

Rechtsprechung aktuell

Die wichtigsten Gewährleistungsurteile für die Baupraxis aus dem Jahr 2020 kurz kommentiert

Auch die im vergangenen Jahr veröffentlichten Gerichtsurteile befassen sich mit in der Praxis häufig gestellten Fragen: Wie wird ein Mangel richtig beschrieben? Haftet der Auftragnehmer für ungeeignetes, vom Auftraggeber vorgeschriebenes Baumaterial? Welchem Stand der anerkannten Regeln der Technik muss die Bauleistung bei Abnahme genügen? Kann der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung bei unverhältnismäßigem Aufwand verweigern? Beginnt die Gewährleistungsfrist auch ohne Abnahme? Nachfolgend werden die interessantesten und praxisrelevanten Urteile kurz vorgestellt.

■ Von Prof. Thomas Karczewski

Mangelbeschreibung

Beschreibung des Mängelsymptoms reicht für die Aufforderung zur Mängelbeseitigung.

Setzt der Auftraggeber (AG) dem Auftragnehmer (AN) eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung und lässt dieser die Frist fruchtlos verstreichen, kann der AG einen anderen AN mit der Mängelbeseitigung beauftragen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen oder einen Vorschuss verlangen (§ 637 Abs. 1 und 3 BGB). Wenn der AN der Aufforderung aber nicht entnehmen kann, was der AG an der Leistung des AN bestanden und wo ein Mangel beseitigt werden soll, geht die Aufforderung ins Leere.

In seinem Beschluss vom 04.11.2020¹ weist der Bundesgerichtshof (BGH) auf seine „Symptomtheorie“ hin, wonach der AG bei Mängelansprüchen den Anforderungen an ein ausreichend bestimmtes Mängelbeseitigungsverlangen genügt, wenn er die Erscheinungen (Symptome), die er auf vertragswidrige Abweichungen zurückführt, hinreichend deutlich beschreibt. Er ist nicht gehalten, die Mängelursachen im Einzelnen zu bezeichnen. Mit der Darstellung der Mängelscheinung macht der AG den Mangel selbst zum Gegenstand seiner Rüge.

Trägt der AG beispielsweise vor, dass das Brüstungsblech auf der rechten Mauer der Tiefgaragenzufahrt ein Gefälle in die falsche Richtung habe, was zu Hinterfeuchtung und Putzabsprengungen führe, und verweist er ergänzend auf Bilder im Gutachten eines Sachverständigen, hat er den von ihm behaupteten Mangel „falsches Gefälle der Blechabdeckung“ einschließlich der hierdurch verursachten nachteiligen Folgen hinreichend deutlich beschrieben. Weitere Angaben dazu, welcher Art das Gefälle sei und wie es bei fachgerechter Ausführung konkret sein müsste, sind für ein Mängelbeseitigungsverlangen nicht erforderlich.

Die hinreichende Beschreibung der mit bloßem Auge sichtbaren Mängelscheinung ist besonders für die Verlängerung der Verjährungsfrist bei einem VOB-Vertrag wichtig. Nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B ist der AN verpflichtet, „[...] alle während der Verjährungsfrist auftretenden Mängel, die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen, wenn es der AG vor Ablauf der Frist schriftlich verlangt. Der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel verjährt in zwei Jahren, gerechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens, jedoch nicht vor Ablauf der Regelfrist nach Abs. 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist.“ Mit dem schriftlichen Verlangen wird die Verjährungsfrist der Mängelansprüche nur verlängert, wenn das Mängelsymptom hinreichend beschrieben ist. Dann gilt die

Verjährungsfristverlängerung aber für sämtliche Mängel, die Ursache des Symptoms sind.

Fehlerhaftes Baumaterial

Der AN haftet nicht für fehlerhaftes, vom AG vorgeschriebenes Baumaterial, wenn er den Materialfehler nicht erkennen konnte!

In § 13 Abs. 3 VOB/B ist der allgemeine Grundsatz der verschuldensunabhängigen Unternehmerhaftung geregelt. Danach haftet der AN selbst dann, wenn ein Mangel auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnung des AG, auf von ihm gelieferte oder vorgeschriebene Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers zurückzuführen ist. Dies gilt aber nicht, wenn der AN den ihm nach § 4 Abs. 3 obliegenden Bedenkenhinweis erteilt hat.

Vorgeschrieben sind Stoffe oder Bauteile vom AG nur, wenn er eine verbindliche Anweisung trifft, eine Baumaßnahme mit einem ganz bestimmten Stoff auszuführen, ohne dass der AN vertraglich die Möglichkeit hat, davon abzuweichen. Hierfür reicht eine



(1) Ein AG braucht nicht zu beweisen, warum z. B. an der Brüstung und am Brüstungsblech der Mauer einer Tiefgaragenzufahrt Schäden auftreten. Für eine Mängelbeseitigung muss er lediglich das Schadensbild beschreiben.

¹ VII ZR 261/18

Beschreibung im Leistungsverzeichnis nicht aus. Wenn der AN sich in den oben aufgezählten Fällen von seiner Haftung befreien will, ist somit grundsätzlich ein Bedenkenhinweis erforderlich. Nur für den Fall, dass er die mangelhafte Vorleistung nicht oder nur mit unzumutbarem Aufwand erkennen kann, ist ein Bedenkenhinweis an den AG entbehrlich. Einen solchen Ausnahmefall hat das OLG Frankfurt² angenommen, weil der AN die Fehlerhaftigkeit der vorgeschriebenen Balkonbodenplatten nur mit einer labortechnischen Untersuchung hätte feststellen können, wozu er nicht verpflichtet war. Intensivere Untersuchungen sind nur dann angezeigt, wenn für den AN Anlass besteht, daran zu zweifeln, ob das verwendete Material der Anweisung des AG entspricht.³

Eignung von Vorleistungen

Der Vorunternehmer muss nur in Ausnahmefällen auf fehlende Eignung seiner Leistung für den Nachfolgeunternehmer hinweisen.

Wie zuvor ausgeführt, ist die Hinweispflicht des AN nach § 4 Abs. 3 VOB/B für die Befreiung von seiner Haftung grundsätzlich nur erforderlich, wenn er erkennen kann, dass die **Vorleistung** anderer zur Mangelhaftigkeit seiner Leistung führt. Es ist nicht die Aufgabe des Vorunternehmers, auf eine hinreichende Koordinierung der Arbeiten hinzuwirken. Er ist nicht Planer der Bauaufgabe.

Etwas anderes gilt nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf⁴ aber, wenn er mit eventuellen Risiken rechnen muss, etwa weil seine Leistung als Grundlage für die auf ihr aufbauenden Nachfolgeleistungen nicht geeignet ist. In einer nicht geeigneten Vorleistung kann ein Mangel wegen Funktionsuntauglichkeit des Werks liegen. Der Vorunternehmer ist bei einer ungeeigneten Vorleistung nach Treu und Glauben verpflichtet, die nachfolgenden AN oder den

bauüberwachenden Architekten darauf hinzuweisen, wie bei den nachfolgenden Arbeiten verfahren werden muss.

Eine Hinweispflicht des Vorunternehmers ist immer dann anzunehmen, wenn erkennbar die Gefahr besteht, dass der Nachfolgeunternehmer auch bei Anwendung der anerkannten Regeln der Technik (aRdT) nicht erkennt, ob die Vorleistung für ihn eine geeignete Arbeitsgrundlage ist und in welcher Weise er seine eigene Leistung fachgerecht der Vorleistung anzupassen hat, um Mängel zu vermeiden.

Regeln der Technik

Der AN schuldet die bei Abnahme geltenden anerkannten Regeln der Technik (aRdT).

Der AN versieht das Dach mit einem **regensicheren** Unterdach der Klasse 3. Dies entspricht den zu diesem Zeitpunkt geltenden Fachregeln des Zentralverbands des Deutschen Dachdeckerhandwerks. Vor der Abnahme verschärfen sich die Fachregeln. Das Dach ist nach den neuen Fachregeln mit einem **wasserdichten** Unterdach der Klasse 1 herzustellen. Gegenüber der Restwerklohnforderung des AN in Höhe von 75.000 Euro verteidigt sich der AG deshalb mit fehlender Abnahmereife wegen eines wesentlichen Mangels. Das OLG Koblenz gibt dem AG recht.⁵ Die Leistung des AN entspricht nicht den bei Abnahme geltenden aRdT. Diesen Standard muss die Leistung des AN nach der Rechtsprechung des BGH einhalten. Das gilt auch, wenn sich die aRdT zwischen Vertragsschluss und Abnahme ändern.⁶ Dabei spricht der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass das Regelwerk des Zentralverbands des Deutschen Dachdeckerhandwerks die aRdT wiedergeben.

Leistungsverweigerung

Der AN kann vor Abnahme die Leistung nur verweigern, wenn der Aufwand unverhältnismäßig wäre.



Bild: © pitb_1 – stock.adobe.com

(2) Grundsätzlich sind die bei Abnahme geltenden anerkannten Regeln der Technik einzuhalten – auch wenn das z. B. bedeutet, nachträglich ein wasserdichtes Unterdach herzustellen.

In dem zuvor beschriebenen Fall wendet der AN ein, dass eine Herstellung des Underdachs nach den neuen Fachregeln unverhältnismäßig sei. Die Kosten für die Neuherstellung des Underdachs in Höhe von 160.000 Euro stünden zur Bausumme von 280.000 Euro in keinem Verhältnis. Das OLG Koblenz weist den Einwand des AN zurück.⁷ Nach § 275 Abs. 2 BGB könnte der AN die Leistung nur verweigern, soweit dies einen **Aufwand** erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des AG steht. Die Unverhältnismäßigkeit ist erreicht, wenn offensichtlich kein vernünftiger Mensch daran denken würde, unter den gegebenen Umständen eine Mängelbeseitigung durchzuführen; dass das Verlangen nach Naturalerfüllung also sinnlos und rechtsmissbräuchlich erscheint. Diese Schwelle ist nach Auffassung des OLG Koblenz nicht erreicht, denn angesichts der Bedeutung eines regendichten Dachs für ein neu errichtetes Gebäude ist das Nachbesserungsverlangen des AG weder sinnlos noch rechtsmissbräuchlich, auch wenn die Mängelbeseitigungskosten erheblich sind.

Anders wäre der Fall möglicherweise zu entscheiden, wenn der AG die Leistung abgenommen hätte. Nach der Abnahme kann der AN die Mängelbeseitigung nach § 635 Abs. 3 BGB verweigern, wenn diese nur mit unverhältnismäßigen **Kosten** möglich ist. Dies wird dann angenommen, wenn der damit für die Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg bei Abwägung aller Umstände

² OLG Frankfurt, Urt. v. 15.01.2018, 21 U 22/17; BGH, Beschl. v. 15.04.2020, VII ZR 31/18 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

³ BGH, Urt. v. 10.01.2006, X ZR 58/03

⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.11.2019, 23 U 2 108/18; BGH, Beschl. v. 17.06.2020, VII ZR 272/17 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

⁵ OLG Koblenz, Urt. v. 31.05.2019, 6U 1075/18; BGH, Beschl. v. 15.04.2020, VII ZR 152/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

⁶ BGH, Urt. v. 14.11.2017, VII ZR 65/14

⁷ OLG Koblenz, Urt. v. 31.05.2019, 6U 1075/18; BGH, Beschl. v. 15.04.2020, VII ZR 152/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwands steht. Das ist der Fall, wenn einem objektiv geringen Interesse des AG an einer mangelfreien Vertragsleistung unter Abwägung aller Umstände ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht, sodass die Forderung auf ordnungsgemäße Vertragserfüllung ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist.

Kosten der Mängelbeseitigung

Der AG muss sich an Kosten der Mängelbeseitigung trotz langer Nutzungsdauer nicht beteiligen, wenn der AN die Mängelbeseitigung verzögert hat.

Eine Eigentümergemeinschaft fordert Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung am Dach der Wohnanlage in Höhe von 150.000 Euro, nachdem sie den Bauträger dazu über Jahre vergeblich aufforderte. Der Vorschuss umfasst Mehrkosten in Höhe von 20.000 Euro für die Ertüchtigung der Wärmedämmung vom Standard der bei Errichtung geltenden EnEV 2002 zum Standard der aktuell geltenden EnEV 2014. Der Bauträger meint, diese Kosten müsse er nicht tragen. Bei Abschluss der Erwerbverträge habe die EnEV 2014 noch nicht gegolten. Die Eigentümer erhielten Vorteile, die sie nicht bezahlt hätten.

Das OLG München folgt dieser Ansicht nicht.⁸ Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH⁹ führt das OLG aus, dass eine Anrechnung von Vorteilen des AG nicht in Betracht kommt, wenn diese ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen. Die Eigentümer mussten sich hier jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen. Der Bauträger darf keine Besserstellung dadurch erfahren, dass der Vertragszweck nicht gleich, sondern erst später im Rahmen der Gewährleistung erreicht wird.

Anders kann dies zu beurteilen sein, wenn sich der Mangel der Bauleistung erst spät

bemerkbar macht und der AG die Leistung bis dahin ohne Gebrauchseinschränkung nutzen kann. Das ist z. B. der Fall, wenn die Schutzbeschichtung einer Tiefgaragensohle zu weich ist, sodass sie vor Ablauf ihrer Lebensdauer im Kurvenbereich abgefahren ist, der AN aber bei Mängelrüge sofort Nachbesserung leistet.

Gewährleistungsfrist

Die Gewährleistungsfrist für Baumängel beginnt auch dann zu laufen, wenn der AG die Abnahme endgültig verweigert.

Der Ablauf der Verjährungsfrist für Baumängelansprüche hat in der Praxis große Bedeutung. Nach deren Ablauf kann sich der AN auf Verjährung berufen und muss die Mängel nicht mehr beseitigen. Gemäß § 634 Abs. 2 BGB beginnt die Verjährung mit der Abnahme. Für den VOB-Vertrag gilt dies gemäß § 13 Abs. 4 Nr. 3 VOB/B.

In einem Fall, den das OLG Dresden¹⁰ zu entscheiden hatte, streiten AG und AN über Mängel. Der AG fordert den AN unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung auf und kündigt an, die Mängel durch einen Drittunternehmer beseitigen zu lassen, falls der AN sie nicht fristgerecht beseitigt. Als die Frist fruchtlos verstreicht, kündigt der AG den Bauvertrag, fordert vom AN die Schlussrechnung und spricht ihm ein Baustellenverbot aus. In dem vom AN angestregten Werklohnprozess erhebt der AG nach 15 Jahren Widerklage und fordert die Kosten der Mängelbeseitigung in Höhe von 115.000 Euro. Der AN beruft sich auf Verjährung.

Zu Recht wie das OLG meint. Mängelansprüche verjähren bei Bauwerken in fünf Jahren, wobei die Verjährung zwar grundsätzlich erst mit der Abnahme der Leistung beginnt. Nach der Rechtsprechung des BGH¹¹ beginnt die Verjährungsfrist aber auch dann zu laufen, wenn der AG die Entgegennahme des Werks als Erfüllung der Vertragsleistung ablehnt, indem er die Abnahme endgültig verweigert. Ob eine endgültige Abnahmeverweigerung in diesem

Sinne vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Eine Abnahmeverweigerung hat das OLG im vorliegenden Fall aufgrund der Umstände angenommen.

Auch die Fälligkeit der Vergütung setzt eine Abnahme voraus, § 650g Abs. 4 Nr. 1 BGB. Für den VOB-Vertrag gilt Entsprechendes. Vorher kann der AN die Bezahlung seiner Schlussrechnung nicht fordern. Am Ende des Jahrs, in dem die Schlussrechnung fällig wird – also mit der Abnahme –, beginnt dann die dreijährige Verjährungsfrist für den Vergütungsanspruch zu laufen. ■

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 Baurechtskolloquiums 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

8 OLG München, Beschl. v. 01.09.2020, 28 U 1686/20 Bau

9 BGH, Urt. v. 17.05.1984, VII ZR 69/82

10 OLG Dresden, Beschl. v. 05.09.2017, 22 U 3 179/17; BGH, Beschl. v. 25.03.2020, VII ZR 242/17 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

11 BGH, Urt. v. 30.09.1999, VII ZR 162/97