

NewsLetter

2026-6 Seite 1

Sauerbruchstraße 9
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de
www.dr-schwertfeger.de

Bauvertragsrecht

Tour d'Horizon

Das Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Schleswig vom 22. April 2026, Az. 1 U 5/21, enthält eine kompakte lehrreiche Tour d'Horizon durch verschiedene Aspekte des Bauvertragsrechts.

Der Auftraggeber (AG) hatte den Auftragnehmer (AN) mit Gartenbauleistungen beauftragt. Über die Vergütung des AN kam es zum Streit.

Hinsichtlich des Fliesenklebers hatte der Bauleiter des AG bei der Rechnungsprüfung sogar eine höhere Menge als vom AN abgerechnet angesetzt. Im Prozess bestritt der AG dann jedoch die abgerechnete Masse als überhöht. Das OLG entschied, dass die Bestätigung der Masse im Rahmen der Rechnungsprüfung nicht zu einem schuldrechtlichen Anerkenntnis führt, wohl aber zu einer Beweislastumkehr zu Lasten des AG: Hat der AG die Masse bei der Rechnungsprüfung bestätigt, kann er die abgerechnete Masse im Prozess zwar dennoch bestreiten. Er muss dann aber zum Umfang der von ihm zugestanden Masse vortragen und beweisen, dass die abgerechnete Masse nicht zutrifft.

Die Herstellung der Treppe rechnete der AN mit 80 Stunden ab, der AG gestand ihm nur 27 Stunden zu. Dazu wies das OLG auf Folgendes hin: Sind Stundenlohnarbeiten vereinbart, kann der AN keinen unbegrenzten Zeitaufwand betreiben; ihn trifft die Ne-

benpflicht der wirtschaftlichen Betriebsführung. Verletzt der AN diese Nebenpflicht - was der AG zu beweisen hat, vorliegend durch gerichtlichen Sachverständigen - steht dem AG gegen den AN ein Anspruch wegen Vertragsverletzung aus § 280 Abs. 1 BGB auf Freihaltung in Höhe der unwirtschaftlichen Differenz zu.

Wegen des Mangels, dass der AN kein funktionsfähiges Erdkabel verlegt hat, steht dem AG ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des Zweifachen der Mangelbeseitigungskosten zu (§ 641 Abs. 3 BGB). Dabei wies das OLG darauf hin: Dass sich der AG ausdrücklich auf sein Zurückbehaltungsrecht beruft, ist nicht erforderlich. Es reicht, wenn die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts bestehen. Der AG muss es nicht ausdrücklich geltend machen, um dessen Wirkungen hervorzurufen.

Dem Zurückbehaltungsrecht steht die Verjährung der Mängelansprüche nicht zwingend entgegen. Denn nach § 215 BGB kann der AG dem Werklohnanspruch sein Zurückbehaltungsrecht auch nach Verjährung seiner Mängelrechte entgegenhalten, wenn die Mängel vor der Verjährung in Erscheinung getreten sind und daher das Leistungsverweigerungsrecht in unverjährter Zeit hätte geltend gemacht werden können. Dass das Zurückbehaltungsrecht vorher geltend gemacht worden ist, ist nicht erforderlich. (Vorliegend hatte der AG die Funktionslosigkeit des Erdkabels vor Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist gerügt.)

NewsLetter

2026-6 Seite 2

Weiterhin bestritt der AG die zuvor von seinem Bauleiter bei der Rechnungsprüfung bestätigte Masse der von dem AN unter den Wegen und der Terrasse eingebauten Tragschicht; im Prozess verweigerte er jedoch die erforderliche Bauteilöffnung zwecks Prüfung durch den gerichtlichen Sachverständigen trotz gerichtlichen Hinweises auf die Folgen der Weigerung. Das OLG stellte daraufhin fest: Andere Beweismittel, um Art und Umfang des Unterbaus zu klären, stehen nicht zur Verfügung. Auch der Lieferschein hätte keine Gewissheit gebracht. Denn daraus ergibt sich noch nicht zwangsläufig, ob und in welchem Umfang das gelieferte Material auf dem Grundstück des AG tatsächlich eingebaut worden ist. Daraufhin schätzte das Gericht die Masse (§ 287 Abs. 2 ZPO).

Ferner griff der AG die Berechnung des gerichtlichen Sachverständigen zum Filtervlies an, allerdings erst in der Berufungsinstanz. Das OLG wies ihn damit ab: Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund dies nicht bereits in der ersten Instanz erfolgt ist, der Vortrag des AG ist daher in der Berufungsinstanz verspätet.

Der AG wehrte sich auch gegen den Vergütungsanspruch des AN für das Fundament zur Abstützung der Stufen zur Terrasse, weil er dieses gar nicht beauftragt habe. Das OLG entschied, dass der AG dafür zwar nicht den vom AN einseitig behaupteten Pauschalpreis zu bezahlen hat, wohl aber die übliche Vergütung (§ 632 Abs. 2 BGB). Ob der AG den AN insoweit beauftragt hat oder nicht, kann offen bleiben. Der Anspruch des AN ergibt

sich jedenfalls aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683, 670 BGB). Führt ein Nichtbeauftragter eine Geschäftsbesorgung durch, die zu seinem gewerblichen Tätigkeitsbereich gehört, steht ihm als Aufwendungsersatz die übliche Vergütung zu. Die Arbeiten entsprechen dem Interesse und dem Willen des AG. Er hat sie zu keinem Zeitpunkt abgelehnt. Das Fundament dient der Abstützung der Stufen zur Terrasse und ist insofern notwendig für den Erfolg der Arbeiten. Von der üblichen Vergütung ist allerdings der im Vertrag zwischen den Parteien vereinbarte 10 %-Nachlass abzuziehen. Denn der AN darf ohne Auftrag nicht besser stehen als er mit Auftrag gestanden hätte.

Und schließlich äußerte sich das OLG auch noch zur Abnahme. Die Parteien hatten eine förmliche Abnahme vereinbart. Förmliche Abnahme bedeutet, dass ein gemeinsamer Abnahmetermin durchgeführt und darüber ein Protokoll erstellt wird. Dennoch ist die Anwesenheit des AN nicht in jedem Fall erforderlich. Denn die Abnahme stellt eine Erklärung des AG dar, die auch ohne Anwesenheit des AN abgegeben werden kann.

Im Übrigen gilt (für die Fälligkeit) des Werklohns: Ist das Werk abnahmereif, so kann der AN auch ohne Abnahme auf seinen Werklohn klagen, denn in einem solchen Fall wäre der AG verpflichtet, die Leistung abzunehmen. Die Klage auf Zahlung des Werklohns enthält dann das Verlangen nach Abnahme.

RA Dr. Christian Schwertfeger