planungsleistungen nach den Leistungsphasen 1 bis 4 gemäß § 34 HOAI (2013) für die Errichtung eines Anbaus mit zwei Wohneinheiten an das Mehrfamilienwohnhaus des Beklagten in der L-Straße in Heilbronn, die Ausführungsplanung (Leistungsphase 5) für die Gewerke Rohbau, Dachstuhl und Bodenplatte sowie die Ausarbeitung einer Entwässerungsplanung zum Gegenstand hatte.

a. Nach den tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts, gegen die die Berufung keine Beanstandungen erhebt, hatte der Beklagte den Kläger zunächst auf der Grundlage seines Angebots vom 02.06.2020 (Anlage B1) mit Architektenleistungen (Grundlagenermittlung und Vor-, Entwurfs- und Genehmigungsplanung nach HOAI (2013)) für die Erweiterung eines Mehrfamilienhauses des Beklagten in Gestalt eines Anbaus mit drei Wohneinheiten beauftragt.

b. Diesen Vertrag haben die Parteien einvernehmlich auf der Grundlage der Auftragsbestätigung des Beklagten vom 01.10.2020 (Anlage K1) abgeändert und erweitert (§ 311 Abs. 1 BGB).

Der Kläger unterbreitete nämlich dem Beklagten, nachdem sich abzeichnete, dass die Baubehörde der Stadt Heilbronn der Errichtung eines Anbaus mit drei Wohneinheiten kritisch gegenüberstand, unter dem 01.10.2020 ein weiteres Angebot (Anlage K1), in dem er sein Honorar für die einzelnen Leistungsphasen im Hinblick auf eine geänderte Kostenschätzung anpasste und dem Beklagten anbot, sowohl für ein Zweiwie auch ein Dreiparteienhaus eine Bauvoranfrage zu stellen. Auf Basis dieses Angebots beauftragte der Beklagte den Kläger am 01.10.2020 mit der Erbringung der Leistungsphasen 1 bis 4 nach HOAI (2013) für den Anbau an sein Mehrfamilienhaus, dem Stellen einer Bauvoranfrage für ein Zweiparteienwohnhaus bei der Baurechtsbehörde, der Ausarbeitung eines Entwässerungsgesuches sowie der Erbringung der Leistungsphase 5 gemäß § 34 HOAI (2013) für die Gewerke Rohbau, Dachstuhl und Bodenplatte. Dies ergibt sich zwanglos aus der vom Beklagten am 01.10.2020 unterzeichneten Auftragsbestätigung zum klägerischen Angebot. Die unter Einschränkung auf einzelne Gewerke beauftragte Leistungsphase 5 führte zwar dazu, dass die Auftragsbestätigung nach § 150 Abs. 2 BGB als neuer Antrag unter Ablehnung des klägerischen Angebots galt. Dieses Angebot hat der Kläger allerdings konkludent angenommen, indem er auf der Grundlage dieses Auftrags Planungsleistungen erbrachte und dem Beklagten zukommen ließ.

2. Der Beklagte hat seine auf Abschluss bzw. Änderung und Erweiterung des Architektenvertrages geschlossenen Willenserklärungen nicht wirksam nach § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB widerrufen; denn einen Widerruf hat er erstmals mit Schriftsatz vom 10.01.2024 erklärt. Zu diesem Zeitpunkt war ein ihm etwaig zustehendes Widerrufsrecht nach § 312b Abs. 1 Nr. 1 oder § 312c Abs. 1 BGB nach § 356 Abs. 3 Satz 2 BGB erloschen.

a. Richtig ist allerdings der Hinweis der Berufung, dass einem Verbraucher nach §§ 312g, § 355 BGB ein Recht auf Widerruf seiner auf Abschluss oder Änderung eines Architektenvertrags gerichteten Erklärung zustehen kann, wenn der Vertrag außerhalb von Geschäftsräumen (§ 312b Abs. 1 Nr. 1 BGB) oder unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems (§ 312c BGB) geschlossen ist (vgl. hierzu: Senat, Urteil vom 17. Juli 2018 – 10 U 143/17 –, Rn. 33 ff., juris [§ 312b BGB]; OLG Frankfurt, Beschluss vom 30. Januar 2024 – 21 U 49/23 –, Rn. 28, juris [§ 312c BGB]). Richtig ist ebenfalls, dass die 14-tägige Frist für die Ausübung des Widerrufsrechts (§ 355 Abs. 2 Satz 1 BGB) gemäß § 355 Abs. 3 Satz 1 BGB nur zu laufen beginnt, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt wurde, und weiter, dass der Kläger dem Beklagten im Streitfall unstreitig keine Belehrung über ein etwaiges Widerrufsrecht erteilt hatte.

b. Daraus vermag der Beklagte allerdings nichts ihm Günstiges herzuleiten; denn ein ihm etwaig zustehendes Widerrufsrecht, dessen tatbestandliche Voraussetzungen der Kläger bestritten hat, wäre bei dessen erstmaliger Geltendmachung mit Schriftsatz vom 10.01.2024 erloschen gewesen.

(1) Nach § 356 Abs. 3 Satz 2 BGB in der hier anwendbaren, vom 21. März 2016 bis zum 27. Mai 2022 geltenden Fassung (inhaltlich identisch mit heutiger Fassung) erlischt das Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen gemäß § 356 Abs. 3 Satz 2 BGB auch im Fall einer unterlassenen oder unzureichenden Belehrung spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach Vertragsschluss. Etwaige Widerrufsrechte des Beklagten waren daher spätestens mit Ablauf des Monats Oktober 2021 erloschen. Bis zu diesem Zeitpunkt hat er indessen seine auf Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen nicht widerrufen. Erstmals im Schriftsatz vom 10.01.2024 (LGA 212) wird von ihm ein Widerrufsrecht geltend gemacht, das zu diesem Zeitpunkt indes verfristet war.

(2) Entgegen der Auffassung des Beklagten kann die von seinem anwaltlichen Vertreter mit Schreiben vom 29.04.2021 (Anlage K6) ausgesprochene fristlose Kündigung des Architektenvertrages nicht als Widerruf im Sinne von § 355 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB ausgelegt werden.

Nach § 355 Abs. 1 Satz 3 BGB muss sich aus einer Erklärung, die der Verbraucher als Widerruf verstanden wissen will, sein Entschluss zum Widerruf des Vertrages eindeutig ergeben. Freilich muss der Verbraucher das Wort „widerrufen“ nicht verwenden; vielmehr genügt es, wenn er deutlich zum Ausdruck bringt, er wolle den Vertrag von Anfang an nicht gelten lassen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 – I ZR 198/15 –, Rn. 42 – Hervorhebung nur hier); die Umstände des Einzelfalls können daher ergeben, dass die Erklärung eines „Rücktritts“ als Widerruf auszulegen ist (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 – I ZR 198/15 –, Rn. 42, juris zur Rechtslage vor Einführung von § 355 Abs. 1 Satz 3 BGB); gleiches kann gelten, wenn der Verbraucher den Abschluss eines Vertrages negiert (Senat, Urteil vom 17. Juli 2018 – 10 U 143/17 –, Rn. 44).

Wird hingegen die Kündigung eines Vertrags mit Dauerschuld- oder Langzeitcharakter – wie der streitgegenständliche Architektenvertrag – erklärt, kann diese Erklärung nicht ohne Weiteres als Widerruf in diesem Sinne verstanden werden, zumal die Kündigung im Falle ihrer Wirksamkeit das Vertragsverhältnis ex nunc beendet und nicht – wie ein Widerrufsrecht – von Anfang aufhebt (unklar: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Oktober 2007 – I-24 U 75/07 –, Rn. 9, juris für die „Kündigung“ eines „Freundschaftsvermittlungsvertrags“).

Jedenfalls in Fallgestaltungen, in denen die Vertragskündigung durch einen juristischen Fachmann (hier: der anwaltliche Vertreter des Beklagten) ausgesprochen wird, kommt eine Auslegung dieser Erklärung als „Widerruf“ in der Regel nicht in Betracht. Denn verwendet ein solcher einen juristischen Fachausdruck wie den der „fristlosen Kündigung“, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass er diesen im Sinne des einschlägigen, von Wissenschaft und Praxis geprägten Sprachgebrauchs verstanden wissen will (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 26. Februar 2016 – 8 U 218/14 –, Rn. 78 m. w. N., juris); dabei darf der Erklärungsempfänger davon ausgehen, dass einem Volljuristen der Unterschied zwischen einer Kündigung, die das Vertragsverhältnis ex nunc beendet, und dem Widerruf einer auf Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung, die zum vollständigen Fortfall der vertraglichen Bindung führt, geläufig ist. Anhaltspunkte dafür, dass dies im Streitfall anders war oder der Beklagtenvertreter mit seinem vorgerichtlichen Schreiben vom 29.04.2021 aus der Sicht eines vernünftigen Erklärungsempfängers, §§ 133, 157 BGB, (auch) einen Widerruf eines Verbrauchervertrages für den Beklagten erklären wollte, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Im Gegenteil werden dem Kläger in dem Schreiben vom 29.04.2021 zahlreiche Vertragswidrigkeiten vorgeworfen, infolge derer nach Auffassung des Beklagtenvertreters eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses dem Beklagten nicht zumutbar sei, und deshalb die fristlose Kündigung erklärt. Damit werden die tatbestandlichen Anforderungen einer außerordentlichen Kündigung nach § 648a BGB vorgetragen; hingegen ist über die materiell-rechtlichen Voraussetzungen eines Verbrauchergeschäfts nach § 312b BGB oder § 312c BGB nichts zu lesen. Dies hätte indessen zu erwarten gestanden, hätte der Beklagtenvertreter – wie nunmehr von der Berufung geltend gemacht – (auch) einen Widerruf für den Beklagten – erklären wollen.

Entgegen der Auffassung der Berufungen in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 12.03.2025 ergibt sich aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12.01.2017 zu Az. I ZR 198/15 nichts Anderes; namentlich kann der Entscheidung nicht entnommen werden, dass es für die Auslegung einer Willenserklärung des anwaltlichen Vertreters eines Mandanten und in Widerspruch zu dem Rechtsgedanken von § 166 BGB allein „auf den Willen“ des Mandanten ankomme.

3. Allerdings hat der Beklagte den mit dem Kläger geschlossenen Architektenvertrag wirksam nach § 650q Abs. 1, § 648a Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund gekündigt.

a. Nach § 650q Abs. 1, § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB kann eine Partei einen Architektenvertrag aus wichtigem Grunde kündigen. Gemäß § 648a Abs. 1 Satz 2 BGB liegt ein wichtiger Grund vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werkes nicht zugemutet werden kann. Eine solche Unzumutbarkeit kann sich für den Besteller aus bisherigen Mängeln der Leistungserbringung ergeben, wenn diese zu einer tiefgreifenden Störung der für die Fortsetzung des Vertrags notwendigen Vertrauensbeziehung führen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2019 – VII ZR 1/19 –, BGHZ 223, 260-269, Rn. 31). Ebenso kann eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein, wenn der Unternehmer bzw. Architekt die Erfüllung einer vertraglich geschuldeten Leistung beharrlich verweigert bzw. diese unberechtigterweise von der Zahlung eines zusätzlichen Honorars abhängig macht (vgl. Retzlaff in Grüneberg, BGB, 84. Aufl., 2025, § 648a Rn. 4 m. w. N.). Für die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung trägt die Partei, die sich auch für die Kündigung stützt, die Darlegungs- und Beweislast.

b. Gemessen hieran kann, wie das Landgericht beanstandungsfrei ausgeführt hat, keine die fristlose Kündigung tragende Pflichtverletzung darin gesehen werden, dass der Beklagte dem Kläger dazu riet, einen Bauvorbescheid nach § 57 LBO BW zu einzelnen Fragen des beabsichtigten Bauvorhabens zu beantragen. Denn dieser Rat war nicht pflichtwidrig, sondern unter den Umständen des Streitfalles nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Landgerichts sinnvoll. Der Sachverständige Dipl. Ing. und Architekt P., an dessen Sachkunde der Senat ebenso wenig Zweifel hegt wie das Erstgericht,

hat hierzu einleuchtend erläutert, dass die Bauanfrage keineswegs überflüssig, sondern letztlich zweckmäßig gewesen sei, weil dadurch bauplanungsrechtliche Unklarheiten im Vorfeld hätten beseitigt werden können (Protokoll vom 27.02.2024, S. 2 = LGA 237). Seine Einschätzung, dass eine Abklärung der bauplanungsrechtlichen Fragestellungen im Vorfeld des Bauvorhabens sinnvoll gewesen sei, hat er überzeugend damit erklärt, dass das Grundstück im Bereich eines nicht alltäglichen sogenannten Baulinienplans liege und nach der Württembergischen Bauordnung (1910) sowie einer Ortsbausatzung zu beurteilen sei, die wiederum in einigen Punkten verlangen, dass sich das Bauvorhaben in die Umgebung „einfüge“ (Protokoll vom 27.02.2024, S. 2 = LGA 237; Gutachten vom 11.05.2022, S. 8 f.). Namentlich bei dem Begriff des „Einfügens“ handelt es sich um einen besonders von der Bewertung im Einzelfall abhängigen unbestimmten Rechtsbegriff, weswegen der Senat die Erwägungen des Sachverständigen und die darauf fußende Feststellung des Landgerichts zwanglos nachvollziehen kann. Auch die Berufung erinnert hiergegen nichts.

c. Ebenso ist die außerordentliche Kündigung des Beklagten nicht deshalb gerechtfertigt, weil die dem Antrag nach § 57 LBO BW zugrunde gelegte Planung des Klägers den gesetzlichen Anforderungen nach § 5 LBO BW (i. d. F. vom 18.07.2019) in Bezug auf die Abstandsflächen nicht gerecht wurde und daher ein ablehnender Bauvorbescheid erging. Zwar wies diese Planung Mängel im Sinne von § 650q Abs. 1, § 633 Abs. 1 BGB auf, weil sie wegen Verstoßes gegen das Bauordnungsrecht nicht genehmigungsfähig war (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 1998 – VII ZR 259/96 –, BGHZ 138, 87-91, Rn. 10 zur Genehmigungsplanung). Ebenso ist festzustellen, dass die Baubehörde der Stadt Heilbronn wegen der Mängel der Planung die Erteilung eines Bauvorbescheids ablehnte (Bescheid vom 25.03.2021); dementsprechend wurden die in der Bauvoranfrage aufgeworfenen Fragestellungen keiner abschließenden, die Baubehörde für das Bauantragsverfahren bindenden Klärung zugeführt und dem Beklagten insoweit auch keine Planungs- und Investitionssicherheit verschafft (vgl. zur Wirkung eines positiven Bauvorbescheids: Bayerischer VGH, Urteil vom 13. Januar 2011 – 2 B 10.269 –, Rn. 31, juris). Diese Pflichtverletzung wiegt indes nicht so schwer, dass sie zu einer Zerrüttung des zwischen den Parteien bestehenden Vertrauensverhältnisses führte; denn zum einen brachte auch der ablehnende Bescheid den Parteien Klarheit, was bauordnungs- und bauplanungsrechtlich von der Baurechtsbehörde der Stadt Heilbronn akzeptiert werden würde; zum anderen erklärte sich der Kläger ohne Weiteres zu einer Korrektur seiner mangelhaften Planung bereit. Dies hat auch der Beklagte nicht anders gesehen, denn er hat – worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat – den Kläger mit E-Mail vom 25.03.2021 (Anlage B9) in Kenntnis des ablehnenden Bescheids ausdrücklich damit beauftragt, eine Umplanung unter Berücksichtigung der Ergebnisse aus dem Verfahren nach § 57 LBO BW vorzunehmen. Gegen diese Wertung erhebt der Beklagte in zweiter Instanz zu Recht keine Einwände.

d. Der Kläger hat allerdings seine vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Beklagten verletzt, indem er die von dem Beklagten mit E-Mail vom 31.03.2021 (Anlage B9) begehrte Änderung der Planung vom 29.03.2021, auf der auch das klägerseits gefertigte Baugesuch vom 01.04.2021 basierte, von der Zahlung einer zusätzlichen Vergütung abhängig machte. Denn bei der vom Beklagten geforderten Schaffung zusätzlicher Wohnfläche im Untergeschoss und Anbindung derselben an die Wohnung im Erdgeschoss handelte es sich, wie die Berufung zu Recht rügt, nicht um ein mehrvergütungspflichtiges Änderungsverlangen nach § 650q, § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB, sondern um eine Aufforderung zur Herstellung der vertraglich geschuldeten Leistung, die darin bestand, möglichst viel Wohnfläche zu generieren.

(1) Einem Architekten, der – wie hier – mit der Planung eines Gebäudes beauftragt wird, ist eine gestalterische Aufgabe gestellt, bei der die verschiedensten örtlichen und rechtlichen Gegebenheiten und Anforderungen zu berücksichtigen und zum Ausgleich zu bringen sind. Er schuldet dem Besteller die Erstellung einer funktionstauglichen und genehmigungsfähigen Planung, die den vorgegebenen Kostenrahmen einhält; im Rahmen des rechtlich Zulässigen sowie technisch und preislich Möglichen muss diese den für den Architekten erkennbar gewordenen Vorgaben seines Auftraggebers gerecht

werden; einem Auftrag zur Optimierung der Nutzbarkeit ist nachzukommen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 1998 – VII ZR 259/96 –, BGHZ 138, 87-91, Rn. 10; OLG Karlsruhe, Urteil vom 31. Juli 2001 – 17 U 140/99 –, Rn. 100 f., juris). Angesichts der Vielzahl denkbarer planerischer Lösungen kann von einem Architekten nicht die (ohnehin nicht mit Genauigkeit festzustellende) optimale Planungslösung, sondern lediglich eine durchschnittlich brauchbare, sachgerechte Planung verlangt werden (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 6. Oktober 1988 – 26 U 74/88 –, Rn. 29, juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 31. Juli 2001 – 17 U 140/99 –, Rn. 102, juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 14. Juli 2006 – 24 U 2/06 –, Rn. 33, juris), bei deren Verfehlen allerdings ein Planungsfehler im Sinne des § 650q Abs. 1, § 633 Abs. 1 BGB vorliegt.

(2) Gemessen hieran ist die klägerische Planung vom 29.03.2021 als mangelhaft anzusehen, denn sie setzte die Vorgaben des Beklagten nicht sachgerecht und angemessen um.

(a) Der Kläger schuldete dem Beklagten die Planung eines Anbaus mit möglichst großer Wohnfläche. Die gegenläufige Feststellung des Landgerichts, wonach der Beklagte für seine diesbezügliche Behauptung beweisfällig geblieben sei, ist nicht tragfähig begründet und bindet den Senat nicht (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Zwar trifft es – wie das Landgericht ausgeführt hat – zu, dass in die schriftlichen Vertragsunterlagen keine Vereinbarungen über die Größe der Wohnfläche Eingang gefunden haben. Indessen besteht für den Senat kein Zweifel daran, dass es vertragliche Zielvorgabe des Beklagten war, eine möglichst große Wohnfläche der Wohnungen des Anbaus zu schaffen. Denn der Beklagte hatte bei dem Kläger die Planung eines Anbaus zum Zwecke der Vermietung in Auftrag gegeben. Angesichts der Zwecksetzung der Planung musste dem Kläger klar sein, dass der Beklagte mit dem Vorhaben Rendite in Gestalt von Mieten erwirtschaften wollte und die Planung einer möglichst großen Wohnfläche für ihn wesentliches Planungsziel war, zumal die Höhe der Miete mit der Flächengröße in Korrelation steht (vgl. §§ 1 ff. der Verordnung zur Berechnung der Wohnfläche). Dass der Kläger das Interesse des Beklagten an Rendite bei möglichst geringen Baukosten auch erkannt hat, ergibt sich aus seiner E-Mail vom 23.12.2020 (Anlage B3). Darin stellt er dem Beklagten ein entgegen dessen Vorgaben geplantes zusätzliches Kellergeschoss als wirtschaftlich sinnvoll dar, zumal diese Räumlichkeiten zwar nicht als Wohnraum nutzbar seien, sie sich aber auch vermieten ließen. Dies zeigt, dass ihm die wirtschaftliche Motivation des Beklagten für den Bau des Vorhabens nicht entgangen war. Weiter äußerte der Kläger in dieser E-Mail sein Bedauern darüber, dass das Gebäude in der jetzigen Planung die „Maximalgröße“ erreicht habe und mehr „leider nicht gehe“, was ebenfalls belegt, dass der Kläger wusste, dass der Beklagte möglichst große – vermietbare – Wohnungen wünschte und als Zielvorgabe ausgegeben hatte. Dass sich diese „Maximalgröße“, wie das Landgericht meint, lediglich auf die Gebäudehülle und die Kubatur bezogen habe, überzeugt nicht. Denn irgendein Anhalt dafür, dass es dem Beklagten auf den Bau eines möglichst großen Gebäudes bzw. einer möglichst großen Kubatur als Selbstzweck ankam, ist nicht ersichtlich. Dementsprechend räumte der Kläger erstinstanzlich auch ein, dass sich seine Aussage über die Maximalgröße in der E-Mail vom 23.12.2020 (Anlage B3) „nicht auf die Wohnfläche alleine [scil. aber eben auch], sondern auf das gesamte Gebäudevolumen“ bezogen habe (LGA 61). Dass der Beklagte die Wirtschaftlichkeit und damit die Wohnfläche als Kriterium für seine Planaufgabe verstanden hatte, zeigt schließlich das post scriptum der benannten E-Mail (Anlage B3); darin führt er aus, dass er vorsorglich mit der Stadt eine spätere Abgabe der Bauvoranfrage abgeklärt habe, sodass der Beklagte die Wirtschaftlichkeit für sich noch in Ruhe prüfen könne.

(b) Ausgehend hiervon war die Planung des Klägers vom 29.03.2021, wie sie auch dem Bauantrag vom 01.04.2021 zugrunde gelegt worden ist, mangelhaft nach § 650q Abs. 1, § 633 BGB; denn sie trägt den berechtigten Renditeerwartungen des Beklagten nicht ausreichend Rechnung. Der Kläger hat nämlich die sich aus der von ihm vorgesehenen Planung eines Untergeschosses erwachsende Möglichkeit von Schaffung zusätzlicher Wohnfläche nicht umgesetzt. Dass dies rechtlich und technisch möglich war, räumt er selbst ein, wenn er in seinem Angebot vom 05.04.2021 (Anlage B19) ausführt, dass im

Untergeschosse „zusätzliche Wohnfläche“ in Gestalt der Realisierung eines Kinderzimmers mit Anbindung an die Erdgeschosswohnung in Gestalt einer Wohnungstreppe geschaffen werden könne. Diese planerische Lösung zur Schaffung zusätzlichen Wohnraums lag auch nahe, was sich bereits daran zeigt, dass sie der Beklagte als technischer Laie selbst entwickelt hat. Anderes macht der Kläger nicht geltend.

(c) Gegen diese Bewertung lässt sich nicht einwenden, dass bei Planung einer Platz benötigenden Treppe in der Erdgeschosswohnung der „EG-Grundriss leiden“ werde und die Attraktivität der Wohnung zweifelhaft sei, wie der Kläger dies in seinem Angebot vom 05.04.2021 zum Ausdruck gebracht hat (vgl. Anlage B19); denn zum einen kam es dem Beklagten weniger auf die gestalterische Stimmigkeit des Wohnungszuschnitts als auf die vermietbare Wohnfläche an; zum anderen oblag die Entscheidung zwischen möglichst viel Wohnfläche oder gestalterischer Ausgewogenheit dem Beklagten als Bauherrn; diesen hatte der Kläger gegebenenfalls mit der Problematik zu konfrontieren, konnte sie allerdings nicht selbst für ihn entscheiden.

(d) Entgegen der Auffassung des Klägers hatte der Beklagte sich durch seine Zustimmung zu der Planung, wie sie der Bauvoranfrage zugrunde lag, nicht abschließend auf eine Bauweise vertraglich festgelegt, die eine Verbindung der Erdgeschosswohnung mit dem Untergeschoss über eine Treppe zur Generierung einer möglichst großen Wohnfläche ausschloss.

Zwar sah die Planung, die der Bauvoranfrage vom 29.12.2020 zugrunde lag (Anlagen B4 bis B8), keine Verbindungstreppe zwischen der Erdgeschosswohnung und dem Untergeschoss bei einer Wohnfläche des Gesamtvorhabens von insgesamt 174,951 m² vor. Auch ist dem Kläger darin beizupflichten, dass der Beklagte durch sein Einverständnis mit einer auf dieser Planung basierenden Bauvoranfrage die darin festgelegte Bauweise und weiteren Leistungsziele gebilligt hat, denn andernfalls hätte die Einleitung und Durchführung des Verfahrens nach § 57 LBO BW für den Beklagten keinen Sinn ergeben. Indessen ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass der Kläger dem Beklagten zuvor hinreichend detailliert die Möglichkeit der Schaffung von Wohnraum im Kellergeschoss dargestellt hätte und der Beklagte vor diesem Hintergrund sich in Kenntnis der entscheidungserheblichen Tatsachen hätte entscheiden können, welche Planung er haben möchte.

Unabhängig hiervon war der Beklagte an diese Planung auch deshalb nicht gebunden, weil sie nicht genehmigungsfähig und damit mangelhaft war. Der Kläger war daher verpflichtet, den Mangel seines Werks unentgeltlich zu beseitigen. Angesichts des ihm erkennbar gewordenen Interesses des Beklagten an einer möglichst großen Wohnfläche hätte er spätestens jetzt die Möglichkeit der Schaffung von Wohnraum im Untergeschoss ansprechen bzw. planen müssen.

(e) Schließlich ergibt sich anderes nicht daraus, dass der Beklagte den Kläger mit E-Mail vom 25.03.2021 (Anlage B9) damit beauftragte, die Planung unter Berücksichtigung der Ergebnisse aus dem Verfahren nach § 57 LBO BW zu korrigieren; denn darin lag keine den Beklagten bindende Zustimmung zu einer Änderung seiner Planvorgaben nach einer möglichst großen Wohnfläche für die Wohneinheiten des Anbaus. Solches wäre nur in Betracht gekommen, wenn der Kläger den Beklagten zuvor hinreichend detailliert über die Möglichkeit der Schaffung weiteren Wohnraums im Untergeschoss aufgeklärt hätte und dieser sich in Ansehung dessen gleichwohl für die Planung vom 25.03.2021 (keine Planung zusätzlichen Wohnraums im Untergeschoss) entschieden hätte (vgl. BGH, Urteil vom 14. November 2017 – VII ZR 65/14 –, BGHZ 217, 13-24, Rn. 29 für eine Abweichung von den aaRdT). Dazu ist indessen von dem Kläger weder etwas vorgetragen noch sonst ersichtlich.

(f) Nach alledem handelte es sich bei der Aufforderung des Beklagten in seiner E-Mail vom 31.03. 2021 nicht um ein mehrvergütungspflichtiges Planänderungsverlangen im Sinne von § 650q Abs. 1, § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB, sondern um die Aufforderung zur Beseitigung von Planungsdefiziten, für die dem Kläger keine zusätzliche Vergütung zustand (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2005 – X ZR 166/04 –, Rn.

27, juris; KG Berlin, Urteil vom 31. März 2009 – 21 U 165/06 –, Rn. 44, juris). Er durfte daher die Ausführung einer entsprechenden Planung nicht davon abhängig machen, dass der Kläger ihm hierfür eine Vergütung bezahlte.

e. Die Weigerung des Klägers, ohne Zahlung eines weiteren Honorars bzw. ohne vergütungspflichtige Beauftragung keine Planänderung vorzunehmen, stellte eine beharrliche Erfüllungsverweigerung dar; sie machte dem Beklagten die Fortsetzung des Vertrags unzumutbar und trägt die Kündigung aus wichtigem Grund.

(1) Der Kläger war nicht bereit, seine Planung entsprechend dem Verlangen des Beklagten vom 31.03.2021 kostenfrei anzupassen, sondern hat die Planungsänderung davon abhängig gemacht, dass der Beklagte ihm eine zusätzliche Vergütung von 1.911,74 € (Anlage B 19), jedenfalls aber von 952,00 € brutto bezahlt (LGA 64). Die Verweigerung der Mangelbeseitigung ist als beharrlich anzusehen, wie sich der zwischen den Parteien per E-Mail geführten Kommunikation vom 31.03.2021 entnehmen lässt. Darin hatte der Kläger mehrfach darauf hingewiesen, dass für den Fall, dass kein zusätzliches Honorar für eine Umplanung bezahlt werde, der Vertrag aufgelöst werden bzw. sich der Beklagte einen anderen Architekten suchen müsse und er, der Kläger, dann die Leistungsphasen 3 und 4 abrechne (vgl. Anlage B9). Berücksichtigt man weiter, dass der Kläger auch nach anwaltlicher Aufforderung zur Umplanung durch den Beklagten mit Schreiben vom 13.04.2021 nicht zum Einlenken bereit war, sondern die auf den 27.04.2021 gesetzte Frist zur Umplanung fruchtlos verstreichen ließ, ist seine Weigerung als beharrlich und endgültig anzusehen. Diese machte indessen die Fortsetzung des Vertrages für den Kläger unzumutbar, zumal er sich nicht sicher sein konnte, dass der Kläger die Ausführung von Leistungen wiederum von unberechtigten Zahlungen abhängig machte.

(2) Anderes ergibt sich nicht unter dem Gesichtspunkt der Verpflichtung der Parteien eines Bauvertrags zur Kooperation. Diese Kooperationspflichten sollen zwar u. a. gewährleisten, dass in Fällen, in denen nach der Vorstellung einer oder beider Parteien die vertraglich vorgesehene Vertragsdurchführung oder der Inhalt des Vertrages an die geänderten tatsächlichen Umstände angepasst werden muss, entstandene Meinungsverschiedenheiten oder Konflikte nach Möglichkeit einvernehmlich beigelegt werden. Ihre Verletzung kann der Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung entgegenstehen, wenn eine Partei vorschnell eine (außerordentliche) Kündigung ausspricht, ohne sich zuvor im Wege der Verhandlung um eine Klärung und einvernehmliche Lösung bemüht zu haben (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 1999 – VII ZR 393/98 –, BGHZ 143, 89-95, Rn. 30 ff.). So liegen die Dinge hier indes nicht; vielmehr haben beide Parteien im Nachgang zu ihrer Kommunikation am 31.03.2021 an ihren unterschiedlichen Standpunkten in Bezug auf die Berechtigung einer zusätzlichen Honorarforderung des Klägers festgehalten und waren nicht bereit, hiervon abzurücken. Eine Verpflichtung des Beklagten, eine unberechtigte Forderung des Klägers zu akzeptieren, um eine einvernehmliche Lösung zu erzielen, bestand auch vor dem Hintergrund des Kooperationsgebots nicht.

(3) Schließlich steht der Wirksamkeit der Kündigung nicht entgegen, dass der Beklagte die Abschlagsrechnung des Klägers vom 31.01.2021 für die Leistungsphasen 3 und 4 über 10.315,48 € (Anlage K 4) brutto nicht, auch nicht teilweise bezahlt hat. Denn zum einen hat der Kläger seine Weigerung zur Umplanung nicht auf die ausstehende Abschlagszahlung gestützt. Zum anderen hat der Beklagte seinerseits mit Schreiben seines Anwalts vom 13.04.2023 (Anlage K 5) die Rechnung wegen Planungsmängeln zurückweisen lassen und dadurch ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 632a Abs. 1 Satz 4, § 641 Abs. 3 BGB geltend gemacht.

f. Die weiteren Voraussetzungen für eine Kündigung aus wichtigem Grund nach § 650q Abs. 1, § 648a Abs. 3, § 314 Abs. 2 und 3 und § 650h BGB sind gewahrt. Dem Kläger wurde durch anwaltliches Schreiben vom 13.04.2021 eine Frist zur Abhilfe auf den 27.04.2021 gesetzt und nach fruchtlosem

Verstreichen die Kündigung des Architektenvertrags aus wichtigem Grund mit anwaltlichem Schreiben vom 29.04.2021 (Anlage K6) ausgesprochen.

4. Da die außerordentliche Kündigung des Beklagten nach § 650q Abs. 1, § 648a Abs. 1 BGB wirksam war, kann der Kläger nach § 648a Abs. 5 BGB nur für erbrachte Leistungen eine Vergütung verlangen; für den nicht erbrachten Teil der beauftragten Architektenleistungen steht ihm hingegen kein Honoraranspruch zu (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 1999 – VII ZR 196/98 –, Rn. 39, juris; BGH, Urteil vom 5. Juni 1997 – VII ZR 124/96 –, BGHZ 136, 33-40, Rn. 22) der Kläger hat daher keinen Anspruch auf eine Vergütung für die von ihm nicht erbrachten Leistungen (Restleistungen für Genehmigungsplanung [Leistungsphase 4]; Ausführungsplanung für Gewerke Rohbau, Dachstuhl, Bodenplatte [Leistungsphase 5]; Entwässerungsgesuch), die er in der Schlussrechnung vom 18.05.2021 (Anlage K8) mit einem Betrag von 6.651,80 € netto bzw. 7.915,64 € brutto („entgangener Gewinn“) angesetzt hat.

5. Für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen steht dem Kläger nach § 648a Abs. 5, § 631 Abs. 1 BGB ein fälliger Vergütungsanspruch in Höhe von 7.061,97 € netto bzw. 8.403,74 € brutto zu.

a. Entgegen der Auffassung der Berufung entfällt ein Anspruch des Klägers auf Vergütung für die erbrachten Leistungen nicht deshalb, weil dessen Planungsleistungen für den Beklagten „vollkommen wertlos“ waren.

(1) Richtig ist allerdings der Ausgangspunkt des Beklagten, dass der Besteller dem Architekten nach Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung keine Vergütung schuldet, wenn das Architektenwerk so schwerwiegende Mängel aufweist, dass es nicht nachbesserungsfähig und deshalb für den Besteller wertlos ist (vgl. BGH, Urteil vom 5. Juni 1997 – VII ZR 124/96 –, BGHZ 136, 33-40, Rn. 22; BGH, Urteil vom 26. Juli 2001 – X ZR 162/99 –, Rn. 13, juris). Ein solcher Mangel kann darin liegen, dass der Architekt seine Planung nicht nach den vertraglichen Vorgaben des Bauherrn ausrichtet und der Besteller deshalb gehalten ist, nach Kündigung eine neue Planung erstellen zu lassen (BGH, Urteil vom 5. Juni 1997 – VII ZR 124/96 –, BGHZ 136, 33-40, Rn. 23); die Darlegungs- und Beweislast für die Wertlosigkeit einer Planung liegt beim Besteller (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 1993 – X ZR 17/92 –, Rn. 21, juris; BGH, Urteil vom 5. Juni 1997 – VII ZR 124/96 –, BGHZ 136, 33-40, Rn. 22).

(2) Ausgehend hiervon hat der Beklagte bereits nicht schlüssig vorgetragen, dass die nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Erstgerichts an sich genehmigungsfähige, klägerische Planung nicht nachbesserungsfähig und für ihn wertlos gewesen ist. Dies hätte Vortrag erfordert, dass die von dem Beklagten gewünschte Anbindung des Untergeschosses an das Erdgeschoss auf der Grundlage der klägerischen Genehmigungsplanung nicht vom Architekten X., an den sich der Beklagte in der Folge wandte, planerisch hätte durchgeführt werden können oder dass dieser aus aner kennenswerten Gründen nicht bereit gewesen wäre, die klägerischen Planungsleistungen zu verwerten. Dazu ist weder dem erst- noch dem zweitinstanzlichen Vorbringen des Beklagten etwas Substantielles zu entnehmen. Allein daraus, dass sich der Beklagte nach erklärter Kündigung an den Architekten X. wandte und dieser die Genehmigung eines anders dimensionierten Gebäudes mit einer Wohnfläche, die nach den nachvollziehbaren Berechnungen des gerichtlichen Sachverständigen P. 227,44 m² beträgt (vgl. Tischvorlage des Sachverständigen – Anlage zum Protokoll vom 27.02.2024 S. 1 = LGA 220), lässt nicht den Rückschluss zu, dass die Planung des Klägers unbrauchbar oder ohne Wert für den Kläger gewesen wäre. Dies gilt namentlich unter Berücksichtigung dessen, dass der Sachverständige P. – dem entgegen den Ausführungen in der Berufung die von der Stadt Heilbronn genehmigte Planung des Architekten X. vorlag, zumal sie ihm mit Verfügung vom 24.05.2023 überlassen worden war (LGA 174) – einleuchtend hergeleitet hat, dass die Planung des Architekten X. nur unter Erteilung von Befreiungen bzw. unter Ausübung von behördlichem Ermessen genehmigungsfähig gewesen ist. Geplant wurde nämlich ein Gebäude, das die Abstandsflächen nach § 5 Abs. 4 LBO BW teilweise nicht einhält und die Regelgebäudetiefe auf einer Länge von 5,75 m um

etwa 0,5 m überschreitet (vgl. Protokoll vom 27.02.2024 S. 3 = LGA 238 f.; Tischvorlage des Sachverständigen – Anlage zum Protokoll vom 27.02.2024, S. 5 ff., 8 ff. = LGA 225 ff., 229 ff.). Darüber hinaus ergibt sich aus der Baugenehmigung selbst, dass eine bauplanungsrechtliche Befreiung erteilt wurde (vgl. Baugenehmigung vom 18.08.2022 = Anlage B22 = AHB 73 ff.).

Die gegenläufigen Ausführungen des Beklagten in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 12.03.2025, wonach die klägerische Planung für ihn wertlos gewesen sei, weil auch nach deren Abänderung deutlich weniger Wohnfläche geschaffen worden wäre als sich aus der Planung des Architekten X. ergebe („Minderfläche von 34%“), können nach §§ 525, 296a Satz 1 ZPO keine Berücksichtigung finden. Sie geben auch keinen Anlass, die mündliche Verhandlung erneut zu eröffnen, zumal der Beklagte bei seinen Berechnungen ausblendet, dass die Planung des Architekten X. nur unter Erteilung von Befreiungen bzw. unter Ausübung von behördlichem Ermessen genehmigungsfähig gewesen ist und er den Kläger lediglich zur Mangelbeseitigung in Form einer Eingliederung des Kellers in den Wohnraum, nicht aber zu einer völligen Umplanung aufgefordert hat.

b. Der Kläger kann daher für die von ihm erbrachten Leistungen das von den Parteien vereinbarte Honorar verlangen, soweit seine Leistungen mangelfrei waren (BGH, Urteil vom 5. Juni 1997 – VII ZR 124/96 –, BGHZ 136, 33-40, Rn. 23; (BGH, Urteil vom 26. Juli 2001 – X ZR 162/99 –, Rn. 13, juris). Die Höhe der Vergütung für die mangelfrei erbrachten Leistungen beläuft sich auf einen Betrag von 7.061,97 € netto bzw. 8.403,74 € brutto.

(1) Der Kläger hat mit seiner Schlussrechnung vom 18.05.2021 (Anlage K8) auf der Grundlage des Angebots vom 01.10.2020 (Anlage K1) die von ihm erbrachten Leistungen der Leistungsphasen 3 und 4 mit einem Betrag von 8.668,47 € netto bzw. 10.315,48 € brutto abgerechnet. Aus der Rechnung ergibt sich, dass er von einer vollständigen Erbringung der Entwurfsplanung sowie von 80% der Genehmigungsplanung im Zeitpunkt der Kündigung ausgegangen ist. Weiter hat er einen Abzug für die von ihm mangelhaft erstellte Bauvoranfrage in Ansatz gebracht. Beachtliche Einwendungen hiergegen hat der Beklagte in erster Instanz nicht erhoben. Es bestand daher entgegen der Auffassung der Berufung für den Kläger kein Anlass, „klärenden Sachvortrag“ zu den Rechnungspositionen zu halten. Solches wäre nur erforderlich gewesen, wenn sich der Beklagte in Bezug auf einzelne Leistungen streitig gestellt hätte, was indessen im Berufungsrechtszug nicht der Fall ist.

(2) Die von dem Kläger errechnete Vergütung für die von ihm erbrachten Leistungen kann indes nicht in Gänze in Ansatz gebracht werden; denn die im Kündigungszeitpunkt erbrachten Leistungen waren mangelhaft, da sie die Vorgaben des Beklagten nach einer möglichst großen Wohnfläche nicht sachgerecht umsetzten (vgl. unter 3. d.). Dies ist im Streitfall bei der Bemessung des Vergütungsanspruchs nach § 648a Abs. 5, § 631 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen, da bei Wirksamwerden der außerordentlichen Kündigung die Voraussetzungen für eine mangelbedingte Minderung des Honorars vorliegen der Senat erachtet im Streitfall einen Minderungsbetrag von 1.911,74 € brutto für sachgerecht (§ 287 ZPO).

(a) Ein Mangel des Architektenwerks bei den erbrachten Leistungen führt allerdings nicht ohne Weiteres zu einer Kürzung seines Vergütungsanspruchs. Sein Honoraranspruch entfällt nur dann ganz oder teilweise, wenn der Tatbestand einer Regelung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches oder des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts erfüllt ist, die den Verlust oder die Minderung der Honorarforderung als Rechtsfolge vorsieht (BGH, Urteil vom 24. Juni 2004 – VII ZR 259/02 –, BGHZ 159, 376-382, Rn. 26; OLG Schleswig, Urteil vom 17. Juli 2024 – 12 U 149/20 –, Rn. 69, juris).

Im Streitfall ist dies in Bezug auf die erbrachten Leistungen des Klägers der Fall; denn der Beklagte war mit Wirksamwerden der Kündigung berechtigt, die Vergütung des Klägers wegen der unzureichenden Umsetzung der Planung von Wohnraum im Untergeschoss des Anbaus zu mindern (§ 650q Abs. 1,

§ 634 Nr. 2, § 638 BGB). Durch die letztlich wegen dieses Mangels erfolgte Kündigung ist zwischen den Parteien ein Abrechnungsverhältnis eingetreten, durch das der Beklagte zum Ausdruck gebracht hatte, mit dem Kläger nicht mehr weiter zusammenzuarbeiten zu wollen und in Bezug auf den hier inmitten stehenden Mangel keine Nachbesserung zu verlangen. Da dem Kläger bereits vor der Kündigung erfolglos eine Frist zur Mangelbeseitigung mit Schreiben vom 13.04.2021 gesetzt worden war, war in Bezug auf diesen Mangel ein Recht zur Nachbesserung erloschen; eine erneute Fristsetzung wäre dem Beklagten insoweit zudem unzumutbar. Damit sind die Voraussetzungen für eine mangelbedingte Minderung (§ 638 BGB) erfüllt.

(b) Der Senat erachtet es in Ansehung von § 638 BGB für angemessen, den Minderungsbetrag mit 1.911,74 € brutto anzusetzen (§ 638 Abs. 3 Satz 2 BGB, § 287 ZPO). Hierbei handelt es sich um den Betrag, zu dem der Kläger dem Beklagten mit Schreiben vom 05.04.2021 (Anlage B 9) eine Änderung seiner Planung vom 25.03.2021 erstmals angeboten hat. Es bestehen keine Bedenken, diesen – an dem Mangelbeseitigungsaufwand orientierten – Betrag als angemessenen Minderwert der Leistung (§ 638 Abs. 3 Satz 1 BGB) in Ansatz zu bringen. Der von dem Beklagten mit seinem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 12.03.2025 geforderten Einholung eines Sachverständigengutachtens bedarf es nicht.

Dem Ansatz steht auch nicht entgegen, dass grundsätzlich weder der Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) nach § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 Abs. 1 BGB noch der Minderwert einer werkvertraglichen Leistung anhand der voraussichtlich erforderlichen, aber noch nicht aufgewendeten Mangelbeseitigungskosten bemessen werden darf (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 –, BGHZ 218, 1-22, Rn. 31 ff.). Denn diese Rechtsprechung fußt maßgeblich auf der Überlegung, dass es insbesondere bei baurechtlichen Fallgestaltungen häufig zu einer Überkompensation und damit zu einer nach schadensrechtlichen Grundsätzen nicht gerechtfertigten Bereicherung des Bestellers führen würde, wenn der Besteller Ersatz für fiktive Mangelbeseitigungskosten verlangen könnte, obschon er den Mangel nicht beseitigt (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 –, BGHZ 218, 1-22, Rn. 34 ff.). Nachdem hier jedoch der Beklagte den Architekten X. mit einer mangelfreien Neuplanung des Anbaus beauftragte und nach Lage der Dinge davon auszugehen ist, dass ihm dafür höhere – als die streitgegenständlichen – Honorarkosten entstanden sind, ist das Verbot einer Überkompensation nicht tangiert; gegen die Orientierung des Minderwerts an dem von dem Beklagten vorgeschlagenen Vergütungsaufwand bestehen bei dieser Sachlage keine Bedenken (vgl. Senat, Urteil vom 21. März 2023 – 10 U 53/22, n. v.).

(3) Dem Kläger steht damit ein Anspruch von noch 8.403,74 € brutto zu.

c. Der Vergütungsanspruch in dieser Höhe ist auch fällig.

(1) Grundsätzlich ist für die Fälligkeit der Kündigungsvergütung nach § 650q Abs. 1, § 648a Abs. 5 BGB erforderlich, dass der Besteller die erbrachten Leistungen nach § 640 BGB abgenommen hat (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 – VII ZR 146/04 –, Rn. 18 ff., juris), woran es im Streitfall fehlt. Allerdings ist die Abnahme der erbrachten Leistungen für die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs entbehrlich, wenn ein Abrechnungsverhältnis begründet worden ist (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 20. November 2012 – I-23 U 132/11 –, Rn. 164, juris). Ein solches ist – wie aufgezeigt – durch die außerordentliche Kündigung des Klägers, gestützt auf die Mangelhaftigkeit der Werkleistung, eingetreten.

(2) Eine prüffähige Schlussrechnung vom 18.05.2021 liegt vor, § 650a Abs. 1, § 650g Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BGB. Dies hat auch der Beklagte weder in erster Instanz noch im Rahmen der Begründung seines Rechtsmittels anders gesehen. Soweit nun erstmals in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 12.03.2025 Einwendungen gegen die Prüfbarkeit der Schlussrechnung erhoben werden, ist dies bereits im Hinblick auf § 650g Abs. 4 Satz 3 BGB unbehelflich.

6. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Erstattung seiner vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Die Schlussrechnung wurde unter dem 18.05.2021 erteilt. Danach sollte Fälligkeit am 11.06.2021 eintreten. Jedoch trat gemäß § 15 Abs. 1 HOAI (2013) i.V.m. § 650g Abs. 4 Satz 3 BGB erst nach Ablauf einer Prüffrist von 30 Tagen Fälligkeit ein. Davor konnte kein Verzug eintreten. Das anwaltliche Schreiben vom 21.05.2021, mit dem eine Abschlagszahlung von 10.315,48 € gefordert wurde, stammt aus einer Zeit, in der bereits Schlussrechnungsreife vorlag bzw. Schlussrechnung erteilt war, aber der Beklagte mit der Zahlung der Schlussforderung noch nicht in Verzug geraten war. Damit sind die Anwaltskosten nicht zu bezahlen.

7. Verzugszinsen auf die zu erstattende Vergütungsforderung hat der Beklagte nach § 286 Abs. 1, § 288 Abs. 1 BGB ab dem 13.07.2021 zu bezahlen; die klägerischen Prozessbevollmächtigten hatten die Zahlung der noch offenen Beträge aus den Rechnungen vom 31.03.2021 sowie vom 18.05.2021 mit Schreiben vom 01.07.2021 (Anlage K9) zum 12.07.2021 angemahnt; dies wirkte, nachdem die Prüffrist für die Schlussrechnung im Monat Juni 2021 abgelaufen war, verzugsbegründend.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 und § 92 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10, §§ 711, 713 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren beträgt 18.231,12 € (§§ 47, 48 GKG, § 3 ZPO).10 U 107/24

Entscheidung 4 – BGH Urt. v. 8.5.2025 – VII ZR 86/24:

Tenor:

Auf die Revision der Beklagten zu 5 wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 22. April 2024 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten zu 5 erkannt worden ist.

Auf die Berufung der Beklagten zu 5 wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 17. Juni 2022 in Bezug auf diese abgeändert. Die Klage gegen die Beklagte zu 5 wird abgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Die Gerichtskosten der II. Instanz werden zu 25% der Klägerin und zu 75% den Beklagten zu 2, 3 und 4 als Gesamtschuldnern auferlegt. Von den außergerichtlichen Kosten der II. Instanz werden der Klägerin diejenigen der Beklagten zu 5 in vollem Umfang und den Beklagten zu 2, 3 und 4 als Gesamtschuldnern diejenigen der Klägerin einschließlich der Kosten der Nebenintervention zu 75% auferlegt.

Die Gerichtskosten der I. Instanz werden zu 33% der Klägerin, zu 50% den Beklagten zu 1, 2 und 3 als Gesamtschuldnern und zu weiteren 17% dem Beklagten zu 1 allein auferlegt. Von den außergerichtlichen Kosten der I. Instanz werden der Klägerin diejenigen des Beklagten zu 4 und der Beklagten zu 5 in vollem Umfang auferlegt. Die außergerichtlichen Kosten I. Instanz der Klägerin einschließlich der Kosten der Nebenintervention werden zu 50% den Beklagten zu 1, 2 und 3 als Gesamtschuldnern und zu weiteren 17% dem Beklagten zu 1 allein auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, ein gesetzlicher Unfallversicherer, nimmt bei den Beklagten aufgrund eines am 24. Mai 2012 erfolgten Arbeitsunfalls des bei ihr versicherten Zeugen T. Rückgriff. Gegenstand des Revisionsverfahrens sind ausschließlich Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte zu 5.

Die Beklagte zu 5 wurde als Generalunternehmerin mit der Errichtung eines neuen Gebäudes an der P.-K.-Straße/E. Landstraße in F. a. M. beauftragt. Sie beauftragte ihrerseits die Beklagte zu 3 als Nachunternehmerin mit den Aushubarbeiten sowie die H. G. GmbH als Nachunternehmerin mit den Verbauarbeiten. Der Beklagte zu 2 ist selbständiger Baggerführer und war für die Beklagte zu 3 als Nachunternehmer bei den Aushubarbeiten tätig. Als zuständiger Bauleiter der Beklagten zu 3 fungierte der Beklagte zu 4, der zugleich deren Geschäftsführer ist. Die H. G. GmbH beauftragte wiederum die Streithelferin zu 1, ein Mitgliedsunternehmen der Klägerin, als Nachunternehmerin mit der Einbringung von hölzernen Querträgern. Der Zeuge T. war am Unfalltag als Bauhelfer bei der Streithelferin zu 1 beschäftigt. Für die Streithelferin zu 1 war darüber hinaus der Beklagte zu 1 tätig, wobei dessen Funktion bei dem Bauvorhaben streitig ist.

Die zur Absicherung der Baugrube erforderlichen Verbauarbeiten erfolgten in der Weise, dass die H. G. GmbH vor Beginn der Erdarbeiten zunächst Stahlträger in das Erdreich einbrachte. Sodann sollte die Streithelferin zu 1 an den Stahlträgern hölzerne Querträger befestigen. Dazu musste die Baugrube so ausgeschachtet werden, dass die eingebrachten Stahlträger und die zwischen ihnen liegenden Flächen frei zugänglich wurden. Anschließend waren die Innenprofile der Stahlträger von dem Erdreich zu befreien und die hölzernen Querträger einzubauen. Diese Arbeiten konnten nur von Hand erfolgen, so dass sich Personen zu diesem Zweck in die Baugrube begeben mussten. Um ein Einstürzen des

Erdreichs zu vermeiden, durfte das Ausschachten der Baugrube, von oben beginnend, nur sukzessive und immer im Wechsel mit dem Einbau der hölzernen Querträger, erfolgen.

Der Zeuge T. begab sich am Unfalltag in die vom Beklagten zu 2 - entgegen der Weisung des Beklagten zu 4 – zu tief ausgeschachtete Baugrube, um die Innenprofile der Stahlträger zu reinigen und die hölzernen Querträger zu befestigen. Während er die Arbeiten durchführte, kam es zu einem Einsturz des Erdreichs. Der Zeuge wurde verschüttet und verletzte sich schwer.

Die Klägerin erkannte den Unfall als Arbeitsunfall an und erbrachte in der Folgezeit Versicherungsleistungen an den Zeugen T. . Sie macht gegen die Beklagte zu 5 Ansprüche aus übergegangenem Recht gemäß § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X geltend.

Das Landgericht hat, soweit für die Revision von Bedeutung, der Klage gegen die Beklagte zu 5 – als Gesamtschuldnerin neben den Beklagten zu 2 und 3 sowie neben dem Beklagten zu 1, der wie ein Gesamtschuldner haftet – auf Ersatz der aus Anlass des Arbeitsunfalls des Zeugen T. erbrachten Aufwendungen in Höhe von 52.693,64 € nebst Zinsen sowie auf Feststellung der Ersatzpflicht für weitere Aufwendungen, die der Klägerin aus Anlass dieses Arbeitsunfalls entstanden sind und künftig entstehen, in Höhe von 50% stattgegeben. Die Berufung der Beklagten zu 5 ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte zu 5 ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die für die Beklagte zu 5 unbeschränkt zugelassene Revision hat Erfolg und führt zur Abweisung der gegen sie gerichteten Klage.

I.

Das Berufungsgericht hat, soweit für die Revision von Bedeutung, im Wesentlichen ausgeführt:

Die Klägerin habe gegen die Beklagte zu 5 einen auf sie gemäß § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X übergebenen Anspruch des Zeugen T. auf Ersatz der aus Anlass des Arbeitsunfalls erbrachten und künftig noch entstehenden Aufwendungen im tenorierten Umfang.

Dem Zeugen T. stehe gegen die Beklagte zu 5 aus dem zwischen dieser und der H. G. GmbH bestehenden Werkvertrag nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ein Schadensersatzanspruch zu. Die Beklagte zu 5 habe Schutzpflichten, die ihr auch gegenüber dem Zeugen T. oblegen hätten, verletzt.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung könne ein Dritter in die aus einem Vertrag folgenden Schutzpflichten einbezogen sein, wenn er mit der Hauptleistung nach dem Inhalt des Vertrags bestimmungsgemäß in Berührung komme, ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten bestehe, den Interessen des Schuldners durch Erkennbarkeit und Zumutbarkeit der Haftungserweiterung Rechnung getragen werde und der Dritte schutzbedürftig sei.

Für Werkverträge werde in sinngemäßer Anwendung des § 618 Abs. 1 BGB eine besondere Schutzpflicht des Bestellers angenommen. Dieser habe alles Zumutbare und Mögliche zu tun, um den Unternehmer bei der Leistungsausführung vor Schäden zu bewahren. Die Ausschachtung, in der sich der Unfall ereignet habe, sei als „Raum“ im Sinne des § 618 Abs. 1 BGB anzusehen. Die Beklagte zu 5 sei danach verpflichtet gewesen, der von ihr als Nachunternehmerin mit den Verbauarbeiten beauftragten H. G. GmbH die Baustelle in einem sicheren Zustand zur Verfügung zu stellen. Hierzu

gehöre auch eine den Arbeitsschutzvorschriften entsprechende, nicht zu tief ausgeschachtete Baugrube, um der H. G. GmbH die gefahrlose Durchführung dieser Arbeiten zu ermöglichen.

Die Schutzpflicht der Beklagten zu 5 als Bestellerin, die – wie hier – der H. G. GmbH die ausgeschachtete Baugrube als Arbeitsraum zur Verfügung gestellt habe, erstrecke sich auch auf die Mitarbeiter des Vertragspartners. Voraussetzung sei, dass es sich insoweit um einen abgrenzbaren und bestimmten Personenkreis handele. Nach diesen Maßstäben seien die Arbeitnehmer der Streithelferin zu 1 – und damit der Zeuge T. – in den Schutzbereich des Vertrags zwischen der Beklagten zu 5 und der H. G. GmbH einbezogen. Denn der Beklagten zu 5 sei bei Abschluss des Vertrags mit der H. G. GmbH die Einbeziehung der Arbeitnehmer der Streithelferin zu 1 in den Schutzbereich dieses Vertrags erkennbar und zumutbar gewesen. Unabhängig davon, dass der Einsatz von Nachunternehmern auf Großbaustellen gängige Praxis sei, sei der Beklagten zu 5 bekannt gewesen und von ihr gebilligt worden, dass die H. G. GmbH sich zu ihrer Unterstützung der Streithelferin zu 1 als Nachunternehmerin bedienen würde. Die Streithelferin zu 1 habe als Erfüllungsgehilfin der H. G. GmbH gegenüber der Beklagten zu 5 zu dieser in einem besonderen Näheverhältnis gestanden. Ihre Mitarbeiter seien in gleicher Weise den Gefahren einer Schutzpflichtverletzung seitens der Beklagten zu 5 als Bestellerin der Verbauarbeiten ausgesetzt gewesen. Auf den Aushub der Baugrube hätten sie – wie auch die H. G. GmbH – keinen Einfluss gehabt. Dafür sei im Verhältnis zur H. G. GmbH die Beklagte zu 5 verantwortlich.

Der Zeuge T. sei als Mitarbeiter der Streithelferin zu 1 schutzbedürftig. Er habe den Weisungen der Streithelferin zu 1 folgend die Verbauarbeiten durchführen und sich in den von der Beklagten zu 5 eröffneten Gefahrenbereich, die ausgeschachtete Baugrube, begeben müssen. Ohne Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrags zwischen der Beklagten zu 5 und der H. G. GmbH hätte er keine Ansprüche gegen seinen Arbeitgeber und wegen der Exkulpationsmöglichkeit gemäß § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB in der Regel auch nicht gegen die Beklagte zu 5. Die gesetzliche Unfallversicherung begründe keinen gleichwertigen Anspruch des Zeugen T. .

Schließlich werde die Haftung der Beklagten zu 5 auch nicht unzumutbar ausgedehnt, da sie auf den Personenkreis beschränkt werde, der bestimmungsgemäß, also mit Wissen und Willen der Beklagten zu 5, auf der Baustelle zur Erbringung der beauftragten Leistung eingesetzt werde.

Die Beklagte zu 5 habe ihre Schutzpflicht schuldhaft verletzt. Zwar seien für die ordnungsgemäße Ausschachtung in erster Linie die mit den Aushubarbeiten beauftragte Beklagte zu 3 sowie der von dieser als Baggerführer beauftragte Beklagte zu 2 verantwortlich. Die Beklagte zu 5 müsse sich gegenüber dem Zeugen T. jedoch deren schuldhaftes Verhalten gemäß § 278 BGB zurechnen lassen, da sie sich dieser Personen zur Erfüllung ihrer vertraglichen Schutzpflicht, der Zurverfügungstellung einer sicheren Baugrube, bedient habe.

II.

Dies hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht hat zu Unrecht einen gemäß § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X auf die Klägerin übergegangenen Schadensersatzanspruch des Zeugen T. gegen die Beklagte zu 5 gemäß § 280 Abs. 1 BGB aus dem zwischen dieser und der H. G. GmbH bestehenden Werkvertrag über die Verbauarbeiten nach den Grundsätzen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bejaht.

Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch des Zeugen T. gegen die Beklagte zu 5 ausschließlich damit begründet, dass diese sich das schuldhafte Verhalten der Beklagten zu 2 und 3 bei den Ausschachtungsarbeiten gemäß § 278 BGB zurechnen lassen müsse, weil sie sich dieser Personen zur Erfüllung ihrer – auch gegenüber dem Zeugen T. bestehenden – vertraglichen Schutzpflicht, eine

ordnungsgemäße Ausschachtung zwecks Durchführung der Verbauarbeiten zur Verfügung zu stellen, bedient habe.

Damit hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft den Kreis der vertraglichen Schutzpflichten, die die Beklagte zu 5 als Bestellerin der Verbauarbeiten treffen, überdehnt. Es kann deshalb offenbleiben, ob die Beklagte zu 5 auch gegenüber dem Zeugen T. als Mitarbeiter der Nachunternehmerin ihrer Vertragspartnerin vertragliche Schutzpflichten hatte und ob die für eine Einbeziehung in den vertraglichen Schutzbereich erforderliche Schutzbedürftigkeit des Zeugen T. zu bejahen ist.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trifft den Besteller einer Werkleistung die vertragliche Pflicht, alles ihm Zumutbare zu tun, um seinen Vertragspartner bei der Ausführung der Arbeiten vor Schaden zu bewahren. Stellt der Besteller das Grundstück oder Arbeitsgerät für die Werkleistung zur Verfügung, erstreckt sich seine vertragliche Pflicht darauf, im Rahmen des Zumutbaren hiervon ausgehende Gefahren für den Vertragspartner zu vermeiden. Dies wird zum Teil aus dem werkvertraglichen Treueverhältnis (§ 242 BGB) und zum Teil aus § 618 Abs. 1 BGB analog hergeleitet. Bei schuldhafter Verletzung der vertraglichen Schutzpflicht haftet der Besteller seinem Vertragspartner und den in den Schutzbereich des Vertrags einbezogenen Personen gemäß § 280 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2017 – VII ZR 204/14 Rn. 23, BauR 2018, 535 = NZBau 2018, 286; Urteil vom 24. Januar 2013 – VII ZR 98/12 Rn. 9, NJW-RR 2013, 534; Urteil vom 15. Juni 1971 – VI ZR 262/69, WM 1971, 1100, juris Rn. 17 [in BGHZ 56, 269 insoweit nicht abgedruckt]; Urteil vom 20. Februar 1958 – VII ZR 76/57, BGHZ 26, 365, juris Rn. 14, 17; Beschluss vom 5. Februar 1952 – GSZ 4/51, BGHZ 5, 62, juris Rn. 2 ff.).

Diese Rechtsprechung beruht darauf, dass der Grundgedanke des § 618 Abs. 1 BGB, wonach ein Vertragspartner den von ihm beauftragten anderen Vertragspartner, der bei Ausführung vertragsgemäßer Arbeiten in seinen – des Auftraggebers – Gefahrenbereich kommt, vor drohenden gesundheitlichen Schäden zu schützen hat, auch für Werkverträge Geltung beansprucht, bei denen der Unternehmer zur Herstellung des Werks einen Raum des Bestellers betreten oder mit dessen Gerätschaften arbeiten muss (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Februar 1952 – GSZ 4/51, BGHZ 5, 62, juris Rn. 3 m.w.N.). „Raum“ im Sinne des § 618 Abs. 1 BGB sind dabei nach Sinn und Zweck der Vorschrift nicht nur Arbeitsstätten, die sich in einem Gebäude befinden, sondern auch sonstige Örtlichkeiten, an denen die Arbeiten nach dem Vertrag auszuführen sind (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 1958 – VII ZR 76/57, BGHZ 26, 365, juris Rn. 17). Auch die Baustelle fällt im Grundsatz hierunter. Der Besteller ist daher (auch) vertraglich verpflichtet, alles ihm Zumutbare zu tun, um den Unternehmer und die in den Schutzbereich des Vertrags einbezogenen Personen bei der Ausführung der Arbeiten vor Gefahren für die Gesundheit zu bewahren, die von der Baustelle oder dem Unternehmer zur Verfügung gestellten Gerätschaften ausgehen. Verletzt er – oder ein zur Erfüllung der betreffenden Schutzpflichten eingesetzter Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB – diese Pflicht schuldhaft, haftet er dem Geschädigten aus Vertrag (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2017 – VII ZR 204/14, BauR 2018, 535 = NZBau 2018, 286: mit Ammoniak gefüllte Kälteanlage auf Baustelle; Urteil vom 15. Juni 1971 – VI ZR 262/69, BGHZ 56, 269: dem Unternehmer überlassenes, nicht verkehrssicheres Gerüst; Urteil vom 20. Februar 1958 – VII ZR 76/57, BGHZ 26, 365: vermintes Baugrundstück; RG, Urteil vom 20. Dezember 1939 – III 46/38, RGZ 159, 268: nicht verkehrssichere Treppe im Neubau).

Allerdings ist bei der Übertragung des Grundgedankens des § 618 Abs. 1 BGB auf das Werkvertragsrecht zu beachten, dass der vom Besteller beauftragte Unternehmer – anders als der Dienstverpflichtete – seine Arbeiten selbständig und in eigener Verantwortung ausführt. Die Pflicht zur verkehrssicheren Durchführung der Arbeiten trifft deshalb in erster Linie den Unternehmer selbst; er ist hinsichtlich der Ausführung seiner Leistung primär verkehrssicherungspflichtig. Demgemäß wenden sich auch die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften, die die zu beachtenden Sorgfaltspflichten durch Bestimmungen über Sicherheitsmaßnahmen konkretisieren und die Versicherten vor den typischen Gefährdungen des jeweiligen Gewerbes schützen sollen, an den

Unternehmer (vgl. BGH, Urteil vom 18. November 2014 – VI ZR 47/13 Rn. 11 m.w.N., BGHZ 203, 224). Der Unternehmer im Sinne des § 631 BGB hat bei der Durchführung der Arbeiten damit – weitergehend als der Dienstverpflichtete – selbst für seinen Schutz und gegebenenfalls den Schutz Dritter zu sorgen. Diese Umstände sind (auch) bei der Bestimmung der vertraglichen Schutzpflichten des Bestellers zu berücksichtigen und begrenzen diese (vgl. Messerschmidt/Voit/ von Rintelen, Privates Baurecht, 4. Aufl., § 631 Rn. 141 m.w.N.). Der Besteller, der einen Unternehmer mit der Ausführung von Arbeiten beauftragt, hat danach – anders als dieser – keine primäre vertragliche Schutzpflicht dahingehend, dass die Arbeiten verkehrssicher durchgeführt werden.

Welche vertraglichen Schutzpflichten der Besteller gegenüber einem von ihm beauftragten Unternehmer oder dessen Mitarbeiter unter Berücksichtigung dieser Grundsätze im Einzelnen hat, kann nur nach den Umständen des Einzelfalls bestimmt werden. So können den Besteller – nach dem Rechtsgedanken des § 618 Abs. 1 BGB – beispielsweise vertragliche Schutzpflichten in Bezug auf Gefahren treffen, die von der Baustelle oder dem Unternehmer zur Verfügung gestellten Gerätschaften ausgehen. Ferner können bei ihm vertragliche Schutzpflichten in Bezug auf die verkehrssichere Durchführung der Arbeiten des Unternehmers beispielsweise dann verbleiben, wenn er Gefahrenquellen erkannt hat.

2. Nach diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen, die Beklagte zu 5 hafte dem Zeugen T., weil sie sich das Verschulden der Beklagten zu 2 und 3 bei der Durchführung der Ausschachtungsarbeiten gemäß § 278 BGB zurechnen lassen müsse.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte zu 5 zur Herstellung einer Baugrube als Nachunternehmer die Beklagte zu 3 mit den Ausschachtungsarbeiten sowie die H. G. GmbH mit den Verbauarbeiten beauftragt. Hierbei sollten die Nachunternehmer arbeitsteilig in der Weise zusammenwirken, dass das Ausschachten der Baugrube, von oben beginnend, sukzessive und immer im Wechsel mit dem Einbau der hölzernen Querträger erfolgen sollte. Die Pflicht zur sicheren Durchführung dieser Arbeiten unter Einhaltung der Unfallverhütungsvorschriften traf danach nicht die Beklagte zu 5 als Bestellerin, sondern die letztlich mit der arbeitsteiligen Ausführung beauftragten Unternehmer.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann eine vertragliche Schutzpflicht der Beklagten zu 5 nicht damit begründet werden, dass diese dem Zeugen T. als Mitarbeiter der letztlich mit dem Einbau der hölzernen Querträger als Nachnachunternehmerin beauftragten Streithelferin zu 1 eine ordnungsgemäße Ausschachtung als „Raum“ im Sinne des § 618 Abs. 1 BGB hätte zur Verfügung stellen müssen. Diese Auffassung wird dem Umstand, dass die beteiligten Unternehmer zur Herstellung der Baugrube arbeitsteilig zusammenzuwirken hatten und selbst für die verkehrssichere Durchführung der Arbeiten verantwortlich waren, nicht gerecht. Die Beklagte zu 5 hatte für die Verbauarbeiten nicht sukzessive, jeweils teilausgeschachtete, nicht zu tiefe, verkehrssichere Gruben zur Verfügung zu stellen. Vielmehr sollte im arbeitsteiligen Zusammenwirken der mit den Ausschachtungs- und den Verbauarbeiten beauftragten Unternehmer eine verkehrssichere Baugrube erst entstehen. Der Streitfall unterscheidet sich insoweit von den Konstellationen, die der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur entsprechenden Anwendung des § 618 Abs. 1 BGB zugrunde lagen. Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts würde dazu führen, dass die einen Unternehmer treffende Pflicht zur verkehrssicheren Durchführung seiner Arbeiten regelmäßig auch als vertragliche Schutzpflicht des Bestellers gegenüber einem anderen Unternehmer oder dessen Mitarbeitern gewertet würde, für deren Erfüllung der Besteller nach § 278 BGB einzustehen hätte. Mit einer solchen Wertung würde indes der Pflichtenkreis des Bestellers, der einen die Arbeiten selbständig und in eigener Verantwortung ausführenden Unternehmer beauftragt hat, überdehnt.

III.

Das Urteil ist auch nicht aus anderen Gründen richtig (§ 561 ZPO).

Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts kommt eine vertragliche oder deliktische Haftung der Beklagten zu 5 aus einem anderen Grund nicht in Betracht. Dies macht die Klägerin auch nicht geltend.

IV.

Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben, soweit zum Nachteil der Beklagten zu 5 entschieden worden ist (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da nach dem festgestellten Sachverhältnis die Sache zur Endentscheidung reif ist, § 563 Abs. 3 ZPO. Die Klage gegen die Beklagte zu 5 ist abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1, § 100 Abs. 1, 4, § 101 Abs. 1 ZPO, hinsichtlich des Beklagten zu 4 auch auf § 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO.

Entscheidung 5 – OLG Stuttgart Urt. v. 13.5.2025 – 10 U 4/25:

Tenor:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 29.11.2024, Az. 55 O 114/24, wird, soweit sie sich gegen die Klageabweisung des Klageantrags Ziff. 2 wendet, als unzulässig verworfen.
2. Im Übrigen wird auf die Berufung der Klägerin unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 29.11.2024, Az. 55 O 114/24 nebst dem ihm zugrunde liegenden Verfahren aufgehoben und die Sache insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Stuttgart zurückverwiesen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.
5. Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 50.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

A.

Die klagende Wohnungseigentümergeinschaft begehrt von dem beklagten Bauträger Herstellung eines mangelfreien Werks und Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum.

Die Klägerin ist eine Wohnungseigentümergeinschaft. Die Beklagte ist der Bauträger, der das Objekt X. in Stuttgart errichten ließ und die Wohnungen an die die Klägerin bildenden Wohnungseigentümer veräußerte.

Die letzte Eigentumswohnung wurde mit notariellem Vertrag vom 24.10.2013, das letzte Teileigentum, ein Stellplatz, mit notarieller Beurkundung vom 19.11.2013 von der Beklagten an den jeweiligen Erwerber veräußert.

Die notariellen Bauträgerverträge (Anl. K1) enthalten jeweils in § 3 Abs. 5 ff. folgende Regelung zum Herstellungstermin:

„Der Veräußerer ... verpflichtet sich zur bezugsfertigen Herstellung des Vertragsgegenstands bis spätestens 31.03.2014.“

§ 7 der notariellen Bauträgerverträge bestimmt für die Abnahme:

„§ 7 Abnahme, Besitzübergabe, Wohnungseigentümergeinschaft

(1) ... Bei der Abnahme findet eine gemeinsame Besichtigung des Vertragsobjekts statt. Über die Abnahme wird eine Niederschrift errichtet, die von beiden Vertragsteilen zu unterzeichnen ist und in welche alle evtl. Mängel und fehlenden Leistungen aufzunehmen sind, auch soweit hierüber Streit besteht. Der Veräußerer hat dem Erwerber den vorgesehenen Abnahmetermin mit einer Fristsetzung von mindestens einer Woche schriftlich zuvor mitzuteilen und ihn zur Abnahme aufzufordern.

(2) Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums, soweit es nicht ausschließlich im Bereich des Sondereigentums des Erwerbers liegt oder dem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesen ist, erfolgt durch den Verwalter, der vom Erwerber hiermit entsprechend bevollmächtigt wird.

Der Bevollmächtigte hat die Interessen des Erwerbers wahrzunehmen und hat dessen Weisung in Bezug auf die Abnahme Folge zu leisten. Der Veräußerer wird dafür Sorge tragen, dass dem Bevollmächtigten sämtliche für die Abnahme erforderlichen Unterlagen rechtzeitig vorliegen. Der Bevollmächtigte ist berechtigt, jedoch nicht verpflichtet, zur Abnahme einen öffentlich bestellten und vereidigten Bausachverständigen hinzuzuziehen. Der Sachverständige hat zu prüfen, ob das Gemeinschaftseigentum nach Maßgabe der Bau- und Ausstattungsbeschreibung und entsprechend den anerkannten Regeln der Technik errichtet wurde (technische Abnahme).

Der Besichtigungstermin des Gemeinschaftseigentums im Zuge der technischen Abnahme ist dem Erwerber mindestens eine Woche vorher schriftlich mitzuteilen. Für die Fristwahrung ist der Tag der Absendung maßgebend.

Das im Zuge der technischen Abnahme erstellte Protokoll, in dem alle gemeinsam festgestellten und vom Sachverständigen, dem Bevollmächtigten oder vom Erwerber einseitig gerügten Mängel aufzunehmen sind, ist dem Erwerber zu übersenden. Der Bevollmächtigte hat die Abnahme zu erklären, sofern nach Mitteilung des Sachverständigen keine wesentlichen Mängel mehr bestehen bzw. die im Protokoll aufgeführten wesentlichen Mängel behoben wurden, nach Auffassung des Bevollmächtigten keine wesentlichen Mängel am Gemeinschaftseigentum einer Abnahme entgegenstehen und der Erwerber nicht innerhalb von 2 Wochen nach Absendung des Protokolls der Erklärung der Abnahme durch den Bevollmächtigten widersprochen hat. Das Schweigen des Erwerbers gilt insoweit als Zustimmung zur Abnahme bzw. als konkludente Abnahme. Der Erwerber ist hierauf im Zuge der Protokollübersendung nochmals hinzuweisen. Für die Durchführung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums gelten im Übrigen die in Abs. 1 getroffenen Vereinbarungen entsprechend. Die Verpflichtung zur Abnahme und die Regelungen zur Abnahmefiktion bleiben unberührt.“

Die Beklagte lud alle Erwerber zum Abnahmetermin des Gemeinschaftseigentums ein, der am 02.07.2014 stattfand. Das Abnahmeprotokoll wurde mit einem Anschreiben vom 08.07.2014 an die Wohnungseigentümer übermittelt.

In dem Schreiben der Beklagten vom 08.07.2014 heißt es unter anderem:

„Am 02.07.2014 wurde die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ... durchgeführt. Das Abnahmeprotokoll wurde vom Gutachter sowie den Beiräten im Namen der Erwerber unterzeichnet.

Zu Ihrer Verwendung übersenden wir Ihnen eine Kopie des unterzeichneten Abnahmeprotokolls so wie eine Reinschrift unter Bezugnahme des § 7 Abs. (2). Sollten Sie Einwendungen gegen die Abnahme des Gemeinschaftseigentums haben, bitten wir Sie diese innerhalb von 2 Wochen ab Absendung dieses Schreibens der Y. WOHNBAU GMBH mitzuteilen, ansonsten gilt die Vollmacht gegenüber Ihrem Sachverständigen und den Beiräten als bestätigt und die Abnahme als vollzogen.“

In der Folge zahlten die Erwerber die noch offenen Restkaufpreise, wobei die letzte Zahlung durch einen Erwerber am 28.10.2015 erfolgte.

Am 14.05.2018 beschloss die Eigentümerversammlung der Wohnungseigentümer:

„Die Hausverwaltung wird durch die Wohnungseigentümer ermächtigt, gegenüber dem Bauträger Fa. Y. Wohnbau GmbH die Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum, entsprechend der Mängelliste des Architekturbüros Z. vom 21.11.2017 sowie die weiteren bekannten Mängel des Gemeinschaftseigentums geltend zu machen.“

Der Antrag wurde einstimmig angenommen. Die streitgegenständlichen Mängel sind nicht in der Liste des Architekturbüros Z. enthalten und wurden der Klägerin erst durch Gutachten im Jahr 2020 oder 2021 bekannt.

Mit Anwaltsschreiben vom 17.08.2022 (Anl. K4) forderte die Klägerin die Beklagte zur Mängelbeseitigung der streitgegenständlichen Mängel auf, worauf die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 29.08.2023 (Anl. K5) die Einrede der Verjährung erhob und auf ein weiteres Anwaltsschreiben der Klägerin vom 12.09.2022 (Anl. K6) nicht weiter reagierte.

Mit Klage vom 20.12.2023, beim Landgericht am gleichen Tag eingegangen, fordert die Klägerin die Beseitigung der streitgegenständlichen Baumängel.

Mit Beschluss vom 19.06.2024 beschloss die Eigentümerversammlung der Wohnungseigentümer:

„Die Durchsetzung der Mängelrechte aller Erwerber, einschließlich Rechtsnachfolger in Bezug auf Mängel am Gemeinschaftseigentum werden auf Erfüllung, Nacherfüllung, Selbstvornahme, Vorschuss und Minderung auf die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer übertragen.“

Der Antrag wurde einstimmig angenommen (Anl. K7).

Am 09.10.2024 beschloss die Eigentümerversammlung der Wohnungseigentümer:

„Die Durchsetzung der Mängelrechte, Erfüllungs- und Mängelrechte aller Erwerber aus den zugrundeliegenden Bauträgerverträgen mit der Y. Wohnbau GmbH, einschließlich Rechtsnachfolger in Bezug auf Mängel am Gemeinschaftseigentum werden auf Erfüllung, Nacherfüllung, Selbstvornahme, Vorschuss und Minderung auf die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer übertragen.“

Auch dieser Antrag wurde einstimmig angenommen (Anl. K8).

Im Übrigen wird hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen erster Instanz, des weiteren Parteivortrags sowie der Anträge der Parteien in erster Instanz gem. § 540 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage als zulässig, aber unbegründet abgewiesen. Zur Begründung führte das Landgericht aus, dass dahingestellt bleiben könne, ob die Klägerin durch den Beschluss vom 19.06.2024 (Anl. K7) oder durch den im nachgelassenen Schriftsatz vom 15.10.2024 vorgelegten Beschluss der Klägerin vom 09.10.2024 prozessführungsbefugt gewesen sei, da die Beklagte wegen der wirksam erhobenen Verjährungseinrede gegen den vertraglichen Erfüllungsanspruch die Leistung nach § 214 Abs. 1 BGB verweigern könne. Die Klägerin mache ausdrücklich nur den Erfüllungsanspruch geltend, also den Anspruch auf mangelfreie Herstellung des versprochenen Werkes nach § 631 Abs. 1 BGB, und nicht den Nacherfüllungsanspruch nach §§ 633 Abs. 1, 634 Nr. 1, 635 BGB, der erst mit der Abnahme entstehe, deren Wirksamkeit die Klägerin gerade in Abrede stelle. Die Wirksamkeit der Regelung zur Abnahme in § 7 Abs. 2 der Bauträgerverträge müsse nicht abschließend geprüft werden. Ein etwaig bestehender Erfüllungsanspruch gemäß §§ 631, 633 BGB sei spätestens zehn Jahre nach Abschluss des letzten Erwerbsvertrags zum Ende des 19.11.2023 gemäß § 199 Abs. 4 BGB verjährt. Der weiter geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von 1.013,11 € stehe der Klägerin nicht zu, da ein entsprechender Anspruch nicht schlüssig bzw. nicht substantiiert vorgetragen worden sei und nach der Rüge der Beklagten in der Klageerwidern ein förmlicher Hinweis des Gerichts nach § 139 ZPO nicht habe erfolgen müssen.

Die Klägerin greift das Urteil des Landgerichts vom 29.11.2024, das ihrem Prozessbevollmächtigten am 02.12.2024 zugestellt wurde, mit der Berufung vom 30.12.2024 an und begründet diese mit der

Berufungsbegründung vom 28.01.2025 damit, dass sich die Beklagte als Bauträgerin auf eine unwirksame Abnahme nicht berufen könne, sodass nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Vertrag noch im Erfüllungsstadium sei und Erfüllungsansprüche nach zehn Jahren verjähren könnten. Die Meinungsverschiedenheit zwischen dem 10. und 13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart, ob eine zeitliche Beschränkung der Mängelansprüche auf den Zeitraum der Arglisthaftung bei unwirksamer Abnahme möglich sei, spiele vorliegend keine Rolle. Die Klägerin verfolgt ihre erstinstanzlichen Anträge in der Berufung weiter.

Die Klägerin beantragt,

Unter Abänderung des am 26.11.2024 verkündeten Urteils des Landgerichts Stuttgart, Aktenzeichen 55 O 114/24 wird die Beklagte verurteilt,

1. an dem Objekt X. Stuttgart-Obertürkheim den jeweils zugrundeliegenden Baumangel nach den allgemeinen anerkannten Regeln der Technik zu beseitigen bzw. die Restarbeiten vorzunehmen und das Bauvorhaben gemäß den allgemeinen anerkannten Regeln der Technik herzustellen, um die nachfolgenden Symptome zu beseitigen:

- a) Das Balkongeländer Wohnung 15, Spalt zu breit.
- b) Die Dachsteine sind nicht ausreichend gesichert, die Windsogsicherung ist unzureichend.
- c) Der Brandschutz der Treppenhäuser ist unzureichend, insbesondere sind Rohre und Leitungen in den Fluchtwegen angebracht.
- d) Der Abstand Treppenabsatz/Geländer zu breit.
- e) Das Fenster in der Schleuse Garage/Xr. undicht.
- f) Die Handläufe in den Treppenhäusern sind zu niedrig, nicht ausreichend befestigt.
- g) Die Treppenhäuser sind aufgrund der Anbringung des Geländers unterhalb der Mindestbreite von 1 m.
- h) Die Abluftrohre der Dachgeschosswohnungen 15 (Eigentümer K.) und 16 (Eigentümer H.) am Norddach sind entgegen dem Vertrag unterhalb der Dachflächenfenster angeordnet, sollten jedoch darüber angeordnet sein.
- i) Die Dichtung am Abgasrohr des Heizungsraumes ist unzureichend und nicht schlagregendicht, der Temperaturfühler/Sensor ist nicht vor Sonneneinstrahlung geschützt, die verlegten Kabel sind nicht regen-geeignet.
- j) Im Untergeschoss des Treppenhauses des Hauses Xa. vor dem Ausgang in die Tiefgarage ist die Wandfläche durchfeuchtet.
- k) Am Stellplatz 24 (Eigentümer E.) kommt es zu Wassereintritten am Lichtschacht, Decke, Wand- und Brüstungsanschluss sind dauerhaft durchfeuchtet und eine Veralgung ist sichtbar.
- l) Am Stellplatz 23 (Eigentümer B.) und 24 (Eigentümer E.) besteht ein Riss in der Wand. Es handelt sich um einen vertikalen Riss durch die gesamte Wanddicke, der Riss ist auch im Haus 4A vorhanden und sichtbar.

m) Am Balkon der Einheit Nr. 12 (Eigentümer J.) des Objektes Xr. ist die Balkonplatte gerissen.

2. Die Beklagte wird weiter verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von € 1.013,11 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

Die Berufung der Klägerin wird kostenfällig zurückgewiesen.

Beide Parteien beantragen hilfsweise unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens die Zurückverweisung an das Gericht erster Instanz.

Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil. Sie macht sich die Begründung des Landgerichts zu eigen. Das Landgericht habe sich bei der Prüfung des Sachverhalts nicht auf die Prüfung des Erfüllungsanspruches beschränkt, sodass kein Verstoß gegen das rechtliche Gehör der Klägerin vorliege. Das Landgericht habe ausgeführt, dass auch Nacherfüllungsansprüche nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB verjährt seien.

Der Senat hat die Sache mit den Parteien am 15.04.2025 mit den aus der Sitzungsniederschrift ersichtlichen Ergebnis mündlich verhandelt. Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in zweiter Instanz wird ergänzend auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

Die Berufung der Klägerin ist, soweit sie sich gegen die Klageabweisung des Klageantrags Ziff. 2 richtet, unzulässig (II.). Die im Übrigen zulässige Berufung hat teilweise Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung des Klageantrags Ziff. 1 wendet und führt insoweit zur Aufhebung des Urteils und des zugrundeliegenden Verfahrens sowie zur Zurückverweisung an das Landgericht Stuttgart (III.). Die teilweise Zurückverweisung der Sache ist zulässig (I.).

I.

Das Berufungsgericht darf unter abschließender Entscheidung über einen Teil des Rechtsstreits die Sache nur dann teilweise zurückverweisen, wenn nur hinsichtlich eines abtrennbaren Teils des Rechtsstreits eine weitere Verhandlung in der ersten Instanz erforderlich ist und über den zurückverwiesenen Teil des Rechtsstreits in zulässiger Weise durch Teilurteil gemäß § 301 ZPO hätte entschieden werden können (BGH, Urteil vom 1. 3. 2016 – VI ZR 437/14 –, BeckRS 2016, 6153 Rn. 32, BGH, Urteil vom 9. 11. 2011 – IV ZR 171/10 –, NJW-RR 2012, 101, 102 Rn. 28).

Hier ist der Streitgegenstand teilbar. Die Klägerin hat neben dem Anspruch auf Beseitigung von Mängeln einen Anspruch auf Zahlung von 1.013,11 € geltend gemacht, so dass bezüglich des Zahlungsantrags Ziff. 2 ein selbständiger prozessualer Anspruch vorliegt, der im Wege der objektiven Klagehäufung gemäß § 260 ZPO geltend gemacht wird (vgl. Feskorn in: Zöller, Zivilprozessordnung, 35. Auflage 2024, § 301 ZPO, Rn. 5; MüKoZPO/Musielak/Hüntemann, 7. Aufl. 2025, ZPO § 301 Rn. 4).

Die Voraussetzung des § 301 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 ZPO für ein Teilurteil ist gegeben.

Eine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen wird durch die teilweise Zurückverweisung nicht geschaffen. Eine derartige Gefahr ist dann gegeben, wenn in einem Teilurteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren über andere Ansprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann. Das gilt auch insoweit, als es um die Möglichkeit einer

unterschiedlichen Beurteilung von bloßen Urteilelementen geht, die weder in Rechtskraft erwachsen noch das Gericht nach § 318 ZPO für das weitere Verfahren binden. Daher besteht diese Gefahr insbesondere bei einer Mehrheit selbstständiger prozessualer Ansprüche, wenn zwischen den prozessual selbstständigen Ansprüchen eine materiell-rechtliche Verzahnung besteht oder die Ansprüche prozessual in ein Abhängigkeitsverhältnis gestellt sind (vgl. nur BGH, Urt. v. 9. 11. 2011 – IV ZR 171/10, NJW-RR 2012, 101, 102 Rn. 29). Hier ist die Berufung der Klägerin, soweit sie sich gegen die Klageabweisung des Klageantrags Ziff. 2 wendet, unzulässig, sodass sich der Senat zu diesem Antrag in der Sache nicht äußern kann. Die Gefahr eines Widerspruchs ist damit ausgeschlossen.

II.

Soweit sich die Berufung gegen die Klageabweisung des Zahlungsantrags Ziff. 2 wendet, ist sie als unzulässig zu verwerfen.

Nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 bis 4 ZPO muss die Berufungsbegründung die bestimmte Bezeichnung der im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe) enthalten. Die gesetzliche Regelung bezweckt, formale und nicht auf den konkreten Streitfall bezogene Rechtsmittelbegründungen auszuschließen, um dadurch auf die Zusammenfassung und Beschleunigung des Verfahrens im zweiten Rechtszug hinzuwirken. Die Rechtsmittelbegründung muss zudem geeignet sein, die erstinstanzliche Entscheidung im Umfang der Anfechtung in Frage zu stellen. Bei mehreren Streitgegenständen oder einem teilbaren Streitgegenstand muss sie sich grundsätzlich auf alle Teile der angefochtenen Entscheidung erstrecken, hinsichtlich derer eine Abänderung beantragt ist; andernfalls ist das Rechtsmittel für den nicht begründeten Teil unzulässig. Besondere formale Anforderungen werden insoweit allerdings nicht gestellt. Die Rechtsmittelbegründung erfordert insbesondere weder die ausdrückliche Benennung einer bestimmten Norm noch die Schlüssigkeit oder jedenfalls Vertretbarkeit der erhobenen Rügen (BGH, Beschluss vom 29. November 2017 – XII ZB 414/17 –, Rn. 9, juris).

Hier befasst sich die Berufungsbegründung der Klägerin überhaupt nicht mit dem Klageantrag Ziff. 2 und geht auf die Begründung der Klageabweisung durch das Landgericht nicht ein. Eine Berufung, die nicht begründet worden ist oder deren Begründung nicht den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO genügt, ist unzulässig und nach § 522 Abs. 1 S. 2, 1 ZPO zu verwerfen.

III.

Die im Übrigen zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache vorerst Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

Ob die zulässige Klage bezüglich Klageantrag Ziff. 1 (1.) Erfolg hat, hängt von einer durchzuführenden aufwändigen Beweisaufnahme ab. Zwar sind die Erfüllungsansprüche der Erwerber aus dem Bauträgervertrag gemäß § 631 Abs. 1 BGB verjährt, wie das Landgericht zutreffend entschieden hat (2.). Die Klägerin könnte aber Nacherfüllung gemäß §§ 634 Nr. 1, 635 BGB verlangen, sofern die von ihr behaupteten Mängel vorliegen (3.). Die Sache wird insoweit gemäß § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO an das Landgericht zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen (4.).

1. Die Klage auf Beseitigung der Mängel ist zulässig. Insbesondere ist die Klägerin zur Geltendmachung der Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche der Erwerber durch Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft vom 19.06.2024 befugt, sodass sie als gesetzliche Prozessstandschafterin prozessführungsbefugt ist.

a) Bei der Prozessführungsbefugnis handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung, die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen ist. Die Voraussetzungen für die Prozessführungsbefugnis

müssen im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vorgelegen haben (vgl. etwa BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 301/13 –, BGHZ 213, 349-361, Rn. 18).

Im Ausgangspunkt stehen jedem Erwerber der Erfüllungsanspruch und die sog. primären Mängelrechte aus dem Erwerbsvertrag, zu denen Nacherfüllung, Selbstvornahme und das Verlangen eines Kostenvorschusses (BGH, Urteil vom 12. 4. 2007 – VII ZR 236/05 –, NJW 2007, 1952, 1954 Rn. 18) zählen, individuell zu. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer besitzt für diese Rechte keine Ausübungsbefugnis (Hügel/Elzer, 4. Aufl. 2025, WEG § 9a Rn. 121). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 21 WEG a.F. und dann § 10 Abs. 6 S. 3 Hs. 1 WEG a.F. kann die Wohnungseigentümergeinschaft aber durch Mehrheitsbeschluss die Durchsetzung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte der Erwerber von Wohnungseigentum wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums an sich ziehen. Macht sie von dieser Möglichkeit Gebrauch, begründet dies ihre alleinige Zuständigkeit. Im Gerichtsverfahren tritt die Wohnungseigentümergeinschaft als gesetzlicher Prozessstandschafter auf (BGH, Urteil vom 12. April 2007 – VII ZR 236/05 –, BGHZ 172, 42-58, Leitsatz 1a).

Diese Rechtsprechung gilt auch nach Inkrafttreten der WEG-Reform und Einführung des § 9a Abs. 2 WEG fort. Die Neuregelung der Ausübungsbefugnis in § 9a Abs. 2 WEG hat die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Vergemeinschaftung der auf das Gemeinschaftseigentum bezogenen Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche der Wohnungseigentümer unberührt gelassen. Die Vorschrift erfasst jedenfalls die primären Mängelrechte der Wohnungseigentümer nicht. Die Ansprüche ergeben sich nicht aus dem gemeinschaftlichen Eigentum im Sinne von § 9a Abs. 2 Fall 1 WEG, sondern aus dem jeweiligen Erwerbsvertrag. Sie erfordern auch keine einheitliche Rechtsverfolgung nach § 9a Abs. 2 Fall 2 WEG (BGH, Urteil vom 11. November 2022 – V ZR 213/21 –, Rn. 33 – 34, juris). Eine Vergemeinschaftung der auf das Gemeinschaftseigentum bezogenen Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche der Wohnungseigentümer wird durch § 9a Abs. 2 WEG andererseits auch nicht ausgeschlossen. Der Wortlaut der Vorschrift steht dem nicht entgegen (vgl. BeckOGK/Falkner, WEG 1.3.2022, § 9a Rn. 240). Die Beschlusskompetenz der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ergibt sich in der Sache unverändert aufgrund der Verwaltungsbefugnis für das gemeinschaftliche Eigentum (§ 18 Abs. 1 WEG) sowie der in § 19 Abs. 2 Nr. 2 WEG geregelten Pflicht zu dessen Erhaltung (BGH, Urteil vom 11. November 2022 – V ZR 213/21 –, Rn. 35, juris).

b) Die Prozessführungsbefugnis der Klägerin ergibt sich hier aus dem Beschluss vom 19.06.2024.

aa) Der Beschluss vom 14.05.2018 begründet die Prozessführungsbefugnis noch nicht. Zwar besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die Prozessführungsbefugnis auch nach der Neuregelung der Ausübungsbefugnis in § 9a Abs. 2 WEG fort, wenn sie sich aus einem vor dem 1. Dezember 2020 erlassenen Vergemeinschaftungsbeschluss ergibt (BGH, Urteil vom 9. November 2023 – VII ZR 241/22 –, Rn. 32, juris), doch erfasst der Beschluss vom 14.05.2018 die streitgegenständlichen Mängel nicht.

Da Sonderrechtsnachfolger nach § 10 Abs. 3 WEG an Beschlüsse der Wohnungseigentümer gebunden sind, besteht ein Interesse des Rechtsverkehrs, die durch die Beschlussfassung eingetretenen Rechtswirkungen der Beschlussformulierung entnehmen zu können. Beschlüsse sind „aus sich heraus“ objektiv und normativ auszulegen, ohne dass es auf die subjektiven Vorstellungen der an der Beschlussfassung Beteiligten ankommt. Maßgebend ist dabei der Wortlaut und der sonstige Protokollinhalt; Umstände außerhalb des protokollierten Beschlusses können nur berücksichtigt werden, wenn sie nach den besonderen Umständen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind. Der Wortlaut des Beschlusses darf allerdings zur näheren Erläuterung inhaltlich Bezug auf Urkunden oder Schriftstücke nehmen, die zweifelsfrei bestimmt sind (BGH, Urteil vom 8. April 2016 – V ZR 104/15 –, Rn. 9 ff., juris; BGH, Urteil vom 4. Juli 2014 – V ZR 183/13 –, Rn. 24, juris;

Lafontaine in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 10 WEG (Stand: 13.02.2024), Rn. 186).

Hier erfasst der Beschluss ausdrücklich nur die Mängel aus der Mängelliste des Architekturbüros Z. vom 21.11.2017. Die streitgegenständlichen Mängel sind darin nicht enthalten.

bb) Die Vergemeinschaftung auch der streitgegenständlichen Mängelrechte erfolgte aber durch den Beschluss vom 19.06.2024, der pauschal auf die „Durchsetzung der Mängelrechte“ abstellt und damit alle Mängel erfasst. Eine Einschränkung auf bestimmte Mängel ist damit nicht mehr verbunden.

Der Beschluss ist hinreichend bestimmt. Hinreichend bestimmt ist ein Beschluss, durch den die Gemeinschaft Ansprüche der Wohnungseigentümer an sich zieht, nicht anders als die weitergehende Abtretung eines Anspruchs, wenn er erkennen lässt, welche – tatsächlichen oder vermeintlichen – Ansprüche der Wohnungseigentümer vergemeinschaftet werden sollen (BGH, Urteil vom 4. Juli 2014 – V ZR 183/13 –, Rn. 25, juris). Dieser Anforderung genügt der Beschluss. Mit der Bezeichnung der Mängelrechte am Gemeinschaftseigentum, die weiter mit Erfüllung, Nacherfüllung, Selbstvornahme und Minderung konkretisiert werden, sind die betroffenen Forderungen bestimmbar. Wie bei der weitergehenden Abtretung ist eine Globalübertragung der Ausübungsbefugnis auch noch nicht bekannter Forderungen möglich, wenn diese bestimmbar sind. Der generalisierende, potenziell bevorratende Vergemeinschaftungsbeschluss bringt zum Ausdruck, dass sich die Erwerber – soweit der Beschluss reicht – generell nicht aktiv an rechtlichen Auseinandersetzungen mit der Beklagten beteiligen, sondern den Weg eines koordinierten Vorgehens durch die Gemeinschaft gewählt haben. Vorratsbeschlüsse, die eine Vielzahl gleichartiger Vorfälle abstrakt-generell regeln, sind dem Recht des Wohnungseigentums dabei keinesfalls fremd. Insbesondere müssen Eigentümerbeschlüsse sich nicht zwingend auf einen bestimmten Rechtsfall beziehen. So ist es etwa unbedenklich, einem Verwalter im Voraus für einen bestimmten Kreis von Verfahren eine generelle Ermächtigung zu erteilen (OLG Nürnberg, Urteil vom 30. März 2022 – 2 U 2777/21 –, Rn. 63 f., juris).

Anders, als das Landgericht in der mündlichen Verhandlung vom 03.09.2024 ausgeführt hat, bestehen keine Zweifel an der Bestimmtheit bereits des Beschlusses vom 19.06.2024 darin, dass dieser auf die „Mängelrechte der Erwerber“ Bezug nimmt und nicht auf die der Wohnungseigentümer. Mit dem Begriff „Erwerber“ ist der Bezug zu den Erwerbsverträgen, also den Bauträgerverträgen, bereits hergestellt.

2. Die Leistung auf die Ansprüche zur Erfüllung der Bauträgerverträge gemäß § 631 Abs. 1 BGB kann die Beklagte wegen Verjährung gemäß § 214 Abs. 1 BGB berechtigt verweigern, wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend festgestellt hat.

a) Auf die zwischen den einzelnen Erwerbern und der Beklagten geschlossenen Bauträgerverträge ist das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner Fassung anzuwenden sein, die für ab dem 1. Januar 2002 und bis zum 31.12.2017 geschlossene Verträge gilt (Art. 229 § 5 S. 1, § 39 EGBGB). Der letzte Bauträgervertrag wurde am 24.10.2013 geschlossen. Zum ersten Vertragsschluss tragen die Parteien nicht vor. Dieser ist aber nach der in dem im Wesentlichen bei allen Erwerbern gleichlautenden Verträgen in Bezug genommenen Teilungserklärung vom 26.10.2011 und dem Nachtrag dazu vom 23.04.2012 abgeschlossen. Dieser Einschätzung des Senats haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 15.04.2025 nicht widersprochen.

Mängelansprüche aus Bauträgerverträgen, die vor dem 01.01.2018 (und damit vor der zeitlichen Anwendbarkeit der §§ 650u und 650v BGB) geschlossen wurden, sind nach Werkvertragsrecht zu behandeln. Für vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschlossene Verträge galt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass sich die Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen grundsätzlich nach

Werkvertragsrecht richten, mag auch das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt gewesen sein. Dabei war ohne Bedeutung, ob die Parteien den Vertrag als Kaufvertrag und sich selbst als Käufer und Verkäufer bezeichnet haben. Entscheidend war vielmehr, dass sich aus dem Inhalt solcher Verträge, aus ihrem Zweck und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sowie aus der Interessenlage die Verpflichtung des Veräußerers zu einer mangelfreien Errichtung des Bauwerks ergab (vgl. BGH, Urteil vom 7. Mai 1987 – VII ZR 129/86 –, Rn. 9, juris). An dieser Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof hinsichtlich der Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen auch bei nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschlossenen Bauträgerverträgen festgehalten (BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 – VII ZR 171/15 –, BGHZ 210, 206-224, Rn. 20 ff.; BGH, Urteil vom 9. November 2023 – VII ZR 241/22 –, Rn. 33, juris). Der Anwendung der §§ 631 ff. BGB durch das Landgericht treten die Parteien auch nicht entgegen.

b) Eine wirksame Abnahme ist bisher nicht erfolgt.

aa) Die in § 7 Abs. 2 des Bauträgervertrags vorgesehene Regelung zur Abnahme durch Erklärung eines Stellvertreters der Erwerber ist wegen Verstoßes gegen §§ 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1, 308 Nr. 6 BGB gemäß § 306 Abs. 1 BGB unwirksam, da sie die Erwerber entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Die durch Vertreter der Erwerber erklärte Abnahme bindet damit die Erwerber mangels wirksamer Bevollmächtigung nicht, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB.

(1) Bei den Regelungen in den Bauträgerverträgen handelt es sich um von der Beklagten für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die sie den Erwerbern gestellt hat, sodass Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen. Dem pauschalen Vortrag der Klägerin, dass es sich um „AGB“ handle (3 LGA), ist die Beklagte nicht entgegengetreten.

Die in § 7 Abs. 2 der Bauträgerverträge vorgesehene Regelung sieht eine Abnahme durch einen von den Erwerbern bevollmächtigten Stellvertreter nach einem Stufenmodell vor. Nach einer technischen Abnahme, an der die Erwerber teilnehmen dürfen, hat der Bevollmächtigte die Abnahme zu erklären, wenn nach seiner Auffassung keine wesentlichen Mängel bestehen und der Erwerber nicht innerhalb von 2 Wochen nach Absendung des Protokolls über die technische Abnahme der Erklärung der Abnahme durch den Bevollmächtigten widersprochen hat. Das Schweigen des Erwerbers gilt insoweit als Zustimmung. Hierauf ist der Erwerber im Zuge der Protokollübersendung nochmals hinzuweisen.

(2) Die Regelung, wonach das Schweigen des Erwerbers auf das übersendete Protokoll nach Ablauf von 2 Wochen nach Absendung des Protokolls als konkludente Abnahme oder als Zustimmung gilt, ist gemäß § 306 Abs. 1 BGB unwirksam.

Sie genügt zwar den Anforderungen des § 308 Nr. 5 BGB, wonach dem Erwerber eine mit 2 Wochen (gemessen an den 12 Werktagen des § 12 Abs. 1 VOB/B) angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt wird und im Abnahmeprotokoll auf die vorgesehene Bedeutung des Schweigens besonders hingewiesen wird, doch ist die Klausel deshalb unwirksam, weil die Erklärungsfrist des Erwerbers mit der Absendung des Protokolls über die technische Abnahme beginnt. Einen Zugang dieses Protokolls setzt die Regelung nicht voraus, sondern unterstellt ihn. Damit trägt der einzelne Erwerber das Risiko des verzögerten oder des fehlgeschlagenen Zugangs der Absendung des Protokolls. Bei der gemäß § 305c Abs. 2 BGB gebotenen verwenderlastigen Auslegung (BGH, Urteil vom 12.5.2016 – VII ZR 171/15, NJW 2016, 2878, 2881 Rn. 42) ist die Klausel so zu verstehen, es werde unwiderleglich vermutet, dass das Protokoll nach Absendung alsbald jedem Erwerber zugegangen ist. Damit wird der Zugang des Schreibens und der Zeitpunkt des Zugangs fingiert (vgl. auch Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann, 7. Aufl. 2020, BGB § 308 Nr. 6 Rn. 7; Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, § 308 Nr. 6 BGB Rn. 5). Eine solche Fiktion des Zugangs ist in AGB unwirksam, wenn sie sich gemäß § 308 Nr. 6 BGB auf Erklärungen des Verwenders von besonderer Bedeutung bezieht. Eine Erklärung von besonderer Bedeutung liegt hier

vor, weil mit der Erklärung eine Frist ausgelöst werden soll, innerhalb der der einzelne Erwerber von seiner Hauptpflicht, über die Abnahme zu entscheiden, ausschließlich Gebrauch machen kann. Zwar geht es hier nicht um eine Erklärung des Verwenders, sondern eines Bevollmächtigten des Vertragspartners des Verwenders. Allerdings richtet sich die Erklärung an den Vertragspartner des Verwenders und ist damit mit dem Fall des § 308 Nr. 6 BGB insofern vergleichbar, als es um die Fiktion des Zugangs bei dem Vertragspartner des Verwenders geht, wie es auch bei Erklärungen des Verwenders der Fall sein kann. Es kann dahinstehen, ob in diesem Fall § 308 Nr. 6 BGB analog herangezogen werden kann oder die Vorschrift nicht anwendbar ist (so für den Fall von Erklärungen des Vertragspartners des Verwenders Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann, 7. Aufl. 2020, BGB § 308 Nr. 6 Rn. 2; MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 308 Nr. 6 Rn. 3; BeckOGK/Weiler, 1.3.2025, BGB § 308 Nr. 6 Rn. 21). Jedenfalls benachteiligt die Regelung den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen gemäß §§ 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, wobei auf die Wertung des § 308 Nr. 6 BGB zurückgegriffen werden kann. Damit wird sichergestellt, dass der Empfänger einer Erklärung besonderer Bedeutung vor Eintritt der Rechtsfolgen die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte, wie es § 130 Abs. 1 S. 1 BGB für den Zugang als Voraussetzung des Wirksamwerdens fordert (vgl. BeckOGK/Weiler, 1.3.2025, BGB § 308 Nr. 6 Rn. 6).

(3) Mit der nach der Inhaltskontrolle verbleibenden Regelung wird dem einzelnen Erwerber unwiderruflich das Recht genommen, über die Abnahme selbst entscheiden zu dürfen. Nachdem die Abnahme eine Hauptpflicht und ein Hauptrecht des Erwerbers aus dem einzelnen Erwerbsvertrag ist, ist eine solche Regelung gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB insgesamt unwirksam (vgl. Senat, Urteil vom 31.3.2015 – 10 U 46/14, NJW-RR 2015, 1226, 1229 f., Rn. 80; OLG Stuttgart, Urteil vom 6. Juni 2024 – 13 U 419/19 –, Rn. 32, juris).

bb) Eine konkludente Abnahme durch die Erwerber oder Genehmigung der in ihrem Namen erklärten Abnahme durch Ingebrauchnahme und Kaufpreiszahlung ohne Mangelrüge ist nicht erfolgt. Eine konkludente Abnahme oder Genehmigung kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erst ab dem Zeitpunkt in Betracht, an dem die Erwerber Kenntnis von der Unwirksamkeit der erklärten Abnahme erlangt oder Zweifel bezüglich der betreffenden Wirksamkeit bekommen haben (BGH, Urteil vom 9. November 2023 – VII ZR 241/22 –, juris Rn. 46; Senat, Urteil vom 2. April 2024 – 10 U 13/23 –, Rn. 69, juris; OLG München, Urteil vom 24. April 2018 – 28 U 3042/17 Bau –, Rn. 145 – 146, juris). Wegen der irrigen Vorstellung, eine Abnahme nach dem Mechanismus der Regelung des § 7 Abs. 2 der Bauträgerverträge sei erfolgt, fehlt es am notwendigen Erklärungsbewusstsein der Wohnungseigentümer.

Eine konkludente Abnahme nach Kenntnis von der Unwirksamkeit der Klausel ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

cc) Eine Abnahmefiktion nach § 640 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. ist nicht eingetreten.

Nach § 306 Abs. 2 BGB tritt an die Stelle der unwirksamen Regelung über die Abnahme die gesetzliche Regelung des § 640 BGB a.F. Es kann dahingestellt bleiben, ob danach eine fiktive Abnahme nach § 640 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. in Betracht kommt. Danach steht es gemäß § 640 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. der Abnahme gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Die Beklagte hat jedoch den einzelnen Erwerbern keine Frist zur Abnahme gesetzt. Insbesondere wird das Aufforderungsschreiben vom 08.07.2014 (Anlage K2) diesen Voraussetzungen nicht gerecht, weil insoweit von den Erwerbern keine Abnahme im Sinne des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. verlangt, sondern ihnen die Möglichkeit eines Widerspruchs eingeräumt wird.

c) Der Erfüllungsanspruch ist jedoch mit Ablauf des 31.03.2024 verjährt, sodass die Beklagte gemäß § 214 Abs. 1 BGB berechtigt ist, die weitere Erfüllung der Bauträgerverträge zu verweigern.

aa) Liegt wie hier keine Abnahme vor, befindet sich der Werkvertrag noch im Erfüllungsstadium. Auf die Ansprüche vor Abnahme findet § 634a BGB keine Anwendung. Der Erfüllungsanspruch verjährt vielmehr nach den allgemeinen Regeln der §§ 195, 199 BGB grundsätzlich in 3 Jahren. Diese Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Auftraggeber von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Auftragnehmers Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste, § 199 Abs. 1 BGB (Senat, Urteil vom 2. April 2024 – 10 U 13/23 –, Rn. 162, juris).

Die Beklagte darf sich jedoch gemäß § 242 BGB nicht auf eine Kenntnis der Erwerber vom Fortbestand des Erfüllungsanspruchs und damit einen Verjährungsbeginn nach § 199 Abs. 1 BGB berufen, nachdem sie durch die Verwendung einer unwirksamen Abnahmeklausel in den Erwerbsverträgen dafür verantwortlich ist, dass das Fortbestehen dieses Erfüllungsanspruchs nicht ohne weiteres erkennbar war (Senat, Urteil vom 2. April 2024 – 10 U 13/23 –, Rn. 163, juris). Die Beklagte ist damit so zu stellen, als ob die Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 1 BGB noch nicht zu laufen begonnen hat.

bb) Verjährung des Erfüllungsanspruchs ist aber nach § 199 Abs. 4 BGB eingetreten. Nach § 199 Abs. 4 BGB verjähren andere Ansprüche als die nach den Absätzen 2 bis 3a spätestens in 10 Jahren ab ihrer Entstehung, wenn nicht zuvor die kenntnisabhängige Verjährung nach §§ 199 Abs. 1, 195 BGB abgelaufen ist (Senat, Urteil vom 2. April 2024 – 10 U 13/23 –, Rn. 161, juris).

Die Verjährungsfrist beginnt mit Entstehung des Anspruchs. Entstanden ist ein Anspruch, sobald er erstmals vom Gläubiger geltend gemacht und im Wege der Klage durchgesetzt werden kann. Dafür ist neben der Verwirklichung der anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale grundsätzlich auch die Fälligkeit des Anspruchs erforderlich, die dem Gläubiger die Möglichkeit der Leistungsklage verschafft. Erst ab diesem Zeitpunkt kann der Gläubiger gem. § 271 BGB die Leistung verlangen und nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Verjährung durch Klageerhebung hemmen (BGH, Urt. v. 27.10.2022 – I ZR 141/21 –, GRUR 2022, 1839, 1840 Rn. 20). Hier ist in § 3 (5) der Bauträgerverträge (Anlage K1) vereinbart, dass sich der „Veräußerer ... zur bezugsfertigen Herstellung des Vertragsgegenstands bis spätestens 31.03.2014“ verpflichtet, sodass der Herstellungsanspruch mit Ablauf des 31.03.2014 (§ 187 Abs. 1 BGB) fällig ist. Die Verjährungsfrist endet damit mit Ablauf des 31.03.2024, § 188 Abs. 2 BGB.

cc) Vor Ablauf des 31.03.2024 ist eine Hemmung nicht eingetreten.

(1) Die Verjährung wurde nicht rechtzeitig durch Erhebung der Klage gemäß §§ 204 Abs. 1 Nr. 1, 209 BGB gehemmt. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB setzt für den Eintritt der Hemmung eine Klage des Berechtigten voraus (BGH Urt. v. 24.2.2022 – VII ZR 13/20 –, BeckRS 2022, 8392 Rn. 24). Wird der Kläger erst während des Verfahrens berechtigt, wird die Verjährung erst von diesem Zeitpunkt an gehemmt, ohne dass der Anspruchserwerb vom Berechtigten offengelegt werden muss (BGH, Urteil vom 04.03.1993 – VII ZR 148/92 –, NJW 1993, 1916; BeckOK BGB/Henrich, 73. Ed. 1.11.2024, BGB § 204 Rn. 40).

Hier erfolgte der die streitgegenständlichen Mängel betreffende Vergemeinschaftungsbeschluss erst am 19.06.2024. Erst damit wurde die klagende WEG als Klägerin berechtigt. Bis dahin waren bezüglich der Mängel am Gemeinschaftseigentum nur die einzelnen Miteigentümer berechtigt. Entsprechend konnte die Hemmung erst mit dem 19.06.2024 eintreten. Zu diesem Zeitpunkt war die Verjährungsfrist bereits abgelaufen.

(2) Auch eine Hemmung nach § 203 BGB wegen zwischen den Parteien schwebender Verhandlungen ist vor Ablauf des 31.03.2024 nicht eingetreten.

Zum einen legitimierte sich der Prozessbevollmächtigte der Klägerin in dem Schreiben vom 17.08.2022 (Anlage K4) für die Klägerin und damit nicht für die Gläubigerin der Ansprüche, da diese zu diesem

Zeitpunkt noch nicht vergemeinschaftet waren, sodass es sich nicht um Verhandlungen zwischen Gläubiger und Schuldner gehandelt hätte.

Zum anderen ist es auch nicht zu Verhandlungen im Sinne des § 203 S. 1 BGB gekommen. Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Begriff „Verhandlungen“ weit auszulegen. Der Gläubiger muss dafür lediglich klarstellen, dass er einen Anspruch geltend macht und worauf er ihn stützen will.

Anschließend genügt jeder ernsthafte Meinungs Austausch über den Anspruch oder seine tatsächlichen Grundlagen, sofern der Schuldner dies nicht sofort und erkennbar ablehnt.

Verhandlungen schweben schon dann, wenn eine der Parteien Erklärungen abgibt, die der jeweils anderen die Annahme gestatten, der Erklärende lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs oder dessen Umfang ein. Nicht erforderlich ist, dass dabei Vergleichsbereitschaft oder Bereitschaft zum Entgegenkommen signalisiert wird oder dass Erfolgsaussicht besteht (BGH, Beschluss vom 8.12.2011 – V ZR 110/11 –, BeckRS 2012, 1025 Rn. 2; BGH, Beschluss vom 17.6.2020 – VII ZR 111/19 –, NJW 2020, 3653, 3655 Rn. 28; BGH, Urteil vom 21.6.2018 – IX ZR 129/17 –, NJW-RR 2018, 1150, 1151 Rn. 10).

Hier hat aber die Beklagte auf das Forderungsschreiben der Klägerin vom 17.08.2022 (Anl. K4) mit Anwaltsschreiben vom 29.08.2022 die Verjährungseinrede erhoben und den Anspruch abgelehnt. Daraus entstand nicht der Eindruck, die Beklagte lasse sich auf Erörterungen ein. Vielmehr hat sie den Anspruch umgehend abgelehnt (vgl. BGH, Urteil vom 13.05.1997 – VI ZR 181/96 –, NJW 1997, 3447, 3448 zu § 852 Abs. 2 BGB a.F.).

dd) Der Verjährung steht nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt des Eintritts der Verjährung des Erfüllungsanspruchs gemäß § 631 Abs. 1 BGB die Verjährungsfrist der Mängelansprüche nach §§ 634, 634a BGB mangels wirksamer Abnahme noch nicht zu laufen begonnen hatte.

Die Auffassung, der Erfüllungsanspruch könne nicht früher verjähren als der nach Abnahme bestehende Anspruch auf Mangelbeseitigung, überzeugt nicht. Vielmehr setzt der Mängelanspruch nach Abnahme einen unverjährten und sonst durchsetzbaren Herstellungsanspruch voraus. Der Besteller kann nach Verjährung des Erfüllungsanspruchs nicht durch Abnahme einen unverjährten Nacherfüllungsanspruch schaffen (Senat, Urteil vom 2. April 2024 – 10 U 13/23 –, Rn. 165 ff., juris).

3. Die Klägerin kann aber die Nacherfüllungsansprüche auf Mängelbeseitigung nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB geltend machen, wenn die von ihr behaupteten Mängel sich in der Beweisaufnahme bestätigen.

a) Die Klägerin macht auch die Nacherfüllungsansprüche geltend.

In der Klageschrift hat die Klägerin erklärt, „[k]lägerseits werden weiterhin Erfüllungs- bzw. Mängelansprüche geltend gemacht.“ Damit hat die Klägerin den Prüfungsumfang nicht – wie es das Landgericht angenommen hat – auf den vertraglichen Erfüllungsanspruch begrenzt. Soweit der Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung vom 03.09.2024 nochmals klargestellt hat, dass der Erfüllungsanspruch geltend gemacht wird, wird daraus nicht ersichtlich, dass nur der Erfüllungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB geltend gemacht wird.

Ob vorliegend ein Erfüllungsanspruch oder ein Nacherfüllungsanspruch vorliegt und ob ein solcher Anspruch jeweils verjährt ist, ist eine Frage der Rechtsanwendung auf den der Entscheidung zugrundezulegenden, also festgestellten bzw. unstreitigen Lebenssachverhalt. Die Subsumtion des vorgetragenen Sachverhalts unter die in Betracht kommenden gesetzlichen Tatbestände ist Sache des Gerichts. Insoweit können weder die Parteien das Gericht noch das Gericht sich selbst auf bestimmte Anspruchsnormen beschränken. Die Rechtsanwendung unterliegt nicht der Dispositionsfreiheit der Parteien (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2022 – XI ZR 606/20 –, Rn. 21, juris). Der

Nacherfüllungsanspruch wäre daher selbst dann zu prüfen, wenn sich die Klägerin ausdrücklich nur auf den vertraglichen Erfüllungsanspruch beschränkt hätte.

b) Zwar hat bislang keine Abnahme stattgefunden, doch ist es der Beklagten verwehrt, sich als Verwenderin der unwirksamen Formulklausel nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) darauf zu berufen, dass sich der Vertrag mangels wirksamer Abnahme des Gemeinschaftseigentums insoweit noch im Erfüllungsstadium befinde, weshalb im Rahmen der Anspruchsbegründung die Abnahme des Gemeinschaftseigentums als Voraussetzung für die Geltendmachung von Mängelansprüchen zugunsten der Klägerin zu unterstellen ist (BGH, Urteil vom 9. November 2023 – VII ZR 241/22 –, Rn. 35, juris; BGH, Urteil vom 30. Juni 2016 – VII ZR 188/13 –, Rn. 26, juris). Dies beruht darauf, dass die Inhaltskontrolle von Formulklauseln ausschließlich dem Schutz des Vertragspartners des Verwenders dient; der Verwender kann sich nicht auf die Unwirksamkeit einer von ihm gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingung berufen (BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 – VII ZR 49/15 –, BGHZ 209, 128-139, Rn. 42, juris; Senat, Urteil vom 2. April 2024 – 10 U 13/23 –, Rn. 170, juris).

c) Der Nacherfüllungsanspruch ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Herstellungsanspruch verjährt ist.

Zwar setzt der Nacherfüllungsanspruch als Gewährleistungsanspruch nach den §§ 634 ff. BGB voraus, dass bei Abnahme noch ein durchsetzbarer Herstellungsanspruch besteht, denn der den Mängelrechten zu Grunde liegende Nacherfüllungsanspruch nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB ist letztlich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch in modifizierter Form (BGH, Urteil vom 19. November 2015 – IX ZR 198/14 –, Rn. 17, juris m.w.N.).

Hier kann die Beklagte aber aus AGBrechtlichen Gründen den Ablauf der Verjährungsfrist bezüglich des Erfüllungsanspruchs nicht mit Erfolg geltend machen. Wie bereits ausgeführt, ist es der Beklagten als Verwenderin der unwirksamen Formulklausel des § 7 Abs. 2 der Bauträgerverträge nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich darauf zu berufen, dass sich der Vertrag mangels wirksamer Abnahme des Gemeinschaftseigentums insoweit noch im Erfüllungsstadium befindet. Damit kann die Klägerin trotz der nicht wirksam erklärten Abnahme des Gemeinschaftseigentums Mängelansprüche gegen die Beklagte geltend machen (BGH, Urteil vom 9. November 2023 – VII ZR 241/22 –, Rn. 45, juris).

d) Die Beklagte kann die Mängelbeseitigung nicht berechtigt gemäß § 214 Abs. 1 BGB verweigern, da eine Verjährung der Nacherfüllungsansprüche nicht eingetreten ist.

Der Nacherfüllungsanspruch als Mängelrecht verjährt gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB in fünf Jahren ab Abnahme. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat die Verjährung von Mängelansprüchen nicht zu laufen begonnen, da eine Abnahme aufgrund der unwirksamen Abnahmeklausel nicht vorliegt (BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 – VII ZR 171/15 –, BGHZ 210, 206-224, Rn. 61, juris; Urteil vom 9. November 2023 – VII ZR 241/22 –, Rn. 45, juris; Senat, Urteil vom 2. April 2024 – 10 U 13/23 –, Rn. 171, juris).

Dass sich die Unwirksamkeit der Formulklausel für die betroffenen Erwerber – und damit auch für die als deren Prozessstandschafterin agierende Klägerin – einerseits (bezüglich der Voraussetzungen für die Geltendmachung von Mängelansprüchen, insbesondere des Nacherfüllungsanspruchs) günstig und andererseits (bezüglich des Beginns der Verjährung der Mängelansprüche) ungünstig auswirkt, folgt daraus, dass die Inhaltskontrolle ausschließlich dem Schutz des Vertragspartners des Verwenders dient, nicht dem Schutz des Verwenders (BGH, Urteil vom 9. November 2023 – VII ZR 241/22 –, Rn. 41, juris).

Dies führt zunächst zu einem – von einer jetzt noch durchgeführten Abnahme, die den Lauf der Verjährungsfrist in Gang setzen würde, abgesehen – unverjährbaren Anspruch.

Soweit der Senat im Hinblick darauf, dass ein Bauträger die Abnahme längere Zeit nach Fertigstellung in aller Regel nur mit einem unzumutbaren Aufwand bewirken kann, – aufgrund der letztlich zu Grunde gelegten Frist von 15 Jahren nicht entscheidungserheblich – angenommen hat, dass die Haftung des Bauträgers nicht länger reicht, als die Verjährung des Herstellungsanspruchs bzw. die auf der unwirksamen Abnahme errechnete Verjährung des Mängelanspruchs (Senat, Urteil vom 2. April 2024 – 10 U 13/23 –, Rn. 179, juris), steht dies nicht im Einklang zur bisherigen Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, wonach die Klägerin sich bei Geltendmachung des Mängelanspruchs als Tatbestandsvoraussetzung auf die Abnahme berufen darf, sie sich aber verjährungsbeginnend nicht entgegenhalten lassen muss. Danach ist eine Verjährung der hier geltend gemachten Ansprüche nicht eingetreten.

Die vom Senat in Anlehnung an die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen bezüglich vom Unternehmer arglistig verschwiegener Mängel gezogene Grenze der Einstandspflicht von 15 Jahren (Senat, Urteil vom 2. April 2024 – 10 U 13/23 –, Rn. 181, juris) ist vorliegend nicht erreicht, sodass unter diesem Gesichtspunkt ein unverjährter Anspruch vorliegt. Daher muss im vorliegenden Fall nicht Stellung zu der abweichenden Ansicht des 13. Senats des OLG Stuttgart genommen werden (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 6. Juni 2024 – 13 U 419/19 –, Rn. 46 ff., juris).

Die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung greift danach im vorliegenden Fall nicht durch.

e) Verwirkung ist nicht gegeben.

Eine Verwirkung setzt voraus, dass sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt (BGH, Urteil vom 26. Mai 1992 – VI ZR 230/91 –, Rn. 12, juris; BGH, Urteil vom 14. November 2002 – VII ZR 23/02 –, Rn. 8, juris). Zu dem Zeitablauf müssen besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen (BGH, Urteil vom 18. Januar 2001 – VII ZR 416/99, Rn. 12, juris; BGH, Urteil vom 14. November 2002 – VII ZR 23/02 –, Rn. 8, juris; Senat, Urteil vom 2. April 2024 – 10 U 13/23 –, Rn. 133 f., juris).

Dazu ist weder etwas vorgetragen noch ersichtlich.

f) Ob Mängel nach § 633 Abs. 1 BGB vorliegen, ist sachverständig zu klären. Die Beweislast der Mangelfreiheit trägt dabei die Beklagte, da tatsächlich keine Abnahme stattgefunden hat.

Die Mängel sind von der Klägerin ausreichend bezeichnet. Ausreichend ist eine genaue Bezeichnung der Mangelercheinung, wobei die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen. Eine Bezeichnung der Mangelursache ist nicht notwendig (Symptomtheorie; Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR/Jurgeleit, 6. Aufl. 2025, Teil 5 Rn. 324).

Das teilweise in dem Mangelbeseitigungsantrag die Örtlichkeit nicht ganz detailliert beschrieben ist, steht dem nicht entgegen. Insoweit kann vor Ort bei der Beweisaufnahme eine Konkretisierung stattfinden.

4. Der Senat macht von dem ihm durch § 538 Abs. 2 ZPO eingeräumten Ermessen Gebrauch, die Sache bezüglich Klageantrag Ziff. 1 gemäß § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO unter Aufhebung des Urteils an das Landgericht zu weiteren Verhandlung zurückzuverweisen.

a) Der Zurückverweisungstatbestand des § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO ist erfüllt.

aa) Ein wesentlicher Verfahrensmangel liegt vor.

Hier hat das Landgericht den vorgetragenen Sachverhalt bewusst nicht unter allen in Betracht kommenden Anspruchsnormen geprüft, sondern sich auf die Prüfung des Erfüllungsanspruchs aus § 631 Abs. 1 BGB beschränkt. Insoweit können weder die Parteien das Gericht noch das Gericht sich selbst auf bestimmte Anspruchsnormen beschränken. Die Rechtsanwendung unterliegt dabei nicht der Dispositionsfreiheit der Parteien (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2022 – XI ZR 606/20 –, Rn. 21, juris). Prüft ein Gericht bewusst unter Verletzung des rechtlichen Gehörs den Sachverhalt nur beschränkt auf bestimmte Anspruchsnormen, liegt ein Verfahrensmangel vor (vgl. Zöller/Feskorn, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 308 Rn. 5 und 6; Zöller/Vollkommer, ZPO, 35. Aufl. 2024, Einleitung Rn. 70, 71, 84). Die Entscheidung beruht auf dem Verfahrensfehler.

Der Einwand der Beklagten, das Landgericht habe auch den Nacherfüllungsanspruch geprüft, geht fehl. Das Landgericht hat offen gelassen, ob eine Abnahme erfolgt ist, weil dann der Nacherfüllungsanspruch verjährt wäre. Das Landgericht hat den Sachverhalt ohne wirksame Abnahme nicht unter den Nacherfüllungsanspruch subsumiert.

bb) § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO lässt im Fall eines in der ersten Instanz unterlaufenen Verfahrensfehlers eine Zurückverweisung der Sache an das Landgericht grundsätzlich nur dann zu, wenn aufgrund des Verfahrensmangels außerdem eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist (BGH Urteil vom 1.2.2024 – VII ZR 171/22, NJW 2024, 1348, 1350 Rn. 39). Hier ist das Berufungsgericht aufgrund der vom Landgericht getroffenen Feststellungen nicht in der Lage, unter selbstständiger Würdigung der festgestellten Tatsachen eine Entscheidung in der Sache zu treffen. Das Landgericht hat die Beweisaufnahme noch nicht begonnen. Es handelt sich um zahlreiche Mängel einer Wohnungseigentumsanlage, für die ggf. mehrere Sachverständige zu bestellen sind. Die Beweisaufnahme ist damit umfangreich und aufwändig.

b) Beide Parteien haben den Antrag auf Zurückverweisung der Sache an das Gericht erster Instanz gestellt.

c) Die Zurückverweisung an das Erstgericht soll nach der Konzeption des Gesetzgebers ein Ausnahmefall bleiben (vgl. BT-Drs. 14/4722, 102). Das Berufungsgericht hat nach § 538 Abs. 1 ZPO grundsätzlich die notwendigen Beweise zu erheben und in der Sache selbst zu entscheiden. Ob das Berufungsgericht ausnahmsweise von der Möglichkeit der Zurückverweisung der Sache an das erstinstanzliche Gericht Gebrauch macht, steht indessen in seinem pflichtgemäßen Ermessen (BGH, Beschluss vom 21. Februar 2024 – XII ZR 103/21 –, Rn. 4, juris).

Hier ist zu berücksichtigen, dass zwischen den Parteien vor der gleichen Kammer des Landgerichts ein weiteres Verfahren über Mängel an der Wohnanlage läuft (55 O 6/22), sodass sich eine parallele Behandlung in erster Instanz anbietet. Vor diesem Hintergrund erscheint die durch die Aufhebung und Zurückverweisung eintretende Verzögerung demgegenüber hinnehmbar. Der Senat hat auch berücksichtigt, dass beide Parteien nach Diskussion der Zweckmäßigkeit einer Beweisaufnahme in erster oder zweiter Instanz in der mündlichen Verhandlung vom 15.04.2025 bewusst Anträge auf Zurückverweisung gestellt haben.

IV.

Die Kostenentscheidung ist dem Landgericht vorbehalten, da eine einheitliche Kostenentscheidung über die Kosten, einschließlich der der Berufung, erst nach der abschließenden Entscheidung beurteilt werden kann.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 ZPO. Auch im Falle einer Aufhebung und Zurückverweisung ist im Hinblick auf die §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO ein Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit geboten (MüKoZPO/Götz, 6. Aufl. 2020, ZPO § 704 Rn. 6). Zwar trifft es zu, dass gemäß § 717 Abs. 1 ZPO die vorläufige Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils schon mit der Verkündung des Senatsurteils im Umfang der Aufhebung außer Kraft tritt. Ungeachtet dessen setzt aber § 775 Nr. 1 ZPO die Vollstreckbarkeit der – noch nicht rechtskräftigen – Senatsentscheidung voraus, ehe ein Vollstreckungshindernis geschaffen wird; dies ist auch bei einem klageabweisenden erstinstanzlichen Urteil, wie vorliegend, im Hinblick auf die mögliche Vollstreckung aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss (§ 103 Abs. 1 ZPO) nicht entbehrlich. Die Möglichkeit, dass das Vollstreckungsorgan sich über jenes Erfordernis des § 775 Nr. 1 ZPO hinwegsetzen wird, ist nicht sicher genug, um eine Durchbrechung des § 708 Nr. 10 ZPO zu rechtfertigen. Dementsprechend wird auch von einigen Vertretern der Gegenmeinung wenigstens die Ansicht vertreten, der Ausspruch der Vollstreckbarkeit sei bei aufhebenden Urteilen aus Gründen der Rechtsklarheit zweckmäßig (OLG Düsseldorf Urt. v. 21.8.1985 – 15 U 170/84, BeckRS 2011, 3778, BGH Versäumnisurteil v. 24.11.1976 – IV ZR 3/75, BeckRS 1976, 31116960). Eine Abwendungsbefugnis nach § 711 ZPO kommt dabei nicht in Betracht. Denn nach § 717 Abs. 1 ZPO entfällt die vorläufige Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils mit der Verkündung des vorliegenden Urteils, so dass es ab diesem Zeitpunkt nichts mehr abzuwenden gibt (vgl. OLG Düsseldorf Urt. v. 21.8.1985 – 15 U 170/84, BeckRS 2011, 3778; OLG München, Urteil vom 08.09.2021, 10 U 546/21, BeckRS 2021, 27916, Rn. 16; OLG Stuttgart, Urteil vom 15. August 2024 – 2 U 30/22 –, Rn. 542, juris).

Gründe für die Zulassung der Revision im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO sind nicht ersichtlich. Die vorliegend entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind höchstrichterlich geklärt und der Senat weicht insoweit nicht von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs oder anderer gleichrangiger Gerichte ab.

Den Gegenstandswert für das Berufungsverfahren hat der Senat in Ansehung von §§ 47 Abs. 1 S. 1, 48 Abs. 1 S. 1, 3 ZPO auf 50.000,00 € festgesetzt.

Entscheidung 6 – OLG Düsseldorf Beschl. v. 6.3.2025 – I-22 U 55/24:

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 11.04.2024 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 5. Zivilkammer des Landgerichts Krefeld wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der Kostennebenintervention der Streithelferin zu 1) werden dem Beklagten auferlegt.

Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Dem Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Verhandlungstermin vom 21.03.2025 wird aufgehoben.

Gründe:

Auf den Beschluss des Senats vom 03.02.2025 wird Bezug genommen. Die Ausführungen im Schriftsatz des Beklagten vom 04.03.2025 führen nicht zu einer ihm günstigeren Beurteilung der Sach- und Rechtslage.

1. Der Ansicht des Beklagten, die Klage sei mangels hinreichender Bestimmtheit unzulässig, vermag der Senat nicht zu folgen. Die Klägerin macht Schadensersatz wegen der mangelhaft ausgeführten Rinnen geltend, nämlich die Mängelbeseitigungskosten und die Kosten für Trocknungsarbeiten der Fa. P., die sich auf 4.350,00 EUR belaufen. Sie hat geltend gemacht, dass der über 4.350,00 EUR hinausgehende Schaden vollständig auf die zur Mangelbeseitigung der Duschrinnen aufgewendete Kosten entfalle (Berufungserwiderung Seite 4 f.). Selbst wenn man also annehmen wollte, dass die Kosten der Trocknung einen anderen Mangel betreffen würden als die Kosten für die Duschrinnen, wäre die Klage hinreichend bestimmt. Darauf kommt es allerdings nicht an, da – wie der Senat im Hinweisbeschluss ausgeführt hat – die Klägerin auch die Trocknungskosten als Schadensfolge der mangelhaften Rinnenkonstruktion einordnet.

Sollte der Beklagte geltend machen wollen, die Klägerin trage in Bezug auf die fehlerhafte Konstruktion der Duschrinnen verschiedene Mängel vor, wäre dem nicht zu folgen. Der Umstand, dass die Rinnenkonstruktion aus mehreren, sich überlagernden Gründen mangelhaft ausgeführt ist, führt nicht dazu, dass von einer Mehrheit von Mängeln auszugehen ist, wegen derer zwischen den jeweiligen Mangelbeseitigungskosten differenziert werden müsste. Denn es geht um die insgesamt mangelhafte Rinnenkonstruktion, auf die sich die Mangelbeseitigungsarbeiten auch insgesamt bezogen haben. Eine Differenzierung ist schon deshalb nicht möglich, weil die Rinnenkonstruktion insgesamt neu ausgeführt worden ist.

2. Ein Haftungsausschluss oder ein Mitverschulden wegen der Beauftragung der Streithelferin zu 1) mit einem Teil der zur Neuherstellung der Duschrinnen erforderlichen Arbeiten kommt nicht in Betracht. Der Senat hat bereits im Hinweisbeschluss darauf hingewiesen, dass die Klägerin an Stelle der Streithelferin zu 1) auch eine andere Unternehmerin mit der Mangelbeseitigung hätte beauftragen können und in diesem Fall die gleichen Kosten ausgelöst worden wären. Die Beauftragung der Streithelferin zu 1) vermag daher den Beklagten nicht zu entlasten.

3. Der Beklagte macht geltend, er sei nicht mit allen Leistungsphasen beauftragt worden, sondern mit Planungs- und Bauüberwachungsarbeiten.

Im Tatbestand der angefochtenen Entscheidung heißt es:

„Im Jahr 2013 hatte sich die Klägerin entschlossen, den Fitness- und Wellnessbereich ihres Studios zu erweitern. Hierzu beauftragte sie den Beklagten mündlich mit der Vollarchitektur.“

Der Tatbestand des Urteils erster Instanz liefert gemäß § 314 ZPO Beweis für das mündliche Parteivorbringen in der ersten Instanz. Diese Beweiswirkung erstreckt sich auch darauf, ob eine bestimmte Behauptung bestritten ist oder nicht. Dies gilt auch für sogenannte Rechtstatsachen. Die Rechtsprechung stellt tatsächlichen Umständen Tatsachen in ihrer juristischen Einkleidung gleich, wenn dies durch einen einfachen Rechtsbegriff geschieht, der jedem Teilnehmer des Rechtsverkehrs geläufig ist, wobei es nicht darauf ankommt, ob diese Feststellung rechtlich und tatsächlich schwierig sein kann. Maßgeblich ist allein das Ergebnis dieses Vorgangs (OLG Stuttgart, Urt. v. 20.12.2022 – 10 U 96/22, juris-Rn. 42). Der Begriff „Vollarchitektur“ ist eine solche Rechtstatsache. Dieser weit verbreitete Begriff wird dahin verstanden, dass alle Leistungsphasen eines Leistungsbildes übertragen werden (vgl. etwa Staudinger/Klein/Moufang (2024) BGB § 634a Rn. 88; Sonntag/Rütten FormularBibliothek Vertragsgestaltung – Privates Baurecht, Muster: Architektenvertrag – Vollarchitektur; Thode/Thierau/Wessel ArchitektenR/IngenieurR-HdB/Staudacher § 11 Rn. 32).

Hierauf kommt es aber auch nicht entscheidend an. Der Beklagte stellt nicht in Abrede, mit Planungs- und Überwachungsarbeiten betraut worden zu sein. Sein Vortrag in der Stellungnahme vom 05.03.2025,

Unstreitig war der Beklagte mit Planungs- und Bauüberwachungsaufgaben beauftragt (vgl. bereits Klageschrift vom 27.05.2019, Seite 3, Abs. 1). Wollte man die Leistungspflichten in Anlehnung an die HOAI ausdrücken, wofür übrigens ebenfalls weder Vortrag noch Anhaltspunkte ersichtlich wären, handelte es sich hier um die HOAI-Leistungsphasen 1-8.

ist allerdings nicht eindeutig. Der Beklagte scheint zugleich geltend machen zu wollen, Leistungspflichten entsprechend den Grundleistungen der Leistungsphasen 1 bis 8 in § 34 HOAI übernommen zu haben und dass es hierfür weder Anhaltspunkte noch Vortrag gebe. Diese Unklarheit kann dahinstehen. In erster Instanz ist unstreitig geblieben, dass der Beklagte mit der Vollarchitektur beauftragt war. Mit neuem Vortrag in der zweiten Instanz kann der Beklagte mangels Zulassungsgrund nicht gehört werden. Zudem räumt der Beklagte ein, dass er mit der Bauüberwachung betraut war. Diese Pflicht hat er unabhängig davon verletzt, ob die Parteien zur Ausgestaltung der Pflichten des Beklagten auf die Leistungsphasen des § 34 HOAI Bezug genommen haben.

4. Der (sachkundige) Beklagte vermag keinen relevanten Unterschied zwischen der hier eingebauten Rinnenkonstruktion und einer Rinnenkonstruktion in privaten Haushalten darzulegen. Er verweist auf genaue Berechnungen von Wasserverbräuchen und Abflussmengen, die bei einer gewerblichen Duschanlage erforderlich seien, nicht aber bei einer privaten Duschanlage. Das ist in Bezug auf den hier vorliegenden Mangel kein relevanter Unterschied. Die Rinnenkonstruktion ist unabhängig von den Durchflussmengen mangelhaft. Sie wäre ebenso mangelhaft, wäre sie in dem Bad eines Einfamilienhauses so eingebaut worden.

5. Die Ansicht des Beklagten, er habe sich mit den Duschrinnen überhaupt nicht befassen müssen, vermag der Senat nach wie vor nicht zu teilen. Mit der Bauüberwachung betraute „Sonderfachleute“ gab es nicht (dazu noch nachfolgend). Die Pflicht des Beklagten war auch nicht auf „Baustellenorganisation undkoordination“ beschränkt. Schon danach hätte er übrigens für eine Überwachung des kritischen Gewerks sorgen müssen, wenn er – wie er geltend macht – als Architekt für die Beurteilung der handwerklichen Details einer TGA-Anlage (hier: Duschrinne) nicht ausgebildet ist. Zudem waren jedenfalls die Gewerke der Kostengruppe 300 von dem Beklagten zu überwachen (Hinweisbeschluss Seite 8), was der Beklagte nicht konkret angreift.

Der Beklagte macht geltend, die mangelhafte Ausführung der Duschrinnen habe nicht überwacht werden müssen, weil es sich um handwerkliche Selbstverständlichkeiten handle. Für die mit der Ausführung der Technischen Gebäudeausrüstung betrauten Unternehmer handle es sich um handwerkliche Selbstverständlichkeiten, wenn sie fachlich in der Lage seien, einen solchen Auftrag zu bearbeiten. Ihm selbst sei die Mangelhaftigkeit aber verborgen geblieben. Mit diesem Vortrag nimmt der Beklagte für sich in Anspruch, weniger Kenntnisse haben zu müssen als ein Sanitär- und Heizungsbauer, als ein Trockenbauer, als ein Estrichleger und als ein Fliesenleger. Das überzeugt aus mehreren Gründen nicht. Allein der Umstand, dass ein Handwerker ein Werk mangelfrei ausführen kann, belegt nicht, dass es sich um eine handwerkliche Selbstverständlichkeit handelt. Vorliegend geht es um eine Abdichtung, die eine Koordination mehrerer Gewerke voraussetzte. Abdichtungen sind besonders kritische Bauteile, mithin keine handwerklichen Selbstverständlichkeiten (Locher/Koeble/Frik HOAI § 34 Rn. 246). Der Beklagte als Architekt muss zudem solche Kenntnisse haben, die es ihm erlauben, die von ihm geschuldete Bauüberwachung zu leisten.

6. Eine „Eigenüberwachung“ des ausführenden Bauunternehmers durch sich selbst kann es nicht geben. Die Bauüberwachung ist eine zusätzliche Kontrolle des bauausführenden Unternehmers, die dem Besteller eine zusätzliche Gewähr für die mangelfreie Ausführung des Werks verschaffen soll. Im Verhältnis zum Besteller ist der ausführende Bauunternehmer ohne weiteres verpflichtet, mangelfrei zu leisten. Er ist hierzu nicht durch die Bauüberwachung „anzuhalten“. Die Bauüberwachung ist eine „Kontrollinstanz“, die dem Besteller zusätzliche Sicherheit verschafft, dass die Werkleistung mangelfrei ausgeführt wird. Ausführender Unternehmer und Bauüberwacher können daher nicht personenidentisch sein.

Der Beklagte macht geltend, die „Eigenüberwachung“ sei das Geschäftsmodell jeden „Generalunternehmers“, der oftmals keinen externen Bauüberwacher neben seiner internen Eigenüberwachung dulde. Ein solches „Geschäftsmodell“, sollte es denn existieren, besagt nichts zu der Frage, ob der Beklagte die Notwendigkeit einer Überwachung erkennen musste und – wenn er selbst nicht zur Überwachung in der Lage war – die Klägerin auf die Notwendigkeit einer Überwachung durch einen Fachplaner hinweisen musste. Übernimmt ein Unternehmer neben der Ausführung sämtlicher Gewerke auch die Ausführungsplanung und verpflichtet er sich zur schlüsselfertigen Herstellung (das wird nach der nicht einheitlichen Terminologie als Generalunternehmervertrag, Generalübernehmervertrag, Totalunternehmervertrag oder Totalübernehmervertrag bezeichnet) ist er gemäß § 633 Abs. 1 BGB zur mangelfreien Leistung verpflichtet. Eine „Eigenüberwachung“ eines solchen Unternehmers im Sinne einer internen Qualitätskontrolle mag es zwar geben. Diese „Eigenüberwachung“ dient aber nur der Erfüllung der originären Pflicht Unternehmers, mangelfrei zu leisten. Nicht nachvollziehbar ist es, dass ein solcher Unternehmer einen externen Bauüberwacher nicht dulden würde. Installiert der Besteller zusätzlich eine Qualitätskontrolle und Bauüberwachung, kann sich der Unternehmer hiergegen nicht wehren. Zudem entspricht es der Vertragspraxis, im Falle der Beauftragung eines mit Planung und Ausführung betrauten Unternehmers eine zusätzliche Bauüberwachung bzw. Projektkontrolle vorzusehen (vgl. Beck'sche Online-Formulare/Berger, Generalunternehmervertrag § 5 (1); Roquette/Schweiger, Vertragsbuch Privates Baurecht, Generalunternehmervertrag in § 4 Nr. 8), wie sie etwa durch einen Projektsteuerer geleistet werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 10.06.1999 – VII ZR 215/98, NJW 1999, 3118 zur Anwendung von Werkvertragsrecht, wenn die zentrale Aufgabe des Projektsteuerers die technische Bauüberwachung des Generalübernehmers ist).

Der Beklagte macht zudem letztlich nur geltend, er habe von einer Überwachung der Streithelferin zu 1) durch sich selbst ausgehen dürfen. An der Ausführung der Rinnenkonstruktion waren aber auch die weiteren Streithelfer beteiligt. Der Beklagte bleibt die Darlegung schuldig, wer diese Arbeiten überwacht haben könnte.

Wenn der Beklagte geltend macht, dass die Beauftragung eines Fachplaners für die Technische Gebäudeausrüstung auch bei kleineren Bauvorhaben nicht ungewöhnlich sei (er nennt Kleinkläranlagen, Heizungs-/Geothermieranlagen und Wärmepumpen), mag das zutreffen. Im vorliegenden Fall gab es aber einen solchen Fachplaner nicht, sondern waren nur ausführende Unternehmen neben dem Beklagten involviert. Der Beklagte verfehlt daher den richtigen Gesichtspunkt, wenn er geltend macht, es habe keine Anhaltspunkte gegen die Zuverlässigkeit der Streithelfer gegeben. Auch zuverlässige Fachunternehmer müssen überwacht werden.

7. Der Beklagte macht geltend, er sei vor der Mängelbeseitigung nicht „konsultiert“ worden, weshalb die in der Entscheidung des BGH, Urt. v. 07.03.2013 – VII ZR 119/10, BauR 2013, 1129 entwickelten Grundsätze nicht anwendbar seien. Die Klägerin hat indessen dem Beklagten mit Schreiben vom 05.09.2018 den Schaden angezeigt und das Gutachten des Sachverständigen R. beigelegt. Mit Schreiben vom 19.09.2018 hat sie ein Sanierungsangebot der Fa. W. übersandt, das sie mit Schreiben vom 01.10.2018 ergänzt hat. Ohnehin hatte der Beklagte keinen Anspruch dahin, „konsultiert“ zu werden. Der Beklagte ist nicht berechtigt, im Bauwerk realisierte Mängel selbst zu beseitigen (BGH, Urt. v. 16.02.2017 – VII ZR 242/13, NZBau 2017, 555). Nicht zu folgen vermag der Senat der Ansicht, die Frage der Erstattungsfähigkeit der von der Klägerin aufgewendete Kosten betreffe die haftungsbegründende und nicht die haftungsausfüllende Kausalität. Der (Primär-) Schaden liegt darin, dass sich der Bauüberwachungsfehler des Beklagten im Bauwerk realisiert hat und deshalb das Bauwerk mit einem Defizit behaftet ist (BGH, Urt. v. 16.02.2017 – VII ZR 242/13, NZBau 2017, 555 Rn. 24). Die von der Klägerin zur Mängelbeseitigung aufgewendeten Kosten sind daher Mangelfolgeschaden, erfolgen sie doch, um das Defizit des Bauwerks, also den Primärschaden, zu beseitigen. Der Schaden ist daher gemäß § 287 Abs. 1 ZPO zu schätzen.

Welche Angaben der Beklagte zu den Kosten der Mängelbeseitigung vermissen könnte, erschließt sich nach seinem Vortrag nicht. Dass sich die Klägerin bei der Sanierung an den Feststellungen des Gutachters R. orientiert haben mag, belegt die Notwendigkeit einer Beweiserhebung nicht. Auf die tatsächliche Erforderlichkeit kommt es im Übrigen schon aus rechtlichen Gründen nicht an, weil die Klägerin den Empfehlungen des von ihr beauftragten Privatgutachters folgen durfte.

8. Der Vortrag, der Sachverständige habe in erster Instanz die erforderlichen Kosten nicht kalkulieren können, ist unerheblich. Maßgeblich sind die von der Klägerin aufgewendeten Kosten.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 101 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Berufungsstreitwert: bis 110.000,00 EUR.