

---

**Datum:** 12.02.2021  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 22. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 22 U 245/20  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2021:0212.22U245.20.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Krefeld, 5 O 23/17

---

**Tenor:**

Die Beklagten werden darauf hingewiesen, dass eine Zurückweisung ihrer Berufung durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO in Betracht kommt.

Sie erhalten Gelegenheit, zu diesem Hinweis bis zum

**02.03.2021**

Stellung zu nehmen.

Der Termin vom 26.03.2021 wird aufgehoben.

---

**Gründe:**

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg im Sinne des § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

1. Der Beklagte ist zur Bezahlung der von dem Kläger gemäß Angebot vom 25.01.2016 erbrachten Leistungen verpflichtet. Die Beklagten haben in erster Instanz zugestanden, dass der Beklagte das Angebot angenommen hat (Klageerwiderung, Seite 2, GA 47; SS vom 10.07.2017, Seite 1, GA 80). Dies hat auch das Landgericht festgestellt (LGu Seite 4). Mit ihrem neuen Vortrag, der Beklagte habe keinen Auftrag erteilt (Seite 1 der Berufungsbegründung), können die Beklagten mangels Zulassungsgrund gemäß § 531 ZPO nicht gehört werden. Die Ansicht der Beklagten, es sei lebensfremd, dass „der Käufer“ einer von der Verkäuferin zu sanierenden Eigentumswohnung selbst Aufträge erteilt, ist im Übrigen nicht zutreffend. Gerade im Falle von Ersatzvornahmen ist es vielmehr ein häufiger Fall, dass

1

2

3

der Käufer einer Eigentumswohnung selbst Aufträge erteilt, mag er auch noch nicht im Grundbuch als Eigentümer eingetragen sein. So hat es sich hier verhalten. Die Beklagten waren mit den Leistungen der Bauträgerin nicht zufrieden, weil diese ihnen anheimgestellt hat, die Arbeiten selbst zu beauftragen.

2. Auch die Beklagte ist zur Zahlung verpflichtet. Das zunächst nur an den Beklagten gerichtete Angebot (Anlage K 2, GA 22) ist von diesem abgelehnt worden. In der E-Mail vom 27.01.2016 hat er zwar die Annahme erklärt. Jedoch hat er unter „Rechnungsadresse“ beide Beklagte angeführt. Aus dem maßgeblichen Empfängerhorizont des Klägers war das dahin zu verstehen, dass beide Beklagte Besteller sein sollten. Gemäß § 150 Abs. 2 BGB hat der Beklagte damit das Angebot des Klägers abgelehnt und stattdessen das Angebot unterbreitet, den Vertrag mit ihm und der Beklagten zu schließen. Dieses Angebot hat der Kläger angenommen, indem er die Arbeiten begonnen hat.

4

Die Beklagte ist wirksam vertreten worden. Nach den Umständen (Erwerb einer gemeinsamen Eigentumswohnung) liegt es völlig fern, dass die Beklagte mit dem Auftrag nicht einverstanden war. Zudem ist ihr die E-Mail vom 27.01.2016 zugegangen. Ihr war daher das Handeln des Beklagten in ihrem Namen bekannt. Danach liegt zumindest eine Duldungsvollmacht vor.

5

Die Bezugnahme der Berufung auf das Schreiben des „Klägers“ vom 18.04.2016 an Frank S. (tatsächlich liegt unter diesem Datum nur ein Schreiben der Prozessbevollmächtigten des Klägers vor, siehe GA 51) bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass allein der Beklagte verpflichtet werden sollte. Denn im Schreiben vom 18.04.2016 an den Beklagten (Anlage K9, GA 68) hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers ausdrücklich geltend gemacht, dass aus Sicht des Klägers beide Beklagte die Werklohnforderung schulden.

6

Dass sich die Beklagte um nichts gekümmert habe, mag zutreffen. Das schließt eine Vertretung durch den Beklagten aber nicht aus.

7

3. Die Beklagten müssen auch die zusätzlichen Arbeiten bezahlen. Die gegen die Tatsachenfeststellung des Landgerichts gerichteten Berufungsangriffe der Beklagten verfangen nicht.

8

Gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Hieraus ist allerdings nicht zu folgern, dass die Prüfungscompetenz des Berufungsgerichts hinsichtlich der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung auf Verfahrensfehler und damit auf den Umfang beschränkt wäre, in dem eine zweitinstanzliche Tatsachenfeststellung der Kontrolle durch das Revisionsgericht unterliegt. Denn aus den Gesetzgebungsmaterialien folgt, dass die Bindung des Berufungsgerichts an erstinstanzliche Tatsachenfeststellungen (nur) auf solche Tatsachen beschränkt sein sollten, welche die erste Instanz bereits vollständig und überzeugend getroffen hat. Danach sind auch verfahrensfehlerfrei getroffene Entscheidungen nicht bindend, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Feststellungen unvollständig oder unrichtig sind (vgl. BGH, Urteil vom 09. März 2005 - VIII ZR 266/03, NJW 2005, 1583). Konkreter Anhaltspunkt in diesem Sinn ist jeder objektivierbare rechtliche oder tatsächliche Einwand gegen die erstinstanzlichen Feststellungen. Konkrete Anhaltspunkte können sich aus gerichtsbekanntem Tatsachen, aus dem Vortrag der Parteien oder aus dem angefochtenen Urteil selbst ergeben. Konkrete Zweifel können auch aus einer abweichenden Würdigung des Berufungsgerichts erwachsen

9

(BGH, a.a.O.).

Solche Zweifel bestehen hier nicht. Die Beweisaufnahme ist eindeutig zu Lasten der Beklagten ausgegangen. Das Argument der Beklagten, sie seien nicht „befugt“ gewesen, Handwerkeraufträge zu erteilen, geht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme offenbar fehl. Danach sollten die Beklagten selbst die Mangelbeseitigung in die Hand nehmen. 10

Auf die von den Beklagten aufgeworfene Frage, wer die Fliesen bestellt hat, kommt es nicht an. Es mag sein, dass die Bauträgerin die Fliesen bestellt hat; hieraus folgt nichts für das Verhältnis des Klägers zu dem Beklagten. Auch kann der Zeuge L hierdurch nicht „überführt“ werden; denn er hat angegeben, nicht mehr erinnern zu können, wer die Fliesen bestellt habe. 11

Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass der Vortrag der Beklagten schon in sich widersprüchlich ist. Der Beklagte gesteht einerseits zu, den Kläger gemäß seinem Angebot beauftragt zu haben, was angesichts der E-Mail vom 27.01.2016 schlechthin auch nicht in Abrede gestellt werden kann. Zugleich will er aber geltend machen, die Arbeiten hätte von der Bauträgerin bezahlt werden sollen und er habe nur den Handwerker aussuchen dürfen. Das passt nicht zusammen. 12

4.Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass der Kläger für die Zusatzarbeiten 2.344,13 EUR abrechnen darf. 13

a)Entgegen der Ansicht des Beklagten ist die VOB/B nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden. Gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB muss der Text der VOB/B übergeben werden, wenn sie in einen Vertrag einbezogen werden soll. Das gilt nur dann nicht, wenn der Verwender mit Sicherheit erwarten darf, dass der Vertragspartner die fraglichen Geschäftsbedingungen bereits kennt (BGH, Urt. v. 16.12.1982 – VII ZR 92/82, NJW 1983, 816). So liegt der Fall hier nicht. Die E-Mail des Beklagten verweist lediglich auf eine Tätigkeit im Bereich Arbeitssicherheit, Technik, Bekleidung. Nicht gerechtfertigt ist es, von dem Erfordernis der Kenntnisverschaffung schon dann abzusehen, wenn der Verwendungsgegner zwar Kenntnis von der VOB/B hat, dies aber nach Art und Umständen der Beauftragung zunächst nicht hervortritt. Denn anderenfalls wäre die Anwendung der VOB/B im Einzelfall vom zufälligen Kenntnisstand des Verwendungsgegners abhängig. 14

Auch ist die VOB/B nicht schon deshalb anwendbar, weil der Kläger die wirksame Einbeziehung „vereitelt“ hätte. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben kommt nur im Einzelfall in Betracht (BGH, Urt. v. 08.07.1999 – VII ZR 237/98, NJW 1999, 3261). Für einen solchen ist hier nichts ersichtlich. Die Beklagten selbst sind erst im Laufe des Rechtsstreits auf die VOB/B zurückgekommen. Zudem ergeben sich bei Anwendung der VOB/B keine günstigeren Rechtsfolgen für die Beklagten, wie nachfolgend noch auszuführen ist. 15

b)Dass das Landgericht nach den Umständen des Falles von einer Erweiterung des ursprünglichen Auftrages ausgegangen ist, ist nicht zu beanstanden. Die zunächst beauftragten Arbeiten sind durch weitere Arbeiten, die sachlich, zeitlich und räumlich mit den Ursprungsarbeiten verbunden sind, ergänzt worden. Konkrete Angriffe gegen diese Würdigung trägt die Berufung nicht vor. 16

c)Nicht zutreffend ist die Ansicht der Beklagten, es liege ein Fall des § 2 Abs. 6 VOB/B vor (die Anwendung der VOB/B unterstellt). § 2 Abs. 6 VOB/B findet Anwendung, wenn eine Anordnung gemäß § 1 Abs. 4 VOB/B getroffen worden ist, also nachträglich Leistungen angeordnet werden, die zur Erreichung des ursprünglich vereinbarten Leistungsziels 17

erforderlich sind. So liegt der Fall hier nicht. Die Beklagten habe vielmehr zusätzliche „Leistungsziele“ vorgegeben, mithin eine Änderung des Bauentwurfs gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B angeordnet. Zu einer solchen Anordnung sieht § 2 Abs. 5 VOB/B vor, dass ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren ist. Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden. Um eine Anspruchsvoraussetzung handelt es sich dabei nicht. Doch auch § 2 Abs. 6 VOB/B stünde dem Vergütungsanspruch nicht entgegen. Denn für die Beklagten war offenkundig, dass die Ausführung zusätzlicher Leistung zu einem zusätzlichen Vergütungsanspruch führen würde. In diesem Falle ist die Ankündigung keine Anspruchsvoraussetzung (BGH, Urt. v. 23.05.1996 – VII ZR 245/94, NJW 1996, 2158)

d) Auch § 2 Abs. 10 VOB/B (die Anwendbarkeit unterstellt) kann dem Anspruch des Klägers nicht entgegen stehen. Als Allgemeine Geschäftsbedingung ist die Bestimmung gegenüber jeder individuellen vertraglichen Regelung nachrangig (§ 305b BGB). Zudem erfasst die Regelung nicht den Fall, dass – wie hier – schon der ursprüngliche Auftrag nach Zeitaufwand vergeben worden ist und später dieser Auftrag erweitert wird (Jansen, in: Beck'scher VOB-Kommentar, 3. Auflage, B § 2 Abs. 10 Rn. 14). 18

Vielmehr wäre der zusätzliche Vergütungsanspruch – die Anwendbarkeit der VOB/B unterstellt – gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B zu bemessen. Maßgeblich sind die gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B die tatsächlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge, wie sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18, NZBau 2019, 706; Urt. v. 21.11.2019 – VII ZR 10/19, NZBau 2020, 84) zu der Bestimmung des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ergibt. Das von dem Bundesgerichtshof für § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B entwickelte Verständnis des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ist auf die im wesentlichen gleich lautende Regelung des § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B zu übertragen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.12.2019 – 5 U 52/19, NZBau 2020, 509; Pamp BauR 2021, 299 [306]; Kniffka, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage, Teil 4 Rn. 208d). Auch nach der Bestimmung des § 2 Abs. 5 VOB/B ist mithin der Kläger berechtigt, den zusätzlichen Vergütungsanspruch nach Stundenlohn und Materialaufwand zu bemessen. Denn der Stundenlohn gibt den Zeitaufwand und damit die tatsächlichen Mehrkosten wieder. Der Sachverständige hat ausgeführt, dass der Stundenlohn niedrig bemessen ist. Danach besteht kein Anhaltspunkt dahin, dass der Kläger unangemessen hohe Zuschläge mit dem von ihm berechneten Stundensatz geltend macht. 19

e) Die Vorlage von Stundenzetteln ist keine zwingende Voraussetzung des Vergütungsanspruchs. Es genügt die Feststellung, dass der abgerechnete Zeitaufwand angefallen ist. Zudem folgt aus der Regelung in § 15 Abs. 5 VOB/B, dass der Einwand der Beklagten keinen Erfolg haben könnte; der Sachverständige hat festgestellt, dass der in Rechnung gestellte Werklohn für die Zusatzarbeiten angemessen ist. 20

5. Das pauschale Bestreiten der „Prüffähigkeit, Erforderlichkeit, Angemessenheit und Ortsüblichkeit“ ist irrelevant. 21

a) Bei ihren Ausführungen zur Prüffähigkeit (wiederum die Anwendung der VOB/B unterstellt) übersehen die Beklagten, dass bereits mit der Klageschrift eine Schlussrechnung vorgelegt worden ist. Eine Schlussrechnung muss nicht notwendig als solche bezeichnet sein. Auch aus sonstigen Umständen, etwa einem prozessualen Vortrag, kann sich ergeben, dass eine so nicht bezeichnete Rechnung gleichwohl Schlussrechnung sein soll. Eine Schlussrechnung kann aus mehreren Teilrechnungen bestehen. Maßgeblich ist, ob sich aus der Sicht des Rechnungsempfängers eine weitere Rechnung erübrigt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Auftraggeber alle ihm übertragenen Arbeiten abrechnet (vgl. Rodemann, in: ibrOK- 22

VOB/B, § 16 Rn. 106 mit zahlreichen Nachweisen). So liegt der Fall hier. Mit der Klageschrift hat der Kläger seinen Werklohnanspruch abschließend berechnet. In der Sache lag danach eine Schlussrechnung vor. Diese hat schon deshalb zur Fälligkeit der Werklohnforderung geführt, weil die angeblich mangelnde Prüfbarkeit nicht binnen 30 Tagen gerügt worden ist. Auf die Prüfbarkeit der weiteren Schlussrechnung kommt es danach nicht an (BGH, Urt. v. 27.01.2001 - VII ZR 41/10 Rn. 17, NZBau 2011, 227). Auch diese ist freilich prüfbar. Die Beklagten verwechseln durchgängig die Frage der inhaltlichen Richtigkeit einer Schlussrechnung mit der Prüfbarkeit.

b) Für die Erforderlichkeit und Angemessenheit des abgerechneten Zeitaufwands ist nicht der Kläger beweisbelastet. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Kläger unwirtschaftlich gearbeitet hat, tragen die Beklagten. 23

c) Warum es auf die „Ortsüblichkeit“ angekommen sollte, erschließt sich nicht und wird auch von den Beklagten nicht erläutert. Im Hinblick auf die Feststellungen des Sachverständigen bestehen aber ohnehin keine Zweifel an der Ortsüblichkeit und Angemessenheit des Werklohns. 24

6. Zu Recht hat das Landgericht eine konkludente Abnahme bejaht. Denn nach Fertigstellung der Arbeiten des Klägers (allein auf diese kommt es an) am 12.02.2016 ist keine zeitnahe Mängelrüge erfolgt. Erstmals am 10.03.2016 (Anlage K 5, GA 28) ist erklärt worden, „nicht zufrieden und einverstanden“ zu sein. Ohnehin ist aber die Werklohnforderung fällig, weil ein Abrechnungsverhältnis begründet worden ist. Die Beklagten haben die Mängelbeseitigung durch den Kläger abgelehnt und Minderung geltend macht. In einem solchen Fall tritt auch ohne Abnahme Fälligkeit ein. Auf die Frage, ob die Minderung durchgreift, kommt es für die Entstehung des Abrechnungsverhältnisses nicht an (vgl. Rodemann, in: Fuchs/Berger/Seifert, Beck'scher HOAI- und Architektenrechtskommentar, 2. Auflage, BGB § 650q Rn. 441). 25

7. Konkrete Zweifel an der Beweiswürdigung des Landgerichts zum Zeitaufwand sind nicht dargetan. Die pauschale Bezugnahme auf erstinstanzlichen Vortrag zum Sachverständigengutachten genügt hierfür nicht, zumal das Landgericht auf der Grundlage der Anhörung des Sachverständigen entschieden hat. 26

8. Dass über die vom Landgericht festgestellten Mängel hinaus weitere Mängel vorliegen, steht nicht fest. Die pauschale Bezugnahme auf erstinstanzlichen Vortrag ist nicht geeignet, konkrete Zweifel an den Feststellungen des Landgerichts zu wecken. 27

Falsch ist die Rechtsansicht, der Sachverständige habe einen unzutreffenden Beurteilungsmaßstab angesetzt. Die (fragmentarischen) Lichtbilder belegen nicht, dass ein besonderer Standard geschuldet war. Die Bilder belegen insbesondere nicht eine „luxuriöse“ Ausstattung. Es hätte im Übrigen Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung sein müssen, wenn der Kläger einen besonderen Standard hätte schulden sollen. Indessen war der Kläger lediglich mit der Nachbearbeitung mangelhafter Ausführung anderer Unternehmer beauftragt. 28

Allerdings ist der Werklohn ohnehin nicht gemindert. Eine wirksame Erklärung, dass der Werklohn gemindert werde, liegt nicht vor. Der Beklagte allein – der reklamiert, dass nur er Vertragspartner sei – kann gemäß § 638 Abs. 2 BGB die Minderung nicht erklären (OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.10.2013 – 23 U 20/13, juris). 29

Die Beklagten haben zudem vertragswidrig die Erfüllung der Werklohnforderung ernsthaft und endgültig verweigert, indem sie wegen geringfügiger Mängel jede Zahlung verweigert und zudem eine Beauftragung der zusätzlichen Arbeiten bestritten haben. Ein Besteller, der 30

sich gravierend vertragsuntreu verhält, kann nicht zugleich Mängelbeseitigung beanspruchen.

Hinzu kommt, dass die Beklagten keine Fristen zur Mängelbeseitigung gesetzt haben. Dass zum damaligen Zeitpunkt (d. h. unmittelbar nach Ausführung der Arbeiten) die Mängelbeseitigung nicht möglich gewesen wäre, steht auch im Hinblick auf den Mangel der fehlenden Abdeckung des Fliesenausschnitts durch die Rosette des Duschrohrs nicht fest. Denn vor Ausführung der Arbeiten sind Fliesen bestellt worden. Warum dies unmittelbar nach Ausführung der Arbeiten nicht mehr möglich gewesen sein sollte, erschließt sich nicht ohne weiteres. Als möglich erscheint, dass nicht genug Fliesen zur Verfügung standen, um auch noch die Fliese mit dem Ausschnitt für das Rohr auszutauschen. Wenn es sich so verhielt, konnte aber der Kläger von vornherein diese Fliese nicht austauschen. 31

Dafür, dass die Fliese – entgegen der Behauptung des Klägers – hätte ausgetauscht werden sollen, haben die Beklagten im Übrigen keinen Beweis angetreten. Die von dem Landgericht angenommene Hinweispflicht des Klägers überzeugt nicht ohne weiteres, weil der Lochausschnitt als solcher nicht mangelhaft war, wie der Sachverständige in der Anhörung ausgeführt hat. Dass der Ausschnitt nicht vollständig verdeckt ist, ergibt sich durch die Verwendung einer quadratischen Rosette. Es ist aber nicht ersichtlich, dass der Kläger von der Verwendung einer solchen Rosette ausgehen musste oder ihm diesbezüglich eine Vorgabe gemacht worden ist. Die Installation gehörte nicht zu seinem Auftrag. 32

Jedenfalls wären erhebliche Sowiesokosten zu berücksichtigen. Denn nach dem Vorbringen der Beklagten hätte der Ausschnitt für eine neue Fliese mit Wasserschneid-Technik hergestellt werden müssen. Diese Kosten haben sie erspart. Auch vor diesem Hintergrund ist die Bemessung der Minderung nicht zu beanstanden. 33

Auch die übrigen Voraussetzungen für eine Entscheidung durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO sind gegeben. 34