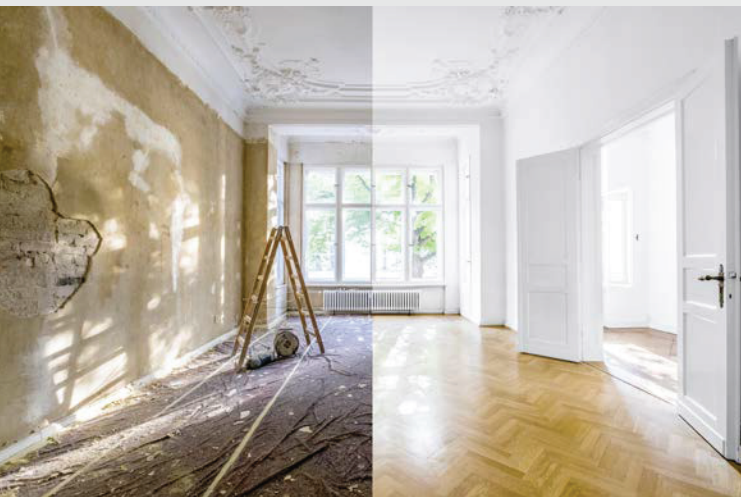


# Der Sanierungsvorsprung

Fachmagazin zur Beurteilung, Sanierung und Vermeidung von Bauschäden



## SCHWERPUNKT

### Feuchtfreie Altbauten

- **PROJEKTBERICHT**  
Feuchtfreie Altbausanierung
- **DENKMALGESCHÜTZTE GEBÄUDE**  
Nachträgliche Bauwerksabdichtung  
im Fokus
- **DACHAUSBAU**  
Tauwasserschutz und Luftdichtheit
- **IM ÜBERBLICK**  
Gewährleistungsurteile 2023





Bild: © Davvid – stock.adobe.com

(1) Urteile und Beschlüsse zu Baumängeln aus dem Jahr 2023 veranschaulichen Fehleinschätzungen aus der Baupraxis

# Rechtsprechung 2023

## Die wichtigsten Gewährleistungsurteile für die Baupraxis kurz kommentiert

**A**uch im vergangenen Jahr wurden bemerkenswerte Urteile veröffentlicht, die sich mit der Haftung des Unternehmers für Baumängel beschäftigen. Auch im vergangenen Jahr wurden bemerkenswerte Urteile veröffentlicht, die sich mit der Haftung des Unternehmers für Baumängel beschäftigen. Nachfolgend werden insbesondere Urteile vorgestellt, die weit verbreitete Fehlvorstellungen der bauwirtschaftlichen Praxis richtigstellen sollen.

■ Von Thomas Karczewski

### Kein Mangel trotz Ausführung entgegen den anerkannten Regeln der Technik!

Der Eigentümer eines Einfamilienhauses beauftragt den Unternehmer mit der Herstellung einer Horizontalsperre zur Abdichtung des Kellers. Nach der Abnahme rügt der Eigentümer einen Mangel der Abdichtung. Die Bauausführung verstoße u. a. gegen die anerkannten Regeln der

Technik, weil der Unternehmer die zwingend erforderliche Voruntersuchung unterlassen habe. Deshalb verweigert der Eigentümer die Restwerklohnforderung des Unternehmers, die dieser einklagt. Das OLG Brandenburg<sup>1</sup> gibt dem Unternehmer recht. Zwar stelle ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik grundsätzlich einen Mangel dar. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn sich der Verstoß nicht

<sup>1</sup> OLG Brandenburg, Urt. vom 28.09.2023 – 10. 21/23

nachteilig auswirkt und Gebrauchsnachteile nicht erkennbar sind. Dafür ist der Unternehmer darlegungs- und beweispflichtig. Dies ist im vorliegenden Fall gelungen. Zwar hat der Unternehmer vor der Herstellung der Horizontalsperre durch Injektion keine Bauzustandsanalyse vorgenommen, insbesondere keine Feststellung zur Durchfeuchtung der einzelnen Bauteile getroffen, wodurch er gegen die anerkannten Regeln der Technik verstoßen hat. Der Unternehmer hat aber bewiesen, dass seine Horizontalabdichtung erfolgreich war. Die Vergleichsmessungen durch den Sachverständigen haben ergeben, dass die Feuchtigkeitswerte in den Wänden des Einfamilienhauses erheblich gesunken sind. Die verbleibende Feuchtigkeit ist darauf zurückzuführen, dass der Austrocknungsprozess, der bei einem alten Haus, das über Jahre Feuchtigkeit gespeichert hat, zehn Jahre andauern kann, noch nicht abgeschlossen ist.

Das Urteil stellt eine Einzelfallentscheidung dar und ist sicher nicht verallgemeinerungswürdig. Dennoch ist zu beachten, dass die Einhaltung der Regeln der Technik den Schutz des Auftraggebers vor nachteiligen Folgen aus den Mängeln dient, aber kein Selbstzweck ist. Wenn mit Sicherheit feststeht, dass bei einer fehlerhaften Ausführung kein Schaden und keine Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit entstehen kann, ist eine Haftung des Unternehmers wegen Verstoßes gegen die anerkannten Regeln der Technik nicht gerechtfertigt. Darauf hat schon das OLG Nürnberg hingewiesen<sup>2</sup>. Anders jedoch das nachfolgende Urteil.

### Ein Mangel liegt auch ohne Schaden vor

Ein Architekt wird mit der Planung und Bauüberwachung eines Doppelhauses beauftragt. Das Dach des Doppelhauses wird entsprechend der Planung als sog. „Warmdach“ in einer Dicht-Dicht-Konstruktion ausgeführt, die zur damaligen Zeit nicht mehr den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Nach der Abnahme tritt im Dachaufbau einer Doppelhaushälfte Feuchtigkeit auf. Die Bauherren fordern vom Architekten die Mängelbeseitigung durch den Rückbau der Dachkonstruktion beider Doppelhaushälften und Austausch der Dampfsperre (diffusionsdicht) durch eine Dampfbremse (diffusionshemmend). Der Architekt meint, dass die verlangte Gesamtanierung unverhältnismäßig sei, weil die zweite Doppelhaushälfte bislang keine Feuchtigkeitsschäden aufweise. Dem folgt das OLG Stuttgart<sup>3</sup> nicht und verurteilt den Architekten. Ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik führt eine Schadensneigung herbei, die möglicherweise erst in Jahren zu einem Schadensbild führt. Der Auftraggeber muss nicht warten, bis sich dieser Schaden realisiert hat. Die erstellte Dachkonstruktion ist überdies mit Risiken behaftet, die unter normalen Bedingungen früher oder später zu Schäden führen wird. Es ist deshalb nicht unverhältnismäßig i.S.d. § 635 Abs. 3 BGB, die Mangelursache bereits vorbeugend vor Eintritt von Schadensbildern dieser Ursache zu beseitigen.

### Die Abweichung von einem vom Auftraggeber ausgewählten Material stellt einen Mangel dar

Der Auftraggeber beauftragt einen Putzer mit Innenputzarbeiten in seinem Wohnhaus. Der Vertrag sieht ursprünglich einen reinen Kalkputz vor. Die Ausführung wird aufgrund eines Einwands des Putzers geändert in einen Kalk-Gips-Putz. Trotz der Absprache verarbeitet der Putzer in den meisten Räumen einen Gips-Kalk-Putz und in den Feuchträumen Zementputz. Die Materialdivergenzen fallen dem Auftraggeber auf, weshalb er Nachbesserung verlangt, die der Putzer verweigert. Das OLG München<sup>4</sup> verurteilt ihn deshalb auf Vorschuss. Die Einwilligung des Auftraggebers in einen Kalk-Gips-Putz durfte der Putzer nur dahingehend verstehen, dass dieser einen Putz mit einem Kalkanteil von über 50 % meinte, zumal er erwähnte, einen möglichst hohen Kalkanteil zu verwenden. Damit stellt die Verwendung eines Gips-Kalk-Putzes mit einem Kalkanteil von unter 50 % einen Mangel dar. Dies gilt insbesondere für die mit Zementputz bearbeiteten Feuchträume. Es steht dem Auftraggeber frei, zu entscheiden, welche Materialien dieser in welcher Ausführung in sein Bauwerk einbringen lässt. Es war die Intention des Auftraggebers, ein besseres Gefühl, einen besseren Schutz der Gesundheit und einen vorteilhaften Erhalt der Bausubstanz durch die Verwendung eines Putzes mit einem hohen Kalkanteil zu erreichen. Es spielt daher keine Rolle, wenn der Innenputz mit einem niedrigeren Kalkanteil „genauso gut“ ist und den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht.

### Der Auftragnehmer haftet auch für Fehler der von ihm übernommenen Ausführungsplanung

Der Generalunternehmer (GU) beauftragt den Nachunternehmer (NU) auf der Grundlage einer Entwurfsplanung und eines Leistungs-

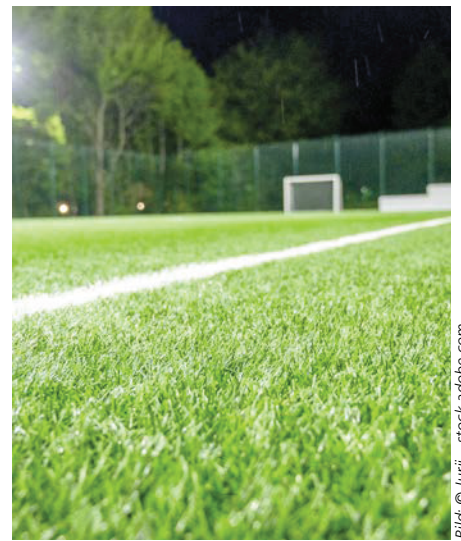


Bild: © Juri – stock.adobe.com

(2) Mängel an einem Kunstrasensportplatz scheinen wie offensichtliche Zeichen fehlender Fachkenntnisse des Nachunternehmers. Doch das entschuldigt keine unzureichend eigenständige Planung.

verzeichnis (LV) mit der Herstellung eines Kunstrasensportplatzes. In einer LV Position wird dem NU auch die „Ausführungsplanung“ für den Sportplatz übertragen. Wegen gravierender Mängel des Sportplatzes, die auf die unzureichende Ausführungsplanung zurückzuführen sind, nimmt der GU den NU auf 900.000 Euro Mängelbeseitigungskosten in Anspruch. Der NU verteidigt sich damit, dass er keine Ausführungsplanung schuldet und ihm für die Erstellung die erforderlichen Fachkenntnisse fehlen.

Dies lässt das OLG Köln<sup>5</sup> nicht gelten und verurteilt den NU. Dieser ist zur Ausführungsplanung verpflichtet gewesen. Der im LV verwendete Begriff hat vom objektiven Empfängerhorizont aus nur dahin verstanden werden können, dass damit eine Ausführungsplanung i. S. d. HOAI gemeint ist. Dies ergibt sich u. a. aus der Tatsache, dass das LV von einem Ingenieurbüro gefertigt worden ist. Schließlich ist der NU ein in der Branche bekanntes Unternehmen mit jahrzehntelanger Erfahrung auch mit Großprojekten. Mit der Aufnahme der Position „Ausführungsplanung“ in das LV hat der GU in kaum überbietbarer Deutlichkeit klargestellt, dass er mit dem LV zwar den Vertragsschluss vorbereiten, die Ver-

<sup>4</sup> OLG München, Beschl. vom 14.04.2021 – 20 U 6129/20 Bau; BGH, Beschl. vom 21.06.2023 – ZR 439/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

<sup>5</sup> OLG Köln, Beschl. vom 09.03.2021 – 1923/20; BGH, Beschl. vom 10.05.2023 – VII ZR 289/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

<sup>2</sup> OLG Nürnberg, Urt. vom 25.07.2002 – 13 U 979/02  
<sup>3</sup> OLG Stuttgart, Urt. vom 28.03.2023 – 10 U 29/22



antwortung für die Ausführungsplanung aber unabhängig von dessen Inhalt vollständig dem NU überbürden wollte. Ein mit der Erbringung von Planungsleistungen beauftragter Unternehmer kann nicht einwenden, dass er nicht über die erforderlichen Fachkenntnisse für die Erstellung einer fachgerechten Ausführungsplanung verfügt. Notfalls hat er sich diese Kenntnisse durch den Einsatz von Sonderfachleuten zu verschaffen. Die Ausführungsplanung ist mangelhaft, da sie unzutreffende Angaben des LV nicht korrigiert und maßgebliche DIN-Normen nicht beachtet hat. Deren Kenntnis ist vom NU mindestens zu erwarten gewesen.

### Bodenleger muss den Fußbodenaufbau untersuchen

Ein Bodenleger wird beauftragt, im Erdgeschoss eines nicht unterkellerten Gebäudes einen Vinylboden zu verlegen. Er trifft auf folgende Bestandsituation: Terrazzoboden auf einer Tragschicht aus Zement, die unmittelbar auf dem sandigen Untergrund aufsteht, ohne dass Dämmung, Folienquerung oder eine sonstige Feuchtigkeitssperre vorhanden ist. Der Bodenleger prüft die Feuchtigkeit des Terrazzobodens, fräst ihn ab, säubert und spachtelt ihn und klebt schließlich den Vinyl-Boden auf. In der Gewährleistungszeit hebt sich der Vinyl-Boden ab und bildet eine Stolpergefahr. Ursache ist eine Versteifung des verwendeten Klebstoffs aufgrund ständiger Feuchtigkeitseinwirkung. Die Feuchtigkeit kommt aus dem nicht abgedichteten Unterbau und kann durch den PVC-Belag nicht entweichen, sodass sie sich im Kleber sammelt, der der Feuchtigkeitsbelastung nicht standhält. Beim ursprünglichen Bodenbelag konnte die Feuchtigkeit durch die unbehandelte Terrazzoschicht aufsteigen und verdunsten. Der Auftraggeber fordert den Bodenleger zur Nachbesserung auf. Der Bodenleger verweigert die Nachbesserung, weshalb ihn der Auftraggeber auf Mängelbeseitigungskosten in Anspruch nimmt.

Zu Recht, wie das OLG Bamberg<sup>6</sup> meint. Der Bodenbelag wird seinem Zweck nicht ge-

<sup>6</sup> OLG Bamberg, Urt. vom 24.08.2023 – 12 U 58/22



Bild: © eigenlykleymeroviz – stock.adobe.com

(3) Eine vom Auftragnehmer fehlerhaft installierte Gegensprechanlage wird nach ausbleibender Nachbesserung und einer sachverständigen Beurteilung vom Auftraggeber ersetzt. Der Auftragnehmer trägt die Kosten, auch wenn er auf kostengünstigere Sanierungsalternativen verweist.

recht, weil er Stolperfallen bietet, sodass ein Mangel vorliegt, für den der Bodenleger verantwortlich ist. Die Problematik der Wasserdurchlässigkeit des Vinyl-Bodens ist erkennbar gewesen. Zwar hat der Bodenleger keinen Bohrkern ziehen müssen, um die Beschaffenheit des Untergrunds aufzuklären. Er hätte jedoch Erkundigungen einholen müssen. Bei einem erdberührten Gebäude muss erfragt werden, welche Dichtung eingebaut ist. Auch ohne zerstörende Prüfung hätte das Fehlen einer Dichtung erkannt werden können, etwa durch Aufkleben einer Probefolie. Demgegenüber ist die durchgeführte Messung nicht aussagekräftig gewesen, weil sie von Zufälligkeiten (Trocknung durch Luftzug etc.) abhängt und keinen Aufschluss über nachziehende Feuchtigkeit gibt.

Das Urteil zeigt die schmerzhaften Konsequenzen der verschuldensunabhängigen Haftung für den Unternehmer auf. Nach ihr haftet er auch dann, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers zurückzuführen ist, § 13 Abs. 3 1. Alt. VOB/B. Von dieser Haftung kann sich der Unternehmer nur befreien, wenn er seiner Prüfbefliegenheit nachkommt und

dem Auftraggeber einen ordnungsgemäßen Hinweis erteilt, § 4 Abs. 3 VOB/B. Eines solchen Hinweises bedarf es nicht, wenn der Auftraggeber einen hypothetischen Bedenkenhinweis zurückgewiesen hätte oder der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit der Vorleistung nicht erkennen konnte. Da es sich bei der Prüf- und Hinweisobliegenheit um einen Haftungsbefreiungstatbestand handelt, muss dieser vom Unternehmer dargelegt und bewiesen werden. Dies ist dem Bodenleger in dem vom OLG Bamberg entschiedenen Fall nicht gelungen.

### Der Auftragnehmer trägt das Risiko einer unwirtschaftlichen Nachbesserung

Ein Bauträger beauftragt eine Firma mit dem Einbau einer Video-/Türöffnung- und Gegensprechanlage in einer Wohnanlage. Nach Abnahme der Leistungen kommt es immer wieder zu Störungen bei den Displays, bei der Sprachübertragung durch die Gegensprechanlage und bei der Klingelanlage. Nachdem Mängelbeseitigungsmaßnahmen der Firma erfolglos bleiben, lässt der Bauträger die komplette Anlage auf Empfehlung eines von ihm beauftragten Sachverständigen austauschen und nimmt die Firma auf Ersatz der Kosten in



Bild: © Eugen Thome – stock.adobe.com

(4) Das zur Reparatur verwendete Teflonband stellt sich als unzureichend heraus. Weitere Nachbesserungen sind zwar teurer als der ursprüngliche Reparaturauftrag, jedoch nicht unverhältnismäßig, solange vom Auftraggeber objektives Interesse an der Nachbesserung besteht.

Höhe von 43.000 Euro in Anspruch. Die Firma wendet ein, ein kompletter Austausch der Anlage sei nicht erforderlich gewesen. Die Erneuerung der Verdrahtung der Anschlüsse in den Wohnungen hätte ausgereicht und nur einen Bruchteil der jetzt verlangten Kosten verursacht.

Das Kammergericht Berlin<sup>7</sup> verurteilt die Firma ebenso wie zuvor das Landgericht und hält den Einwand der Firma für unbegründet. Dem Bauträger als Auftraggeber sind diejenigen Kosten zu erstatten, die für die Mängelbeseitigung erforderlich gewesen sind. Für die Bewertung der Erforderlichkeit ist auf den Aufwand und die damit verbundenen Kosten abzustellen, die er im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Auftraggeber aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung aufwenden konnte und musste. Dabei muss es sich um vertretbare Maßnahmen der Schadensbeseitigung handeln. Der Auftraggeber darf nicht beliebige Kosten produzieren. Die Kosten sind überhöht, wenn eine preiswertere Sanierung, die den vertraglich geschuldeten Erfolg herbei-

führt, erkennbar möglich und zumutbar war. Gleichwohl kann der Auftraggeber, der sich sachverständig beraten lassen hat, Ersatz seiner Aufwendungen auch dann verlangen, wenn sich später herausstellen sollte, dass die von ihm durchgeführte Sanierung zu aufwendig war und eine preiswertere Möglichkeit bestand. Das mit der sachverständig begleiteten Beurteilung einhergehende Risiko einer Fehleinschätzung trägt der Auftragnehmer. Dieser hat deshalb die Kosten selbst dann zu erstatten, wenn sich die zur Mängelbeseitigung ergriffenen Maßnahmen im Nachhinein als nicht erforderlich erweisen. Die Firma als Auftragnehmer ist nur in begrenztem Maße schutzwürdig. Sie ist doppelt vertragsuntreu geworden, denn sie hat sowohl ein vertragswidriges Werk ausgeführt als auch ihre Verpflichtung zur Beseitigung der von ihr verursachten Mängel trotz Aufforderung und Fristsetzung nicht erfüllt.

Das Urteil ist keine Ausnahmeentscheidung, sondern entspricht ständiger Rechtsprechung des BGH<sup>8</sup>.

### Mängel sind zu beseitigen, koste es, was es wolle

Ein Unternehmer wird mit der Reparatur von Sicherungsventilen einer Kälteanlage beauftragt. Zur Dichtung der Verschraubungen hat er ein Teflonband verwendet, das nicht geeignet war. Durch den Kontakt des Teflonbands mit dem verwendeten Kältemittel hat sich das Teflonband im Laufe der Zeit zersetzt, weshalb es zu einem Kältemittelverlust gekommen ist. Der Aufforderung zu Mängelbeseitigung kommt der Unternehmer nicht nach. Der Besteller beauftragt mit der Beseitigung der Undichtigkeit eine Fremdfirma und zahlt dafür 6.700 Euro, die er vom Unternehmer verlangt. Dieser wendet ein, die Nachbesserung sei unverhältnismäßig, weil die Mängelbeseitigungskosten die Auftragssumme von 6.100 Euro übersteigt.

Damit wird der Unternehmer vom OLG Jena<sup>9</sup> nicht gehört. Der Unternehmer kann gemäß § 637 Abs. 1 letzter Halbsatz BGB die Mängelbeseitigung nur verweigern, wenn sie einen

unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Unverhältnismäßigkeit in diesem Sinne ist in aller Regel nur dann anzunehmen, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht. Hat der Besteller objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrags, kann ihm der Unternehmer regelmäßig die Nachbesserung wegen hoher Kosten der Mängelbeseitigung nicht verweigern. Bei der gebotenen Abwägung ist auch von Bedeutung, ob und in welchem Ausmaß der Unternehmer den Mangel verschuldet hat. Danach kommt eine Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung hier nicht in Betracht. Zwar übersteigen die Kosten der Mängelbeseitigung in Höhe von 6.700 Euro die Auftragssumme in Höhe von 6.100 Euro. Das Interesse des Bestellers an der Mängelbeseitigung ist vorliegend objektiv berechtigt, da hiermit die Funktionsfähigkeit der Klimaanlage wiederhergestellt wurde und diese für das Gebäude des Bestellers eine wichtige Anlage darstellt, ihr insbesondere für die Funktion und den Betrieb der gesamten Immobilie eine wesentliche Bedeutung zukommt und sich somit die Reparatur der Klimaanlage auf die Funktionsfähigkeit der gesamten Anlage auswirkt, die weitaus werthaltiger ist.

Der Fall zeigt wieder einmal, dass der Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung von Unternehmern oft falsch eingeschätzt und überbewertet wird.

### BGH: § 4 Abs. 7 VOB/B ist unwirksam – keine Kündigung wegen Mängeln vor Abnahme

Ein Generalunternehmer (GU) beauftragt seinen Nachunternehmer (NU) mit Straßen- und Tiefbauarbeiten. Der GU stellt die VOB/B als Vertragsgrundlage. Während der Bauausführung rügt er mehrfach die Qualität des verbauten Betons an einem Straßenabschnitt und verlangt unter Fristsetzung die Mängelbeseitigung und droht bei fruchtlosem Fristablauf die Kündigung des gesamten Vertrags an. Der NU kommt der Aufforderung zur Mängelbeseitigung, die mit einem Aufwand von ca. 6.000 Euro bei laufendem Betrieb in zwei bis drei Arbeitstagen hätte erledigt werden können, nicht

<sup>7</sup> KG Urt. vom 06.10.2022 – 27 U 1087/20, BGH Beschl. vom 27.09.2023 – VII ZR 201/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

<sup>8</sup> Urt. vom 25.06.2015 – VII ZR 220/14

<sup>9</sup> OLG Jena, Urt. vom 11.07.2023 – 7U 328/20

nach, weshalb der GU den Vertrag kündigt. Der NU hält die Kündigung für nicht berechtigt und verlangt Restwerklohn in Höhe von knapp 2,5 Mio Euro. Der GU fordert Kosten der Ersatzvornahme und Rückzahlung von Abschlagszahlungen sowie Schadensersatz in Höhe von 4,15 Mio Euro. Im Rahmen einer Zwischenfeststellung soll der Bundesgerichtshof (BGH) klären, ob die Kündigung des GU gerechtfertigt ist.

Der BGH<sup>10</sup> urteilt, dass auf der Grundlage des § 4 Abs. 7 VOB/B i. V. m. § 8 Abs. 3 VOB/B eine wirksame Kündigung des Vertrags durch dem GU nicht erfolgt ist. Diese Kündigungsregelung benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen i. S. v. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist unwirksam. Die Kündigungsregelung in der VOB/B ist mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung der Voraussetzungen einer Kündigung eines Werkvertrages aus wichtigem Grund nicht zu vereinbaren. Nach dem Wortlaut von § 4 Abs. 7 VOB/B i. V. m. § 8 Abs. 3 VOB/B kann der Auftraggeber dem Auftragnehmer den Auftrag entziehen, wenn in der Ausführungsphase eine mangelhafte oder vertragswidrige Leistung aufgetreten ist, die der Auftragnehmer trotz Fristsetzung und Kündigungsandrohung nicht beseitigt hat. Weitere Voraussetzungen für die Kündigung, die als eine solche aus wichtigem Grund anzusehen ist, sind nach der Regelung nicht erforderlich. Die Sanktion der Kündigung aus wichtigem Grund kann danach einschränkungslos in jedem denkbaren Fall festgestellter Vertragswidrigkeit oder Mangelhaftigkeit ausgesprochen werden. Diese Möglichkeit besteht losgelöst davon, welches Gewicht der Vertragswidrigkeit oder dem Mangel im Hinblick auf die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zukommt. Die Regelung differenziert nicht nach der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels, sodass selbst unwesentliche Mängel, die den Auftraggeber nach § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zur Verweigerung der Abnahme berechtigen würden, zur Kündigung aus wichtigem Grund führen können. Demgegenüber folgt das Recht des Auftraggebers, einen Werkvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen, aus dem

Rechtsgedanken des § 314 BGB. Voraussetzung einer Kündigung aus wichtigem Grund ist danach, dass der Auftragnehmer durch ein den Vertragszweck gefährdendes Verhalten die Vertragsgrundlage zum Auftraggeber derart erschüttert hat, dass diesen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Danach kann eine vertragswidrige oder mangelhafte Werkleistung in der Ausführungsphase im Hinblick auf die zu berücksichtigende Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers nur dann ein wichtiger Grund sein, wenn weitere Umstände hinzutreten, die die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung für den Auftraggeber begründen. Solche können sich im Einzelfall aus Umständen ergeben, die einen Bezug zu der potenziell mangelhaften oder vertragswidrigen Leistung aufweisen, sofern diese in der Gesamtabwägung so schwerwiegen, dass sie zu einer tiefgehenden Störung der für die Fortsetzung des Vertrags notwendigen Vertragsbeziehung geführt haben. Ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers, die Fertigstellung durch den Auftragnehmer nicht mehr abwarten zu müssen, kann etwa aus der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels folgen. Von diesen wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes weicht die Kündigungsregelung in § 4 Abs. 7 VOB/B i. V. m. § 8 Abs. 3 VOB/B ab und benachteiligt den Auftragnehmer, denn die Vermutung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist nicht widerlegt.

Dieses Urteil des BGH ist sicherlich das zum baurechtlichen Gewährleistungsrecht bedeutsamste im Jahr 2023. Zu beachten ist aber, dass sich der Auftragnehmer nur unter zwei Voraussetzungen auf die Unwirksamkeit der Kündigungsklausel in § 4 Abs. 7 VOB/B i. V. m. § 8 Abs. 3 VOB/B berufen kann: 1. Die VOB/B muss vom Auftraggeber gestellt sein. Es kann sich nur der Vertragspartner auf die Unwirksamkeit der VOB/B als allgemeine Geschäftsbedingungen berufen, dem sie gestellt wurde. 2. Der Auftraggeber muss außerdem eine Änderung der VOB/B, z. B. durch andere Vertragsbestimmungen, vorgenommen haben. Bleibt die VOB/B als Ganzes erhalten, findet keine Inhaltskontrolle der VOB/B nach den §§ 307 ff.

BGB statt. Derjenige, der die VOB/B seinem Vertragspartner stellt und gleichzeitig in das Regelwerk durch Abweichungen eingreift, kann sich hingegen nicht auf die Unwirksamkeit einzelner Klauseln zu seinen Gunsten berufen. ■

### Zur Person



**Rechtsanwalt  
Prof. Thomas  
Karczewski**

ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in der Anwaltskanzlei Rembert Rechtsanwälte in Hamburg. Er ist seit 1989 als Rechtsanwalt und spezialisierter Bau- und Immobilienrechtler beratend, prozessvertretend und mediatorisch tätig. Professor Karczewski ist seit 2007 Lehrbeauftragter für Privates Baurecht und Wirtschaftsrecht an der Hochschule 21 (Buxtehude). Er ist Mitautor der „Beck online Kommentare zum neuen Bauvertragsrecht“ und zur „VOB/B“, ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift „IBR Immobilien- & Baurecht“ und ein bundesweit gefragter Referent für Vorträge, Schulungen und Seminare zu baurechtlichen Themen.

#### Kontakt

Rembert Rechtsanwälte  
Kajen 12, 20459 Hamburg  
Tel.: 040-41 32 29 0

Internet:  
[www.rembert-rechtsanwaelte.de](http://www.rembert-rechtsanwaelte.de)  
E-Mail:  
[hamburg@rembert-rechtsanwaelte.de](mailto:hamburg@rembert-rechtsanwaelte.de)

<sup>10</sup>BGH Urt. vom 19.01.2023 – VII ZR 34/20