

Rechtsprechung aktuell

Die wichtigsten Gewährleistungsurteile für die Baupraxis aus dem Jahr 2019, kurz kommentiert

Der BGH hat auch im vergangenen Jahr über Grundsätze der Mängelhaftung des Unternehmers entschieden. Er hat seine Rechtsprechung bestätigt, wonach die Bemessung des Schadensersatzanspruchs gegen den Architekten nicht mehr auf der Basis fiktiver Mängelbeseitigungskosten möglich ist. Zudem wurden die Grundzüge der verschuldensunabhängigen Haftung verdeutlicht und eine Reihe bemerkenswerter oberlandesgerichtlicher Entscheidungen zu Alternativen der mangelhaften Bauleistung gebilligt. Dies betrifft die Frage, wann ein Bedenkenhinweis entbehrlich sein kann bis hin zur Frage, wer das „Wie“ der Mängelbeseitigung bestimmt.

■ Von Prof. Thomas Karczewski

Kein Schadensersatz auf Basis fiktiver Mängelbeseitigungskosten!

Bereits mit Urteil vom 22.02.2018¹ hat der BGH entschieden, dass er nicht mehr an seiner früheren Rechtsprechung festhält, wonach der Anspruch auf Schadensersatz gegen den Architekten nach der Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten berechnet werden kann, wenn der Bauherr den Mangel noch nicht beseitigt hat. Der Bauherr muss deshalb den Schaden entweder im Wege einer Vermögensbilanz nach dem Minderwert des Bauwerks im Vergleich zum hypothetischen Wert des Bauwerks bei mangelfreier Architektenleistung bemessen oder durch die Minderung der Vergütung (des Honorars) berechnen. Dabei erschöpft sich der mangelbedingte Minderwert des Werks höchstens in der Minderung der kompletten Vergütung. Der Bauherr kann auch Schadensersatz in Form einer Vorfinanzierung geltend machen, deren Betrag zweckgebunden und abzurechnen ist. Mit seinem Urteil vom 21.11.2019² hat der BGH seine neue Rechtsprechung bestätigt.

¹ Az VII ZR 46/17, vgl. der bauschaden, Heft 34, S. 53 f.

² Az VII ZR 278/17

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Bauherr beauftragte einen Architekten mit der Bauüberwachung für die Errichtung eines Ladens. Er behauptet, die Boden- und Fliesenarbeiten seien durch den ausführenden Unternehmer mangelhaft erbracht, da das eingebaute Mörtelbett nicht brauchbar sei. Der Bodenaufbau entspreche nicht den Richtlinien für Rüttelbettbeläge, was dem Architekten bei ordnungsgemäßer Bauüberwachung hätte auffallen müssen. Die – noch nicht durchgeführte – Mängelbeseitigung für die notwendige Erneuerung des Fußbodenaufbaus ab Oberkante Bodenplatte verursacht Kosten in Höhe von 347.000 Euro, die der Bauherr als Schadensersatz geltend machte.

Das Oberlandesgericht (OLG) verurteilte den Architekten antragsgemäß. Der BGH hebt das Urteil des OLG auf und verweist den Rechtsstreit zurück. Das OLG hat den Schaden im Einklang mit der früheren Rechtsprechung des BGH ermittelt, nach der die Höhe des Vermögensschadens nach den erforderlichen, tatsächlich jedoch nicht angefallenen Mängelbeseitigungskosten für den Bodenbelag des Bauwerks hätte bemessen werden können. Der BGH³ entschied jedoch nach Erlass des angefochtenen

³ Urt. v. 22.02.2018, VII ZR 46/17

Urteils unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung, dass hinsichtlich der vom Architekten zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht hätten, ein Zahlungsanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten ausscheidet.

Die Mängelhaftung des Unternehmers ist verschuldensunabhängig, auch wenn ihm kein Ausführungsfehler nachzuweisen ist!

Nach § 634 BGB kann der Besteller Nacherfüllung, also Mängelbeseitigung, Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz gegenüber dem Unternehmer geltend machen, wenn das Werk mangelhaft ist und die Voraussetzungen der verschiedenen Anspruchsgrundlagen vorliegen. Eines Verschuldens des Unternehmers bedarf es dabei nur für den Anspruch auf Schadensersatz, nicht hingegen für den Anspruch des Bestellers auf Nacherfüllung sowie Selbstvornahme und Minderung. So entspricht es ständiger Rechtsprechung des BGH, dass der Unternehmer die Nacherfüllung verschuldensunabhängig auch dann schuldet, wenn ihm ein Ausführungsfehler, der dazu geführt hat, dass die vereinbarte Beschaffenheit nicht erreicht wurde, nicht nachzuweisen ist.⁴ Dies hat der BGH in seiner Entscheidung vom 07.02.2019⁵ nochmals hervorgehoben, der folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Der Bauherr beauftragte den Unternehmer mit der Abdichtung seiner Terrasse, auf die ein anderer Handwerker Estrich und Fliesen

⁴ Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 08.11.2007, VII ZR 183/05, Rn. 19

⁵ BGH, Urt. v. 07.02.2019, VII ZR 274/17, Rz. 24



Bild: © Pafnyk Kosmidar – stock.adobe.com

(1) Laut BGH muss ein Unternehmer auch dann für die undichte Abdichtung unter einer Terrasse haften, wenn ihm kein Ausführungsfehler nachgewiesen wurde.

aufbrachte. Zum Abschluss nahm der Unternehmer an den Rändern Zinkisolierungen vor und montierte Wandanschlusschienen, die er versiegelte. Nach Abnahme kam es zur Durchfeuchtung im Keller im Bereich unterhalb der Terrasse.

Der Bauherr verlangte vom Unternehmer Mängelbeseitigung. Dieser bestritt, dafür verantwortlich zu sein, weshalb ihn der Bauherr verklagte. Im Prozess verweigerte der Bauherr aber dem vom Gericht bestellten Gutachter, die Fliesen und den Estrich aufzunehmen, um die Abdichtung auf Mängel zu untersuchen. Das OLG wies die Mängelbeseitigungsklage des Bauherrn deshalb ab. Der Bauherr habe nicht bewiesen, dass die Abdichtung durch eine mangelhafte Leistung des Unternehmers oder aber durch die nachträgliche Verlegung des Estrichs undicht geworden sei. Auch die vom Bauherrn veranlasste Flutungsmaßnahme mit gefärbtem Wasser habe dies nicht geklärt.

Der BGH hob das Urteil des OLG auf, weil seine Annahme, die Freilegung der Abdichtung sei für den Nachweis des Mangels im Zeitpunkt der Abnahme erforderlich, unzutreffend ist. Voraussetzung des Nacherfüllungsanspruchs ist ein Mangel des Werks des Unternehmers im Zeitpunkt der Abnahme. Der BGH stellt einen Mangel fest, weil eine vereinbarte Beschaffenheit fehlt. Dies ist der Fall, wenn der mit dem Vertrag

verfolgte Zweck des Werks nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt. Zweck und Funktion der Terrassenabdichtung war gerade die Herbeiführung eines Zustands, der ausschließt, dass (Regen-)Wasser über die Terrasse oder durch sie hindurch in das Gebäude eindringt. Die Wasserundurchlässigkeit der Terrasse war darum Bestandteil der vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung. Ob das Werk seiner Funktion nicht gerecht wird, kann auch durch einen weiteren Flutungsversuch mit gefärbtem Wasser oder einem Leckagetest überprüft werden. Hierzu ist die Freilegung der Terrassenabdichtung nicht erforderlich.

Soweit das OLG der Auffassung sein sollte, es bedürfe losgelöst vom Abnahmezeitpunkt zur Annahme eines Sachmangels grundsätzlich der Feststellung, auf welche Ursache ein etwaiges Funktionsdefizit zurückzuführen ist, ist dies unzutreffend. Denn der Unternehmer schuldet Nacherfüllung verschuldensunabhängig auch dann, wenn ihm ein Ausführungsfehler, der dazu geführt hat, dass die vereinbarte Beschaffenheit nicht erreicht wurde, nicht nachzuweisen ist.⁶

Für die Beurteilung, ob das Werk mangelhaft ist, kommt es grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Abnahme an. Mit einem nach Abnahme eingetretenen Zustand kann darum die Mangelhaftigkeit eines Werks allein nicht begründet werden. Zu Recht hat das OLG deshalb darauf hingewiesen, dass der Unternehmer für eine nachträgliche, das heißt, nach Abnahme erfolgte Beschädigung der Abdichtung, nicht einstehen muss. Dies rechtfertigt aber nicht die hieraus gezogenen beweisrechtlichen Schlüsse.

Der Bauherr, der nach der Abnahme die Beweislast dafür trägt, dass der Mangel bei Abnahme vorlag, war nicht gehalten, die Freilegung der Abdichtung zu veranlassen, um auf diese Weise den Beweis zu erbringen, dass ein etwaiger Mangel in Gestalt der Undichtigkeit (schon) im Zeitpunkt der Abnahme vorlag oder angelegt war. Zwar könnte eine vom OLG erwogene nachträgliche Beschädigung sicher ausgeschlossen werden, wenn als Ursache der Undichtigkeit ein Fehler des Unternehmers bei der Ausführung des Werks festgestellt werden würde. Zudem wäre damit zugleich nachgewiesen, dass der Mangel schon im Zeitpunkt der Abnahme vorgelegen hat. Dies ist aber nicht zwingend, denn der Bauherr kann den Beweis, dass die etwaige festzustellende Undichtigkeit bereits bei Abnahme vorlag, auch auf andere Weise führen. Der vom OLG angenommene Grund, warum das Objekt auf eine etwaige nachträgliche Beschädigung zu untersuchen sei, rechtfertigt nicht die Aufforderung, die Abdichtung der Terrasse freizulegen.

Maßgeblicher Zeitpunkt ist derjenige der Abnahme. Nach den bisherigen Feststellungen ging die Leistungsgefahr⁷ erst mit der Abnahme der Abdichtungsarbeiten, die nach der Verlegung des Estrichs und der Fliesen erfolgte (Wandanschlusschiene), gemäß § 644 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Bauherrn über. Deshalb ist die Frage, ob die Abdichtung bereits zeitlich davor (etwa anlässlich der Estricharbeiten) beschädigt worden sein könnte, für die Beweisführung des Bauherrn nicht entscheidungserheblich und damit nicht beweisbedürftig.⁸

⁷ Pflicht des Unternehmers zur Neuherstellung des Werks

⁸ BGH, Urte. v. 07.02.2019, VII ZR 274/17, Rz. 25–28

⁶ BGH, Urte. v. 07.02.2019, VII ZR 274/17, Rz. 21–24

Der Bedenkenhinweis des Unternehmers ist nur erforderlich, wenn er die Fehlerhaftigkeit der Vorleistung erkennen kann!

Auch in der folgenden Entscheidung geht es um die Auswirkungen der verschuldens-unabhängigen Erfolgshaftung des Unternehmers. Diese führt dazu, dass der Unternehmer selbst dann für einen Mangel einzustehen hat, wenn der Mangel

- auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers,
- auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder
- auf die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers

zurückzuführen ist und dadurch die Funktion des Gesamtwerks beeinträchtigt wird (vgl. § 13 Abs. 3 erster Halbsatz VOB/B). Die Haftung des Unternehmers entfällt nur dann, wenn er dem Auftraggeber vor Ausführung der Arbeiten einen ausreichend deutlichen Hinweis erteilt (vgl. § 13 Abs. 3 zweiter Halbsatz, § 4 Abs. 3 VOB/B). Voraussetzung für diesen Hinweis ist jedoch, dass der Unternehmer selbst die fehlerhafte Vorleistung erkennen kann. Mit einer Konstellation, in der das nicht der Fall war, musste sich das OLG Brandenburg⁹ beschäftigen:

Der Auftraggeber beauftragte den Unternehmer mit der Installation einer Heizung mit Wärmepumpenanlage, Solarunterstützung und Erdwärmespeicherung. Die Anlage plante ein separat vom Auftraggeber beauftragtes Ingenieurbüro. Als die Anlage nicht die erwünschte Heizleistung erbrachte, begehrte der Auftraggeber vom Installateur einen Vorschuss zur Mängelbeseitigung sowie Zahlung von Schadensersatz und die Freistellung von Rückforderungsansprüchen hinsichtlich erhaltener Fördermittel. Der Installateur verteidigte sich damit, dass die vom Auftraggeber gerügten Mängel auf der fehlerhaften Planung des eingeschalteten Ingenieurbüros beruhen.

⁹ Beschluss v. 30.03.2017, 12 U 94/13; BGH Beschluss v. 24.07.2019, VII ZR 101/17, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen

Das OLG gab dem Installateur Recht. Die vom Sachverständigen festgestellten Planungsmängel der Heizungsanlage, insbesondere die Unterdimensionierung des Erdwärmespeichers, die zu geringe oder fehlende Rückspeisung der Wärme aus den Solarkollektoren sowie die hohen Vorlauftemperaturen im Gebäude sind nicht dem Installateur anzulasten. Eine andere Beurteilung ist aufgrund der im Werkvertragsrecht geltenden Erfolgshaftung nicht gerechtfertigt. Der Installateur schuldet die im Vertrag aufgeführten Leistungen, wobei in seinem Angebot unter der Rubrik „Vorbemerkungen“ die Heizungsanlage näher umschrieben und spezifiziert wird. Den Vertragsunterlagen ist jedoch nicht zu entnehmen, dass der Installateur die Erreichung einer bestimmten Temperatur im Heizbetrieb schuldet, sodass ihm allein wegen der fehlenden Einhaltung dieses Ziels keine Mangelhaftigkeit der Werkleistung vorzuwerfen ist.

Er hat auch nicht die ihn grundsätzlich für seine Leistungen treffende Bedenken- und Hinweispflicht verletzt. Zwar hat der Installateur sich zur Erbringung der im Werkvertrag aufgeführten Leistungen mit der Maßgabe verpflichtet, dass bestimmte Leistungen von ihm erbracht werden sollten. Er hat auch eine Reihe von Anträgen zur Umsetzung des Bauvorhabens gestellt und Erklärungen abgegeben. Hieraus folgt indes nicht, dass er die vom Sachverständigen festgestellten Mängel der Planung der Heizungsanlage hätte erkennen müssen. Auch der Auftraggeber trägt keine Umstände vor, aus denen folgt, dass der Installateur die Ungeeignetheit der Planung für eine ausreichende Wärmeversorgung des Hauses hätte erkennen können.

Der Auftragnehmer trägt das Risiko falscher Regeln der Technik!

Nach § 13 Abs. 1 Satz 2 VOB/B muss die Leistung des Unternehmers den anerkannten Regeln der Technik (a. R. d. T.) zum Zeitpunkt der Abnahme entsprechen, um mangelfrei zu sein. Dies gilt für den Bauvertrag nach BGB entsprechend, weil der Unternehmer in der Regel zusichert, das Bauwerk nach den a. R. d. T. zum Zeitpunkt der Abnahme zu errichten. Haftet der

Auftragnehmer aber auch dann, wenn er a. R. d. T. anwendet, die unerkannt falsch sind und es deshalb zu einem Mangel an seinem Werk kommt? Diese Frage hatte das OLG Koblenz in seinem Urteil vom 27.09.2016¹⁰ zu entscheiden:

Eine Gemeinde mit historischem Ortskern beauftragte einen Unternehmer, im Wege der Neugestaltung einer Ortsdurchfahrt einen Straßenabschnitt mit Betonsteinpflaster zu verlegen. Im Leistungsverzeichnis der Gemeinde ist detailliert beschrieben, wie der Untergrund und der Pflasterbelag herzustellen sind. Nach Abnahme lösten sich in einigen Bereichen die Pflastersteine, und es entstanden Risse, weshalb die Gemeinde nach vergeblicher Mängelbeseitigung Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung für die gesamte Straße in Höhe von 500.000 Euro verlangte. Der Unternehmer behauptete u. a., die Leistung wie beschrieben ausgeführt zu haben; dies entsprach zum Zeitpunkt der Abnahme den a. R. d. T. Zudem traten die Mängel nicht an allen Bereichen der Pflasterfläche auf, weshalb die Mängelbeseitigungskosten nicht im geltend gemachten Umfang erforderlich seien.

Das OLG gab der Gemeinde Recht. Der Unternehmer schuldet grundsätzlich ein dauerhaft mangelfreies und funktions-taugliches Werk. Das Eintreten dieser Einstandspflicht des Unternehmers setzt lediglich voraus, dass dem Werk ein Mangel anhaftet, der aus dem Verantwortungsbereich des Unternehmers herrührt. Selbst wenn der Unternehmer die Verlegung der Pflastersteine vorliegend unter Beachtung der seinerzeit geltenden a. R. d. T. erstellt hätte, wäre das Werk mangelhaft, wenn sich die als zutreffend angenommenen Regeln später als unrichtig herausstellten. Inwieweit ein Mangel des Werks vorliegt, hängt nicht davon ab, ob der Unternehmer aufgrund ihm zugänglicher fachlicher Informationen darauf vertrauen konnte, dass die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit durch seine Leistung erfüllt wird. Die Leistung des Unternehmers ist auch dann mangelhaft, wenn ihn kein Verschulden trifft, etwa weil die Ausführung den für diese Zeit geltenden a. R. d. T. entsprach.

¹⁰ Az 4U 674/14; BGH, Beschluss v. 21.11.2018, VII ZR 263/18, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen



(2) Eine Ortsdurchfahrt wurde mit Betonsteinpflaster und dem entsprechendem Untergrund nach den a. R. d. T. ausgeführt. Trotzdem traten Mängel auf. Diese hatte der Unternehmer zu verantworten, da er das Risiko falscher a. R. d. T. trägt.

Der Annahme und dem Umfang eines dem Unternehmer zurechenbaren Sachmangels steht auch nicht sein Einwand entgegen, der nicht ordnungsgemäße Zustand der Werkleistung müsse sich bereits in einem nach außen hin hervortretenden Schaden manifestiert haben, was in den weniger befahrenen und vornehmlich im Fußgängerverkehr eröffneten Flächen nicht der Fall ist. Denn allein die hier festgestellte, nicht vertragsgemäße und fehlerhafte Beschaffenheit des Werks begründet bereits einen Sachmangel. Der Unterbau und die Ausführung des Pflasters sind insgesamt fehlerhaft ausgestaltet und erfassen die gesamte Fläche. Deshalb sind auch die vom Durchgangsverkehr nicht oder nur in geringem Umfang tangierten Randflächen als mangelhaft anzusehen, wengleich sich die Fehlerhaftigkeit in diesem Bereich noch nicht in einem nach außen hin sichtbaren Schadensbild manifestiert hat. Der Unternehmer kann daher nicht mit Erfolg einwenden, Sachmängel seien allenfalls im Bereich der vom Durchgangsverkehr stark frequentierten Fahrbahn vorhanden. Birgt die Mangelhaftigkeit eines Straßenbelags das Risiko einer nachhaltigen Funktionsbeeinträchtigung, besteht grundsätzlich ein objektiv berechtigtes Interesse des Auftraggebers an der Mängelbeseitigung im gesamten Bereich.

Mängelbeseitigungsarbeiten nach Abnahme müssen den zu diesem Zeitpunkt geltenden Regeln der Technik entsprechen!

Mit Urteil vom 14.11.2017 hat der BGH¹¹ seine ständige Rechtsprechung wiederholt, dass der Unternehmer die Einhaltung der a. R. d. T. zum Zeitpunkt der Abnahme auch dann schuldet, wenn diese sich zwischen Vertragsabschluss und Abnahme geändert haben. Vom BGH bisher nicht entschieden ist dagegen die Frage, welchem Stand der a. R. d. T. Mängelbeseitigungsarbeiten nach der Abnahme entsprechen müssen. Dies wird von den Oberlandesgerichten unterschiedlich beurteilt. Das OLG Stuttgart¹² vertritt die Auffassung, dass die Mängelbeseitigungsarbeiten nach Abnahme den a. R. d. T. zum Zeitpunkt ihrer Durchführung entsprechen müssen. Das OLG Nürnberg¹³ scheint demgegenüber der Ansicht zu sein, dass die Mängelbeseitigungsarbeiten nur den Stand der a. R. d. T. zum Zeitpunkt der Abnahme der ursprünglichen Leistung einhalten müssen. Diese Frage hatte

11 Az VII ZR 65/14

12 Urt. v. 14.09.2011, 10 W 9/11

13 Urt. v. 20.12.2017, 2U 1219/16; BGH, Beschluss v. 09.01.2019, VII ZR 14/18, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen

auch das OLG Schleswig¹⁴ bei Beurteilung des folgenden Sachverhalts zu entscheiden:

Der Besteller beauftragte den Unternehmer mit dem Einbau von bodentiefen Fenstern in Seminarräumen eines Kongresszentrums. Damit die Fenster durch die Nutzer der Räume nicht vollständig geöffnet werden konnten, war eine elektronische Sicherung eingebaut. Nach der Abnahme stellte sich heraus, dass die Fenster nicht regen- und winddicht waren und die Sicherung nicht einwandfrei funktionierte. Der Besteller forderte den Unternehmer zur Mängelbeseitigung auf. Der Unternehmer machte die Mängelbeseitigung davon abhängig, dass der Besteller den Nachweis einer Absturzsicherung bringt. Denn die Sicherheitsvorschriften hatten sich zwischenzeitlich verschärft. Danach waren vor bodentiefen Fenstern Absturzsicherungen anzubringen, denen die elektronischen Öffnungssicherungen der Fenster nach den Herstellerangaben nicht entsprachen. Der Besteller verlangte daher Kostenvorschuss.

Das OLG Schleswig gab ihm Recht. Eine Veränderung des technischen Regelwerks zwischen Abnahme und Mängelbeseitigung ging zulasten des Unternehmers. Denn dass die Mängelbeseitigung durch Änderung der a. R. d. T. zwischen Abnahme und Mängelbeseitigung mit höheren Kosten verbunden ist, liegt im Verantwortungsbereich des Unternehmers und ist Folge seiner ursprünglich mangelhaften Leistung. Ohne den Mangel wäre keine Mängelbeseitigung erforderlich und auch keine Anpassung der Leistung an die später geltenden a. R. d. T. Der Unternehmer habe daher die Mängelbeseitigung nicht von einem Nachweis der Absturzsicherung durch den Besteller abhängig machen dürfen. Lediglich, wenn durch die Nachbesserung nach aktuellem Regelwerk ein Mehrwert entsteht, kann hierfür eine Ausgleichspflicht des Bestellers bestehen. Damit schließt sich das OLG Schleswig der Auffassung des OLG Stuttgart an.

Die Entscheidung begegnet rechtlichen Bedenken. Nach dem BGH¹⁵ hat der Unternehmer für den Fall, dass es zu einer Änderung der a. R. d. T. zwischen Vertragsschluss und Abnahme kommt, den Besteller hierauf hinweisen, sodass dieser dann entscheiden kann,

14 Urt. v. 01.02.2019, 1U 42/18

15 Urt. v. 14.11.2017, VII ZR 65/14



Bild: © Fotoschlick – stock.adobe.com

(3) Nach der Sanierung der Außenwände eines Altbaus durch einen Bauträger traten im Erdgeschoss Feuchteschäden auf. Der Erwerber der betroffenen Gewerbeeinheit forderte daraufhin konkret beschriebene Mängelbeseitigungsarbeiten. Zu Unrecht, denn das „Wie“ der Mängelbeseitigung bestimmt der Auftragnehmer, so das OLG Nürnberg.

ob er die Ausführung nach den „neuen“ oder „alten“ a. R. d. T. ausführen lässt. Entscheidet sich der Besteller für eine Ausführung nach den „neuen“ a. R. d. T., die mit einem Aufwand verbunden ist, der nicht vom ursprünglichen Bausoll erfasst ist, hat der Unternehmer insoweit einen Anspruch auf eine Nachtragsvergütung. Es gibt keinen Grund, weshalb dies im Fall einer Änderung der a. R. d. T. nach Abnahme und vor Ausführung der Mängelbeseitigungsarbeiten anders sein sollte.

Das „Wie“ der Mängelbeseitigung bestimmt der Auftragnehmer!

§ 634 Nr. 1 BGB bestimmt, dass der Besteller nach § 635 BGB Nacherfüllung verlangen kann, wenn das Werk mangelhaft ist. § 635 Abs. 1 BGB sieht vor, dass der Unternehmer nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen kann, wenn der Besteller Nacherfüllung verlangt. Nicht geregelt ist hingegen, wer bestimmt, wie die Mängelbeseitigung erfolgt, wenn sich der Unternehmer für diese entschieden hat. Nach gefestigter Rechtsprechung hat der Besteller zwar einen Anspruch auf ein dauerhaft mangelfreies und funktionstaugliches Werk.¹⁶

¹⁶ OLG Koblenz, Urt. v. 27.09.2016, 4U 674/14; BGH, Beschluss v. 21.11.2018, VII ZR 263/18, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen

Wie der Unternehmer dieses herstellt und wie er eine etwaige Mängelbeseitigung ausführt, ist hingegen seine Sache. Das hat das OLG Nürnberg¹⁷ in einem Urteil entschieden, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Ein Bauträger veräußerte einem Erwerber in einem zu sanierenden Altbau eine Gewerbeeinheit im Erdgeschoss. In der Baubeschreibung ist u. a. geregelt, dass grundsätzlich als Vertragsleistung ein Ausbauzustand und Standard wäre. Die Leistungsbeschreibung bestimmt u. a., dass die Außenwände der Fassade überarbeitet werden. Nach der Abnahme traten an den Außenwänden des Erdgeschosses großflächige Feuchtigkeitsflecken auf. Der Erwerber verklagte den Bauträger auf Mängelbeseitigung. Er beantragte, den Bauträger zu verurteilen, auf seine Kosten die Erdgeschoßeinheit gegen von außen eindringende Nässe und bereits aufgestiegene und weiterhin aufsteigende Nässe/Feuchtigkeit und Salze abzudichten sowie bereits eingedrungene Feuchtigkeit und Salze zu beseitigen, die Außenwandfassade wiederherzustellen und die von den Nacherfüllungsarbeiten betroffenen Innenräume der Gewerbeeinheit so wiederherzustellen, dass die Nacherfüllungsarbeiten an und in der Gewerbeeinheit keine

¹⁷ Urt. v. 20.12.2017, 2U 1219/16; BGH, Beschluss v. 09.01.2019, VII ZR 14/18, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen

optischen Beeinträchtigungsspuren hinterlassen.

Nachdem das Landgericht den Bauträger antragsgemäß verurteilt hatte, hob das OLG das Urteil auf und wies die Klage insoweit ab. Die Berufung des Bauträgers hat insoweit Erfolg, als sie sich gegen die Formulierung des Anspruchs des Erwerbers hinsichtlich der feuchten Erdgeschosswände richtet. Unabhängig davon, ob der ursprüngliche Herstellungs- oder ein Mängelbeseitigungsanspruch Grundlage ist, kann der Bauträger nur dazu verurteilt werden, einen bestimmten geschuldeten Zustand herzustellen. Auf welchem technischen Wege er dies bewerkstelligt, bleibt ihm überlassen, solange dieser Weg fachgerecht und nachhaltig ist. ■

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 tätig. Herr Prof. Karczewski ist seit 2007 Lehrbeauftragter für Privates Baurecht und Wirtschaftsrecht an der Hochschule 21 (Buxtehude) und Gründer des Baurechtsskolloquiums Hamburg. Er ist Mitautor des „BeckOK zum neuen Bauvertragsrecht“, ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift „IBR Immobilien- & Baurecht“ und ein bundesweit gefragter Referent für Vorträge, Schulungen und Seminare zu baurechtlichen Themen.

Kontakt

Rembert Rechtsanwälte
Kajen 12, 20459 Hamburg
Tel.: 040-41 32 29 0
www.rembert-rechtsanwaelte.de
hamburg@rembert-rechtsanwaelte.de