

Gericht:	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht 12. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	17.12.2025
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	12 U 35/25
ECLI:	ECLI:DE:OLGSH:2025:1217.12U35.25.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 125 BGB, § 355 BGB, § 356 Abs 3 S 2 BGB, § 637 Abs 1 BGB, § 637 Abs 3 BGB ... mehr

Verbraucherbauvertrag bei Herausnahme wesentlicher Gewerke eines Wohnanbaus

Leitsatz

1. Nach der gesetzlichen Definition in § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB setze ein Verbraucherbauvertrag voraus, dass es sich um einen Vertrag mit einem Verbraucher handle, durch den der Unternehmer zum Bau eines neuen Gebäudes verpflichtet werde. Es reiche nicht aus, einen Erfolg zu versprechen, der auf einen Teil des Baus eines neuen Gebäudes beschränkt sei (BGH, Urteil vom 16. März 2023 – VII ZR 94/22, juris Rn. 18).(Rn.64)
2. Es liegt kein Verbraucherbauvertrag und damit auch keine Formunwirksamkeit gemäß § 650i Abs. 2 BGB vor, wenn die Parteien beim Bau eines Wohnanbaus von Anfang an die Elektro-, Heizungs- und Sanitärinstallation von der Leistungsverpflichtung des Bauunternehmers ausgenommen haben. Sind nämlich die nicht auszuführenden Arbeiten so bedeutsam, dass ohne ihre Beauftragung nicht mehr eine Herstellungsverpflichtung für das Gebäude angenommen werden kann, sind die Voraussetzungen von § 650i Abs. 1 BGB nicht erfüllt. Es kann im vorliegenden Fall dahinstehen, ob bereits die Herausnahme eines der Gewerke dazu führt, dass keine Verpflichtung zur Herstellung eines neuen Gebäudes im Sinne von § 650i BGB besteht. Jedenfalls bei Herausnahme aller drei Gewerke ist dies der Fall, denn ein Gebäude ohne Sanitär-, Heizungs- und Elektroinstallation ist nicht bewohnbar.(Rn.66)
3. Ein Verbraucherbauvertrag, für dessen Vorliegen der Kläger darlegungs- und beweisbelastet ist, liegt auch dann nicht vor, wenn bei Vertragsschluss lediglich ein (oder wenige) Gewerke vereinbart werden und im Laufe des Vertrags weitere dazu kommen, ggfs. bis hin zu einem Gesamtbauwerk. Auch bei einer solchen sukzessiven Beauftragung liegen die Voraussetzungen für einen Verbraucherbauvertrag nicht vor (vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 2023 – VII ZR 25/23 –, juris, Rn. 28ff.)(Rn.69)
4. Liegt ein Verbraucherbauvertrag iSv § 650i BGB vor und hat der Verstoß gegen die Einhaltung der Textform des § 650i Abs. 2 BGB die Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 125 BGB zur Folge, würde dies nach der (Hilfs-)Aufrechnung des Bauunternehmers mit einem Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 670 BGB oder einem Bereicherungsanspruch gemäß §§ 684, 812ff. BGB letztlich nicht zu dem Ergebnis führen, dass der Bauherr die an den Bauunternehmer geleistete Vergütung zurückerhielte.(Rn.75)
5. Ein Antrag des Bauherrn auf Feststellung, dass der Bauunternehmer verpflichtet sei, den Bauherrn von notwendigen Mängelbeseitigungskosten freizuhalten bzw. diese zu erstatten,

kann – ggfs. unter Einschränkung in Bezug auf die vom Bauunternehmer geschuldeten Mängelbeseitigungsarbeiten – gemäß § 637 Abs. 1 BGB begründet sein. Es ist nicht erforderlich, einen Anspruch auf Zahlung eines konkreten Mängelkostenvorschusses geltend zu machen (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 16. Mai 2018 - 5 U 1321/17, juris).(Rn.81) (Rn.88)

6. Wenn ein solcher Feststellungsantrag erst in der Berufungsinstanz gestellt wird, ist er unter den Voraussetzungen von § 533 Nr. 2 ZPO zulässig. Dabei beschränkt sich der in der Berufungsinstanz zugrunde zu legende Tatsachenstoff nicht auf das Tatsachenvorbringen, das für die Entscheidung des Gerichts erster Instanz erheblich war. Vielmehr gelangt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der gesamte in erster Instanz vorgetragene Tatsachenstoff in die Berufungsinstanz, auch wenn ihn das erstinstanzliche Gericht als unerheblich ansieht und es daher keine Feststellungen trifft (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom. 13. Januar 2012 - V ZR 183/10, juris Rn 9-13 zu einer erstmals in zweiter Instanz erhobenen Widerklage).(Rn.83) (Rn.85)

Verfahrensgang

vorgehend LG Lübeck, 14. März 2025, 2 O 105/24, Urteil

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Lübeck vom 14.03.2025 - Az. 2 O 105/24 - abgeändert und unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass die Beklagte den Kläger von notwendigen Kosten freizuhalten bzw. diese zu erstatten hat, die ihm daraus entstehen, dass er die aufgrund eines Verstoßes gegen die anerkannten Regeln der Technik in der Wand seines Anbaus zu dem Badezimmer des Bestandshauses An der x in T. aufsteigende Feuchtigkeit und deren Ursache fachgerecht beseitigen lässt, **soweit gem. Ergänzungsgutachten des Privatgutachters Dipl.-Ing. K1 vom 27.01.2025, S. 6, diese Kosten folgende Arbeiten betreffen:**

- **Entfernen des Gipsputzes bis zu einer Oberkante von ca. 40,0 cm,**
- **Trocknung des Fußpunktes und nachfolgend**
- **Wiederaufbau von Putzen einschließlich einer vollflächigen Beschichtung der Wandoberfläche durch Farben.**

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten beider Instanzen zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Lübeck ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf bis zu 55.000,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Der Kläger hat erstinstanzlich einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Abschlagszahlungen gegen die Beklagte geltend gemacht; in der Berufungsinstanz verlangt er hilfsweise Feststellung bzw. Leistung eines Mängelkostenvorschusses.
- 2 Er ist Eigentümer des Grundstücks An der x in T.. Auf seinem Grundstück befand sich im Herbst 2019 ein Einfamilienhaus als baulicher Bestand. An der Rückseite des Wohnhauses befand sich zudem ein ebenfalls betagter eingeschossiger Anbau von einem Raum, der als eine Art Hauswirtschaftsraum genutzt wurde. Der Kläger beabsichtigte, den Anbau aufzustocken, um sich hierin eine Wohnung einzurichten. Er wandte sich hierzu an den damaligen Geschäftsführer der Beklagten, Herrn S1. Dieser äußerte Bedenken gegen ein Aufstocken. Auf seinen Vorschlag fand ein Ortstermin gemeinsam mit dem Architekten Dipl.-Ing. C1 statt. Die Zeugen S1 und C1 rieten zu einem Abriss und einem Neubau des Anbaus. Die Parteien kamen mündlich überein, dass die Beklagte den Anbau errichten sollte; ob und inwieweit Teile davon ausgenommen sein sollten, ist überwiegend streitig. Unstreitig ist lediglich, dass die Beklagte von Beginn an die Heizungs- und Sanitärinstallation sowie die Elektroinstallation nicht vornehmen sollte, weil der Kläger diese durch seinen Sohn bzw. einen Freund erbringen lassen wollte. Eine konkrete Vergütung vereinbarten die Parteien nicht. Der Geschäftsführer der Beklagten sagte jedoch zu, dass er dafür sorgen werde, dass insgesamt – also einschließlich der Eigenleistungen – die Kosten nicht mehr als 250.000,-- € betragen würden.
- 3 Der Architekt erstellte eine Kostenschätzung nach DIN 276, die Baukosten in Höhe von 115.000 € auswies, außerdem eine Entwurfs- und Genehmigungsplanung. Eine Ausführungsplanung erstellte er nicht.
- 4 Die Beklagte stellte zwischen dem 30.09.2020 und dem 23.11.2020 drei Rechnungen, die jeweils einen Pauschalbetrag für erbrachte Leistungen enthielten, der in einem Fall ausdrücklich als Abschlag bezeichnet wurde. Mit Schlussrechnung vom 05.01.2021 stellte die Beklagte dem Kläger 94.390,51 € brutto in Rechnung, wobei sie nach Einheitspreisen abrechnete. Mit Rechnungen vom 19.02.2021 und vom 15.03.2021 rechnete die Beklagte zudem Innenputz- und Trockenbauleistungen sowie Fliesen- und weitere Maurerarbeiten mit 3.439,10 €, 3.530,72 € und 2.460,92 € ab. Der Kläger beglich die Rechnungen. Insgesamt zahlte er an den Beklagten 105.111,43 €; zusammen mit Zahlungen an Dritte wendete er 234.402,88 € für die Errichtung des Anbaus auf. Der Kläger nahm das Werk der Beklagten ab.
- 5 Im Sommer 2022 trat an der Unterseite der zu dem Vorderhaus aufstehenden Wand zunächst Spak, dann Schimmel auf. Der Kläger beauftragte den Dipl.-Ing. K1 mit der Feststellung der Ursachen. Dieser kam zu dem Ergebnis, dass es an einer erforderlichen Querschnittsabdichtung fehle. Die Beklagte hat einen Mangel der Abdichtung anerkannt.
- 6 Mit anwaltlichem Schreiben vom 15.02.2023 forderte der Kläger die Beklagte zur Rückzahlung der geleisteten Vergütung in Höhe von 105.111,43 € auf. Erstinstanzlich hat er sich zum einen darauf berufen, dass es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag um einen Verbraucherbauvertrag im Sinne von § 650i BGB handle, der mangels Textform formnichtig sei. Zum anderen hat er gemeint, die gezahlte Vergütung sei nicht ortsüblich und angemessen. Außerdem hat er vorgetragen, dass Mängel an der Abdichtung zwischen Altbau und Anbau vorlägen.

- 7 Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen chronologisch erstrangigen Teilbetrag von 50.000,-- € auf die Rückzahlung des von dem Kläger für die Bauleistungen geleisteten Werklohns zu zahlen.
- 8 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Hilfsweise hat sie für den Fall, dass das Landgericht der Klage stattgeben wolle, die Aufrechnung mit einem bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruch in Höhe der Klagesumme für die erbrachten Bauleistungen erklärt. Höchst hilfsweise hat sie widerklagend beantragt, für den Fall der Unzulässigkeit der erklärten hilfsweisen Aufrechnung, den Kläger für den Fall der stattgebenden Entscheidung zu verurteilen, an sie 50.000,-- € zuzüglich Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- 9 Hinsichtlich des weiteren Parteivorbringens erster Instanz wird Bezug genommen auf die tatsächlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils (§ 540 Abs. 1 ZPO).
- 10 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.
- 11 Der Kläger habe keinen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Zahlungen. Die Zahlungen seien nicht ohne Rechtsgrund erfolgt. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag sei wirksam; es handele sich dabei nicht um einen Verbraucherbauvertrag im Sinne von § 650i BGB.
- 12 Nach der gesetzlichen Definition in § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB setze ein Verbraucherbauvertrag voraus, dass es sich um einen Vertrag mit einem Verbraucher handle, durch den der Unternehmer zum Bau eines neuen Gebäudes verpflichtet werde. Es reiche nicht aus, einen Erfolg zu versprechen, der auf einen Teil des Baus eines neuen Gebäudes beschränkt sei (BGH, Urteil vom 16.03.2023 – VII ZR 94/22, juris Rn. 18).
- 13 Die Parteien hätten von Anfang an jedenfalls die Elektro-, Heizungs- und Sanitärinstallation von der Leistungsverpflichtung der Beklagten ausgenommen. Es könne dahinstehen, ob bereits die Herausnahme eines der Gewerke dazu führe, dass keine Verpflichtung zur Herstellung eines neuen Gebäudes im Sinne von § 650i BGB bestehe. Jedenfalls bei Herausnahme aller drei Gewerke sei dies der Fall, denn ein Gebäude ohne Sanitär-, Heizungs- und Elektroinstallation sei nicht bewohnbar. Mithin sei die Formvorschrift des § 650i Abs. 2 BGB nicht anwendbar. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag sei wirksam. Auf die Behauptung der Beklagten, die Arbeiten seien sukzessive beauftragt worden, komme es nicht an.
- 14 Aufgrund des geschlossenen Vertrags habe der Kläger der Beklagten die gezahlte Vergütung geschuldet. Zwar hätten die Parteien bei Vertragsschluss keine konkrete Vergütung vereinbart, sondern lediglich eine Höchstsumme festgelegt. Aus dem Vortrag des Klägers, wonach Lieferung und Einbau der Fenster und Türen aus dem Leistungsumfang nachträglich gestrichen worden seien, weil das Angebot der Beklagten mit rund 9.000,- € zu hoch gewesen sei, ergebe sich, dass die Parteien nach Vertragsschluss über die Höhe der Vergütung Abreden getroffen hätten. Es sei nicht vorgetragen, dass die Handhabung in Bezug auf die anderen Leistungen anders gewesen sei. Sofern die Parteien keine Abreden getroffen haben (sollten), sei eine Vergütungsvereinbarung stillschweigend durch Rechnungslegung und vorbehaltlose Begleichung der Rechnungen zustande gekommen. Einigten sich die Vertragsparteien lediglich auf eine Höchstsumme und lege der Auftragnehmer eine Schlussrechnung unterhalb der Höchstsumme vor, so sei in dieser das Angebot zum Abschluss einer Vergütungsvereinbarung entsprechend der

- Rechnung zu sehen. Denn mit der Schlussrechnungsvorlage bringe der Auftragnehmer zum Ausdruck, dass er die in Rechnung gestellte Vergütung vorschlage. Die vorbehaltlose Zahlung auf eine solche Rechnung enthalte aus objektiver Sicht des Auftragnehmers die Erklärung, dass das Angebot angenommen werde.
- 15 Der wirksam geschlossene Bauvertrag stelle gemeinsam mit der konkludenten Vergütungsabrede den Rechtsgrund für die Leistung des Klägers dar.
- 16 Der Kläger habe den Vertrag auch nicht wirksam widerrufen. Ihm habe gemäß § 312g Abs. 1 BGB zwar grundsätzlich ein Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB zugestanden, da der Vertrag außerhalb von Geschäftsräumen, namentlich auf dem Grundstück des Klägers, geschlossen worden sei. Der Widerruf sei jedoch nicht innerhalb der Ausschlussfrist des § 356 Abs. 3 Satz 2 BGB erklärt worden. Diese Frist beginne gemäß § 356 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB mit Vertragsschluss und betrage zwölf Monate und 14 Tage. Die letzte Rechnung der Beklagten datiere vom 08.07.2021. Erst mit anwaltlichem Schreiben vom 15.03.2023 habe der Kläger gegenüber der Beklagten zum Ausdruck gebracht, dass er sich nicht an den Vertrag gebunden sehe, weshalb dahinstehen könne, ob das Schreiben eine Widerrufserklärung beinhalte.
- 17 Die Klage sei auch nicht aufgrund des unstreitigen Mangels an der Abdichtung zwischen Bestandsgebäude und Anbau begründet. Der Kläger stütze die Klage ausschließlich auf die Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages und nicht auch hilfsweise auf einen etwaigen Anspruch auf Vorschussleistung zur Mängelbeseitigung. Der Klägervertreter habe klargestellt, dass der Kläger ein Urteil über den ursprünglichen Klagegegenstand wünsche.
- 18 Gegen diese Entscheidung hat der Kläger Berufung eingelegt, mit der er seine erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt. Im Einzelnen:
- 19 Der erstinstanzlich gestellte Klageantrag werde nach § 264 Nr. 2 ZPO um die Rechtshängigkeitszinsen erweitert. Insoweit handle es sich nicht um eine nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässige Klageänderung (§§ 263, 533 ZPO), sondern lediglich um eine auch im Berufungsverfahren grundsätzlich zulässige, privilegierte Klageerweiterung (§§ 525, 264 Nr. 2 ZPO).
- 20 Nur hilfsweise, nämlich für den Fall, dass auch das Berufungsgericht das Vorliegen eines Verbraucherbauvertrags verneine, begehre der Kläger, dass auf Kosten der Beklagten der erhebliche Baumangel, den diese durch das Unterlassen der Errichtung einer von dem mit der Entwurfsplanung befassten Architekten vorgesehenen Zwischenwand schuldhaft verursacht habe, beseitigt werde. Die erstmalige Ankündigung von Hilfsanträgen in der Berufungsinstanz sei grundsätzlich nach den §§ 520, 529ff. ZPO zulässig, wenn sie nicht präkludiert sei, also insbesondere kein Verstoß gegen die prozessuale Darlegungslast und das Neuerungsverbot (§ 531 ZPO) vorliege. Die Voraussetzungen für die Hilfsanträge gingen hier nicht über diejenigen hinaus, die für den geltend gemachten Bereicherungsanspruch zu prüfen seien. Auch für den Bereicherungsanspruch sei zu prüfen, ob die Bauleistung der Beklagten unter dem dargelegten erheblichen Mangel leide, nämlich für das Fehlen eines Wertersatzanspruchs im Rahmen eines Entreicherungs Einwands.
- 21 Das Landgericht habe den Zeugen C1, der bei Vertragsschluss anwesend gewesen sei, nicht zu dessen Verlauf gehört, womit ein Beweisangebot übergangen worden sei. Inso-

weit könne es für die Wertung, ob mündlich die „Herstellung eines Gebäudes“ verabredet worden sei, durchaus maßgeblich auf den Vertragsinhalt ankommen.

- 22 Das Landgericht sei zudem seiner Hinweispflicht nach § 139 ZPO nicht nachgekommen, indem es in der mündlichen Verhandlung vom 14.03.2025 weder auf den Schriftsatz des Klägers vom 10.03.2025, welcher die erhebliche Rechtsfrage bereits vollumfänglich behandelt habe, eingegangen sei, noch nach dem Hinweis vom 26.10.2023, in dem das Gericht noch eine Unbegründetheit damit belegt habe, dass eine sukzessive Beauftragung des Unternehmers durch den Verbraucher einen Verbraucherbaupvertrag iSv § 650i BGB ausschließe, seine Rechtsansicht korrigiert habe. Tatsächlich gehe das Erstgericht in seinem Urteil nicht mehr von einer sukzessiven Beauftragung aus, sondern stelle stattdessen auf eine mangelnde Bewohnbarkeit ab. Diesen Umstand habe das Gericht insbesondere in der mündlichen Verhandlung zu keinem Zeitpunkt gewürdigt, weshalb ein „Überraschungsurteil“ vorliege.
- 23 Das Gericht habe zur Beurteilung des Vertragstypus insbesondere zu überprüfen, ob die Parteien den „Bau aus einer Hand“ bzw. die „schlüsselfertige“ Herstellung per Handschlag vereinbart hätten und welche Bedeutung hierbei die Direktvergabe der Gewerke Heizungs-, Sanitär- und Elektronikarbeiten durch den Kläger gehabt hätten.
- 24 Das Landgericht habe vorliegend verkannt, dass die Bewohnbarkeit des Gebäudes kein Kriterium für das Vorliegen der Gebäudeherstellung im Sinne von § 650i BGB sei. Es müsse sich nicht zwingend um ein Wohngebäude handeln (Jurgeleit, Kompendium, 2.Teil Rn. 48; Matkovic, Baubeschreibungspflicht, S. 79; Omlor, NJW 2018, 817 (819)). Die Vertragsparteien könnten grundsätzlich einzelne Gewerke aus dem „Komplettpaket“ herausnehmen. Ob es sich gleichwohl noch um einen Verbraucherbaupvertrag handele, hänge von der Einordnung des übrigen Werks ab.
- 25 Anhand der einschlägigen Differenzierungskriterien ließen sich die drei von den Parteien aus dem Leistungspaket herausgenommenen Gewerke nicht als essenziell einordnen. Vielmehr müsse bei der Einordnung das Gepräge des Grundstücks betrachtet werden. Der hier zu erstellende Anbau lasse sich auch ohne die drei ausgenommenen Gewerke grundsätzlich zu mehreren Zwecken nutzen. Für die Beklagte seien Heizung und Elektrik von untergeordneter Bedeutung im Hinblick auf die Errichtung des Anbaus, zumal diese nicht ihre Kerntätigkeit beträfen, sondern auch von ihr als Generalunternehmer untervergeben worden wären. Es habe deshalb der inhaltliche Wille der Parteien bestanden, eine Herstellungsverpflichtung der Beklagten über das Bauwerk zu begründen. Dies entspreche auch der ausdrücklichen mündlichen Vereinbarung, dass die Beklagte auch die Bauleitung bis zur schlüsselfertigen Herstellung vollständig habe übernehmen sollen, zumal der Kläger mit dem Bauvorgang angesichts seiner eigenen beruflichen Auslastung „nichts zu tun haben“ wollte.
- 26 Zwischen den Parteien habe dabei zunächst auch Einvernehmen darüber bestanden, dass die Fenster Bestandteil der von der Beklagten geschuldeten Bauleistung hätten sein sollen. Auch wenn dieser Punkt im Rahmen der Vertragsverhandlungen nicht ausdrücklich thematisiert worden sei, sei die Einbeziehung konkludent im Rahmen der Gesamtvereinbarung erfolgt. Die Absprache habe gelautet, dass die Beklagte den vollständigen Bau abgesehen von Sanitär und Elektrik übernehme. Dass die Fenster in der vorgelegten Kostenschätzung nicht separat aufgeführt worden seien, dürfte auf die vereinfachte Darstellung dieser Schätzung zurückzuführen sein, die erkennbar keinen An-

spruch auf Vollständigkeit erhebe. Erst nachdem dem Kläger die Fensterkosten im Einzelnen vorgelegt worden seien, habe er sich zu einer Überprüfung entschlossen.

- 27 Die tatsächlichen Kosten der einzelnen Abschlüsse während des gesamten Anbaus hätten die ursprünglich geschätzten Kosten erheblich überschritten. Der Kläger habe mehrere Abschlagsrechnungen erhalten, in deren Verlauf ihm zunehmend aufgefallen sei, dass die Gesamtkosten wesentlich höher werden würden. Diese Rechnungen hätten sämtliche Werkleistungen von Putz- und Fliesenarbeiten bis hin zu Dachdeckerleistungen umfasst und belegten noch einmal die Durchführung eines Gesamtprojekts aus einer Hand.
- 28 Dass auch die Fenster Bestandteil der Gesamtleistung gewesen seien, ergebe sich zusätzlich aus dem Informationsschreiben der Beklagten vom 21.12.2020. Darin werde im Zusammenhang mit pandemiebedingten Verzögerungen auf den „geplanten Anbau“ Bezug genommen, einschließlich eines verspäteten Einbaus der Fenster und Außentüren. Dies bestätige nochmals, dass die Parteien die Leistung als einheitliches Bauvorhaben vereinbart hätten. Die Fenster seien von der Beklagten selbst bestellt und geliefert worden. Auch der Lieferschein sei auf die Beklagte adressiert gewesen, was ebenfalls auf deren Verantwortlichkeit für die Fensterlieferung und den geplanten Einbau hinweise. Dies alles stelle ein starkes Indiz dafür dar, dass der Einbau der Fenster Bestandteil der ursprünglichen Bauvereinbarung gewesen sei. Nachdem dem Kläger jedoch die konkreten Kosten für den Einbau der Fenster bekannt geworden seien, habe er bei einem Dritunternehmen ein Vergleichsangebot eingeholt, das deutlich günstiger ausgefallen sei. Daraufhin habe er sich entschlossen, den Einbau aus dem Leistungsumfang der Beklagten herauszunehmen und von einem Dritten ausführen zu lassen.
- 29 Aus diesem Grund hätte das Erstgericht zu der Entscheidung gelangen müssen, dass ein Verbraucherbauvertrag nach § 650i BGB vorliege, welcher nach § 650i Abs. 2 BGB formnichtig sei. Insoweit stehe dem Kläger der geltend gemachte bereicherungsrechtliche Anspruch mangels Rechtsgrund für die Zahlung der Vergütung zu.
- 30 Es bestehe kein Anspruch der Beklagten auf Wertersatz für die erbrachten Bauleistungen nach §§ 812, 818 BGB, da das Bauwerk einen erheblichen Mangel habe.
- 31 Der Kläger beantragt,
- 32 1. die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Lübeck vom 07.04.2025 zu dem Aktenzeichen 2 O 105/24 zu verurteilen, an den Kläger einen chronologisch erst-rangigen Teilbetrag in Höhe von 50.000,-- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem auf den Eintritt der Rechtshängigkeit folgenden Tag, auf die Rückzahlung des von dem Kläger in unterschiedlichen Tranchen auf die Kundennummer y für die Bauleistungen am Vorhaben Anbau An der x in T. geleisteten Werklohns zu zahlen,
- 33 2. h i l f s w e i s e und im Wege der Klageerweiterung
- 34 festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Kläger von notwendigen Kosten freizuhalten bzw. diese zu erstatten, die ihm daraus entstehen, dass er die aufgrund eines Verstoßes gegen die anerkannten Regeln der Technik in der Wand seines Anbaus zu dem Badezimmer des Bestandshauses An der x in T. aufsteigende Feuchtigkeit und deren Ursache fachgerecht beseitigen lässt,

- 35 3. h i l f s w e i s e dazu
- 36 die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen angemessenen Kostenvorschuss in Höhe von mindestens 5.001,00 € zu zahlen, damit dieser die aufgrund eines Verstoßes gegen die anerkannten Regeln der Technik in der Wand seines Anbaus zu dem Badezimmer des Bestandshauses An der x in T. aufsteigende Feuchtigkeit und deren Ursache fachgerecht beseitigen lässt.
- 37 Die Beklagte beantragt.
- 38 die Berufung zurückzuweisen.
- 39 Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil.
- 40 Ein Verbraucherbauvertrag liege nicht vor. Es habe zwar einen Handschlag zum Vertragsschluss gegeben; was dem Klägervortrag an der Stelle und auch ansonsten mangle, sei der Beweis dafür, dass die Beklagte tatsächlich auf Basis dieses Handschlags ein schlüsselfertiges Haus geschuldet habe. Das sei schon anhand des klägerischen Vortrags ersichtlich falsch, denn ein Neubau eines Wohnhauses durch einen (General-)Unternehmer könne nicht vollständig erfolgen und demzufolge auch nicht vereinbart sein, wenn Heizungs-, Sanitär- und Elektroinstallationsarbeiten unstrittig von vornherein ausgenommen seien. Ein Wohnhaus sei in hiesigen Breiten schon dann als nicht bewohnbar anzusehen, wenn eine der drei Komponenten fehle, wenn aber gleich alle drei fehlten, dann sei es kein (Wohn-) Haus mehr.
- 41 Falsch sei die Darstellung, dass bewusst die gesamte Planung und Umsetzung des Neubaus in die Hände der Beklagten gelegt worden sei.
- 42 Die mehrfach erwähnte Kostenschätzung stamme von dem Architekten, nicht von der Beklagten. Es handele sich im Übrigen um eine typische überschlägige Kostenschätzung zur Ermittlung eines Architektenhonorars, die dieser auch noch einmal korrigiert habe und zwar mit einer auf den 25.11.2019 datierten Version über einen Betrag von 182.410,00 €.
- 43 Bestritten werde, dass der Kläger anhand der von ihm so bezeichneten "tatsächlichen Kosten der einzelnen Abschlüsse während des gesamten Anbaus", also anhand der Abschlusssrechnungen, eine Überschreitung einer angeblich bestehenden ursprünglichen Kostenschätzung habe ablesen können. Eine solche habe es nicht gegeben. Entsprechender Vortrag der Klägerseite sei unsubstantiiert und nicht einlassungsfähig. Zu den einzelnen Angeboten und Rechnungen werde unten ausgeführt.
- 44 Falsch sei die Behauptung, dass die Rechnungen Anlage K1 sämtliche Werkleistungen von Putz- und Fliesenarbeiten bis hin zu Dachdeckerleistungen beinhalten würden, sofern damit die Behauptung aufgestellt werden solle, dass es sich um sämtliche, für die Erstellung des Gebäudes notwendigen Arbeiten dieser Gewerke handele.
- 45 Die Beklagte habe im Verlaufe des weiteren Baus stets Angebote erstellt und nach Auftragserteilung auch ausgeführt. Das habe beispielsweise nur den Innenputz betroffen, nicht aber den ebenfalls angebotenen Außenputz auf der Fassade, die Lieferung der Fenster, nicht aber deren auch angebotene Montage. Hinsichtlich der Dachdeckerarbeiten habe sie später noch weitere Arbeiten angeboten, aber nicht ausgeführt und im In-

nenbereich lediglich kleinere Teilflächen gefliest, einen Teil Deckenverkleidung angebracht und die erwähnten Putzarbeiten ausgeführt. Im Innenausbau und an der Fassade sei die Beklagte darüber hinaus nicht tätig gewesen, es seien aber noch erhebliche weitere Arbeiten darüber hinaus notwendig gewesen. Das Gericht erster Instanz habe zutreffend erkannt, dass deshalb auch kein Vertrag "aus einer Hand" vorliege.

- 46 Tatsächlich sei vereinbart gewesen, dass die Beklagte den Rohbau erstelle und sie habe dann für einzelne weitere Gewerke über den Rohbau hinaus noch einmal für knapp 15.000,00 € Ergänzungen nach gesonderten Angeboten ausgeführt. Für die Rohbauarbeiten habe es kein schriftliches Angebot gegeben, sie seien aber anstandslos abgenommen und bezahlt worden, hätten also ganz offensichtlich der Absprache und den Erwartungen entsprochen.
- 47 Die Berufungsbegründung nehme darauf Bezug, dass es sich hier vorgeblich um ein überraschendes Urteil handle, weil sich mit dem Hinweis auf das BGH-Urteil vom 26.10.2023 das Landgericht angeblich darauf bezogen hätte, dass eine sukzessive Beauftragung gegebenenfalls die Annahme eines Verbraucherbauvertrages ausschließe. Dieser Vorhalt gehe fehl. Es sei die Klägerseite selbst gewesen, die mit Schriftsatz vom 10.03.2025 auf weitere Rechtsprechung des BGH vom 16.03.2023 Bezug genommen habe, in der es um die Frage gegangen sei, ob ein Verbraucherbauvertrag dann vorliege, wenn der Vertrag nur auf einen Teil des neuen Gebäudes beschränkt sei. Wenn die Partei die unterschiedlichen rechtlichen Aspekte bereits kenne und sich ersichtlich damit auseinandersetze, dann könne die Bezugnahme darauf in einem Urteil nicht überraschend sein.
- 48 Die Berufungsbegründung nehme mehrfach darauf Bezug, dass in der Kommentarliteratur mitgeteilt würde, dass es sich nicht um ein Wohngebäude handeln müsse. Einmal davon abgesehen, dass nur wenige Konstellationen darstellbar sein dürften, in denen ein Verbraucher die Errichtung eines vollständigen Gebäudes im Sinne des § 650 i BGB in Auftrag gebe, bei dem es sich nicht um ein Wohngebäude handle, spiele das hier auch keine Rolle. Denn unstreitig habe der Kläger bei der Beklagten Bauarbeiten zur Errichtung eines Gebäudes in Auftrag gegeben, hinsichtlich dessen von Beginn an klar gewesen sei, dass es sich um ein Wohnhaus bzw. einen zum Wohnen gedachten und auszustattenden Anbau an ein Wohnhaus habe handeln sollen. Ausdrücklich bestritten werde die mit der Berufung erstmals aufgekommene Behauptung, für die Beklagte sei die Installation von Heizung und Elektrik – Sanitär wäre in der Aufzählung noch zu ergänzen – von untergeordneter Bedeutung im Hinblick auf die Errichtung des Anbaus gewesen.
- 49 Nach wie vor werde von der Klägerseite behauptet, dass die Beklagte die Bauleitung bis zur schlüsselfertigen Herstellung vollständig übernommen habe. Das bleibe nach wie vor bestritten.
- 50 Richtig sei folgendes: Der Geschäftsführer der Beklagten habe die Baubeginnanzeige unterzeichnet und nur die, nicht etwa auch die Baufertigstellungsanzeige. Es gehe bei der Baubeginnanzeige darum, dass eine persönlich und fachlich dazu qualifizierte natürliche Person diese ausschließlich öffentlich-rechtliche Funktion im Sinne des § 56 LBO-SH übernehme. Mit dem hier in Rede stehenden privatrechtlichen Verhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger habe das nichts zu tun. Es sei auch nicht die Beklagte gewesen, die diese Bauleiterfunktion im Sinne der Landesbauordnung einschließlich Unterzeichnung auf Baubeginnanzeige übernommen habe, sondern der Geschäftsführer der Beklagten als natürliche Person und auch als Einzelperson. Das ergebe sich aus der als

Anlage BB1 beigefügten Kopie dieser Baubeginnanzeige, in der der Zeuge S1, Maurermeister, als Einzelperson benannt sei. Eine Bauleitung in privatrechtlicher Hinsicht, also im Sinne einer Koordination und Überwachung der Ausführung des gesamten Baus einschließlich aller Gewerke, habe der Zeuge S1 damit nicht übernommen. Eine vertragliche Vereinbarung dazu habe es nicht gegeben und gebe es nicht. Diese insoweit rein öffentlich-rechtliche Funktion des Bauleiters im Sinne der LBO habe der Geschäftsführer der Beklagten auch nicht vergütet bekommen. Er habe damals, als das Verhältnis zu Beginn des Baus noch gut gewesen sei, diese Unterschrift übernommen, letztlich vor dem Hintergrund, dass er dem Kläger habe helfen wollen.

- 51 Die Beklagte habe über den Rohbau hinaus, der ursprünglichen Absprache auch entsprechend, schriftlich die weiteren, später noch von ihr erbrachten Leistungen angeboten. Dazu hätten unter anderem auch die Fenster gehört. Schriftlich angeboten worden sei darüber hinaus zu einem Preis von insgesamt 45.787,40 € später noch der Innen- und Außenputz. Von den darin erwähnten Leistungen sei nur die Position 1 "Innenputz" von der Beklagten ausgeführt worden, den Außenputz/die Fassadenverkleidung wiederum habe der Kläger in eigener Regie ausführen lassen. Sodann seien auch noch ergänzende Dachdeckerarbeiten angeboten worden, die aber ebenfalls nicht mehr ausgeführt worden seien. Auch diese seien anderweitig vergeben worden. Ausgeführt worden seien noch Fliesenarbeiten im Rechnungswert von 2.460,92 €, die erwähnten Innenputzarbeiten im Wert von 3.439,10 € sowie Trockenbauarbeiten zur Installation von Zimmerdecken im Wert von 3.530,72 €. Hinzu kämen die Kosten für die Lieferung der Fenster; in der dafür gestellten Rechnung über 6.476,69 € seien noch ein paar Stundenlohnarbeiten mit abgerechnet worden. Insgesamt habe die Beklagte also absprachegemäß dem Kläger mit der Schlussrechnung über 94.390,51 € und den vorstehend aufgeführten, später "kleckerweise" gestellten Einzelrechnungen einen Gesamtbetrag von 110.297,94 € in Rechnung gestellt.
- 52 Der Kläger habe sich die in dieser Summe zusammengefassten Leistungen jeweils anbieten lassen, wenn ihm der Preis gefallen habe, beauftragt und wenn ihm der Preis zu hoch gewesen sei, habe er, wie am Beispiel der Fenster von ihm selbst vorgetragen, eine Ausführung durch die Beklagte abgelehnt und diese, wie von ihm selbst belegt, einem Dritten in Auftrag gegeben.
- 53 Die Beklagte habe also von den notwendigen Arbeiten zur schlüsselfertigen Herstellung eines Baus höchstens die Hälfte wertmäßig erbracht und in Rechnung gestellt. Darüber hinaus habe sie aber von den für die Bewohnbarkeit eines Hauses essenziellen Arbeiten ganz wesentliche nicht erbracht. Wer wie die Beklagte lediglich die ersten, unter Herausnahme sämtlicher noch folgender Innenausbauarbeiten für die Erstellung eines Gesamtgebäudes notwendigen Arbeiten erbringe, habe naturgemäß keinen Einfluss auf die Erstellung des gesamten Hauses. Wer diejenigen Arbeiten erbringe, auf die sich die Beklagte hier unstreitig beschränkt habe, könne schon deshalb im Sinne einer Übernahme der Verantwortung für den gesamten Bau kein gesamtes Haus bauen, weil sämtliche von der Klägerseite selbst übernommenen Arbeiten bzw. an Dritte vergebenen Gewerke zwingend erst nach den Arbeiten der Beklagten ausgeführt werden könnten. Sie seien in tatsächlicher Hinsicht dem Einfluss der Beklagten entzogen. Die Beklagte bzw. deren Geschäftsführer hätten nicht einmal konkrete Kenntnis von der Fertigstellung des Bauwerkes gehabt. Sie sei nicht mehr vor Ort gewesen, ihre Arbeiten seien abgerechnet gewesen. Es habe keinen Anlass mehr gegeben, die Fertigstellung herbeizuführen. Entsprechendes sei auch nicht von der Klägerseite verlangt worden.

- 54 Zur Hilfsaufrechnung: In der mündlichen Verhandlung vom 14.03.2025 sei ausweislich des Protokolls von der Beklagten die hilfsweise Aufrechnung mit derjenigen Forderung erklärt worden, die sich ergeben würde, wenn die Klägerseite mit der von ihr erhobenen Forderung durchdringen würde. Denn dann wäre der Kläger bereichert um ein Objekt, in dem die Arbeitsleistung der Beklagten mindestens in der Höhe, die mit der Klage geltend gemacht werde, verkörpert sei. Er wäre um den Wert der Verkörperung dieser Arbeitsleistung bereichert. Die Verkörperung des insoweit bei dem Kläger vorliegenden Gegenwertes der Arbeitsleistung der Beklagten entspreche in im Wert heute mindestens demjenigen, was die Beklagte in Rechnung gestellt habe. Das Haus sei mehr wert, als das unmittelbar nach seiner Erstellung der Fall gewesen sei. Die darin verkörperte Arbeitsleistung sei ebenfalls mehr wert als zum Zeitpunkt der Erstellung des Bauwerks. Aufgerechnet werde mit den aus der Anlage BB 2 in der Reihenfolge der Titel, beginnend mit Titel I aufsteigend sich ergebenden Beträgen.
- 55 Zu den Hilfsanträgen des Klägers: Den Umstand, dass diese Anträge erst in der Berufungsinstanz gestellt würden, begründe die Klägerseite damit, dass das Gericht erster Instanz über einen nicht gestellten Antrag hätte entscheiden müssen, wenn es zu einer anderen Auffassung gelangt wäre. Einmal abgesehen davon, dass über einen nicht gestellten Hilfsantrag naturgemäß nicht entschieden worden wäre, hätte das Gericht auch nicht über den Sachverhalt entscheiden müssen. Mit der Klage habe die Klägerseite behauptet, es gebe Mängel, zum Gegenstand ihres Klageantrages habe sie diese allerdings nicht gemacht. Vor diesem Hintergrund sei über diese Mängel in der ersten Instanz allein deshalb ausführlich diskutiert und ausdrücklich außerhalb des Verfahrens auch ein Ortstermin mit einem Gutachter abgehalten worden, um im Rahmen einer möglichen Einigung und vor allem vor dem Hintergrund der Bereitschaft der Geschäftsführung der Beklagten, zu etwaigen Mängeln auch zu stehen, sogleich alle gegebenenfalls offenen Punkte zwischen den Parteien zu erledigen. Das Gericht sei nicht aufgefordert gewesen, darüber zu entscheiden.
- 56 Hinsichtlich der Trennfuge sei der Privatgutachter Dipl.-Ing. K1 zu dem Schluss gekommen, dass ein Mangel vorliege. Diesem Mangel stelle sich die Beklagte auch. Es sei in einem Bereich von ca. 1,50 m eine fachgerechte Abdichtung der Fuge versäumt worden. Allerdings habe der Privatgutachter auch festgestellt, dass es einen, wie er formuliere, additiven Feuchtigkeitseintrag gebe. Dieser rühre aus dem in dem Bereich angrenzenden Badezimmer im Altbau her. Dessen Boden liege ca. 15 cm höher als derjenige im Neubau. Näheres dazu ergebe das Privatgutachten des Dipl.-Ing. K1.
- 57 Der Gutachter zeige einen Lösungsweg auf, der darin bestehe, sogenannte Hochdruckinjektionen einzubringen. Er teile auch mit, dass er angesichts der fehlenden Querschnittsabdichtung in der Altbauwand erhebliche Sowieso-Kosten als zu berücksichtigen ansehe. Er äußere sich zu Kosten in seiner Darstellung nicht. Diese lägen aber im Hinblick auf die zu berücksichtigenden Sowieso-Kosten bei dem von der Beklagtenseite schon angebotenen Beteiligungsbetrag von 2.500,00 € an den Kosten für die Einbringung einer Injektion und die Wiederherstellung des Wandbereiches. Damit seien der Mangel, der daraus resultierende Schaden und der Beseitigungsaufwand unter Berücksichtigung der Sowieso-Kosten hinreichend dargestellt und beziffert.

- 58 Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung vom 12.11.2025 die Parteien angehört und die Zeugen S1 und C1en vernommen. Insoweit wird Bezug genommen auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.11.2025 (Bl. 63-70 e-Akte).

II.

- 59 Die zulässige Berufung des Klägers hat nur hinsichtlich seines ersten Hilfsantrags wegen der Freihaltung bzw. Erstattung von Mängelbeseitigungskosten eingeschränkt Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet.
- 60 1. Hauptantrag
- 61 Der Kläger verlangt mit seinem Hauptantrag, wie in erster Instanz, die vollständige Rückzahlung der für die Erstellung des Anbaus geleisteten Vergütung. Das Landgericht hat dies zu Recht abgelehnt.
- 62 a) Dies gilt zunächst für einen Rückzahlungsanspruch gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Fall BGB. Ein solcher könnte bestehen, wenn die Parteien einen Verbraucherbaupvertrag gem. § 650i BGB geschlossen hätten, der wegen des nur mündlich erfolgten Abschlusses gem. § 650i Abs. 2 BGB formunwirksam wäre.
- 63 Zu Recht ist das Landgericht jedoch zu dem Ergebnis gekommen, dass der vorliegende, mündlich geschlossene Baupvertrag über die Erstellung eines Wohn-Anbaus an ein bereits vorhandenes Objekt nicht gem. § 650i Abs. 2 BGB formunwirksam ist, weil es sich – anders als der Kläger meint – nicht um einen Verbraucherbaupvertrag im Sinne der Vorschrift handelt. Die vor dem Senat durchgeführte Beweisaufnahme hat dies bestätigt.
- 64 aa) Ein Verbraucherbaupvertrag iSv § 650i BGB setzt voraus, dass es sich um einen Vertrag mit einem Verbraucher handelt, durch den der Unternehmer zum Bau eines neuen Gebäudes verpflichtet wird. Dieses Tatbestandsmerkmal erfasst nur Verträge, bei denen grundsätzlich alle Leistungen zur Herstellung des Gebäudes aus einer Hand kommen, der Unternehmer also als Generalübernehmer oder Generalunternehmer verpflichtet wird. Das folgt aus Wortlaut, Systematik und Regelungszweck von § 650i Abs. 1 BGB und einer richtlinienkonformen Auslegung.
- 65 Damit stellt sich die Frage, ob ein Verbraucherbaupvertrag auch dann anzunehmen ist, wenn die Vertragsparteien einzelne Gewerke aus dem Komplettpaket herausnehmen. Das kann auf Veranlassung des Verbrauchers geschehen, der zur Kostenersparnis Eigenleistungen erbringen will. Es kann aber auch auf Veranlassung des Unternehmers geschehen, der keine Verantwortung für einzelne Gewerke übernehmen kann oder sich erhofft, den Verbraucherschutz der §§ 650j ff BGB zu umgehen. Zur Lösung dieses Problems ist zu differenzieren: Sind die vom Unternehmer nicht auszuführenden Gewerke für die Herstellung des Gebäudes nur von untergeordneter Bedeutung, verbleibt es bei der Herstellungsverpflichtung des Unternehmers. Die Herausnahme einzelner Gewerke aus dem Vertrag beschränkt dann allein den Umfang der Herstellungsverpflichtung. Sind dagegen die nicht auszuführenden Arbeiten so bedeutsam, dass ohne ihre Beauftragung nicht mehr eine Herstellungsverpflichtung für das Gebäude angenommen werden kann, sind die Voraussetzungen von § 650i Abs. 1 BGB nicht erfüllt, und zwar unabhängig davon, welche Motivation der Unternehmer verfolgt (so Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR/Jurgeleit, 6. Aufl. 2025, 2. Teil Rn. 157).

- 66 bb) Die Voraussetzungen für einen Verbraucherbaupvertrag liegen hier nicht vor.
- 67 (1) Der Senat folgt insoweit der Bewertung des Landgerichts, das darauf abgestellt hat, dass die Parteien von Anfang an jedenfalls die Elektro-, Heizungs- und Sanitärinstallation von der Leistungsverpflichtung der Beklagten ausgenommen haben.
- 68 Auch der Senat sieht die drei herausgenommenen Gewerke für den geplanten Neubau eines Wohnanbaus für den Kläger als entscheidend an (ebenso OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Januar 2023 – I-5 U 266/21 –, juris, Rn. 71ff., allerdings für die Herausnahme von noch mehr Gewerken). Ohne Heizung, Wasser und Strom wäre der Anbau für den Kläger nicht zum Wohnen nutzbar gewesen. Dass er dort tatsächlich wohnen wollte, ergibt sich aus der vom Kläger gegenüber dem Zeugen S1 offengelegten Absicht, bei Besuchen nah bei seinem Sohn und dessen Familie wohnen zu können. Bei einem späteren Ortstermin der Parteien und des Privatgutachters Dipl.-Ing. K1 zur Begutachtung der behaupteten Mängel wurde der inzwischen fertiggestellte Anbau von dem Kläger unstreitig auch tatsächlich zum Wohnen genutzt. Insofern hat das Landgericht für die Frage der Bedeutung der ausgenommenen Gewerke zu Recht auf den Wohnzweck abgestellt. Darauf, dass der Anbau sich grundsätzlich (auch) ohne die drei ausgenommenen Gewerke zu anderen Zwecken als zum Wohnen nutzen ließe, kommt es dagegen nicht an.
- 69 (2) Unabhängig davon liegt auch aus einem weiteren Grund ein Verbraucherbaupvertrag nicht vor. Ein Verbraucherbaupvertrag, für dessen Vorliegen der Kläger darlegungs- und beweisbelastet ist, liegt auch dann nicht vor, wenn bei Vertragsschluss lediglich ein (oder wenige) Gewerke vereinbart werden und im Laufe des Vertrags weitere dazu kommen, ggfs. bis hin zu einem Gesamtbauwerk. Auch bei einer solchen sukzessiven Beauftragung liegen die Voraussetzungen für einen Verbraucherbaupvertrag nicht vor (vgl. BGH, Urteil v. 26.10.2023 – VII ZR 25/23 –, juris, Rn. 28ff.). Die in der BGH-Entscheidung geschilderte Konstellation entspricht dem Vortrag der Beklagten, die vorträgt, zunächst lediglich mit dem Rohbau beauftragt worden zu sein und weitere Gewerke zunächst angeboten und – soweit der Kläger angenommen habe – auch ausgeführt zu haben. Nach ihrem Vortrag hat sie im Ergebnis, aber nach stückweiser Beauftragung, folgende Leistungen erbracht: Bodenplatte, Rohbau, Innenputz, Estrich, Fliesen und Dach. Der Kläger habe demgegenüber in Eigenleistung bzw. Eigenvergabe folgende Leistungen erbracht: Abriss bis auf eine Stützwand bzw. bis zur Bodenplatte, Außenputz, Fenster und Türen, Elektrik sowie Sanitär- und Heizungsinstallation und schließlich Malerarbeiten. Der Kläger bestreitet die dargestellte Aufteilung der Arbeiten nicht, behauptet aber – anders als die Beklagte – dass zunächst der gesamte Anbau – mit Ausnahme Heizung, Sanitär und Elektrik, die seiner Ansicht nach nicht so entscheidend waren – in Auftrag gegeben worden sei und er lediglich später weitere Gewerke herausgenommen habe, wenn ihm das jeweilige Angebot der Beklagten zu teuer gewesen sei.
- 70 Nach der Beweisaufnahme sieht der Senat eine zunächst vollständige Beauftragung des Anbaus – mit Ausnahme der oben dargestellten drei Gewerke – nicht als bewiesen an. Vielmehr ist er überzeugt von einer sukzessiven Beauftragung.
- 71 Der vom Kläger benannte Zeuge C1en hat lediglich ausgesagt, die Beklagte sei „für einige Dinge“ beauftragt worden; es sei von Anfang an klar gewesen, dass dies nicht für Heizung, Sanitär und Elektro gelte. Das Maurergewerk als ihr Hauptgewerk habe die Beklag-

te mit Sicherheit ausführen sollen. An Weiteres hat er sich nicht erinnern können; „das wäre rein spekulativ“. Die Aussage war insofern unergiebig.

- 72 Die Vernehmung des Zeugen S1 hingegen hat zur Überzeugung des Senats eine sukzessive Beauftragung bestätigt. Er hat ausdrücklich eine Beauftragung des gesamten Anbaus zurückgewiesen. Er erklärte, sonst hätte er ja die späteren Einzelangebote gar nicht machen müssen, „dann hätte ich das ja schon alles im Auftrag drin gehabt“. Er hat ausgesagt, dass sie zunächst einen Teil der Abrissarbeiten gemacht hätten. Den anderen Teil habe der Kläger selbst ausgeführt. Sie hätten dann die Fundamente gemacht und die Sohle und das Mauerwerk. Sie seien beauftragt gewesen mit der Erstellung des Rohbaus, darüber hätten sie dann ja auch schlussabgerechnet nach Einheitspreisen. Mehr sei zunächst auch nicht abgesprochen gewesen. Später habe er weitere Angebote gemacht, etwa über Fenster oder Dachdeckerarbeiten. Für die Fenster habe er nur das Material geliefert; den Einbau habe der Kläger selbst gemacht. Putzarbeiten hätten sie auch noch angeboten. Davon hätten sie die Innenputzarbeiten gemacht; die Außenputzarbeiten seien in Eigenleistung erbracht worden. Zum Schluss hätten sie Fliesenarbeiten angeboten und ausgeführt. Für die von ihnen durchgeführten Gewerke sei der Zeuge auf der Baustelle gewesen; eine Abnahme habe er nicht durchgeführt.
- 73 Die glaubhafte Aussage des Zeugen S1 wird auch durch die von der Beklagten vorgelegten Unterlagen unterstützt. Die Beklagte hat hinsichtlich der Gewerke, die sich zeitlich an den Rohbau anschlossen (für diesen gibt es kein Angebot, nur eine Schlussrechnung v. 05.01.2021, Anlage BB2), für jedes Einzelgewerk ein Angebot erstellt und dieses – soweit es beauftragt wurde – abgerechnet (s. Angebote Anlagen BB3, BB4, BB1_1 sowie Einzelrechnungen BB5, BB6, BB7, BB8, jeweils Anlagenband Beklagte). Die Tatsache, dass die Beklagte jeweils (Einzel-)Angebote erstellt hat und der Kläger offensichtlich beliebig entscheiden konnte, ob er sie annahm oder nicht, spricht gegen einen Vertrag zur Erstellung des gesamten Anbaus, weil es an einem von vornherein festgelegten Umfang der von der Beklagten auszuführenden Arbeiten fehlt.
Für den Senat überzeugend hat der Zeuge S1 auch darauf hingewiesen, dass er bei einem Gesamtauftrag die einzelnen späteren Angebote gar nicht hätte machen müssen. Gegen einen umfassenden Vertrag spricht zudem, dass es keinen festen Preis für den Gesamtanbau gab, sondern nur eine Kostenschätzung des Architekten (Anlage K1, Anlagenband KI LG). Wäre die Beklagte mit dem gesamten Neubau beauftragt worden, würde hierzu üblicherweise auch eine entsprechende Vergütungsabsprache gehören.
- 74 (3) Da der Hauptanspruch des Klägers nach alledem nicht gegeben ist, kann er auch nicht die in der Berufungsinstanz erstmals begehrten Rechtshängigkeitszinsen verlangen.
- 75 cc) Selbst wenn aber ein Verbraucherbaupvertrag iSv 650i BGB vorläge und ein Verstoß gegen das Textformerfordernis des § 650i Abs. 2 die Nichtigkeit des Vertrages gem. § 125 BGB zur Folge hätte, würde dies nach der Hilfsaufrechnung der Beklagten letztlich nicht zu dem Ergebnis führen, dass der Kläger die an die Beklagte geleistete Vergütung zurückerhielte.
- 76 Zwar könnte in dem Fall der Kläger als Auftraggeber grundsätzlich die von ihm an die Beklagte gezahlte Vergütung vollständig zurückfordern; auf der anderen Seite könnte aber auch die Beklagte als Auftragnehmerin von dem Kläger für die Leistung, die sie auf Grund des nichtigen Bauvertrags erbracht hat, Aufwendungsersatz gemäß § 670 auf Grundlage der üblichen Vergütung fordern. Die notwendigen Leistungen bei mangelfrei-

er Errichtung eines Bauwerkes werden in aller Regel auch dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprechen. In Betracht kommen darüber hinaus Bereicherungsansprüche gemäß §§ 684, 812 ff. BGB (vgl. zu den Rechtsfolgen: Messerschmidt/Voit/Lenkeit, 4. Aufl. 2022, BGB § 650i Rn. 36f.).

- 77 Vorliegend hat die Beklagte auch bereits hilfsweise die Aufrechnung mit einem solchen Gegenanspruch erklärt. Dieser würde trotz Mängeln der Werkleistung der Beklagte – s. zum Umfang der Mängel und Beseitigungskosten sogleich – in mindestens gleicher Höhe wie der Rückforderungsanspruch des Klägers bestehen. Der Kläger hat in diesem Verfahren von den insgesamt gezahlten 105.111,43 € lediglich einen erstrangigen Teilbetrag von 50.000,-- € geltend gemacht. Mindestens so viel wäre der Gegenanspruch der Beklagten auch wert. Soweit der Kläger meint, wegen der Mängel sei der Anbau quasi wertlos und bei Formunwirksamkeit des Vertrags kein Wertersatz zu zahlen, deckt sich dies nicht mit dem Umfang des behaupteten Mangels von nur maximal 2.000,-- € (s. sogleich).
- 78 b) Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Rückzahlung der gesamten Vergütung nach Widerruf gem. § 355 Abs. 3 BGB. Nach Ansicht des Landgerichts, der der Senat folgt und gegen die auch die Beklagte sich mit ihrer Berufung nicht wendet, hat der Kläger den Widerruf nicht innerhalb der Ausschlussfrist des § 356 Abs. 3 Satz 2 BGB erklärt und damit auch den Vertrag nicht wirksam widerrufen.
- 79 2. Hilfsweise gestellte Anträge
- 80 a) Hilfsweise gestellter Feststellungsantrag auf Freihaltung bzw. Erstattung von Mängelbeseitigungskosten
- 81 Der vom Kläger für den Fall, dass seinem Hauptantrag auf Rückzahlung der Vergütung wegen Formnichtigkeit des Vertrags nicht stattgegeben wird, erstmalig in der Berufungsinstanz hilfsweise gestellte Antrag auf Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet sei, den Kläger von notwendigen Mängelbeseitigungskosten freizuhalten bzw. diese zu erstatten, ist zulässig und – unter Einschränkung in Bezug auf die von der Beklagten geschuldeten Mängelbeseitigungsarbeiten wie tenoriert – insoweit auch gem. § 637 Abs. 1 BGB begründet.
- 82 aa) Die mit dem Hilfsantrag verbundene Klageänderung ist gemäß § 533 ZPO zulässig.
- 83 (1) Nach § 533 ZPO ist eine Klagänderung in der Berufungsinstanz nur zulässig, wenn der Gegner einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich hält (Nr. 1) und sie auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat (Nr. 2). Damit ist die Einführung eines neuen Prozessstoffs nur eingeschränkt möglich.
- 84 Die hier gem. § 263 ZPO vorliegende Klagänderung ist jedenfalls im Sinne von § 533 Nr. 1 ZPO sachdienlich. Der Hilfsantrag dient der Vermeidung eines weiteren Rechtsstreits zwischen den Parteien über die Frage eines Mängelkostenvorschusses.
- 85 Es liegen auch die Voraussetzungen von § 533 Nr. 2 ZPO vor. Anders als die Beklagte meint, beschränkt sich der in der Berufungsinstanz zugrunde zu legende Tatsachenstoff nicht auf das Tatsachenvorbringen, das für die Entscheidung des Gerichts erster Instanz erheblich war. Vielmehr gelangt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der gesamte in erster Instanz vorgetragene Tatsachenstoff in die Berufungsinstanz, auch

wenn ihn das erstinstanzliche Gericht als unerheblich ansieht und es daher keine Feststellungen trifft (vgl. zuletzt BGH, Urteil v. 13.01.2012 - V ZR 183/10, juris Rn 9-13 zu einer erstmals in zweiter Instanz erhobenen Widerklage). Der hier vom Kläger gestellte Hilfsantrag wird auf das klägerische Vorbringen erster Instanz gestützt. Die Parteien haben bereits vor dem Landgericht hinreichend zu einem Mangel vorgetragen und auch die Privatgutachten Dipl.-Ing. K1 dazu zur Akte gereicht (Gutachten Anlage K5, Anlagen Kl LG sowie Ergänzungsgutachten, Anlage Bekl z. Schriftsatz vom 13.03.2025, Anlagen Bekl LG).

- 86 (2) Es besteht auch das erforderliche Feststellungsinteresse.
- 87 Grundsätzlich ist zwar das Feststellungsinteresse zu verneinen, wenn dasselbe Ziel effektiver mit einer Leistungsklage erreicht werden und der Kläger einen vollstreckungsfähigen Zahlungstitel erlangen kann. Daran könnte hier zu denken sein, wenn der Kläger statt einer (üblichen) Vorschussklage gem. § 637 Abs. 3 BGB eine Feststellungsklage wegen eines Anspruchs auf Freihaltung bzw. Erstattung von erforderlichen Mängelbeseitigungskosten gem. § 637 Abs. 1 BGB erhebt.
- 88 Der Senat folgt allerdings insoweit einer Entscheidung des OLG Koblenz, wonach bei einer Mängelkostenvorschussklage die Leistungsklage der Feststellungsklage ausnahmsweise nicht vorgeht, da auch mit einem Zahlungstitel über einen Mängelkostenvorschuss nur wie mit der Feststellungsklage ein neues Abrechnungsverhältnis begründet und ein weiterer Prozess nicht ausgeschlossen wird (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 16.05.2018 - 5 U 1321/17, juris).
- 89 bb) Der Hilfsantrag ist auch begründet. Dem Kläger steht ein Anspruch auf die verlangte Feststellung zu; allerdings war die Feststellung in Bezug auf die von der Beklagten geschuldeten Mängelbeseitigungsarbeiten einzuschränken.
- 90 (1) Die Werkleistung der Beklagten war in Bezug auf die Abdichtung einer Wand zwischen Altbau und Anbau mangelhaft. Weitere Mängel bestehen nicht.
- 91 Der Privatgutachter Dipl.-Ing. K1 hat in seinem Gutachten vom 06.12.2022 hierzu nachvollziehbar und überzeugend ausgeführt (Anlage K5, S. 11, 16, Anlagen Kl LG), dass in Bezug auf die vorhandenen Feuchtigkeiten bereits vor Errichtung des Anbaus am Fußpunkt des Rotsteinmauerwerks zwingend eine Sperrlage gegen den Lastfall Bodenfeuchtigkeit hätte eingebaut werden müssen. Zwar sei nicht bekannt, ob im Bereich des Sockelmauerwerks eine sogenannte Z-Sperre vorhanden gewesen sei. Unabhängig davon hätte nach Abbruch des Altgebäudes dann zumindest eine Querschnittsabdichtung in diesem Wandbereich eingebracht werden müssen, um zu verhindern, dass weiter Feuchtigkeit von außen unten den Sockelpunkt beaufschlage. Die Querschnittsabdichtung wäre sodann mit der Horizontalsperre auf der Sohle des Neubaus zu verbinden gewesen. Eine solche Abdichtung sei nicht erfolgt. Das Fehlen der Ausbildung einer Abdichtung in diesem Bereich sei als technischer Mangel zu werten, welcher sowohl in der Planung als auch in der Umsetzung hätte berücksichtigt werden müssen.
- 92 Zum Schadensbild hat der Gutachter an gleicher Stelle weiter ausgeführt, dass sich zusammen mit Mängeln des Altbaus dann in der Summe ergebe, dass kapillar aufsteigende Feuchte in/am Fußpunkt der alten Außenwand (ohne ausreichende Querschnittsabdichtung) und additive Auffeuchtungen aus der Achse des Badezimmers des Altbaus zu den

erkannten Schäden, sichtbar als Ausblühungen auf der Innenseite des Hauswirtschaftsraumes, führten. Dem folgt der Senat.

- 93 Allerdings entlastet der „additive Feuchtigkeitseintrag“, den der Gutachter durch das angrenzende Badezimmer festgestellt hat, die Beklagte nicht. Denn auch wenn ein Teil der Feuchtigkeiterscheinungen im Anbau seine Ursache im Badezimmer des Altbaus hat, wäre keine Feuchtigkeit in den Anbau durchgedrungen, wenn Altbau und Anbau ordnungsgemäß voneinander getrennt worden wären, so dass sich aus diesem Grund eine vollständige Mangelverursachung durch die Beklagte ergibt.
- 94 (2) Die Beklagte hat aus diesem Grund grundsätzlich die Kosten der Mängelbeseitigung zu tragen. Dies gilt allerdings im Hinblick auf die vom Gutachter insgesamt für die Beseitigung der festgestellten Feuchtigkeit errechneten Kosten nur für das Entfernen des Gipsputzes an der betroffenen Wand, die Trocknung des Fußpunktes und nachfolgend für den Wiederaufbau von Putzen und Farben; der Rest sind Sowiesokosten.
- 95 Hierzu hat der Gutachter auf S. 16 seines Ausgangsgutachtens sowie präzisierend im Ergänzungsgutachten vom 27.01.2025 auf S. 5f. erläutert (Anlage K5, Anlagen Kl LG sowie Anlage Bekl z. Schriftsatz vom 13.03.2025, Anlagen Bekl LG), dass er vorschläge, eine Sanierung des Mauerwerks in dem linearen Höhenversatz zwischen Alt- und Neubau durch ein Injektionsverfahren durchzuführen. Die am Markt verfügbaren Systeme seien durch Fachfirmen als nachhaltige Konstruktionen einsetzbar.
- 96 Allerdings hat er gleichzeitig darauf hingewiesen, dass im Zuge der Erstellung des Neubaus die Arbeiten der Ausführung einer Querschnittsabdichtung in der Altbauwand ohnehin notwendig gewesen wären und damit sogenannte Sowiesokosten abbildeten. Seiner Ansicht nach sei daher als technischer „Schaden“ ausschließlich das jetzige Entfernen des Gipsputzes bis zu einer Oberkante von ca. 40,0 cm, die Trocknung des Fußpunktes und nachfolgend der Wiederaufbau von Putzen einschließlich einer vollflächigen Beschichtung der Wandoberfläche durch Farben darzustellen. Abweichend zu dem gesondert durchzuführenden Trocknungsprozess, mechanisch, könne auch ein Verfahren gewählt werden, bei dem Bohrlöcher in die Wand gebracht würden, diese dann über Sonden erwärmt würden und nachfolgend Paraffin eingebracht werde. Dieses würde ebenfalls zu einer fachgerechten Querschnittsabdichtung des Wandfußpunktes führen.
- 97 Der Senat folgt auch diesen gut begründeten Ausführungen des dem Senat langjährig bekannten Sachverständigen zur Mängelbeseitigung und zu den Sowiesokosten, denen auch der Kläger nicht entgegengetreten ist. Die Höhe der auf Seiten der Beklagten verbliebenen Kosten hat der Gutachter in seinem Ausgangsgutachten (Anlage K5, S. 16, Anlagen Kl LG) pauschal, netto mit ca. 1.300,00 € bemessen.
- 98 (3) Die Beklagte hat den Mangel anerkannt und eine Kostenbeteiligung angeboten, da der Kläger die Aufgaben insgesamt anderweitig vergeben wollte.
- 99 (4) Der weit gefasste Hilfsantrag des Klägers war im Hinblick auf die abrechenbaren Mängelbeseitigungsarbeiten wie tenoriert einzuschränken.
- 100 b) Hilfspflichtiger Vorschussanspruch auf mindestens 5.001,-- € gem. § 637 Abs. 3 BGB
- 101 Hilfspflichtiger hat der Kläger einen Anspruch auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung in Höhe von mindestens 5.001,-- € geltend gemacht. Dieser war nicht zu beschei-

den, nachdem bereits dem Haupt-Hilfsantrag – eingeschränkt – stattzugeben war. Da die erforderlichen Mängelbeseitigungsarbeiten mit den dafür anfallenden Kosten korrelieren, würde der Kläger auch mit seinem Vorschussantrag nicht in größerem Umfang Erfolg haben als mit dem Feststellungsantrag.

III.

- 102 Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 und 2 Nr. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
- 103 Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren setzt sich zusammen aus dem Hauptantrag und dem wegen der Feststellung reduzierten Hilfsantrag des Klägers über 5.001,- €; über den Hilfsantrag hatte der Senat nicht zu entscheiden.
- 104 Die Revision war nicht nach § 543 Abs. 1, 2 ZPO zuzulassen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.