



Bild © BillionPhotos.com - stock.adobe.com

(1) Die hier gesammelten Rechtsprechungen demonstrieren, wie in diesem Jahr im Bereich Baumängel entschieden wurde und das nicht ausschließlich zu Gunsten des Auftraggebers.

# Rechtsprechung 2022

## Die wichtigsten Gewährleistungsurteile für die Baupraxis kurz kommentiert

**E**s gibt wohl wenig wertvolleres Gut zur Fehlervermeidung als Fehler, aus denen entsprechende Lehren gezogen werden können. Umso günstiger, wenn diese Fehler jemandem anderen unterlaufen und so eigene Fehlritte geschickt vermieden werden können. Zu diesem Zweck sind hier zusammengetragen und kommentiert die wichtigsten Gewährleistungsurteile für die Baupraxis. Von verschiedenen Fällen mangelhaften und unzulässigen Einbaus, über zu viele vergebliche Nachbesserungsversuche bis hin zu mehreren Beispielen dafür, dass Bauen ohne Baugenehmigung schlicht keine gute Option darstellt.

■ Von Thomas Karczewski

Die ausgewählten Urteile befassen sich zum einen mit verschiedenen Varianten des Baumangels. Zum anderen werden Beispielfälle geschildert, bei denen trotz eines Mangels der Auftragnehmer nicht zur Mängelbeseitigung verpflichtet ist. Eine Entscheidung behandelt die Frage, wieviel Nachbesserungsversuche der Auftraggeber dem Auftragnehmer gewähren muss. Schließlich zeigt ein Urteil die Folgen einer Schwarzgeldabrede auf.

### Baustoff ohne bauaufsichtliche Zulassung für konkreten Einsatzzweck

Ein Bauträger lässt Elektroleitungen in Steigschächten einer Wohnanlage verlegen. Die Leitungen erhalten Brandabschottungen der Firma J, System F3, Rohrabschottung I. Ein von der

Wohnungseigentümergeinschaft (WEG) beauftragter Sachverständiger stellt fest, dass die eingebauten Brandabschottungen für den konkreten Einsatzort keine allgemein bauaufsichtliche Zulassung haben. Der Bauträger wird deshalb zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Diese verweigert er mit dem Hinweis, dass die verwendeten Brandabschottungen allgemein bauaufsichtlich zugelassen sind. Jedenfalls komme eine Zulassung im Einzelfall in Betracht. Die WEG verklagt den Bauträger deshalb auf Feststellung, dass er ihr die durch die mangelhaften Brandabschottungen entstehenden Mängelbeseitigungskosten zu ersetzen hat. Das OLG Köln<sup>1</sup> gibt der WEG Recht.

<sup>1</sup> OLG Köln Beschluss vom 29.10.2021 – 17 U 162/19, BGH Beschluss vom 29. sechsten 2022 VII ZR 892/21 (Beschwerde zurückgewiesen)



**Vereinbarte  
Qualität, Menge und  
Ausführungsart erbracht,  
Leistung trotzdem  
mangelhaft!**

Auch wenn es sich nicht aus dem Gesetzestext oder dem Wortlaut der VOB/B ergibt, muss das vom Auftragnehmer geschuldete Werk der vereinbarten Funktion entsprechen. Wird diese nicht erfüllt, ist die Leistung mangelhaft, auch wenn sie dem Leistungsverzeichnis und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Die geschuldete Funktion ist häufig durch Auslegung zu ermitteln. Oft ergibt sie sich bereits aus dem Begriff der geschuldeten Leistung: so muss eine „Abdichtung abdichten!“

Bild: © Sergey Ryzhov – stock.adobe.com

(2) Ob die Rohrabschottungen zum Führen von Elektroleitungen in diesem Einzelfall zugelassen werden könnten, wurde nicht festgestellt.



Bild: © aysun ozcan – stock.adobe.com

(3) Die Installation der mangelhaften Dampfbäder schlägt sich in einer Verfehlung der vereinbarten Funktion nieder.

Zwar sind die verwendeten Brandabschottungen der Firma J grundsätzlich allgemein bauaufsichtlich zugelassen.

Allerdings ist diese Zulassung für den hier vorliegenden Einsatzzweck, nämlich Elektroleitungen in Steigschächten, nicht gültig, wie der vom Gericht bestellte Sachverständige feststellt. Das ergibt sich aus dem, dem Gutachten beigefügten, Bescheid des Deutschen Instituts für Bautechnik. Dort steht unter dem Abschnitt „Anwendungs-

bereich“ dass „andere Teile oder Hilfskonstruktionen sowie elektrische Leitungen“ durch die Rohrabschottung nichthindurchgeführt werden dürfen. Die Notwendigkeit einer allgemein bauaufsichtlichen Zulassung ergibt sich in dem konkreten Rechtsstreit aus Art. 18,2 Abs. 11 BayBO, weshalb die Leistung des Bauträgers mangelhaft ist. Ob eine Einzelfallzulassung in Betracht kommt, steht dagegen nicht fest. Der Bauträger hat sich nicht darum bemüht, eine solche zu erlangen.

In einem Fall, den das OLG München<sup>2</sup> zu entscheiden hatte, verlangt der Auftraggeber wegen Mangelhaftigkeit zweier Dampfbäder in einem Hallenbad vom Auftragnehmer Kostenvorschuss in Höhe von knapp 80.000 €. Die Dampfverteilung, Dampfentwicklung und -zirkulation in den Bädern weise nicht die Beschaffenheit auf, die von einem Werk dieser Art zu erwarten sei. Insbesondere würde das Dampfbad dauerhaft nicht die erforderliche Temperatur erreichen, die im Leistungsverzeichnis mit 40–45° angegeben ist. Zur Mängelbeseitigung sei deshalb der Einbau neuer Dampfkabinen erforderlich. Weil der Auftragnehmer dies bestreitet, erhebt der Auftraggeber Klage, der das OLG stattgibt. Die Mangelhaftigkeit der Dampfbäder wird von dem Gerichtsgutachter bestätigt. Er stellt fest, dass die laut Leistungsverzeichnis geschuldete Soll-Temperatur von 40–45° in den Dampfbädern im Dauerbetrieb nicht erreicht wird. Das OLG führt aus, dass ein Dampfbad Dampf zu erstellen, eine Luftzirkulation sicherzustellen und eine ausreichende Temperatur zu erreichen hat. Dieser Funktionsanforderung an Schwitzbäder genügen die vom Auftragnehmer erstellten Dampfbäder bereits nach Inbetriebnahme nicht, weshalb sie mangelhaft sind. Neue Dampfkabinen müssen eingebaut werden, weil andere Nachbesserungsversuche des Auftragnehmers fehlgeschlagen sind.

<sup>2</sup> OLG München Beschluss vom 25.1.2021 – 28 U 4343/20 Bau, BGH Beschluss vom 27.7.2022 – VII ZR 24/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)



## Schwarzbau und seine Folgen!

Nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B hat der Auftraggeber die erforderliche öffentlich-rechtliche (Bau-)Genehmigung herbeizuführen. Der Auftragnehmer hat bei Ausführung seiner Leistung unter anderem die behördlichen Bestimmungen zu beachten, wozu die Baugenehmigung gehört. Baut der Auftragnehmer ohne Baugenehmigung, ist seine Leistung grundsätzlich mangelhaft. Mit diesem Problem hat sich das OLG Dresden<sup>3</sup> in einem durch den BGH überprüften Urteil befasst:

Der Auftragnehmer bietet dem Auftraggeber Leistungen für den Abriss eines Bestandsgebäudes und Errichtung eines Ferienhauses an. Das Angebot umfasst u. a. ein Vorgespräch mit dem Bauamt, die Bauantragstellung sowie „mit erteilter Baugenehmigung“ den Abriss des Bestandsgebäudes und die Errichtung des Ferienhauses.

Nach dem Vorgespräch teilt das Bauamt dem Auftragnehmer mit, dass eine Baugenehmigung nicht erteilt werden kann. Dennoch beauftragt der Auftraggeber den Abriss und die Errichtung des Ferienhauses, das er nach Fertigstellung auch abnimmt. Die Baubehörde untersagt später die Nutzung, weshalb der Auftraggeber den Auftragnehmer auf Feststellung verklagt, dass dieser ihm den Schaden zu ersetzen habe, der aus der Errichtung des Ferienhauses ohne Baugenehmigung resultiert. Das OLG weist die Klage des Auftraggebers ab. Es fehlt u.a. an einer Pflichtverletzung des Auftragnehmers. Seine Leistung hat vielmehr die vereinbarte Beschaffenheit. Nach der Beweisaufnahme ist das OLG davon überzeugt, dass der Auftraggeber positive Kenntnis davon hatte, dass die Verwirklichung seines Bauvorhabens der Genehmigung der Baubehörde bedurfte, und dass eine solche Genehmigung bei Errichtung nicht vorlag. Dies ergibt sich bereits aus dem Angebot des Auftragnehmers. Der Auftraggeber wusste auch, dass im Falle des Bekanntwerdens des ungenehmigten Bauvorhabens

Maßnahmen der Behörde, etwa in Form einer Beseitigungsanordnung, drohen. Die Leistung des Auftragnehmers ist auch nicht mangelhaft. Denn die Parteien waren sich ausdrücklich darüber einig, dass das Ferienhaus unter Verstoß der bauordnungsrechtlichen Vorgaben zu errichten sei. Damit hat der Auftragnehmer genau das gebaut, was der Auftraggeber bestellt hat, nämlich ein bauordnungswidrig errichtetes Ferienhaus. Ist- und Sollbeschaffenheit weichen daher nicht voneinander ab.

## Fassade trotz Abweichungen vom LV funktionstauglich: Mängelbeseitigung unverhältnismäßig!

Nach § 635 Abs. 3 BGB kann der Unternehmer aber die Nacherfüllung (Nachbesserung) verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Die Rechtsprechung wendet diese Vorschrift sehr restriktiv an. Von Unverhältnismäßigkeit ist in aller Regel nur dann auszugehen, wenn das Interesse des Auftraggebers an der Nachbesserung objektiv nur gering ist und ein ganz erheblicher Aufwand gegenübersteht. Bei einer spürbaren Beeinträchtigung der Funktion des Werkes kann nach der Rechtsprechung des BGH<sup>4</sup> die Nachbesserung regelmäßig nicht wegen Unverhältnismäßigkeit verweigert werden.

Das OLG Koblenz nahm in seinem Urteil vom 24.6.2021<sup>5</sup> jedoch die Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung an. Dabei hatte es folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Der Rohbauer ist vom Bauherrn beauftragt, den Neubau seines Firmensitzes mit einer Klinkerfassade zu erstellen. Diese soll laut Leistungsverzeichnis (LV) eine Hinterlüftung von 40 mm und eine Wärmedämmung von 160 mm erhalten. Nach Fertigstellung der Arbeiten fordert der Rohbauer den Bauherrn zur Abnahme auf und stellt eine Schlussrechnung über knapp 63.000 €. Der Bauherrn verweigert sowohl die Abnahme, als auch die Zahlung der Schlussrechnung mit der



(4) Vor der Errichtung des Ferienhauses muss der Auftraggeber sichergehen, dass die entsprechende Genehmigung der Baubehörde vorliegt.

Begründung, die Fassade sei wegen Mängel nicht abnahmefähig. Die Wärmedämmung sei nicht ordnungsgemäß ausgeführt, insbesondere die vertraglich geschuldete Hinterlüftung von 40 mm nicht durchgängig vorhanden. Es bestehe die Gefahr, dass Feuchtigkeit aufgenommen und dadurch die Dämmeigenschaft reduziert werde. Sachverständig beraten weist das OLG den Einwand der Mangelhaftigkeit zurück und verurteilt den Bauherrn zur Zahlung des restlichen Werklohns. Wegen des verbauten Materials der Wärmedämmung, ist diese auch dann voll funktionsfähig, wenn die vorgesehene Luftschicht von 40 mm gar nicht vorhanden ist. Zudem handelt es sich bei der vorgesehenen Hinterlüftungsschicht nicht um eine Beschaffenheitsvereinbarung. Es ist kein isoliertes Interesse des Bauherrn an der Einhaltung dieser Hinterlüftung erkennbar. Sein Interesse besteht vielmehr an der Ausführung einer funktionierenden Wärmedämmung. Angesichts der Funktionsfähigkeit der Wärmedämmung wäre die Neuerrichtung der Klinkerfassade allein zu dem Zweck, die geforderte Luftschicht herzustellen, unverhältnismäßig. Die Entscheidung ist bemerkenswert, weil die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung nicht zu einem Wegfall eines Mangels führt. Der Bauherr hätte wegen der Abweichung vom LV einen Minderungsanspruch geltend machen können.

<sup>3</sup> Urteil vom 7.12.2021 – 6 U 1716/21, BGH Beschluss vom 10.8.2022 – VII ZR 1/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 10.4.2008 – ZR 214/06.

<sup>5</sup> 2 U 391/19, BGH Beschluss vom 10.8.2022 – VII ZR 632/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).



Bild: © UnitedPhotoStudio – stock.adobe.com

(5) Ein fristloser Rücktritt des Arbeitgebers ist in diesem Fall u. a. möglich, da das Gericht das Bestehen auf einen vierten Nachbesserungsversuch als unzumutbar einstuft.

### Nach drei vergeblichen Mängelbeseitigungsversuchen ist Schluss!

Bevor der Auftraggeber auf Geld gerichtete Mängelrechte geltend machen oder vom Vertrag zurücktreten kann, muss er dem Auftragnehmer die Möglichkeit zur Nachbesserung geben und ihn zur Mängelbeseitigung auffordern. Scheitert ein Mängelbeseitigungsversuch, muss der Auftraggeber den Auftragnehmer erneut zur Mängelbeseitigung auffordern. Doch wie oft muss der Auftraggeber dem Auftragnehmer die Möglichkeit zur Nachbesserung geben? Mit dieser Frage beschäftigte sich das OLG Stuttgart<sup>6</sup> in seinem Urteil vom 23.2.2021:

Der Auftraggeber verlangt vom Auftragnehmer die Rückabwicklung eines Vertrages über den Einbau eines Schwimmbeckens aus Glasfaserkunststoff. Dieses hatte der Auftragnehmer in eine von ihm vorbereitete Grube eingebaut. Nach Abnahme bekommt das Becken herstellungsbedingt Blasen und Risse an der Oberfläche der Beschichtung. Nach erfolgter Mängelrüge wurden von Seiten des Auftragnehmers drei Nach-

besserungsversuche unternommen, die jedoch scheiterten.

Der Auftraggeber erklärte deshalb den Rücktritt und verlangt Rückabwicklung des Vertrages. Der Auftragnehmer weigert sich und behauptet u.a., ihm sei keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt worden. Dem folgt das OLG nicht. Das Gericht verweist auf § 440 Satz 2 BGB, der zwar nicht direkt auf das Werkvertragsrecht anwendbar ist, jedoch Anhaltspunkte dafür gibt, dass zwei gescheiterte Nachbesserungsversuche eine weitere Fristsetzung entbehrlich und eine Nacherfüllung durch den Auftragnehmer unzumutbar machen. Nach dem dritten vergeblichen Nachbesserungsversuch musste der Auftraggeber daher keine weitere Frist zur Nachbesserung setzen und konnte direkt den Rücktritt erklären.

### Schwarz bezahlte Ersatzvornahmekosten sind nicht erstattungsfähig!

Urteile zur „Schwarzarbeit“ nehmen im Zusammenhang mit Bau- und Architektenleistungen in den letzten Jahren immer mehr zu. Dabei handelt es sich zumeist um Fälle, bei denen der Auftragnehmer beabsichtigt, Werkleistungen „am Finanzamt vorbei“ zu erbringen. Es sollte sich aber zwischen den Baubeteiligten mittlerweile herumgesprochen haben, dass ein Bauvertrag mit einer „Schwarzgeldabrede“ nichtig ist und weder dem Auftragnehmer einen Vergütungsanspruch, noch dem Auftraggeber Mängelansprüche zustehen. Das OLG Schleswig<sup>7</sup> hat die Nichtigkeitsfolgen einer Schwarzgeldabrede noch erweitert:

Der Auftragnehmer soll ein Einfamilienhaus errichten. Wegen der vom Auftraggeber behaupteten Mängel kommt es zum Streit. Der Auftragnehmer beseitigt die Mängel nicht. Sie werden durch einen anderen, vom Auftraggeber beauftragten, Unternehmer mit Sitz auf den Virgin Islands behoben. Die Arbeiten stellt der Unternehmer dem Auftraggeber mit 27.000 €, aber ohne Mehrwertsteuer in Rechnung. Der Auftraggeber erklärt gegenüber dem Werklohnanspruch

des Auftragnehmers in Höhe von 19.800 € die Aufrechnung mit den Mängelbeseitigungskosten. Das OLG lässt die Aufrechnung nicht durchgreifen und verurteilt den Auftraggeber zur Zahlung des Werklohns. Es verneint einen aufrechenbaren Anspruch in Höhe der vom Unternehmer gestellten Rechnung über 27.000 €. Die Rechnung genügt in keiner Weise den an eine ordnungsgemäße Berechnung zu stellenden Anforderungen. Insbesondere fehlt der unabdingbare Ausweis der Umsatzsteuer (§ 14 Abs. 4 UstG). Bei den Arbeiten durch den Unternehmer handelt es sich ersichtlich um Schwarzarbeit, die von dem Auftraggeber nicht zu vergüten war, erst recht nicht dem restlichen Werklohnanspruch des Auftragnehmers entgegengesetzt werden kann. ■

#### Zur Person



**Rechtsanwalt  
Prof.  
Thomas  
Karczewsk**

ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in der Anwaltskanzlei Rembert Rechtsanwälte in Hamburg. Er ist seit 1989 als Rechtsanwalt und spezialisierter Bau- und Immobilienrechtler beratend, prozessvertretend und mediatorisch tätig. Herr Professor Karczewski ist seit 2007 Lehrbeauftragter für Privates Baurecht und Wirtschaftsrecht an der Hochschule 21 (Buxtehude). Er ist Mitautor der „Beck online Kommentare zum neuen Bauvertragsrecht“ und zur „VOB/B“, 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](http://www.rembert-rechtsanwaelte.de)  
[hamburg@rembert-rechtsanwaelte.de](mailto:hamburg@rembert-rechtsanwaelte.de)

<sup>6</sup> 12 U 540/19, BGH, Beschluss vom 20.4.2022 – VII ZR 241/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

<sup>7</sup> Urteil vom 30.4.2019 – 7 U 152/18, BGH Beschluss vom 12.1.2022 – VII ZR 122/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)