

Herausgeber: **Dr. Bernd Siebert, RA und FA für Bau- und Architektenrecht**

Erscheinungsdatum:  
09.05.2023

Erscheinungsweise:  
monatlich

**5/2023**

**Inhaltsübersicht:**

- Anm. 1**     **§ 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) ist bei isolierter Inhaltskontrolle unwirksam**  
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19.01.2023, VII ZR 34/20  
von Prof. Karl Heinrich Schonebeck, RA und FA für Bau- und Architektenrecht,  
Anwaltspartnerschaft von Appen, Fischer & Schonebeck mbB, Oldenburg
- Anm. 2**     **VOB/B-Vertrag: Unwirksamkeit einer Teilkündigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B**  
Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.12.2022, 5 U 232/21  
von Josie Charwat, RA'in, KSB INTAX v. Bismarck PartGmbH, Hannover
- Anm. 3**     **AGB-Klausel eines Bauvertrages: Vereinbarung eines bestimmten Produkts sowie der Zulässigkeit eines gleichwertigen Produkts; Sachmangel durch Einbau eines anderweitigen gleichwertigen Produkts; außerordentlicher Kündigungsgrund**  
Anmerkung zu OLG Celle, Urteil vom 14.12.2022, 14 U 44/22  
von Prof. Dr. Reinhold Thode, RiBGH a.D.
- Anm. 4**     **Berechnung des Werklohnanspruchs aus einem VOB/B-Vertrag nach Kündigung durch den Auftraggeber**  
Anmerkung zu OLG Brandenburg, Urteil vom 20.10.2022, 12 U 37/21  
von Dr. Marvin Lederer, RA, Heuking Kühn Lüer Wojtek PartGmbH
- Anm. 5**     **Zur Abgrenzung eines Werkvertrages vom Kaufvertrag bei einem Vertrag über die Lieferung und Montage von Bauwerksprodukten**  
Anmerkung zu LG Karlsruhe, Urteil vom 23.11.2022, 6 O 195/20  
von Dipl.-Ing. (FH) Andreas Fligg, RA und FA für Bau- und Architektenrecht,  
Anwaltspartnerschaft von Appen, Fischer & Schonebeck mbB, Oldenburg
- Anm. 6**     **Insolvenzabhängige Lösungsklausel: Zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen**  
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.10.2022, IX ZR 213/21  
von Hans Christian Schwenker, RA und FA für Bau- und Architektenrecht, add LEGAL  
Rechtsanwälte Hannover

**Zitiervorschlag:** Schonebeck, jurisPR-PrivBauR 5/2023 Anm. 1  
**ISSN 1863-4729**

die Auslegung der Willenserklärungen beider Vertragsparteien (BGH, Urt. v. 20.07.2022 - VIII ZR 183/21 - ZIP 2022, 1709 mit krit. Anm. Thode, jurisPR-BGHZivilR 9/2023 Anm. 1 unter D).

Die Feststellung der Gleichwertigkeit von Objekten ist ein Werturteil, das auf einem Vergleich beruht. Die Gleichwertigkeit setzt nach der Logik des Gleichheitssatzes voraus, dass zwei Objekte, die eine Übereinstimmung, das tertium comparationis, aufweisen, auf relevante Unterschiede zwischen beiden Objekten überprüft werden. Diese Prüfung setzt voraus, dass die Vertragsparteien Kriterien festlegen, die für die Bestimmung der relevanten Unterschiede maßgeblich sein sollen. Das Ergebnis dieser Prüfung bildet die Grundlage für die Entscheidung, ob das als gleichwertig angebotene Objekt in Hinblick auf die vertraglichen Anforderungen an das Leitobjekt, dessen Ausführung und die geschuldeten werkvertraglichen Funktionen, den festgelegten Kriterien nach als gleichwertig anzusehen ist.

Abgesehen von diesen rechtlichen Erwägungen sollte in der Vertragspraxis die Vereinbarung einer gleichwertigen Leistung vermieden werden, weil sie Konflikte über die Frage der Gleichwertigkeit begünstigt. Wenn die Möglichkeit einer gleichwertigen Leistung vertraglich vorgesehen ist, sollten die Vertragsparteien Kriterien für die Bewertung als gleichwertig vertraglich vereinbaren.

## 4

### **Berechnung des Werklohnanspruchs aus einem VOB/B-Vertrag nach Kündigung durch den Auftraggeber**

#### **Leitsätze:**

**1. Im Falle einer freien Kündigung des Bauvertrages hat der Auftragnehmer seinen Anspruch auf die Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen einschließlich der ersparten Aufwendungen darzulegen.**

**2. Hat der Auftragnehmer den Preis „im Kopf kalkuliert“, muss er die maßgeblichen Preisermittlungsgrundlagen nachträglich zusammenstellen und dabei die ersparten Aufwendungen konkret darlegen.**

**3. Erspart werden u.U. sowohl Material- und Fahrtkosten als auch Kosten für den Einsatz von Arbeitskräften. Allgemeine Geschäftskosten sowie alle Kosten im Betrieb des Auftragnehmers, die unabhängig vom gekündigten Bauvertrag ohnehin entstanden wären, fallen nicht unter die ersparten Aufwendungen.**

Anmerkung zu OLG Brandenburg, Urteil vom 20.10.2022, 12 U 37/21

von **Dr. Marvin Lederer**, RA, Heuking Kühn Lüer Wojtek PartGmbH

#### **A. Problemstellung**

Die Kündigung von Bauverträgen geht vielen Auftraggebern schneller und einfacher von der Hand als es mit Blick auf die Folgen einer Kündigung zu erwarten wäre. Nicht selten stellt sich eine vom Auftraggeber erklärte Kündigung aus wichtigem Grund nach Prüfung durch das Gericht als unwirksam heraus; mit der Folge, dass eine sogenannte freie Teilkündigung des Auftragsgebers vorliegt. Die vergütungsrechtlichen Folgen in diesem Fall sind allgemein bekannt und ergeben sich aus § 648a BGB. Danach hat der Unternehmer das Recht, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Dass die gesetzliche Vermutung in § 648 Satz 2 BGB, wonach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenen Vergütung zustehe, deutlich zu niedrig liegen kann, zeigt das Urteil des OLG Brandenburg vom 20.10.2022 (Az. 12 U 37/21).

#### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Die Klägerin macht Ansprüche nach gekündigtem Werkvertrag geltend. Im Jahr 2014 wurde sie von der Beklagten beauftragt, 30 Edelstahlrohrschornsteine zu einem Preis von insgesamt 64.230 Euro netto zu liefern und zu montieren. Dem Vertrag lag das Angebot der Klägerin zugrunde, wonach die Edelstahlrohrschornsteine zu einem Preis von 2.253,63 Euro netto zu liefern

und montieren wären, abzüglich eines Nachlasses von 5% sowie einem Skonto von 2% bei fristgerechter Zahlung durch die Beklagte. Nach Beginn der Ausführung stellte die Klägerin eine Abschlagsrechnung i.H.v. 5.400 Euro, auf die die Beklagte abzüglich 2% Skonto 5.292 Euro zahlte. Im Anschluss kündigte die Beklagte den Vertrag ohne wichtigen Grund. Die Klägerin legt hierauf Ende 2017 Rechnung über die erbrachten und nicht erbrachten Leistungen mit einer offenen Restforderung i.H.v. 30.703,87 Euro. Diesen Betrag macht die Klägerin mit der Klage geltend. Zur Substantiierung der Klageforderung hat die Beklagte vorgetragen, dass als ersparte Aufwendungen von der Vergütung i.H.v. 64.230 Euro folgende Punkte in Abzug zu bringen seien:

- Materialkosten i.H.v. 28.534,05 Euro (31.433,40 Euro abzüglich bereits erbrachter Leistungen).
- Lohnkosten i.H.v. 4.477,20 Euro.
- Fahrtkosten i.H.v. 300 Euro.

So errechnete sich ein Gewinn i.H.v. 30.918,75 Euro, zu dem ein Betrag i.H.v. 5.035,86 Euro für bereits erbrachte Leistungen zuzüglich eines entgangenen Gewinns hinzuzurechnen sei.

Die Beklagte hat sich im Wesentlichen damit verteidigt, dass der von der Klägerin geltend gemachte Gewinn von über 70% illusorisch hoch sei und die von ihr eingeholten Angebote renommierter Firmen so deutlich übersteige, dass die von der Klägerin dargestellte Kalkulation vermeintlich ersparter Aufwendungen nicht stimmen könne.

Das Landgericht hat – nach Einholung eines Sachverständigengutachtens – die Beklagte zur Zahlung von knapp 28.000 Euro verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Klägerin ihre ersparten Aufwendungen schlüssig vorgetragen habe. Die Beklagte habe den Nachweis höherer ersparter Kosten nicht geführt.

Die von der Beklagten gegen das Urteil des LG Frankfurt (Oder) eingelegte Berufung bei dem OLG Brandenburg hat im Wesentlichen keinen Erfolg. Im Wesentlichen hat das OLG zur Begründung ausgeführt, dass die Klägerin die in Folge der freien Kündigung ersparten Aufwendungen schlüssig dargelegt habe. Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin ihre Auftragskalkulation zunächst nur „im Kopf“ erstellte und

für den Prozess nachträglich verschriftlichen musste (BGH, Urt. v. 07.11.1996 - VII ZR 82/95). Der Unternehmer muss sich nicht gefallen lassen, dass die Abrechnung ersparter Aufwendungen in Folge einer freien Teilkündigung durch den Auftraggeber ihm Vorteile aus dem geschlossenen Vertrag nimmt. Andererseits darf auch er keinen Vorteil aus der Kündigung ziehen. Die in dem Gesetz vorgesehene Pauschalierung – vgl. § 649 BGB a.F., § 648 BGB – erleichtert nicht die Beweislast, sondern nur die sekundäre Darlegungslast des Unternehmers (BGH, Urt. v. 05.05.2011 - VII ZR 181/10; Reiter in: BeckOGK, 01.04.2021, § 648 BGB Rn. 139, 144, 146). Erspart werden deshalb Material- und Fahrtkosten sowie auch ggf. Kosten für den Einsatz von Arbeitskräften. Allgemeine Geschäftskosten sowie Kosten im Betrieb des Auftragnehmers, die unabhängig vom gekündigten Bauvertrag ohnehin entstanden wären, stellen jedoch keine ersparten Kosten dar. Sie werden vom Auftragnehmer unabhängig von der Kündigung für das Geschäftsjahr seines gesamten Betriebes kalkuliert und sind den einzelnen Aufträgen zuzuordnen, sei es umsatzbezogen oder für eine bestimmte Bauzeit. Sie können allenfalls durch einen anderweitigen Erwerb gedeckt werden (OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.07.2015 - 5 U 53/14). Hat der Auftragnehmer eine den vorgenannten Anforderungen entsprechende Abrechnung vorgelegt, ist der Auftraggeber darlegungs- und beweisbelastet dafür, dass höhere Ersparnisse oder mehr anderweitiger Erwerb vom Auftragnehmer erzielt wurden (BGH, Urt. v. 05.05.2011 - VII ZR 181/10).

Gemessen an diesen Anforderungen sei die Berufung im Wesentlichen zurückzuweisen, weil der Beklagten der notwendige Nachweis für höhere ersparte Aufwendungen der Klägerin nicht gelungen sei. Da die Klägerin konkret bezogen auf ein der Kalkulation zugrunde liegendes Angebot die von ihr ersparten Aufwendungen berechnet hat, ist der Versuch der Beklagten, durch Sachverständigengutachten beweisen zu wollen, dass andere Firmen den von der Klägerin behaupteten Gewinn nicht einmal ansatzweise erreichen könnten, nicht statthaft. Dem steht nicht entgegen, dass – auch nach Überzeugung des OLG Brandenburg – der von der Klägerin kalkulatorisch dargestellte Gewinn ungewöhnlich hoch sei. Die von der Klägerin erzielten Gewinne durch Rabatte bei ihren Zulie-

ferern/Subunternehmen dürften ihr aber nicht genommen werden.

### C. Kontext der Entscheidung

Das Urteil des OLG Brandenburg liegt auf einer Linie der herrschenden Literatur und Rechtsprechung. Das Dogma einer Fortschreibung von dem geschlossenen Vertrag zugrunde liegenden Vor- und Nachteilen ist im Werk- und Bauvertragsrecht allgemein anerkannt. Ein Vertrauen des Auftraggebers auf marktübliche Gewinne gibt es ebenso wenig wie eine Orientierung an dem § 649 BGB kodifizierten 5%-Marke. Kann der Auftragnehmer seinen geltend gemachten Gewinn – auch nachträglich – schlüssig darlegen, ist es unerheblich, dass dieser ungewöhnlich hoch ist.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil des OLG Brandenburg zeigt erneut, wie wichtig es ist, dass Bauverträgen Regelungen zugrunde gelegt werden, die speziell den Fall von Kündigungsfolgen betreffen. Es ist den Parteien unbenommen, bereits bei Vertragsschluss zu vereinbaren, welchen Teil der Vergütung der Auftragnehmer im Fall einer freien Kündigung des Auftraggebers noch verlangen kann. Von dieser Regelungsmöglichkeit wird in Architektenverträgen regelmäßig Gebrauch gemacht. Eine einheitliche Vertragspraxis bei Bauverträgen hat sich hierzu bisher noch nicht herausgebildet.

## 5

### Zur Abgrenzung eines Werkvertrages vom Kaufvertrag bei einem Vertrag über die Lieferung und Montage von Bauwerksprodukten

#### Leitsätze:

**1. Werden Verträge über die Lieferung von Fenstern mit Montageverpflichtung für Außenwände an Gebäuden geschlossen, so ist grundsätzlich - sei es bei der Errichtung eines Neubaus, oder im Zuge von Renovierungsarbeiten - von einem Werkvertrag auszugehen.**

**2. Dem Einbau der Außenfenster kommt aus den verschiedensten Gesichtspunkten für die Funktionstauglichkeit eines Gebäudes erhebliche Bedeutung zu: der Belichtung, der Belüftung, dem Schallschutz, der Wind- und Regendichtigkeit, der Steuerung der Innentemperaturen, ihrem Anteil an der Wärmedämmung des Gebäudes, dem Einbruchschutz oder sogar der Kommunikation der Bewohner mit den Menschen im Außenbereich.**

Anmerkung zu LG Karlsruhe, Urteil vom 23.11.2022, 6 O 195/20

von **Dipl.-Ing. (FH) Andreas Fligg**, RA und FA für Bau- und Architektenrecht, Anwaltspartnerschaft von Appen, Fischer & Schonebeck mbB, Oldenburg

### A. Problemstellung

Das LG Karlsruhe beschäftigte sich mit der Frage, ob ein Vertrag über die Lieferung und Montage von Fenstern den werkvertraglichen oder den kaufvertraglichen Vorschriften unterliegt. Außerdem wurde im konkreten Fall geklärt, ob ein Mangel der Leistung des Unternehmers vorliegt, da die Erwartungen des Bauherrn an gleichbleibenden Fenstergrößen nicht erfüllt wurden.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin ist ein Fensterbauunternehmen. Diese vertreibt, montiert und liefert Kunststofffenster, Rollläden, Markisen und Haustüranlagen. Im Rahmen einer Verbrauchermesse am 12.11.2018 bestellte der zwischenzeitlich verstorbene Ehemann der Beklagten zusammen mit dieser insgesamt zwölf Kunststofffenster mit einer Serienverglasung, vier Außenfensterbänke und zwei aufgesetzte Rollläden mit Kurbelantrieb zu einem Preis von 11.000 Euro, wobei hiervon der Kostenanteil der Montage ca. 1.500 bis 2.000 Euro betrug. Gegenstand des Vertrages war nicht nur die Lieferung der bestellten Gegenstände, sondern auch die Demontage der alten Fenster sowie die Montage einschließlich fachgerechter Installation der neuen Elemente. Im Rahmen der Vertragserfüllung wurde vor Ort durch den Unternehmer