

Rechtsprechung 2018

Die wichtigsten Gewährleistungsurteile für die Baupraxis kurz kommentiert

In Fachkreisen haben im Jahr 2018 drei Urteile des BGH Aufsehen erregt, mit denen er seine bisherige Rechtsprechung zur Bemessung des Schadensersatzes nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten aufgegeben hat. Darüber hinaus ist eine Entscheidung des OLG Nürnberg zu erwähnen, die ein Urteil des BGH aus dem Jahr 2017 zu einem Problem bei einer Änderung der anerkannten Regeln der Technik nach Vertragsschluss und vor Abnahme ergänzt. Schließlich werden zwei oberlandesgerichtliche Entscheidungen vorgestellt, die häufig auftretende Irrtümer der Baupraxis korrigieren.

■ Von Prof. Thomas Karczewski

BGH: Keine fiktiven Mängelbeseitigungskosten mehr!

Bis zum Urteil des BGH vom 22.02.2018¹ konnte der Auftraggeber seinen Schaden bei mangelhafter Unternehmerleistung in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten ohne Umsatzsteuer gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB geltend machen. Dies hatte gegenüber dem Vorschussanspruch

nach § 637 Abs. 3 BGB, der vom Auftraggeber in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten zuzüglich Umsatzsteuer beansprucht werden kann, den Vorteil, dass die vom Unternehmer erhaltene Geldleistung nicht innerhalb eines Jahres zweckgebunden verwendet und abgerechnet werden musste. Der Auftraggeber konnte beim Schadensersatzanspruch vielmehr die Mängelbeseitigung so lange hinausschieben, wie er wollte, oder von ihr ganz Abstand nehmen. Er musste den erhaltenen Geldbetrag nicht für die Mängelbeseitigung ver-

wenden. So die bis dahin ständige Rechtsprechung des BGH².

Dies galt auch für die Haftung des Architekten wegen mangelhafter Planung oder Bauüberwachung, wenn sich der Planungs- oder Überwachungsfehler im Baukörper realisiert. In diesem Fall kann durch eine Nacherfüllungsleistung des Architekten der im Baukörper verwirklichte Mangel nicht behoben werden.³ Durch eine Nachbesserungs-/Sanierungsplanung bzw. wiederholte Bauüberwachung wird der Mangel im Baukörper (z. B. unzureichende Bauwerksabdichtung) nicht behoben. Insoweit kann der Schaden des Auftraggebers nur durch eine Geldleistung des Architekten kompensiert werden.

Der bisher möglichen Berechnung des Schadensersatzes nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten hat der BGH mit drei Urteilen aus dem Jahr 2018 nun ein Ende bereitet. Der Grundsatzentscheidung vom 22.02.2018 lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Bauherr eines Einfamilienhauses beauftragte für die Planung des Außenbereichs einen Architekten. Mit der dort vorgesehenen Verlegung von Platten aus römischem Travertin war ein Unternehmer beauftragt. Nach Abnahme zeigten sich aufgrund von Planungsfehlern, die dem Unternehmer hätten auffallen müssen, Risse und Abplatzungen an den Platten. Der Bauherr, der das Haus, ohne die Mängel beseitigt zu haben, während des Berufungsverfahrens verkaufte, verlangte vom Unternehmer und dem planenden Architekten Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten.



(1) In einem Urteil über Abplatzungen an Natursteinplatten hat der BGH seine bisherige Rechtsprechung zu fiktiven Mängelbeseitigungskosten aufgegeben.

² BGH, Urt. vom 24.05.1973, VII ZR 92/71; Urt. v. 28.06.2007, VII ZR 81/06; Urt. v. 22.07.2010, VII ZR 176/09

³ BGH, Urt. v. 16.02.2017, VII ZR 42/13

Der BGH hat die Änderung seiner Rechtsprechung wie folgt begründet:

Der Auftraggeber, der keine Aufwendung zur Mängelbeseitigung tätigt, hat keinen Vermögensschaden in Form und Höhe dieser (nur fiktiven) Aufwendungen. Erst wenn er den Mangel beseitigen lässt und die Kosten hierfür begleicht, entsteht ihm ein Vermögensschaden in Höhe der aufgewandten Kosten.⁴ Eine Schadensbemessung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten bildet das Leistungsdefizit insbesondere im Baurecht auch bei wertender Betrachtung nicht zutreffend ab. Vielmehr führt sie häufig zu einer Überkompensation und damit zu einer nach allgemeinen Grundsätzen zum Schadensersatz nicht gerechtfertigten Bereicherung des Auftraggebers.⁵

Es ist deshalb notwendig, den Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB noch stärker daran auszurichten, welche Dispositionen der Auftraggeber tatsächlich zur Mängelbeseitigung trifft.⁶ Aus § 634 BGB folgt, dass sich der Ausgleich für den Auftraggeber, der das mangelhafte Werk behalten will, daran orientiert, **ob er den Mangel beseitigen lässt oder nicht**.

Sieht er von der Mängelbeseitigung ab, kann er nach §§ 634 Nr. 3, 638 BGB als Ausgleich für das verletzte Leistungsinteresse die Vergütung mindern. Diese Wertungen sind bei der Bemessung des Schadens im Rahmen des Schadensersatzanspruches gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB zu berücksichtigen. Der Schaden kann deshalb in der Weise bemessen werden, dass, ausgehend von der für das Werk vereinbarten Vergütung, der Minderwert des Werks wegen des (nicht beseitigten) Mangels geschätzt wird. Maßstab ist die durch den Mangel des Werks erfolgte Störung im Verhältnis von Bauleistung zu Vergütung. Der mangelbedingte Minderwert des Werks ist ausgehend von der Vergütung als Maximalwert unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu schätzen. Im Rahmen dieser Schadensbemessung kommt z. B. eine Schadensbemessung anhand der Vergütungsanteile in Betracht, die auf die mangelhafte Leistung entfallen.⁷

Lässt der Auftraggeber die Mängelbeseitigung hingegen durchführen, sind die von ihm aufgewandten Mängelbeseitigungskosten, die er bei verständiger Würdigung für erforderlich halten durfte, nicht nur gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 BGB zu erstatten oder zu bevorschussen. Der Auftraggeber kann die Mängelbeseitigungskosten auch als Schaden gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB ersetzt verlangen.⁸

Für die Bemessung des Schadensersatzanspruches gegen den mangelhaft planenden oder bauüberwachenden Architekten gilt nach der Entscheidung des BGH das oben Gesagte entsprechend.⁹ Lässt der Auftraggeber den Mangel des Bauwerks nicht beseitigen, kann er seinen Schaden im Wege einer Vermögensbilanz nach dem Minderwert des Bauwerks im Vergleich zu dem hypothetischen Wert des Bauwerks bei mangelfreier Architektenleistung bemessen oder gegebenenfalls – bei Veräußerung des Objekts – nach dem konkreten Mindererlös. Er kann seinen Schaden aber auch so bemessen, dass er ausgehend von der mit dem Bauunternehmer vereinbarten Vergütung den mangelbedingten Minderwert des Werks ermittelt. Denselben Vermögensschaden hat der Architekt durch seine mangelhafte Leistung verursacht und deshalb zu ersetzen.

Hierin erschöpft sich der Vermögensschaden des Auftraggebers jedoch nicht. Er muss nunmehr auch Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung der Arbeiten am Bauwerk tragen, die ohne die mangelhafte Architektenleistung nicht entstanden wären. Im Rahmen des Schadensersatzanspruches gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 BGB kann der Auftraggeber nach der Entscheidung des BGH deshalb den Schadensersatz auch in Form einer vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags als Vorfinanzierung geltend machen.¹⁰ Diese Rechtsprechung hat der BGH ausdrücklich in zwei folgenden Urteilen bestätigt.¹¹ In den dort zugrunde liegenden Fällen hätte der Auftraggeber die Mängelbeseitigung noch ausführen lassen können. Die Rechtsprechung des BGH kann daher jetzt als gefestigt angesehen werden.

OLG Nürnberg: Publikationen widerlegen DIN-Normen!

Ende 2017 hat der BGH in einer wichtigen Entscheidung¹² für den VOB-Vertrag klargestellt, dass der Auftragnehmer die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik (a. a. R. d. T.) zum Zeitpunkt der Abnahme auch dann schuldet, wenn diese sich zwischen Vertragsschluss und Abnahme geändert haben. In einem solchen Fall hat der Auftragnehmer den Auftraggeber regelmäßig über die Änderung und die damit verbundenen Konsequenzen und Risiken für die Bauausführung zu informieren, es sei denn, diese sind dem Auftraggeber bekannt oder ergeben sich ohne Weiteres aus den Umständen. Unterlässt der Auftragnehmer den Hinweis und führt die Leistung nach den a. a. R. d. T. zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus, ist seine Leistung mangelhaft.

Erteilt der Unternehmer rechtzeitig den Hinweis auf die Änderung der a. a. R. d. T., hat der Auftraggeber in der Regel zwei Optionen: Der Auftraggeber kann zum einen die Einhaltung der neuen a. a. R. d. T. verlangen mit der Folge, dass ein aufwendigeres Verfahren zur Herstellung erforderlich werden kann, als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von den Parteien vorgesehen. Der Auftragnehmer kann, soweit hierfür nicht von der Vergütungsvereinbarung erfasste Leistungen erforderlich werden, im Regelfall eine Vergütungsanpassung nach § 1 Nr. 3 oder 4, § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B verlangen.

Zum anderen kann der Auftraggeber von einer Einhaltung der neuen a. a. R. d. T. und damit von einer etwaigen Verteuerung des Bauvorhabens absehen. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang jedoch die Frage, wann der Auftragnehmer den Auftraggeber über die Änderung der a. a. R. d. T. informieren muss. Dies hängt davon ab, wann der Auftragnehmer selbst Kenntnis von deren Änderung erlangen kann bzw. konnte.

Dazu hat der BGH in seinem Urteil keine Ausführungen gemacht. Die Beantwortung der Frage ist jedoch entscheidend für die Höhe des Vergütungsanspruches nach

4 BGH, Urt. v. 22.02.2018, VII ZR 46/17, Rz. 32

5 BGH, Urt. v. 22.02.2018, VII ZR 46/17, Rz. 34

6 BGH, Urt. v. 22.02.2018, VII ZR 46/17, Rz. 36

7 BGH, Urt. v. 22.02.2018, VII ZR 46/17, Rz. 40 ff.

8 BGH, Urt. v. 22.02.2018, VII ZR 46/17, Rz. 46

9 BGH, Urt. v. 22.02.2018, VII ZR 46/17, Rz. 62

10 BGH, Urt. v. 22.02.2018, VII ZR 46/17, Rz. 64 ff.

11 VII ZR 173/16

12 BGH, Urt. v. 14.11.2017, VII ZR 65/14



Bild: © alexandre zweiger – stock.adobe.com

(2) Das OLG Stuttgart hatte 2018 über die Ausführung von Schiebeflügeln zu entscheiden. Das Ergebnis: Der Auftraggeber muss beweisen können, welche Beschaffenheit er bestellt hat.

§ 1 Nr. 3 oder 4, § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B. Musste der Auftragnehmer bei Ausführung seiner Leistung nicht wissen, dass sich die a. a. R. d. T. nach Vertragsschluss ändern werden bzw. geändert haben, kann er für den Fall, dass der Auftraggeber nun eine Ausführung nach den neuen a. a. R. d. T. anordnet, nicht nur die Kosten für das höherwertige Material, sondern auch die meist höheren Kosten für den Ausbau des alten und Wiedereinbau des neuen Materials bezahlt verlangen. Musste er zum Zeitpunkt des Einbaus von der Änderung der a. a. R. d. T. Kenntnis haben, sind die Umbauarbeiten hingegen vergütungsfreie Mängelbeseitigungsarbeiten. Die Kosten des höherwertigen Materials kann er in diesem Fall ebenfalls als Sowieso-Kosten erstattet verlangen.

Nach einem Urteil des OLG Nürnberg¹³ muss ein Architekt davon ausgehen, dass die zum Zeitpunkt der Planung relevante DIN hinter den für ein mangelfreies Werk zu beachtenden a. a. R. d. T. zurückbleibt, wenn zu Beginn der Planungszeit eine Anzahl von Publikationen bekannt ist, die speziellere Anforderungen an die Bau-

ausführung stellen, als die zum Zeitpunkt der Planung geltende DIN-Norm. Generell kann daraus gefolgert werden, dass ein Unternehmer, jedenfalls ein Fachbetrieb, nicht mehr auf die Geltung einer DIN als a. a. R. d. T. vertrauen darf, wenn zu Beginn seiner Leistung Publikationen in der Fachpresse bekannt sind, die speziellere, von der DIN-Norm abweichende Anforderungen an seine Werkleistung stellen. In diesem Fall hat ein entsprechender Hinweis an den Auftraggeber zu erfolgen. Entsprechendes gilt erst recht, wenn sich die Änderung einer DIN-Norm durch einen sogenannten Gelbdruck ankündigt.¹⁴

OLG Stuttgart: Auftraggeber muss vereinbartes Bau-Soll beweisen!

In der Bauwirtschaft ist hinlänglich bekannt, dass der Auftragnehmer vor Abnahme seiner Werkleistung die Beweislast für deren Mangelfreiheit trägt.¹⁵ Davon ist die Frage zu unterscheiden, wen die Beweislast für die zwischen den Parteien vereinbarte Be-

schaffenheit der Bauleistung („Bau-Soll“) trifft. Dieser kleine aber feine Unterschied kann in einem Gewährleistungsprozess ausschlaggebend sein. Denn die Mangelfreiheit der Werkleistung wird durch den Vergleich zwischen vertraglich geschuldetem Bau-Soll und tatsächlich ausgeführtem Bau-Ist ermittelt. Stimmen Bau-Soll und Bau-Ist überein, liegt Mangelfreiheit vor, andernfalls ein Mangel. Vor der Abnahme trägt der Auftragnehmer die Beweislast, dass das Bau-Ist dem Bau-Soll entspricht. Steht das vertraglich geschuldete Bau-Soll hingegen nicht fest, kann die Mangelhaftigkeit der Werkleistung nicht ermittelt werden. In diesem Fall scheidet ein Mangelanspruch des Auftraggebers aus. Das Problem hatte das OLG Stuttgart¹⁶ für folgenden Fall zu entscheiden:

Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit dem Einbau von Fensterelementen nach einem schriftlichen Angebot. Vor der Abnahme geraten die Parteien in Streit. Der Auftraggeber beanstandet, dass keine bodentiefen Schiebeflügel eingebaut wurden und die Schiebeflügel nicht wie vereinbart raumseitig, sondern außenseitig laufen. Für die Mangelbeseitigung verlangt er einen Vorschuss. Der Auftragnehmer wendet ein, die Schiebeflügel seien nicht wie vom Auftraggeber behauptet bestellt worden.

Das OLG Stuttgart weist die Klage des Auftraggebers ab. Zur Begründung führt es aus, dass für die Frage, ob die vom Auftragnehmer vorgenommene Ausführung der Schiebeflügel mangelhaft ist, das geschuldete Bau-Soll maßgeblich sei. Entscheidend ist daher, was die Parteien insoweit vertraglich vereinbart haben. Welche Beschaffenheit das zugrunde liegende Werk haben soll, also den Inhalt der vertraglichen Vereinbarung, hat derjenige zu beweisen, der sich auf die vertragliche Vereinbarung beruft. Dies ist vorliegend der Auftraggeber, ungeachtet des Umstands, dass vor der Abnahme grundsätzlich der Auftragnehmer die Mangelfreiheit der erbrachten Leistungen zu beweisen hat. Da das schriftliche Angebot die vom Auftraggeber behauptete Ausführung nicht wiedergibt, konnte das OLG keinen Mangel der Bauleistung feststellen.

¹³ OLG Nürnberg, Urt. v. 06.08.2015, 13 U 577/12; BGH, Beschluss v. 21.03.2018, VII ZR 288/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

¹⁴ Werner/Pastor: Der Bauprozess. 16. Aufl., Werner Verlag, Köln 2018, Rz. 1972
¹⁵ BGH, Urt. v. 23.10.2008, VII ZR 64/07

¹⁶ OLG Stuttgart, Beschluss v. 09.01.2018, 10 U 39/17

Das Problem ist in der Baupraxis nicht selten. Wie oft sind schriftliche Angebote lückenhaft oder unverständlich, werden schriftliche Vereinbarungen mündlich ergänzt oder abgeändert. In all diesen Fällen trägt der Auftraggeber stets die Beweislast für das vereinbarte Bau-Soll.

OLG Schleswig: Mängelrechte trotz Abnahme ohne Mängelrüge!

Nicht selten wendet der Auftragnehmer ein, dass der Mangelbeseitigungsanspruch ausgeschlossen sei, weil der Mangel bei der Abnahme offensichtlich gewesen sei. Dabei beruft sich der Auftragnehmer auf § 640 Abs. 3 BGB, der regelt, dass dem Auftraggeber das Recht auf Nacherfüllung, Aufwendungsersatz, Rücktritt und Minderung nur zusteht, wenn er sich bei Abnahme des Werks in Kenntnis eines Mangels seine Rechte dabei vorbehält. So auch in einem Fall, den das OLG Schleswig¹⁷ zu entscheiden hatte:

Der Auftraggeber rügt gegenüber dem Auftragnehmer, dass die von diesem ver-

legten Stufenfliesen im Treppenhaus von der zwischen den Parteien vereinbarten Beschaffenheit abweichen. Die Fliesen auf dem Podest und den Stufen passen nicht zueinander, sondern weisen eine unterschiedliche Rutschfestigkeitsklasse und Rauigkeit und dadurch eine unterschiedliche Schmutzanfälligkeit auf. Der Auftragnehmer wendet demgegenüber ein, dass die Abweichung bei der Abnahme offensichtlich gewesen sei.

Das OLG weist den Einwand zurück. Ob der Unterschied der Stufenfliesen und der anderen Fliesen erkennbar war, ist unerheblich. Für einen Ausschluss von Mängelrechten sei erforderlich, dass der Auftraggeber den Unterschied erkannt hat. Zwar kann ein Bau-Laie gegebenenfalls eine gewisse optische Abweichung der Fliesen erkennen. Entscheidend ist aber, dass er die Folgen im Gebrauch ohne Aufklärung durch den fachkundigen Unternehmer nicht erkennen kann.

Wie hier, hat der Einwand des Auftragnehmers fast nie Erfolg. Er kann nämlich in den seltensten Fällen den ihm obliegenden Beweis führen, dass der Auftraggeber bei der Abnahme Kenntnis vom Mangel hatte. Es reicht für den Ausschluss der Mängelrechte auch nicht, wenn der Auftraggeber das äußere Erscheinungsbild des Mangels wahrgenommen hat. Erforderlich ist das Wissen um

die Fehlerhaftigkeit des Werks. Dazu gehört, dass der Auftraggeber die Bedeutung und die Auswirkungen des Mangels überschauen kann.¹⁸

¹⁸BGGH, Urt. v. 09.11.2000, VII ZR 409/99

¹⁷OLG Schleswig, Urt. v. 18.08.2017, 1 U 11/16; BGH Beschluss v. 05.06.2018, VII ZR 200/17 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Zur Person



Prof. Thomas Karczewski

ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Partner 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) und Gründer des Baurechtskolloquiums Hamburg. Er ist ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift „IBR Immobilien- & Baurecht“ und Mitautor des „BeckOK zum neuen Bauvertragsrecht“ sowie des von Leupertz/Preussner/Sienz herausgegebenen Praktiker-Kommentars „Das neue Bauvertragsrecht“. Außerdem ist Prof. Karczewski ein bundesweit gefragter Referent für Vorträge, Schulungen und Seminare zu baurechtlichen Themen.

Kontakt
Rembert Rechtsanwälte, Hamburg
www.rembert-rechtsanwaelte.de
hamburg@rembert-rechtsanwaelte.de

Bild: © „Bauen mit Verbrauchern“, FVHG

Protokoll zur Teil-/Endabnahme

Bauprojekt:	_____	Datum:	_____
Gewerk:	_____		
Firma:	_____		
Anwesende:	_____		

Gesamtabnahme Teilabnahme von Gewerk-/Teilleistung

1. Bauvertrag: Auftrag/Bauvertrag vom _____ bis _____
Nachträge Nr. _____

(3) Nur selten kann ein Auftragnehmer beweisen, dass der Auftraggeber bei der Abnahme Kenntnis von einem bestimmten Mangel und seinen Auswirkungen hatte.