

**Inhaltsverzeichnis**

**In eigener Sache:**  
**Neue Homepage online!** 1

**Recht des Bauvertrages:**  
 1. Extrem überhöhte Einheitspreise nicht durchsetzbar! 2  
 2. Angebotene Nachtragsleistung entgegengenommen: Preis akzeptiert! 3  
 3. Gerüstbauvertrag und Bauzeitenverlängerung: Gerüstbauer muss Gerüst länger vorhalten! 4  
 4. Generalunternehmer erhält Vergütung: Nachunternehmer muss bezahlt werden! 5

**Architekten und Ingenieure:**  
 5. Architekt muss Arbeiten der Wärmedämmung intensiv kontrollieren! 6

**AGB:**  
 6. Gesamte Vergütung vor Einbau zu zahlen: AGB-Klausel unwirksam! 7

**Baustoffe:**  
 7. Hersteller haftet noch nach Jahrzehnten wegen mangelhafter Baustoffe! 8

**In eigener Sache: Neue Homepage online!**

Zum 01.09.2013 haben wir unsere Kanzlei-Homepage der Krefelder Niederlassung überarbeitet. Unter der Adresse

[www.g-t-w-kr.com](http://www.g-t-w-kr.com)

finden Sie ab sofort neben den Informationen zu unserem Leistungsspektrum auch

- Tagesaktuelle Urteile
- Seminartermine
- Newsletter - Archiv



Wir freuen uns auf Ihren virtuellen Besuch sowie auf Ihr feedback und hoffen, dass wir Ihnen insbesondere mit der Urteils-Datenbank einige Anregungen für Ihr Tagesgeschäft geben können.

## 1. Extrem überhöhte Einheitspreise nicht durchsetzbar!

1. Hat der Auftragnehmer die Vermutung eines sittlich verwerflichen Gewinnstrebens bei einem extrem überhöhten Einheitspreis durch den Nachweis entkräftet, ihm sei bei der Preisbildung zu seinen Gunsten ein Berechnungsfehler unterlaufen, so verstößt es gegen Treu und Glauben und stellt eine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn er den hierauf beruhenden, in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zur Bauleistung stehenden Preis für Mehrmengen oder geänderte Leistungen verlangt.

2. Die Vergütung dieser Mehrleistungen bemisst sich vorbehaltlich anderer Anhaltspunkte entsprechend § 632 Abs. 2 BGB nach der üblichen Vergütung.

BGH, Urteil vom 14.03.2013 - [VII ZR 116/12](#) vorhergehend:  
 OLG Hamm, 16.03.2012 - 12 U 98/11  
 LG Arnsberg, 17.05.2011 - 1 O 452/08

### Problem/Sachverhalt

Der Auftragnehmer (AN) verlangt vom Auftraggeber (AG) Restwerklohn für Trockenbauarbeiten. In Position 11.130 des Einheitspreis-Leistungsverzeichnisses war die Herstellung von 16 Stück T-Verbindungen für Trockenbauwände zu 975,35 Euro pro Stück (das ca. 22-fache des üblichen Preises) ausgeschrieben. Während der Durchführung der Arbeiten wurden die Pläne dahin geändert, dass der AN bei den Trockenbauwänden insgesamt 261 T-Verbindungen ausführte. Der AN forderte hierfür den aus geschriebenen Einheitspreis. Gegenüber dem Vorwurf, schon bei Angebotserstellung in sittenwidriger Weise auf eine Mengenerhöhung spekuliert zu haben, wendet der AN ein, der überhöhte Preis beruhe darauf, dass bei der Dateneingabe im Rahmen der Tabellenkalkulation eine Dezimalstelle verrutscht sei.

### Entscheidung

Ohne Erfolg! Der AN kann **nur für die im Leistungsverzeichnis vorgesehene Zahl**

**von 16 T-Verbindungen den vereinbarten Einheitspreis** von 975,35 Euro verlangen, **für die restliche Anzahl aber nur die übliche Vergütung**. Zwar ist es möglich, dass der AN die durch den außergewöhnlich hohen, über das übliche Maß hinausgehenden Einheitspreis begründete Vermutung eines sittlich verwerflichen Gewinnstrebens durch den Nachweis **entkräften** kann, ihm sei bei der Preisbildung zu seinen Gunsten ein **Berechnungsfehler** unterlaufen. Allerdings verstößt es gegen Treu und Glauben (BGB § 242), wenn er den hierauf beruhenden, in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zur Bauleistung stehenden Preis für Mehrmengen oder geänderte Leistungen verlangt. Der AN würde in diesem Fall seinen **Berechnungsfehler** in der Weise **ausnutzen**, dass er gleichwohl den **sittenwidrigen Preis durchsetzt**. Ein neuer Preis für die Mehrmengen bzw. die geänderte Leistung bestimmt sich entsprechend § 632 Abs. 2 BGB nach der üblichen Vergütung, wenn im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in Anlehnung an die Vertragspreise oder sonstigen Umstände keine neue Preisvereinbarung gefunden werden kann.

### Praxishinweis

Konsequent versagt der BGH dem AN, Vorteile aus dem extrem überhöhten Einheitspreis zu ziehen. Er knüpft an seine Entscheidung vom 07.03.2013 ([IBR 2013, 332](#) - in diesem Heft) an, führt seine Rechtsprechung aus dem Jahr 2008 ([IBR 2009, 127](#)) fort und setzt nun einen neuen Akzent: Wegen des nicht auszuschließenden Berechnungsfehlers ist die Preisvereinbarung zwar nicht gemäß § 138 BGB nichtig, aber **gemäß § 242 BGB nicht durchsetzbar**. Denn einen **erkannten Berechnungsfehler zu nutzen**, um einen vielfach überhöhten Einheitspreis durchzusetzen, ist ebenso **treuwidrig** wie die bewusste Spekulation auf Mehrmengen. Maßgebend sind auch die Ausführungen zur Bildung des "neuen" angemessenen Preises: Hier ist zunächst durch ergänzende Vertragsauslegung der mutmaßliche Parteiwille zu ermitteln. Fehlt es an Anhaltspunkten, ist auf die übliche Vergütung zurückzugreifen.

## **2. Angebotene Nachtragsleistung entgegengenommen: Preis akzeptiert!**

**Die Parteien eines VOB-Vertrags sollen sich über die Vergütung für eine zusätzliche Leistung möglichst einigen (VOB/B § 2 Abs. 6 Nr. 2). Werden zusätzliche Leistungen in einem Nachtrag angeboten und diese dann mit Willen des Auftraggebers ausgeführt, liegt darin die stillschweigende Annahme des Nachtragsangebots.**

OLG Koblenz, Urteil vom 28.02.2011 - [12 U 1543/07](#); BGH, Beschluss vom 21.02.2013 - VII ZR 72/11 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

*vorhergehend:*

*LG Trier, 08.11.2007 - 7 HK.O 93/01 nachfolgend:*

*BGH, 21.02.2013 - VII ZR 72/11 (NZB zurückgewiesen)*

### **Problem/Sachverhalt**

Der Auftraggeber (AG) errichtet Windparkanlagen im Bereich landwirtschaftlich genutzter Flächen. Mit VOB-Vertrag beauftragt der AG den Auftragnehmer (AN) mit Erschließungs-, Wegebau- und Kabelverlegungsarbeiten. Unter Berufung auf eine gemeinsame Preisfestlegung bietet der AN anschließend noch 36 Nachtragspositionen schriftlich an, denen er ebenfalls die VOB zu Grunde legt. Die Parteien geraten in Streit. Es kommt zur Vertragskündigung und zur Abnahme der im Wesentlichen mängelfreien Leistungen des AN. Der AN rechnet die Nachtragspositionen ab und erhebt mangels Zahlung Klage. Der AG bestreitet, dass die abgerechneten Nachtragsleistungen in Auftrag gegeben worden seien. Hinsichtlich der bei den Nachtragspositionen ebenfalls bestrittenen Einheitspreise vertritt der AG die Auffassung, dass diese sich nach § 2 Nr. 6 VOB/B richten müssten und aus der - hier jedoch nicht nachvollziehbaren - Urkalkula-

tion des AN zu entwickeln seien. Mit der Berufung geht der AN gegen ein für ihn ungünstiges Urteil des Landgerichts vor.

### **Entscheidung**

Die Berufung des AN hat überwiegend Erfolg! Das OLG verurteilt den AG zur Zahlung aus den Nachtragspositionen in Höhe von 63.917,41 Euro. Die Einheitspreise gelten gemäß den vom AN zu den Nachträgen überreichten Angeboten als vereinbart. Zwar geht aus § 2 Nr. 6 Abs. 2 Satz 2 VOB/B hervor, dass sich die Vertragsparteien über die Vergütung für eine zusätzliche Leistung möglichst einigen sollen. Werden jedoch **zusätzliche Leistungen** in einem **Nachtrag angeboten** und diese dann **mit Willen des Auftraggebers auch ausgeführt**, so muss dies als **stillschweigende Annahme des Nachtragsangebots** gewertet werden (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rz. 1159). Der AN hat sich bei den Nachtragsangeboten auf eine **gemeinsame Preisfestlegung** berufen. Damit sind, da beide Parteien Kaufleute sind, die Grundsätze des **kaufmännischen Bestätigungsschreibens** anzuwenden. Hiernach hatte der AG unverzüglich zu widersprechen, was jedoch nicht der Fall war. Dies wäre bei einem so umfangreichen Bauvorhaben auch in den Fällen, in denen sich der AN nicht auf eine Preisabsprache berufen hätte, wegen der zwischen den Parteien bestehenden Kooperationspflicht (Ingenstau/Korbion, VOB, 16. Aufl., vor § 13 VOB/B, Rz. 110; vor § 8, Rz. 5; Werner/Pastor, a.a.O., Rz. 2482 und 1664) nötig gewesen. Dies gilt insbesondere, weil die Nachtragsangebote auch zur Ausführung kamen. Im Ergebnis sind damit die Nachtragspositionen nach den in den Angeboten enthaltenen Einheitspreisen abzurechnen, weil der AG sich diese als vereinbart zu rechnen lassen muss. Daher kann der AG sich auch nicht darauf berufen, ein Nachtragsauftrag sei überhaupt nicht erteilt worden.

### Praxishinweis

Diese vorstehenden Grundsätze gelten nach dem OLG Koblenz ebenso für einen BGB-Bauvertrag, so dass im vorliegenden Fall und generell offenbleiben kann, ob die Bestimmungen der VOB anwendbar sind oder nicht.

### **3. Gerüstbauvertrag und Bauzeitverlängerung: Gerüstbauer muss Gerüst länger vorhalten!**

Soweit nicht etwas anderes vereinbart ist, schuldet ein Gerüstbauer die Vorhaltung des Gerüsts so lange, wie es für die Ausführung der Bauarbeiten am Bauwerk benötigt wird.

BGH, Urteil vom 11.04.2013 - [VII ZR 201/12](#) vorhergehend:

LG Bautzen, 06.07.2012 - 1 S 143/11  
AG Bautzen, 19.10.2011 - 20 C 1091/10

### Problem/Sachverhalt

Ein alltäglicher Fall: Ein öffentlicher Auftraggeber (AG) vergibt losweise ein Hochbauvorhaben. Ein Gerüstbauunternehmen (G) erhält den Zuschlag für die Gerüstbauleistungen. Dieser selbstständige Gerüstbauvertrag enthält einen Termin für den Beginn und für das Ende der Leistungen. Weiter enthält der Vertrag Einheitspreispositionen für die Gebrauchsüberlassung des Gerüsts über die Grundeinsatzzeit hinaus. Die Vertragsparteien vereinbaren zudem die Geltung der VOB/B. Als sich abzeichnet, dass der Bau zum vorgesehenen Endtermin nicht fertig wird, unterbreitet G ein Nachtragsangebot mit der Ankündigung, das Gerüst zum Endtermin abzubauen, wenn das Nachtragsangebot nicht angenommen werde. Der AG nimmt den Nachtrag nicht an. Daraufhin baut G kurz nach dem Endtermin die Gerüste ab. Der AG verweigert anschließend die Bezahlung der Schlussrechnung

und rechnet mit Restfertigstellungsmehrkosten auf. G klagt die offene Vergütung ein.

### Entscheidung

Ohne Erfolg! Der AG kann aufrechnen und das Gerüstbauunternehmen geht somit leer aus. Der BGH bestätigt die Auslegung des Gerüstbauvertrags durch den AG. Demnach schuldete G die **Vorhaltung des Gerüsts so lange, wie es für die Bauarbeiten benötigt** wurde. Dies folgt aus dem ersichtlichen **Zweck des Gerüstbauvertrags**. Das im Vertrag angegebene Bauende hatte nicht den Sinn, den Vorhaltezeitraum zu begrenzen. Denn **jedem Einheitspreisvertrag ist eine Mengenerhöhung immanent**. Dabei richtet sich der Blick des BGH auf die Maßeinheit des Mengenvordersatzes in den Vorhaltepositionen. Die Vorhaltung der Gerüste über die Grundeinsatzzeit hinaus war dort nach dem Gerüstmaß und nach der Zeit vereinbart (also beispielsweise "Quadratmeterwochen", qmWo). Kommt es zu einer Zeitüberschreitung und damit zu einer Erhöhung des Mengenvordersatzes, kommt § 2 Nr. 3 VOB/B zur Anwendung mit der Folge, dass den Vertragspartnern ein **Preis Anpassungsanspruch** zusteht. G darf die Gerüste aber nicht einfach abbauen. Das gilt selbst dann, wenn man für Streitigkeiten, welche die Vorhaltung der Gerüste betreffen, Mietrecht anwendet (OLG Celle, [IBR 2007, 298](#); LG Deggendorf, [IBR 2011, 1231](#) - nur online). Denn für die Frage, wie lange ein Gerüstbauunternehmen die Vorhaltung schuldet, kommt es auf die Auslegung des Vertrags und nicht auf die rechtliche Einordnung des Vertragstyps an.

### Praxishinweis

Das Gerüstbauunternehmen wäre auch dann nicht berechtigt gewesen, die Gerüste abzubauen, wenn sich die Vorhaltung allein nach Mietrecht richten würde. Denn zum einen fehlte es an einer Kündigung, die auch nach Mietrecht erforderlich gewesen wäre (OLG Celle, [IBR 2007, 298](#)), und zum anderen stellt der Abbau des Gerüsts eine unzulässige, verbotene Eigenmacht dar,



auch wenn der vereinbarte Vorhalbezeitraum abgelaufen ist (LG Frankfurt/Main, [IBR 2010, 385](#)). Der einzige Trost für das Gerüstbauunternehmen ist, dass anfallende Mehrkosten über § 2 Nr. 3 VOB/B beansprucht werden können. Das betrifft beispielsweise den Fall, dass das Gerüst bereits für die nächste Baustelle eingeplant ist und deswegen Gerüste (teuer) angemietet werden müssen.

#### **4. Generalunternehmer erhält Vergütung: Nachunternehmer muss bezahlt werden!**

**1. Die Vorschrift des § 641 Abs. 2 BGB setzt nicht voraus, dass eine vollständige Leistungsidentität der Arbeiten des Nachunternehmers mit den vom Auftragnehmer an den Auftraggeber geschuldeten Arbeiten besteht. Eine partielle Identität der Leistungen ist ausreichend.**

**2. Die Fälligkeit der Vergütungsforderung tritt bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 641 Abs. 2 Satz 1 BGB unabhängig von einer Abnahme im Verhältnis Auftragnehmer - Nachunternehmer ein.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.04.2011 - [22 U 165/10](#); BGH, Beschluss vom 29.04.2013 - VII ZR 108/11 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)  
*nachfolgend:*  
BGH, 29.04.2013 - VII ZR 108/11 (NZB zurückgewiesen)

#### **Problem/Sachverhalt**

Der Generalunternehmer (GU) schuldet seinem Auftraggeber (AG) die Fertigung einer Stahlkonstruktion. Mit der Bearbeitung des Stahls beauftragt er einen Nachunternehmer (NU). Der NU erbringt seine Leistungen, woraufhin der GU die Konstruktion an den AG liefert und der AG den GU ver-

einbarungsgemäß vergütet. Der GU nimmt die Leistungen des NU nicht ab und verweigert dessen Vergütung. In einer darauf folgenden Zahlungsklage des NU bringt der GU unter anderem vor, die Vergütungsforderung sei mangels Abnahme nicht fällig. Muss der GU gleichwohl zahlen?

#### **Entscheidung**

Ja! Die Fälligkeit der Vergütungsforderung des NU folge aus § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB, wonach die **Vergütung des Nachunternehmerwerks spätestens dann fällig** wurde, soweit der **Auftraggeber den Generalunternehmer** wegen dessen Herstellung **vergütet** habe. Zwar habe der NU nur einen Teil der Arbeiten vorgenommen, die der GU dem AG geschuldet habe. Allerdings setze § 641 Abs. 2 Satz 1 BGB **nicht voraus**, dass eine **vollständige Leistungsidentität** der Arbeiten des NU mit den Arbeiten bestehe, die der GU dem AG schulde, vielmehr sei eine **"partielle Leistungsidentität" ausreichend**. Der Klage liegen eine vollständige Leistungserbringung durch den NU und dessen Schlussrechnung zu Grunde, so dass die allein den Anspruch auf Schlusszahlung betreffende Vorschrift des § 641 Abs. 2 Satz 1 BGB anwendbar sei. Für die **Fälligkeit der Vergütungsforderung des NU** bedürfe es daher **keiner Abnahme des Nachunternehmerwerks**.

#### **Praxishinweis**

Zur in § 641 Abs. 2 Satz 1 BGB geregelten sog. Durchgriffsfälligkeit sind aufgrund der fehlenden praktischen Bedeutung der Vorschrift bislang nur wenige Entscheidungen ergangen, das OLG Düsseldorf gibt in den erwähnten Punkten den unstreitigen Meinungsstand in der juristischen Literatur wieder. Soweit der Senat ausführt, § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB betreffe "allein den Anspruch auf Schlusszahlung", ist ergänzend klarzustellen, dass dies nur das Verhältnis zwischen GU und NU betrifft, der NU nach der Vorschrift aber durchaus an Abschlagszahlungen des AG an den GU partizipieren

kann. Sicherheitshalber sollten Nachunternehmer in Streitfällen gegenüber ihren Generalunternehmern stets auch die Abnahmefiktion des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB herbeiführen, um einer "Abhängigkeit" von der Anwendung des § 641 Abs. 2 Satz 1 BGB und den damit im Regelfall verbundenen Beweisproblemen zu entgehen.

### **5. Architekt muss Arbeiten der Wärmedämmung intensiv kontrollieren!**

**Isolierungsarbeiten an Gebäuden gehören zu den gewichtigen Ausführungsarbeiten, die einer besonderen Aufsicht durch den bauleitenden Architekten bedürfen. Eine ordnungsgemäß funktionierende Wärmedämmung ist wirtschaftlich und in zunehmendem Maße auch für die Werthaltigkeit von Wohnraum von ausschlaggebender Bedeutung. Der Architekt muss deshalb auf ihre Ausführung sein besonderes Augenmerk richten und mehr als eine stichprobenartige Kontrolle sicherstellen.**

OLG Hamm, Urteil vom 06.03.2013 - [12 U 122/12](#)

*vorhergehend:*

*LG Arnsberg, 06.06.2012 - 2 O 250/09*

#### **Problem/Sachverhalt**

Der Auftraggeber (AG) verlangt von seinem Architekten 28.800 Euro Schadensersatz wegen mangelhafter Bauüberwachung. Vor Abnahme gerät das Rohbauunternehmen in Insolvenz und im selbständigen Beweisverfahren stellt sich heraus, dass die Fassadendämmung mangelhaft ausgeführt worden ist. Der AG und der Architekt haben das Vertragsverhältnis nicht beendet. Der AG ist der Auffassung, dem Architekten sei ein Bauüberwachungsfehler vorzuwerfen.

#### **Entscheidung**

Die Klage des AG hat Erfolg! Das OLG bejaht einen Bauüberwachungsfehler des Architekten und verurteilt ihn zum Schadensersatz, weil der Architekt **Überwachungspflichten schuldhaft verletzt** und dadurch einen Schaden verursacht hat. Die **Beweislast** für eine aufgrund eines Planungs- und/oder Überwachungsverschuldens mangelhafte Architektenleistung trifft **erst nach Abnahme den AG**. Eine **Abnahme** im Sinne einer Billigung des Architektenwerks als im Wesentlichen vertragsgemäß ist hier vom Architekten jedoch nicht vorgetragen worden und wegen der nicht vollständigen Vertragsdurchführung auch **nicht ersichtlich**. Es obliegt mithin dem **Architekten**, die **vertragsgemäße mangelfreie Erbringung der Architektenleistungen darzulegen** und zu beweisen. Den ihm obliegenden Nachweis dafür, dass er seinen Bauüberwachungspflichten in ausreichendem Maße nachgekommen ist, hat der Architekt nicht erbracht. Vielmehr ist durch einen Sachverständigen festgestellt worden, dass die Arbeiten an der **Fassadendämmung mangelhaft ausgeführt** worden sind. Nach Auffassung des Senats gehören **Isolierungsarbeiten an Gebäuden** zu den **gewichtigen Ausführungsarbeiten**, die einer **besonderen Aufsicht** durch den bauleitenden Architekten bedürfen. Denn eine unzureichende Wärmedämmung führt regelmäßig zu **erheblichen Energieverlusten**. Eine ordnungsgemäß funktionierende Wärmedämmung ist wirtschaftlich und in zunehmendem Maße auch für die **Werthaltigkeit von Wohnraum** von ausschlaggebender Bedeutung. Damit muss der Architekt auf diese Arbeiten sein **besonderes Augenmerk** richten und **mehr als eine stichprobenartige Kontrolle** sicherstellen.

#### **Praxishinweis**

**Handwerkliche Selbstverständlichkeiten** muss der Architekt **nicht besonders überwachen**. Der Architekt muss sein **besonderes Augenmerk** nur auf **schwierige** oder **gefahrenträchtige Arbeiten** richten. Be-

reits das KG ([IBR 2000, 510](#)) hat entschieden, dass ein Architekt Wärmedämmarbeiten an einem Dach intensiv zu überwachen hat. Architekten ist daher zu empfehlen, sich durch **häufige Kontrollen** zu vergewissern, ob die Handwerker entsprechend den Vorgaben und Anweisungen arbeiten; diese Kontrollen sollten zu Beweis Zwecken **dokumentiert** werden.

## **6. Gesamte Vergütung vor Einbau zu zahlen: AGB-Klausel unwirksam!**

**Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Lieferanten einer von ihm einzubauenden Küche "Der Kaufpreis ist spätestens bei Anlieferung der Kaufgegenstände ohne Abzug zu bezahlen." ist unwirksam.**

BGH, Urteil vom 07.03.2013 - [VII ZR 162/12](#) vorhergehend:

OLG Karlsruhe, 03.05.2012 - [9 U 74/11](#)  
LG Konstanz, 25.03.2011 - 5 O 332/10

### **Problem/Sachverhalt**

Der Auftraggeber (AG) beauftragte den Lieferanten (L) mit Planung, Herstellung und Einbau einer Küche. Nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des L ist der "Kaufpreis spätestens bei Anlieferung der Kaufgegenstände ohne Abzug zu bezahlen". Die Parteien vereinbarten, dass der AG abweichend nur 21.300 Euro im Voraus zu zahlen hatte und 2.500 Euro bei mangelfreiem Einbau der Küche. Den Einbau führte L nicht fachgerecht aus, weshalb der AG 5.500 Euro zurückbehält. L meinte, zur Mängelbeseitigung nur verpflichtet zu sein, wenn die Vergütung bis auf die vereinbarten 2.500 Euro vorab gezahlt wird.

### **Entscheidung**

Nach § [320](#) Abs. 1 Satz 1 BGB kann im Rahmen eines gegenseitigen Vertrags jede

Vertragspartei ihre Leistung bis zum Bewirken der Gegenleistung verweigern, wenn sie nicht zur Vorleistung verpflichtet ist. Im **Werkvertragsrecht** ergibt sich eine **Vorleistungspflicht des Unternehmers** aus § [641](#) Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach entsteht der Werklohnanspruch erst mit der Abnahme des Werks. Im **Kaufrecht** kann der Verkäufer den **Kaufpreis Zug um Zug gegen Lieferung und gegebenenfalls - wie hier - Montage** (BGB § [434](#) Abs. 2) einer mangelfreien Sache verlangen. Der Unternehmer bzw. Verkäufer darf danach eine **Mängelbeseitigung nicht von der vorherigen vollständigen Bezahlung der Vergütung abhängig** machen, wenn er diese **nicht wirksam vereinbart** hat. Die Parteien hatten durch die Einbeziehung der **AGB** des L abweichende Regelungen getroffen, die dem AG die Verpflichtung auferlegten, zumindest den wesentlichen Teil des Kaufpreises bzw. Werklohns spätestens bei Lieferung zu zahlen. Diese Vereinbarungen haben die gesetzliche Regelung nicht wirksam abbedungen. Sie halten einer Wirksamkeitskontrolle nicht stand, weil sie **mit wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes nicht zu vereinbaren** sind und für diese Art der Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des AG **kein sachlicher Grund** besteht. Die AGB sind nicht mit § [641](#) Abs. 1 Satz 1 BGB zu vereinbaren. Die Regelung ist Ausdruck eines formularmäßig nicht abänderbaren Gerechtigkeitsgebots. Der Besteller soll grundsätzlich **erst zur Zahlung verpflichtet** sein, wenn das **Werk vollständig hergestellt** ist. Die AGB sind zudem nicht mit § [320](#) Abs. 1 Satz 1 BGB zu vereinbaren. Dieser Regelung kommt ebenfalls Leitbildfunktion zu. Die Vereinbarung der vollständigen Zahlung, bevor der Verkäufer/Unternehmer mit der von ihm geschuldeten Montage als Hauptleistungspflicht begonnen hat, führt zu einer **Vorleistungspflicht des Käufers/Bestellers**, die mit der **synallagmatischen Verknüpfung der kaufrechtlichen/werkvertraglichen Hauptleistungspflichten nicht zu vereinbaren** ist.

### Praxishinweis

Das Berufungsgericht hat den Vertrag als Werkvertrag und nicht als Kaufvertrag im Sinne des § 651 BGB qualifiziert. Der BGH neigt dazu, dieser Bewertung zuzustimmen, da es das Ziel des Vertrags war, auf der Grundlage der handwerklichen Fachkenntnisse der Beklagten durch Einbau und Einpassung einen funktionalen Küchenraum zu schaffen und die dazu notwendigen Montage- und Bauleistungen dem Vertrag die maßgebliche Prägung geben. Da aber sowohl bei der Anwendung von Werkvertrags- als auch Kaufrecht dem Auftraggeber der geltend gemachte Anspruch zusteht, sieht der Senat davon ab, dem EuGH vorzulegen.

## 7. Hersteller haftet noch nach Jahrzehnten wegen mangelhafter Baustoffe!

**Werden Baustoffe trotz Bedenken des jeweiligen Bundesverbands produziert und auf den Markt gebracht, ohne dass vorher alle technisch notwendigen Prüfungen durchgeführt werden, um ein Schadenspotenzial auszuschließen, wird eine Schädigung im Sinne des § 826 BGB billigend in Kauf genommen.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.04.2013 - [5 W 9/13](#)

### Problem/Sachverhalt

Der Bauherr errichtete mit vom Hersteller (H) produzierten Kalksandsteinen im Jahr 1990 ein Einfamilienhaus. Bei der Herstellung dieser Steine verwendete H statt des Rohstoffs Branntkalk einen weit günstigeren Zuschlagstoff, womit eine erhebliche Kosteneinsparung einherging. Bevor H die Steine auf den Markt brachte, erbat er vom Bundesverband der Kalksandsteinindustrie Auskunft, ob der verwendete Stoff beden-

kenlos eingesetzt werden könne. Dieser wies darauf hin, dass Schäden am Stein in der Zukunft denkbar seien, und empfahl die Durchführung weiterer Prüfungen, die jedoch nicht durchgeführt wurden. Im Jahr 2011 zeigten sich Schäden an den verbauten Steinen, die die Standsicherheit des ganzen Hauses beeinträchtigten. Für die auf Feststellung gerichtete Klage beantragte der Bauherr die Bewilligung von Prozesskostenhilfe. Dieser Antrag wurde durch das Landgericht mangels Erfolgsaussichten der Klage zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Bauherr mit seiner Beschwerde.

### Entscheidung

Mit Erfolg! Das OLG hilft der sofortigen Beschwerde des Bauherrn ab. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ist zwar nicht gegeben, da bei wirtschaftlicher Betrachtung der Fehler der Kalksandsteine von Anfang an dem Haus als Gesamtsache anhaftete und aufgrund dieser Stoffgleichheit eine Eigentumsverletzung nicht vorliegt. Allerdings ist ein **Anspruch nach § 826 Abs. 1 BGB** schlüssig dargelegt. H hatte durch die Auskunft des Bundesverbands **konkrete Anhaltspunkte** dafür, dass die **von ihm hergestellten Steine nicht hinreichend stabil** sein könnten. Aufgrund dieser Anhaltspunkte war er gehalten, **alle technisch möglichen Untersuchungen durchführen** zu lassen, um die **Stabilität sicherzustellen**. In dem Umstand, dass H die **Steine dennoch in Verkehr gebracht** hatte, liegt ein erhebliches Indiz, dass er sich im Hinblick auf die zu erzielenden Kostenersparnisse und die damit einhergehende Gewinnmaximierung **bewusst der Erkenntnis einer wegen der nicht ausreichenden Prüfung weiterhin bestehenden Gefahr verschlossen** und dadurch eine **Schädigung seiner Kunden billigend in Kauf genommen** hatte. Eine sittenwidrige und vorsätzliche Handlung der Geschäftsführung des H könnte daher vorliegen.



### **Praxishinweis**

---

H wird im Folgeverfahren zwar sicherlich mit Erfolg einwenden können, eine Schädigung seiner Kunden durch Instabilität der Steine nicht gewollt zu haben. Aufgrund der statischen Bedeutung der Steine für das ganze Haus und der vorgebrachten Bedenken des Bundesverbands wird er dieses aber wohl billigend in Kauf genommen haben, welches gerade vor dem Hintergrund des hierdurch zu erzielenden höheren Gewinns auch

plausibel ist. Da Schadensersatzansprüche nach § 1 Abs. 1 ProdHaftG 10 Jahre nach Inverkehrbringen erlöschen, ist in vergleichbaren Fällen eine Recherche nach geltend gemachten Bedenken bezüglich des Baustoffs bei den jeweiligen Fachverbänden, Gremien oder Sachverständigen ein sehr probates Mittel zur Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs.