

Gesamtschuld am Bau

Die Haftung mehrerer Baubeteiligter

Die Errichtung eines Bauwerks macht meist das Zusammenwirken mehrerer Beteiligter erforderlich. Dazu gehören z. B. Objekt- und Fachplaner, Bauausführende, Baustofflieferanten, Bauüberwacher und Projektsteuerer. Baumängel treten wiederum oft in den Bereichen auf, in denen Leistungen verschiedener Baubeteiligter aufeinander aufbauen oder ineinandergreifen, koordiniert und überwacht werden müssen. Dabei schiebt der eine Baubeteiligte die Verantwortung für den Mangel oft auf den anderen. In vielen Fällen haften dem Auftraggeber aber mehrere Baubeteiligte für den Mangel zusammen, das heißt sie haften gesamtschuldnerisch – manche Baubeteiligte voll, doch andere nur anteilig.

■ Von Prof. Thomas Karczewski

Bedeutung der gesamtschuldnerischen Haftung

Bei der Gesamtschuld schulden mehrere eine Leistung. Dabei ist jeder verpflichtet, die ganze Leistung zu erbringen, der Gläubiger kann sie aber nur einmal fordern (§ 421 Satz 1 BGB).

Beispiel: Der Ausführende bringt die abdichtende Masse an den erdberührten Teilen der Außenwände des Hauses nicht in der erforderlichen Stärke auf, sodass Feuchtigkeit in das Gebäude dringen kann. Dies hätte der bauüberwachende Architekt (Bauüberwacher) bei ordnungsgemäßer Kontrolle erkennen können. Beide Baubeteiligten haben einen Fehler gemacht, der zu einem Mangel am Bauwerk geführt hat. Dafür haften sie gegenüber dem Auftraggeber. Er kann die Mangelbeseitigung oder die dafür entstehenden Kosten aber nur ein Mal verlangen – vom ausführenden Unternehmer oder vom Architekten.

Der Gläubiger, hier der Auftraggeber, kann nach seinem Belieben die Leistung von jedem Schuldner (ausführenden Unternehmer oder Bauüberwacher) ganz oder zum Teil fordern (§ 421 Satz 1 BGB). Bis zum Bewirken der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet (§ 421 Satz 2 BGB).

Mängelansprüche gegen die Baubeteiligten

Für das Vorliegen einer Gesamtschuld ist zunächst festzustellen, ob der Auftraggeber gegen den jeweiligen Baubeteiligten überhaupt einen Mängelanspruch hat.

Mangelhafte Planerleistung

Die Leistung des planenden Architekten ist insbesondere mangelhaft, wenn sie nicht den anerkannten Regeln der Technik oder in technischer Hinsicht nicht der vertraglichen Beschaffenheit entspricht. Die anerkannten Regeln der Technik sind technische Regeln, die sich in der Wissenschaft als richtig durchgesetzt und in der Baupraxis bewährt haben. Es besteht eine widerlegbare Vermutung, dass DIN-Normen die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben.¹ Sie sind aber nicht nur in schriftlichen Regelungen enthalten.² Der Planer muss sich deshalb stets auf dem Laufenden halten und bei der Errichtung eines Neubaus grundsätzlich auf die Einholung eines Bodengutachtens drängen, bei der Auswahl der Baustoffe den sichersten Weg gehen, und er darf sich nicht auf die Sachkunde eines Handwerkers verlassen. Er muss aber nicht klüger sein als ein Spezialfachmann. Will er neuartige Materia-

lien, Baustoffe und Bauweisen verwenden, muss er den Auftraggeber darüber und über die damit verbundenen Risiken informieren, aufklären und ein rechtsverbindliches Einverständnis mit dem Auftraggeber herbeiführen.

Für eine ausreichende Bauwerksabdichtung muss der planende Architekt sich z. B. über die Grundwasserverhältnisse des Baugrundstücks informieren, diese in die eigene Planung einarbeiten, die Informationen an den Statiker weitergeben und kontrollieren, ob dieser die Grundwasserverhältnisse bei seiner Planung berücksichtigt hat. Er hat aber auch bauphysikalische Fragestellungen zu klären, z. B. aus dem Bereich Schallschutz, Wärmedämmung, Wärmeschutz und Brandschutz. In vielen Fällen kommt ein Fachplaner zum Einsatz, dessen Leistung der Architekt zumindest auf Plausibilität zu prüfen hat.

Hat der Planer diese Pflichten verletzt, ist seine Planungsleistung mangelhaft. Soweit der Planungsmangel beseitigt werden kann, hat der Auftraggeber einen Anspruch auf Mangelbeseitigung, der mit dem Recht des Architekten auf Nachbesserung korrespondiert. Dies ist der Fall, wenn sich der Planungsmangel noch nicht im Bauwerk realisiert hat.³

Ein Mangelbeseitigungsanspruch und ein korrespondierendes Nachbesserungsrecht des planenden Architekten kann aber auch dann bestehen, wenn sich ein Planungsmangel bereits im Bauwerk realisiert hat, z. B. bei einer Sanierungsplanung. In diesem Fall kann die Sanierungsplanung für sich den Mangel im Bauwerk nicht beseitigen. Dafür ist ein Eingreifen am schadhafte Bauteil selbst durch einen ausführenden Auftragnehmer notwendig. Den Ersatz auch dieser Kosten schuldet der mangelhaft planende Architekt als Schadensersatz in Geld, ohne ein Nachbesserungsrecht.

¹ BGH, BauR 1998, 872

² BGH, IBR 2013, 269

³ Miernik, BauR 2014, 155; BGH, BauR 1989, 87, 100 f.

Mangelhafte Auftragnehmerleistung

Wie der Planer muss auch der ausführende Auftragnehmer seine Leistung nach den anerkannten Regeln der Technik erbringen. Das ist der Mindeststandard, dem die Bauleistung entsprechen muss,⁴ und den der Auftragnehmer üblicherweise stillschweigend bei Vertragsschluss zusichert. Außerdem schuldet der Auftragnehmer eine Bauleistung, die der vereinbarten Beschaffenheit entspricht. Diese ergibt sich aus dem Leistungsverzeichnis, der Baubeschreibung, den Bauplänen, dem Angebot des Auftragnehmers, dem Verhandlungs-/Vergabeprotokoll, nachträglichen Anordnungen des Auftraggebers etc. Widerspricht die Leistung des Auftragnehmers den anerkannten Regeln der Technik oder der vereinbarten Beschaffenheit, ist sie mangelhaft. Darüber hinaus schuldet der Auftragnehmer aber auch ein nach den Vertragsumständen zweckentsprechendes, funktionstaugliches Werk, und zwar unabhängig davon, ob die vereinbarte Beschaffenheit (Ausführungsart)⁵ bzw. die anerkannten Regeln der Technik eingehalten sind und nach den Ausführungszeichnungen gebaut wurde.

Beispiel: Der Auftragnehmer stellt die Flachdachabdeckung nach den einschlägigen Flachdachrichtlinien und dem Leistungsverzeichnis her. Trotzdem dringt in die darunterliegende Halle Regenwasser ein. Der beauftragte Sachverständige kann keinen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik feststellen. Dennoch ist die Leistung des Dachdeckers mangelhaft, weil Funktion und Zweck des Dachs, das Gebäudeinnere vor Witterungseinflüssen zu schützen, nicht erreicht wurden.

Weiterhin ist auf die verschuldensunabhängige Haftung des Auftragnehmers hinzuweisen, die in § 13 Abs. 3, 1. Alt. VOB/B ausdrücklich geregelt ist, aber auch für alle BGB-Werkverträge gilt. Danach haftet der Auftragnehmer selbst dann, wenn ein Mangel auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers zurückzuführen ist.



Bild: © Kzenon – stock.adobe.com

(1) Dämmarbeiten sind besonders überwachungsbedürftig. Der Bauüberwacher ist zu erhöhter Aufmerksamkeit verpflichtet, um Mängel zu vermeiden.

Anders ist dies gem. § 4 Abs. 3 VOB/B nur, wenn der Auftragnehmer den Mangel der Vorleistung nicht erkennen konnte oder Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung, die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder die Leistungen anderer Unternehmer dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich mitgeteilt hat – möglichst vor Beginn der Arbeiten.⁶

Beispiel: Der vorleistende Unternehmer verlegt einen stark sandenden Estrich, weil das Zement-Sandgemisch falsch gewählt ist. Dem Fliesenleger, der darauf Kleber und Fliesen aufbringt, hätte dies auffallen müssen. Bedenken hat er dem Auftraggeber aber nicht mitgeteilt. Nach der Abnahme lösen sich die Fliesen vom Estrich und liegen hohl. Die Leistung des Fliesenlegers ist mangelhaft. Der Auftraggeber hat ihm gegenüber einen Mangelbeseitigungsanspruch und der Fliesenleger ein Recht zur Nachbesserung, bevor der Auftraggeber einen Mangelanspruch in Geld geltend machen kann. Auch die Leistung des Estrichlegers ist mangelhaft, mit dem daraus folgenden Nachbesserungsanspruch des Auftraggebers und dem Nachbesserungsrecht des Estrichlegers.

Entsprechendes gilt, wenn der ausführende Unternehmer nach mangelhaften Aus-

führungszeichnungen des vom Auftraggeber beauftragten Planers baut und den Mangel der Planung nicht erkennt, obwohl er den Mangel hätte erkennen können. Auch in diesem Fall ist die Leistung des ausführenden Unternehmers mangelhaft, weil der Erfolg, eine funktionstaugliche zweckentsprechende Werkleistung, nicht eintritt. Der Auftraggeber hat gegen den ausführenden Auftragnehmer einen Mangelbeseitigungsanspruch und der Auftragnehmer ein Nachbesserungsrecht.

Mangelhafte Leistung des Bauüberwachers

Vom Architekten ist in Bezug auf die Bauüberwachung in technischer Hinsicht eine aktive Rolle gefordert. Er hat durch entsprechende Vorgaben sicherzustellen, dass die Bauausführung von Anfang an mangelfrei und auf der Grundlage der vorgegebenen Pläne sowie der Baugenehmigung und der anerkannten Regeln der Technik erfolgt, z. B. Anlage 10 zu § 34 Abs. 4, § 35 Abs. 7 HOAI, Leistungsphase 8, Grundleistung a). Der Bauüberwacher schuldet jedoch nicht nur das Erkennen von Baumängeln bzw. das Überwachen ihrer Beseitigung. Er hat vielmehr die Pflicht, schon das Entstehen von Mängeln zu verhindern.⁷ Dabei muss er sich nicht ständig auf der Baustelle aufhalten, er muss aller-

⁴ BGH, BauR 1998, 872

⁵ BG, BauR 2000, 411

⁶ Siehe Karczewski, T. in „der bauschaden“, Heft 33, S. 52 ff.

⁷ OLG München, IBR 2012, 401

dings die Arbeiten in angemessener und zumutbarer Weise überwachen und sich durch Einweisung zu Beginn der Arbeiten und häufige Kontrollen während der Ausführung vergewissern, dass seine Anweisungen sachgerecht erledigt werden.⁸ Auch das vom Auftragnehmer verwendete Material bedarf im Allgemeinen zumindest der stichprobenartigen Kontrolle.⁹

Bei wichtigen oder kritischen Baumaßnahmen, die erfahrungsgemäß ein hohes Mangelrisiko aufweisen, ist der Bauüberwacher zur erhöhten Aufmerksamkeit und zu einer intensiven Wahrnehmung der Bauaufsicht verpflichtet.¹⁰ Eine erhöhte Überwachungspflicht besteht z. B. hinsichtlich der Bauleistungen, die die Bereiche der Bauphysik betreffen, so z. B. Wärmedämmung, Brand- und Schallschutz. Aber auch bei Instandsetzungs-, Modernisierungs- und Altbausanierungsarbeiten ist eine erhöhte Aufmerksamkeit gefordert.¹¹ Es gibt quasi keine Arbeiten, die nicht überwacht werden müssen. Ausnahmen sind lediglich handwerkliche Selbstverständlichkeiten. Als solche gelten z. B. Maler-, Innen- und Außenputzarbeiten, Aufbringen von Dachpappe als Trennschicht, Verlegen von Platten oder einfache Erdarbeiten.

Schließlich hat der Bauüberwacher dafür zu sorgen, dass der Bau plangerecht und frei von Mängeln errichtet wird. Dazu gehört es, die Eignung der Planung dahingehend zu überprüfen, ob auf ihrer Grundlage ein mangelfreies Werk errichtet werden kann. Der Bauüberwacher hat sie auf Fehler und Widersprüche zu überprüfen.¹² Diese Anforderungen werden nicht dadurch verringert, dass der Auftraggeber selbst Architekt ist, der seinen Auftrag an den Bauüberwacher untervergeben hat.¹³ Verletzt der Bauüberwacher diese Pflichten, ist seine Leistung mangelhaft.

Hinsichtlich des Anspruchs des Auftraggebers auf Mangelbeseitigung und des

Rechts des Bauüberwachers zur Nachbesserung gilt das oben zum Planer Gesagte entsprechend. Wie beim Planer, steht dem Auftraggeber auch gegenüber dem Bauüberwacher ein direkter Schadensersatzanspruch in Geld in Höhe der Mangelbeseitigungskosten zu, sofern sich sein Fehler im Baukörper realisiert hat.

Eine Leistung?

Das Vorliegen einer Gesamtschuld setzt außerdem voraus, dass die verschiedenen Baubeteiligten gegenüber dem Auftraggeber eine inhaltsgleiche Leistung bewirken müssen. Diese kann auf gleichstufigen oder gleichrangigen Verpflichtungen beruhen, sei es bezogen auf Mangelbeseitigung oder auf einen in Geld gerichteten Anspruch wie z. B. Vorschuss oder Schadensersatz.

In dem vorherigen Beispiel, in dem der Fliesenleger den aussandenden Estrich nicht erkannt hat, ist sowohl der Estrichleger zur Mangelbeseitigung am Estrich, als auch der Fliesenleger zur Mangelbeseitigung am Fliesenbelag verpflichtet.

Unterläuft dem Planer bei der Ausführungszeichnung ein erkennbarer Fehler, den der separat beauftragte Bauüberwacher nicht bemerkt hat, und realisiert sich der Planungsfehler im Baukörper, haben sowohl Planer als auch Bauüberwacher einen Fehler gemacht. Sie können durch Nachbesserung ihrer Leistung den Mangel im Baukörper nicht beseitigen, weshalb sie beide auf Schadensersatz in Geld haften.

Fraglich ist aber, ob zwei Baubeteiligte „eine inhaltsgleiche Leistung“ schulden, wenn z. B. der ausführende Unternehmer noch zur Mangelbeseitigung, der Architekt wegen fehlerhafter Bauüberwachung (Übersehen des Ausführungsfehler) aber direkt zum Schadensersatz in Geld verpflichtet ist. Dasselbe Frage stellt sich, wenn der ausführende Unternehmer den Fehler in der Planung übersehen hat, obwohl er für ihn erkennbar war, und sich deshalb ein Planungsfehler im Baukörper realisiert. Der Unternehmer ist zunächst zur Mangelbeseitigung verpflichtet. Der Planer kann seinen Plan korrigieren. Dadurch wird jedoch der Mangel im Gebäude selbst nicht behoben. Für die dafür erforderlichen Kosten haftet der Planer auf Schadensersatz in Geld. Der BGH hat aber

auch in diesen Fällen eine Gesamtschuld zwischen ausführendem Unternehmer und Bauüberwacher sowie ausführendem Unternehmer und Planer bejaht, da die jeweiligen Gewährleistungsrechte des Auftraggebers gegenüber dem Unternehmer und dem Architekten „*hart an der Grenze zur inhaltlichen Gleichheit liegen*“.¹⁴

Umfang der Haftung

Schließlich stellt sich die Frage, in welchem Umfang der jeweilige Baubeteiligte für seinen Fehler, der den Baumangel mitverursacht hat, dem Auftraggeber gegenüber haftet.

Planer und Unternehmer

Aufgrund mangelhafter Ausführungszeichnungen des Planers stellt der ausführende Auftragnehmer ein Bauteil mangelhaft her.

Beispiel: Der Architekt gibt in seinen Zeichnungen eine Abdichtung der erdberührten Bauteile gegen Erdfeuchte vor, obwohl aufgrund der anstehenden Bodenverhältnisse eine Abdichtung gegen drückendes Wasser erforderlich gewesen wäre. Dies hätte der ausführende Unternehmer erkennen können, führt die Arbeiten aber nach Plan aus.

Der Planer haftet bei der Realisierung des Planungsmangels im Bauwerk in vollem Umfang, zu 100 %. Eine Haftungsminderung wegen Mitverschuldens des Auftraggebers, weil er sich einen unterlassenen Bedenkenhinweis des Auftragnehmers zurechnen lassen müsste, kommt nicht in Betracht. Der Auftragnehmer ist insoweit nicht Erfüllungshelfer des Auftraggebers, weil dieser nicht verpflichtet ist, die Planung des Architekten zu kontrollieren. Eine Aufforderung zur Mangelbeseitigung ihm gegenüber ist entbehrlich, da der Bauwerksmangel als solcher durch die Sanierungsplanung nicht beseitigt werden kann.¹⁵

Der Auftragnehmer haftet für seinen Ausführungsfehler, wenn er von seiner Prüf- und Hinweispflicht gem. § 4 Abs. 3 VOB/B keinen Gebrauch gemacht hat. Er kann gegenüber dem Auftraggeber jedoch ein

⁸ BGH, IBR 1995, 192; OLG Koblenz, IBR 2015, 21; OLG Düsseldorf, BauR 2013, 489

⁹ OLG Düsseldorf, BauR 2013, 1879, 1881

¹⁰ BGH, BauR 1986, 112, 113; IBR 2001, 69; IBR 1994, 193; OLG Koblenz, IBR 2005, 21

¹¹ BGH, IBR 2000, 444; OLG Rostock, BauR 2006, 2092

¹² BGH, Urt. v. 27.11.2008, VII ZR 206/06, Rz. 36 und 38

¹³ OLG Brandenburg, IBR 2013, 355; OLG Celle, IBR 2013, 356

¹⁴ BGH, Urt. v. 01.02.1965, NJW 1965, 1175

¹⁵ BGH, IBR 2008, 102

Mitverschulden nach § 254 BGB einwenden, weil der Auftraggeber sich das Planungsver schulden des Architekten nach § 278 BGB zurechnen lassen muss: Der Planer ist ein Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers, weil dieser dem Auftragnehmer in der Regel die rechtzeitige und kostenfreie Übergabe mangelfreier Pläne schuldet, vgl. § 3 Abs.1 Satz 1 VOB/B.¹⁶ Der zurechenbare Mitverschuldensanteil des Auftraggebers ist mit 50 % zu bewerten, sodass der nachbesserungsbereite Auftragnehmer vom Auftraggeber eine Beteiligung/einen Zuschuss in Höhe von 50 % der Mangelbeseitigungskosten verlangen kann.¹⁷

Gesamtschuldnerisch haften der Planer und der Auftragnehmer daher lediglich in Höhe von 50 % der Mangelbeseitigungskosten. Der Planer haftet dem Auftraggeber darüber hinaus in Höhe von weiteren 50 %.

Bauüberwacher und Unternehmer

Der Auftragnehmer führt die Bauleistung abweichend vom Leistungsverzeichnis und unter Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik aus. Dies ist dem Bauüberwacher entgangen, obwohl der Fehler bei ordnungsgemäßer Bauüberwachung aufgefallen wäre.

Beispiel: Die Ausführungspläne sehen eine Abdichtung gegen drückendes Wasser vor. Der Auftragnehmer führt keine Hohlkehle im Bereich Sohle/aufgehendes Mauerwerk aus und führt die Abdichtung nicht über die Außenkante der Sohle nach unten. Dem Bauüberwacher entgeht der Mangel. Nach der Abnahme kommt es in der Gewährleistungszeit zu Durchfeuchtungen des Kelleraußenmauerwerks.

Der Auftragnehmer haftet dem Auftraggeber wegen seiner mangelhaften Leistung in vollem Umfang auf Mangelbeseitigung. Eine Haftungs-minderung, weil der vom Auftraggeber beauftragte Bauüberwacher den Mangel nicht erkannt hat, kommt nicht in Betracht. Der Auftraggeber muss sich ein Mitverschulden des Bauüberwachers im Vertragsverhältnis zum Auftragnehmer nicht anrechnen lassen, weil der Bauüberwacher

kein Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers ist. Der Auftraggeber ist gegenüber dem Auftragnehmer nicht verpflichtet, für eine Überwachung der Bauleistung zu sorgen; er beauftragt den Bauüberwacher ausschließlich im eigenen Interesse.¹⁸ Der Auftragnehmer haftet daher zu 100 %.

Auch der Bauüberwacher haftet für seinen Überwachungsfehler zu 100 % der Mangelbeseitigungskosten. Ein Mitverschulden des Auftraggebers, weil er sich die fehlerhafte Leistung des Auftragnehmers zurechnen lassen müsste, kommt nicht in Betracht. Er hat den Bauüberwacher gerade deshalb beauftragt, damit dieser die Leistung des Auftragnehmers überwacht. Beide Baubeteiligten haften dem Auftraggeber zu 100 % gesamtschuldnerisch.

Planer und Bauüberwacher

Aufgrund mangelhafter Ausführungszeichnungen wird ein Bauteil fehlerhaft errichtet. Der Bauüberwacher hat den Planungsmangel nicht erkannt, obwohl er erkennbar war.

Beispiel: Der Architekt gibt in seinen Zeichnungen eine Abdichtung der erdberührten Bauteile gegen Erdfeuchte vor, obwohl aufgrund der anstehenden Bodenverhältnisse eine Abdichtung gegen drückendes Wasser erforderlich gewesen wäre. Dies hätte der Bauüberwacher erkennen können. Die Abdichtung wird nach den fehlerhaften Plänen ausgeführt. Es kommt deshalb zu Durchfeuchtungen des Kellergeschosses.

Auch hier haftet der Planer zu 100 %. Eine Haftungs-minderung kommt nicht in Betracht. Der Auftraggeber muss sich im Vertragsverhältnis zum Planer die mangelhafte Überwachungsleistung nicht als Mitverschulden zurechnen lassen. Der Bauüberwacher ist insoweit kein Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers, weil Letzterer gegenüber dem Planer nicht verpflichtet ist, dessen Planung zu kontrollieren. Der Auftraggeber beauftragt den Bauüberwacher ausschließlich zur eigenen Sicherheit.

Der bauüberwachende Architekt haftet für seinen Überwachungsfehler, kann aber



Bild: © giebchik – stock.adobe.com

(2) Hat ein Fliesenleger aussandenden Estrich nicht erkannt, ist sowohl der Estrichleger zur Mangelbeseitigung am Estrich als auch der Fliesenleger zur Mangelbeseitigung am Fliesenbelag verpflichtet.

ein Mitverschulden des Auftraggebers haftungsmindernd geltend machen. Denn der planende Architekt ist im Vertragsverhältnis Auftraggeber/Bauüberwacher der Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers. Wenn der Auftraggeber dem Bauüberwacher Pläne zur Verfügung stellt, hat er die Obliegenheit, fehlerfreie Pläne zu übergeben.¹⁹ Der zurechenbare Mitverschuldensanteil des Auftraggebers ist mit 50 % zu bewerten, sodass sich die Haftung des Bauüberwachers entsprechend reduziert. Planer und Bauüberwacher haften dem Auftraggeber daher in Höhe von 50 % gesamtschuldnerisch. Der Planer haftet darüber hinaus für die weitergehenden 50 % der Mangelbeseitigungskosten. Hat der ausführende Auftragnehmer in diesem Fall die mangelhafte Planung ohne Erteilung eines Bedenkenhinweises ausgeführt, haftet auch dieser zu 50 % dem Auftraggeber gesamtschuldnerisch mit den anderen Baubeteiligten.

Mehrere Auftragnehmer

In dem Beispielfall, in dem der Fliesenleger seine Fliesen auf den sandenden Estrich verlegt hat, ohne Bedenken hinsichtlich des Untergrunds anzumelden, kommt ebenfalls

¹⁶ BGH, IBR 2013, 476

¹⁷ BGH, NJW 1984, 1676 ff.

¹⁸ BGH, IBR 2002, 368; OLG Celle, IBR 2010, 678

¹⁹ BGH, IBR 2009, 92

eine Gesamtschuld der ausführenden Auftragnehmer in Betracht.

Der Estrichleger hat in dem Beispielfall mangelhaften Estrich verlegt. Er ist zur Mangelbeseitigung verpflichtet und hat ein entsprechendes Nachbesserungsrecht. Seine Mangelbeseitigungspflicht erstreckt sich auf alle Arbeiten, die erforderlich sind, um an seine mangelhafte Bauleistung zu gelangen, diese nachzubessern und sodann den ordnungsgemäßen Zustand wiederherzustellen. Das bedeutet, dass der Estrichleger zur Beseitigung des Mangels seiner Leistung den Fliesenbelag aufnehmen und nach Neuverlegung des Estrichs wiederherstellen muss. Seine Haftung ist nicht dadurch gemindert, dass der Fliesenleger keine Bedenken angemeldet hat. Insoweit muss sich der Auftraggeber kein Mitverschulden im Vertragsverhältnis zum Estrichleger anrechnen lassen. Der Fliesenleger ist kein Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet zu kontrollieren, ob die Ausführung des vorleistenden Unternehmers mangelhaft ist.²⁰

Auch die Leistung des Fliesenlegers ist mangelhaft, da seine Fliesen hohl liegen. Mangels Bedenkenhinweis hat der Auftraggeber ihm gegenüber einen Anspruch auf Mangelbeseitigung. Dazu hat er jedoch nur die hohlliegenden Fliesen abzutragen und nach Erneuerung des Estrichs wieder zu verlegen. Seine Mangelbeseitigungspflicht erstreckt sich nicht auf die Nachbesserung des Estrichs. Die Haftung gegenüber dem Auftraggeber ist auch nicht durch ein etwaiges Mitverschulden des Auftraggebers gemindert, der sich die mangelhafte Vorleistung des Estrichlegers im Vertragsverhältnis zum Fliesenleger nicht zurechnen lassen muss. Der vorleistende Estrichleger ist grundsätzlich nicht Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers zum nachfolgenden Fliesenleger. Der Auftraggeber will sich nämlich nach der Rechtsprechung des BGH²¹ in der Regel nicht gegenüber den nachfolgenden Unternehmern verpflichten, notwendige Vorarbeiten zu erbringen. Daraus folgt, dass der Estrichleger und der Fliesenleger in Höhe der Mangelbeseitigungskosten bezüglich der Fliesenarbeiten dem Auftraggeber als

Gesamtschuldner haften. Für die weitergehenden Kosten der Mangelbeseitigung am Estrich haftet der Estrichleger allein.

Rechtsfolge der Gesamtschuld

Im Rahmen der Gesamtschuld kann der Auftraggeber auswählen, welchen Schuldner (Baubeteiligten) er in Anspruch nimmt. Er kann sich davon leiten lassen, welche Haftung am weitesten geht oder durch eine Versicherung (in der Regel beim Architekten) abgesichert ist. Für Verträge mit Bauüberwachern, die ab dem 01.01.2018 geschlossen sind, ist das Wahlrecht des Auftraggebers jedoch durch § 650t BGB eingeschränkt. Nimmt der Auftraggeber einen Architekten wegen eines Überwachungsfehler in Anspruch, der zu einem Mangel an dem Bauwerk oder an der Außenanlage geführt hat, kann der Architekt die Leistung verweigern, wenn auch der ausführende Auftragnehmer für den Mangel haftet und der Auftraggeber diesem noch nicht erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat. Der Auftraggeber soll sich also in dem Verhältnis Auftragnehmer und Bauüberwacher zunächst an den Auftragnehmer halten. Im Zweifel nimmt er alle Gesamtschuldner in Anspruch, um im Fall der Insolvenz eines Gesamtschuldners keinen Anspruch zu verlieren.

Gemäß § 426 Abs. 1 BGB hat ein Gesamtschuldner (Baubeteiligter) einen Ausgleichsanspruch gegen die übrigen Gesamtschuldner, soweit die externe Haftung (100 %) die interne Verantwortlichkeit (z. B. 50 %) übersteigt.²²

Beispiel: Auftragnehmer und Bauüberwacher haften dem Auftraggeber für einen Ausführungsfehler jeweils zu 100 % auf Mangelbeseitigung. Nachdem der Auftraggeber den Auftragnehmer ergebnislos zur Mangelbeseitigung aufgefordert hat, nimmt er den Bauüberwacher auf Ersatz der Mangelbeseitigungskosten zu 100 % in Anspruch. Die eigentliche Ursache des Mangels hat der Auftragnehmer mit seiner mangelhaften Bauleistung gesetzt, die dem Bauüberwacher lediglich entgangen

ist. Intern ist der ausführende Unternehmer daher mindestens zu 50 % für den Mangel mitursächlich. Mit dieser Quote kann der Bauüberwacher Ersatz der von ihm verauslagten Mangelbeseitigungskosten vom Auftragnehmer verlangen.

Darüber hinaus geht gem. § 426 Abs. 2 BGB der Anspruch des Auftraggebers auf den leistenden Gesamtschuldner (Baubeteiligten) über, soweit er von den übrigen Gesamtschuldnern Ausgleich verlangen kann. Mit dem Übergang des Anspruchs des Auftraggebers auf den zahlenden Gesamtschuldner gehen auch die Sicherungsrechte des Auftraggebers gem. § 401 BGB über. Der zahlende Gesamtschuldner kann daher z. B. auf eine Gewährleistungsbürgschaft zurückgreifen, wenn diese zwischen dem Auftraggeber und dem anderen Gesamtschuldner vereinbart war. ■

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 4132290
www.rembert-rechtsanwaelte.de
hamburg@rembert-rechtsanwaelte.de

²⁰ OLG Celle, IBR 2016, 514; OLG Frankfurt, IBR 2011, 516

²¹ BGH, IBR 2000, 216

²² Langen, NZBau 2015, 75