

Günther Jansen

Vorsitzender Richter am

Oberlandesgericht Hamm a. D.

Neue Rechtsprechung zum materiellen Baurecht

Stand: 15.1.2014

A. Bauvertragsrecht

Einige interessante Streitfragen:

I. Rechtliche Einordnung von „Bauteillieferungsverträgen“

1. Überblick über einige gängige Vertragsarten am Bau

Wir kennen am Bau ganz unterschiedliche Vertragsarten. Zu den wichtigsten „Herstellungs- und Lieferverträgen“ gehören:

- Der Vertrag über die Errichtung eines Bauwerks = Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB. Das war immer so und hat sich nicht geändert. Muss nicht erörtert werden. Das gilt im Übrigen auch, wenn der Unternehmer dazu Bauteile herstellen und liefern muss.

- Der Vertrag über die Lieferung von Rohstoffen und Baumaterial (Steine, Sand, Zement) = Kaufvertrag. Das war immer so und hat sich nicht geändert. Muss nicht erörtert werden.

- **der Vertrag über die Herstellung und Lieferung ggf. auch die Montage vorgefertigter Bauteile (Betonfertigteile, Fenster, Türen, Markisen, Solaranlagen).**

Diese Verträge erlangen am Bau eine immer größere Bedeutung. Ihre rechtliche Einordnung als Kaufvertrag, Kaufvertrag mit Montageverpflichtung, „Werklieferungsvertrag“ oder Werkvertrag ist nicht immer ganz einfach.

Davon hängt rechtlich aber sehr viel ab, weil die Rechtsfolgen sehr unterschiedlich geregelt sind:

- während das Werkvertragsrecht eine sehr weitgehende Mängelbeseitigungspflicht kennt (Aus- und Wiedereinbau einschl. aller anfallenden Nebenarbeiten) ist die kaufvertragliche Mängelhaftung deutlich enger, dazu mehr unter II.,

- die Fälligkeit der Zahlungsansprüche ist unterschiedlich geregelt, auch die Verjährung,

- das Kaufrecht kennt kein freies Kündigungsrecht wie in § 649 BGB,

- ob die VOB/B auch in Kaufverträge einbezogen werden kann, ist unklar,

- das Leitbild für die Klauselkontrolle hängt von der rechtlichen Einordnung des Vertrages ab.

Diese Frage muss daher genauer erörtert werden.

2. Wie sind solche „Bauteillieferungsverträge“ rechtlich einzuordnen?

Früher galt für Verträge über die Herstellung und Lieferung von beweglichen Sachen, die zum Einbau in ein bestimmtes Bauvorhaben vorgesehen waren, Werkvertragsrecht. Zum 1.1.2002 trat dann die Schuldrechtsreform in Kraft. Dadurch änderte sich auch die Rechtslage, was aber zunächst niemand bemerkte.

Das änderte sich dann aber schlagartig durch:

a. BGH Urt. v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08

Kaufrecht ist auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden, also auch auf Verträge zwischen Unternehmern.

Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden beweglichen Bau- oder Anlagenteilen zum Gegenstand haben, sind nach Maßgabe des § 651 BGB nach Kaufrecht zu beurteilen. Die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

Eine andere Beurteilung ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn Gegenstand des Vertrages auch Planungsleistungen sind, die der Herstellung der Bau- und Anlagenteile vorauszu gehen haben und nicht den Schwerpunkt des Vertrages bilden.

Das bedeutet: Alle Verträge über die Lieferung herzustellender Bauteile unterliegen dem Kaufrecht, sofern nicht ausnahmsweise Planungs- und Montageleistungen dem Vertrag sein besonderes Gepräge geben. Seine entgegengesetzte frühere Rechtsprechung gibt der BGH ausdrücklich auf.

Damit war klar: „Bauteillieferungsverträge“ sind im Regelfall Kaufverträge.

Dazu weiter:

b. OLG Düsseldorf BauR 2013, 259

Planungsleistungen, die als Vorstufe zu der im Mittelpunkt des Vertrages stehenden Lieferung herzustellender Anlagenteile anzusehen sind, qualifizieren die Leistung nicht als Werkvertrag. Vielmehr liegt der Schwerpunkt des Vertrages in der Lieferung beweglicher Sachen und qualifiziert den Vertrag als **Werklieferungsvertrag**.

Anders liegt es aber, wenn der Vertrag nicht auf die Lieferung von einzelnen herzustellenden Bauteilen, sondern auf die Herstellung eines darüber hinaus gehenden Werkes gerichtet ist:

c. OLG Bremen IBR 2011, 406

Nimmt der Unternehmer die Herstellung und den Einbau von beweglichen Teilen vor, liegt ein **Werklieferungsvertrag** vor, wenn nach dem Vertrag die Verpflichtung, Eigentum und Besitz an den Einzelteilen zu übertragen, im Vordergrund steht; dagegen gilt **Werkvertragsrecht**, wenn das Interesse des Bestellers an der Erstellung eines funktionsfähigen Werkes überwiegt. Dabei kommt es weder auf den Umfang eventueller Eigenleistungen des Bestellers noch darauf an, ob die Montage der Bauteile insgesamt nur wenig Zeit beansprucht.

Der Vertrag über Lieferung und Einbau von Kühlzellen und Kühlräumen ist ein Werkvertrag, so dass die handelsrechtliche Rügepflicht gem. §§ 377, 381 HGB nicht gilt.

Das setzt aber voraus, dass ein über die Herstellung und Lieferung hinausgehender Erfolg geschuldet ist.

Die Einordnung kann auch Schwierigkeiten bereiten, wenn umfangreiche Montageverpflichtungen übernommen worden sind:

d. BGH Beschl. v. 16.4.2013 – VIII ZR 375/11

Für die Einordnung eines Vertragsverhältnisses als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung oder als Werkvertrag kommt es darauf an, auf welcher der beiden Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt.

Das bedeutet: Die rechtliche Einordnung eines solchen „Bauteillieferungsvertrages“ kann Schwierigkeiten bereiten. Im Regelfall ist ein solcher Vertrag aber als Kaufvertrag einzuordnen. Anders dann, wenn erhebliche Planungs- oder Montageleistungen dem Vertrag das Gepräge geben. Anders auch dann, wenn ein über die Herstellung und Lieferung hinausgehender Werkerfolg geschuldet ist = Werkvertrag

II. „Kaufrecht am Bau“ - Besonderheiten

Das Kaufrecht weist – wie oben bereits erwähnt - gegenüber dem Werkvertragsrecht eine Reihe von Besonderheiten auf:

1. Die kaufrechtliche Mängelhaftung nach § 439 BGB

ist wesentlich enger als die sehr umfassende werkvertragliche Mängelhaftung. Schon deshalb ist die Abgrenzung so wichtig.

Ursprünglich galt insoweit

a. BGH Urt. v. 15.7.2008 – VIII ZR 211/07 (Parkettstäbeentscheidung)

Eine Haftung des Verkäufers mangelhafter Parkettstäbe, die der Käufer vor der Entdeckung des Mangels auf seine Kosten hat verlegen lassen, für die Kosten der Neuverlegung mangelhafter Parkettstäbe kommt nur unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung (BGB § 280 Abs. 1, 3, §§ 281 ff., 437 Nr. 3) in Betracht. Der Verkäufer haftet nicht, wenn er die in der mangelhaften Lieferung liegende Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Also insoweit keine verschuldensunabhängige Mängelhaftung. Ein Verschulden war aber sehr häufig nicht festzustellen.

Das änderte sich durch die

b. Urteile des EuGH vom 16.6.2011 – Rechtssachen C-65/09 und C-87/09, NJW 2011, 2269 und die nachfolgende Entscheidung

c. BGH Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08

§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die dort genannte Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ auch den Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache erfasst.

Offen blieb zunächst, ob das nur für Verbraucherverträge gelten sollte oder auch für Verträge zwischen Unternehmern bzw. zwischen Verbrauchern.

Diese Frage hat der BGH geklärt durch

d. BGH Ur. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, IBR 2013, 176

§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ neben dem Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache auch den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache erfasst.

Diese richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist auf den Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) beschränkt und erstreckt sich nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern.

Wir haben also seitdem eine „gespaltene Auslegung“ des § 439 Abs. 1 BGB. Die vom EuGH vorgeschriebene und vom BGH übernommene weitreichende kaufrechtliche Mängelhaftung gilt nur für Verbraucherverträge, nicht für Verträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern.

2. Besonderheiten des Handelskaufs

Wenn Kaufrecht anwendbar ist und die Voraussetzungen des Handelskaufs vorliegen, gilt auch § 377 HGB, ein ganz scharfes Schwert.

a. OLG Brandenburg Ur. v. 22.2.2012 – 4 U 69/11

Bei einem Handelskauf (hier: Lieferung von Betonfertigteilen) muss der Käufer die gelieferten Waren gemäß § 377 HGB unverzüglich untersuchen, was auch bei Sukzessivlieferungen grundsätzlich eine zumindest stichprobenweise Untersuchung jeder Lieferung beinhaltet, und einen Mangel unverzüglich anzeigen.

Unterlässt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt und der Käufer muss trotz etwaiger Mängel die vereinbarte Vergütung zahlen, es sei denn, es handelt sich um einen Mangel, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war. Der Zweck der Untersuchungs- und Rügepflicht, möglichst schnell Klarheit darüber zu schaffen, ob ein Geschäft ordnungsgemäß abgewickelt werden kann oder nicht, rechtfertigt es nicht, den Zusammenschluss zweier Vollkaufleute zu einer ARGE nur deshalb von den Pflichten im kaufmännischen Verkehr zu entbinden, weil die ARGE als GbR einzuordnen ist.

b. OLG Düsseldorf BauR 2013, 259

Bei Anlagenteilen, die noch zu montieren sind, ist hinsichtlich der Überprüfungspflicht des § 377 HGB nicht auf die Anlieferung jedes einzelnen Teils abzustellen. Vielmehr ist die erste Inbetriebnahme maßgeblich. Erst zu diesem Zeitpunkt kann die Anlage geprüft und festgestellt werden, ob sie den vertraglich vereinbarten Anforderungen entspricht.

Erfolgt die Inbetriebnahme am 13.4. eines Jahres ist eine Mängelrüge am 2.5. nicht unverzüglich im Sinne des § 377 HGB.

Eine bislang ungeklärte Frage ist, ob – liegt ein Handelskauf vor – die rechtzeitige Prüfung und Rüge zum Pflichtenkreis des Architekten gehören kann.

III. Schwarzarbeit

Hierzu gibt es neue Rechtsprechung:

1. BGH Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13

a) § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG enthält das Verbot zum Abschluss eines Werkvertrages, wenn dieser Regelungen enthält, die dazu dienen, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre sich auf Grund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt.

b) Das Verbot führt jedenfalls dann zur Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 134 BGB, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt.

c. Mängelansprüche des Bestellers bestehen in diesem Fall grundsätzlich nicht.

2. OLG Schleswig Urt. v. 16.8.2013 – 1 U 24/13

Ist vereinbart, dass Handwerkerleistungen zum Teil ohne Rechnung erbracht werden, damit der Umsatz den Steuerbehörden teilweise verheimlicht werden kann (Schwarzgeldabrede), ist der geschlossene Vertrag insgesamt nichtig und kann der Handwerker von dem Auftraggeber weder die vereinbarte Zahlung noch Aufwendungsersatz aus GoA oder Erstattung des Wertes der von ihm bereits erbrachten handwerklichen Leistungen aus Leistungskondition verlangen.

Das OLG verneint Zahlungsansprüche bei Schwarzarbeit. Es knüpft an die neue BGH-Rechtsprechung - Nr. 1 - an und entwickelt sie fort. Folgerichtig ist wohl, dass vertragliche Vergütungsansprüche und Ansprüche aus GoA verneint werden. Ob auch Bereicherungsansprüche entfallen müssen, ist aber zweifelhaft. Der BGH hat bislang darauf abgestellt, dass es nicht der Billigkeit entspreche, dem Besteller den durch nichts gerechtfertigten Vermögensvorteil zu belassen. Er hat jedenfalls in Einzelfällen dem Unternehmer einen mit spürbaren Abschlägen versehenen Wertersatzanspruch zugebilligt (BGHZ 111, 308, 312 f.). Auch das Urteil des BGH vom 1.8.2013 könnte man so verstehen. Es bleibt also abzuwarten, wie der BGH sich dazu stellt.

IV. Vergütungsrecht

Auch hier gibt es neue Rechtsprechung:

1. „Vorkalkulatorische“ Preisfortschreibung

a. BGH Urt. v. 14.3.2013 – VII ZR 142/12

Gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass die Berechnung des neuen Preises im Wege einer Fortschreibung der dem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulation des Auftragnehmers (und nicht anhand tatsächlicher oder üblicher Kosten) zu erfolgen hat, ist das Gericht daran gebunden.

Die Ermittlung der Vergütung für eine geänderte Leistung erfolgt in diesem Fall in der Weise, dass – soweit wie möglich – an die Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft wird. Abzustellen ist dabei grundsätzlich auf die Auftragskalkulation der geänderten Position.

Eine Bezugsposition ist heranzuziehen, wenn die Auftragskalkulation die Kostenelemente nicht enthält, die aufgrund der Änderung der Leistung nunmehr für die Preisbildung maßgebend sind.

Eine hochinteressante Entscheidung!

Zum Fall:

AN sollte eine Bundesstraße sanieren. Teilweise war ein Neubau vereinbart, teilweise nur eine Deckenerneuerung. AN hatte für die Deckenerneuerung wesentlich höhere EP kalkuliert als für den Neubau, obwohl die Leistungen vergleichbar waren. AG ordnete nachträglich für eine weitere Teilstrecke statt der ursprünglich vorgesehenen Deckenerneuerung den Neubau an. AN schrieb dafür die deutlich höheren Preise der Pos. „Deckenerneuerung“ fort. Dem widersprach AG.

Der BGH gab AN Recht. Fortzuschreiben sei die ursprüngliche Position „Deckenerneuerung“. Bei Leistungsänderungen sei nämlich grundsätzlich an die geänderte Position anzuknüpfen. Anders nur dann, wenn das nicht möglich sei, etwa weil die tatsächlich ausgeführte Leistung nicht vergleichbar ist. Das war hier aber nicht der Fall.

Die Entscheidung ist richtig, weil anderenfalls dem AN durch eine Änderungsanordnung die Vorteile aus der Vereinbarung eines „fetten Preises“ wieder entzogen werden könnten.

Der BGH stützt im Übrigen die Anwendung der Grundsätze zur „vorkalkulatorischen Preisfortschreibung“ nicht auf grundsätzliche Erwägungen zur Preisfortschreibung nach § 2 Abs. 5 VOB/B, sondern auf die Annahme, dass das prozessuale Verhalten der Parteien zu erkennen gebe, dass sie sich über diese Art der Preisfortschreibung einig seien.

Das kann im nächsten Fall aber schon ganz anders sein. Dann könnte sich wirklich die Frage stellen, ob die Kalkulation des AN überhaupt zur Grundlage der Preisfortschreibung gemacht werden kann.

2. Geschuldete Leistung oder Zusatzleistung?

a. BGH Urt. v. 12.9.2013 – VII ZR 227/11

Kann ein Bieter der Ausschreibung entnehmen, dass eine für den verkehrssüblichen Einsatz eines Kranes hinderliche Hochspannungsleitung vom Auftraggeber wegen der vorgesehenen Bohrpfahlarbeiten ohnehin zum Beginn der Arbeiten abgebaut werden muss, so muss er ohne einen entsprechenden Hinweis in der Ausschreibung nicht annehmen, dass die Hochspannungsleitung nur für die Dauer der Bohrpfahlarbeiten entfernt bleibt. Ein solcher Hinweis wäre nach § 9 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A a.F. geboten gewesen.

Das Ergebnis der Auslegung eines Bauvertrages aufgrund öffentlicher Ausschreibung wird nicht dadurch beeinflusst, dass der Auftragnehmer etwaige Unklarheiten in der Ausschreibung nicht aufgeklärt hat (Bestätigung von BGH Urt. v. 13.3.2008 – VII ZR 194/06, BGHZ 176, 23 Rn. 38).

Zum Fall: Das beklagte Land schrieb Brückenbauarbeiten aus. Inhalt der Ausschreibung war auch ein Lageplan. Dort war im Baubereich eine Hochspannungsfreileitung verzeichnet, die den Einsatz eines Kranes unmöglich machte. Gegenstand der Ausschreibung war aber auch die Erstellung einer Bohrpfahlwand, die wiederum nur errichtet werden konnte, wenn die Hochspannungsleitung beseitigt wurde. Nach Abschluss des Vertrages wurde festgestellt, dass die Leitung die Arbeit behinderte. Die Beklagte ließ sie wegen der damit verbundenen hohen Kosten aber nicht entfernen, sondern ordnete an, dass anstelle der Bohrpfahlwand eine Stützwand mit Fuß errichtet werden sollte, die die Entfernung der Hochspannungsleitung nicht erforderlich machte. Die mit der Errichtung dieser Stützwand unmittelbar verbundenen Mehrkosten sind abgerechnet und nicht im Streit.

Die Klägerin macht nunmehr eine weitere Mehrforderung in Höhe von etwa 100.000,- € geltend, weil die Beklagte die Durchführung der Baumaßnahme ohne Entfernung der Hochspannungsleitung angeordnet habe. Sie habe nach der Ausschreibung davon ausgehen dürfen, dass die Bauarbeiten durch diese Leitung nicht behindert würden, weil sie ohnehin habe entfernt werden müssen. Sie habe deshalb mit dem Einsatz eines Kranes kalkuliert. Da dieser nicht habe eingesetzt werden können, seien ihr die jetzt geltend gemachten Mehraufwendungen entstanden.

LG und OLG haben die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Klägerin stehe der geltend gemachte Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B a.F. nicht zu. Zwar habe jeder Bieter davon ausgehen dürfen, dass das beklagte Land die erforderliche luftseitige Baufreiheit des Baufeldes für die Bohrpfahlarbeiten herstellen würde. Die Klägerin habe aber nicht ohne weiteres davon ausgehen dürfen, dass die Hochspannungsleitungen auch während der gesamten Dauer der Bauarbeiten entfernt blieben. Das habe sich aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ergeben.

Der BGH hat das Urteil aufgehoben und die Sache an das OLG zurückverwiesen. Richtig sei, dass die Bieter die Ausschreibungsunterlagen hätten so verstehen dürfen, dass die Beklagte die luftseitige Baufreiheit für die Dauer der Bohrpfahlarbeiten herstellen würde, da die auszuführende Leistung anderenfalls gar nicht durchführbar gewesen wäre. Rechtsfehlerhaft sei aber die Annahme, die Bieter hätten daraus nicht schließen dürfen, dass die Leitung während der gesamten Bauzeit entfernt bliebe. Es sei vielmehr zu berücksichtigen, dass der öffentliche Auftraggeber so auszuschreiben habe, dass der Bieter die Preise sicher kalkulieren könne (BGH Urt. v. 22.12.2011 – VII ZR 67/11 – und Urt. v. 21.3.2013 – VII ZR 122/11). Das sei hier aber nur möglich gewesen, wenn man die Ausschreibungsunterlagen so verstehe, dass die ausgeschriebenen Leistungen unter der Voraussetzung angeboten würden, dass die Leitung während der gesamten Bauphase entfernt und der Einsatz eines Kranes möglich sei. Anderenfalls sei eine sichere Kalkulation überhaupt nicht möglich gewesen. Dass die Ausschreibung insofern keine Angaben enthalte, gehe nicht zu Lasten der Klägerin. Es sei vielmehr Sache der Beklagten gewesen, ihre Ausschreibung zu präzisieren, wenn sie dieses Ergebnis hätte vermeiden wollen. Dass die Klägerin sich nicht bemüht habe, die Unklarheiten der Ausschreibung aufzuklären, sei unerheblich. Dieser Umstand könne das Ergebnis einer objektiven Auslegung der Ausschreibung nicht beeinflussen (BGH Urt. v. 13.3.2008 – VII ZR 194/06).

Die Entscheidung ist richtig. Der BGH knüpft an § 9 VOB/A a.F. an. Danach müssen die Leistungen so genau ausgeschrieben werden, dass der Bieter die Preise sicher kalkulieren kann. Der Rest der Entscheidung wird von den Umständen des Falles bestimmt. Wenn hier nur bei einem ganz bestimmten Verständnis vom Inhalt der Ausschreibung – luftseitige Baufreiheit während der gesamten Dauer des Bauvorhabens - eine sichere Kalkulation möglich war, durfte der Bieter auch annehmen, dass die Ausschreibung so gemeint war. Das kann aber im nächsten Fall schon wieder ganz anders zu beurteilen sein, wenn mehrere Auslegungsmöglichkeiten bestehen, die jede für sich durchaus kalkulierbar wären. Die Umstände des Einzelfalles sind also genau zu prüfen.

Zu begrüßen ist, dass der BGH mit keinem Wort auf die unsägliche Rechtsprechung mancher Obergerichte zum *frivolen Bieter* eingeht. Man kann nur hoffen, dass dieser Unhold damit endgültig seine ewige Ruhe gefunden hat. Die unterbliebene Nachfrage des Bieters rechtfertigt es nämlich nicht, von einer objektiven Auslegung der Ausschreibung abzusehen und den Bieter für die Versäumnisse der ausschreibenden Stelle haftbar zu machen.

V. Werkvertragliches Mängelrecht

Der werkvertragliche Schadensersatzanspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280, 201 BGB bzw. 13 Abs. 7 VOB/B bietet eine Reihe von Problemen, die derzeit heftig diskutiert werden.

1. Die Berechnung des werkvertraglichen Schadensersatzanspruchs

Nach § 249 Abs. 1 BGB ist eigentlich Naturalrestitution geschuldet = Herstellung des ohne die Pflichtverletzung bestehenden Zustandes = Mangelbeseitigung bzw. Herstellung eines mangelfreien Werkes in Natur.

Genau das kann aber wegen § 281 Abs. 4 BGB nicht mehr verlangt werden = Schadensersatz statt der Leistung.

Damit sind wir bei § 251 Abs. 1 BGB = Schadensersatz in Geld.

Preisfrage: Sind – hat der AG die Mängel noch nicht beseitigen lassen - bei der Berechnung des Schadensersatzanspruches die fiktiven Mangelbeseitigungskosten zugrunde zu legen oder (nur) der merkantile bzw. technische Minderwert der Sache?

Das kann von erheblicher Bedeutung sein.

Beispiel: Baut der AN Kunststofffenster in einem von den vertraglichen Vereinbarungen abweichenden Farbton ein, kann der Einbau neuer Fenster viel Geld kosten. Der merkantile Minderwert ist demgegenüber geringfügig oder sogar = 0, wenn die Farbabweichung den Marktpreis nicht beeinflusst.

Zur Entwicklung der Rechtsprechung:

a. BGH Urt. v. 10.4.2003 – VII ZR 251/02, NJW-RR 2003, 865

Der Schaden besteht in dem Mangel als solchen, nicht in den tatsächlich entstandenen bzw. den fiktiven Mangelbeseitigungskosten.

Folge: Lässt der Geschädigte den Mangel beseitigen, sind die entstandenen Aufwendungen im Prinzip ersatzfähig. Der Geschädigte ist dispositionsbefugt. Er muss den Mangel nicht beseitigen lassen. Auch die fiktiven Mangelbeseitigungskosten stellen einen ersatzfähigen Schaden dar.

Das war Ausgangspunkt der weiteren Diskussion.

b. BGH Urt. v. 22.7.2010 – VII ZR 176/09, BauR 2010, 1752

Ein vor der Mängelbeseitigung geltend gemachter Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen der Mängel an einem Bauwerk umfasst nicht die auf die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten entfallende Umsatzsteuer.

Begründung: Wertende Betrachtungsweise. Es darf zu keiner Überkompensation kommen. Lässt der Geschädigte den Mangel nicht beseitigen, fällt dieser Schadensposten gar nicht an. Er stellt für ihn ohnehin nur einen „durchlaufenden Posten“ dar.

Folge für den Anwalt: Diese „fiktive“ Schadensposition muss durch einen Feststellungsantrag abgedeckt werden.

c. BGH Urt. v. 11.10.2012 – VII ZR 179/11 und 180/11

Der Besteller kann unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 BGB ohne vorherige Fristsetzung Schadensersatz statt der Leistung für Mängel der Werkleistung beanspruchen, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung hinsichtlich dieser Mängel gemäß § 635 Abs. 3 BGB zu Recht als unverhältnismäßig verweigert hat.

Macht der Besteller werkvertraglichen Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten geltend, entsprechen die für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit dieses Aufwands nach § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB maßgeblichen Kriterien denen, die bei der gemäß § 635 Abs. 3 BGB gebotenen Prüfung des unverhältnismäßigen Nacherfüllungsaufwands heranzuziehen sind.

Das bedeutet: Der Schadensersatzanspruch ist in diesen Fällen – Mängelbeseitigung unverhältnismäßig - nicht auf der Grundlage der Mängelbeseitigungskosten zu berechnen, sondern auf Grundlage des technischen bzw. merkantilen Minderwerts.

Eine andere Frage ist natürlich, wann die Mängelbeseitigung unverhältnismäßig ist. Hier besteht – insbesondere bei optischen Mängeln - viel Streit. Die SV bejahen oft sehr schnell die Unverhältnismäßigkeit.

d. Halfmeier BauR 2013, 320

Die Schadensberechnung auf Basis der Mängelbeseitigungskosten ist grundsätzlich zu hinterfragen, jedenfalls in den Fällen, in denen der Geschädigte den Schaden gar nicht beseitigen lassen will.

Folgt man dem, ist in diesen Fällen – der Geschädigte hat den Mangel noch nicht beseitigen lassen – der werkvertragliche Schadensersatzanspruch grundsätzlich (nur) auf Grundlage des merkantilen bzw. technischen Minderwertes zu berechnen. Ob diese Eingrenzung – wenn man sie für richtig hält – auch auf andere Vertragsarten erstreckt werden kann, ist eine weitere schöne Frage.

Dagegen aber sehr entschieden Weyer in NZBau 2013, 269.

Dem Geschädigten ist es allerdings unbenommen, einen Vorschussanspruch geltend zu machen, bei dessen Berechnung wiederum die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zugrunde zu legen sind. Über den muss er dann aber nach Mängelbeseitigung bzw. Ablauf einer angemessenen Beseitigungsfrist abrechnen.

Die weitere Diskussion bleibt abzuwarten. Der BGH spricht in seiner letzten Entscheidung ausdrücklich von seiner „bisherigen Rechtsprechung“. Ob das schon die Ankündigung einer Änderung ist?????

2. Vorteilsausgleich in der Leistungskette

Sogenannte „Leistungsketten“, also etwa Erwerber – Bauträger – Unternehmer – Subunternehmer haben ihre eigenen rechtlichen Probleme. Es handelt sich rechtlich um jeweils selbständige Vertragsverhältnisse, die auch unterschiedlich ausgestaltet sein können. So kann der Bauträger seinen Unternehmer mit einer besseren oder – weniger zu empfehlen – schlechteren Ausführung beauftragen, als er selbst sie dem Erwerber schuldet. Auch wenn es sich um jeweils selbständige Vertragsverhältnisse handelt, kann aber das Schicksal des einen durchaus das Schicksal des anderen beeinflussen. Problematisch ist insbesondere, ob der – in unserem Beispiel – Bauträger Mängelansprüche gegen den Unternehmer geltend machen kann, obwohl er selbst von dem Erwerber überhaupt (noch) nicht in Anspruch genommen worden ist.

a. BGH Urt. v. 8.6.2007 – VII ZR 6/06, BauR 2007, 1567

Steht im Rahmen einer werkvertraglichen Leistungskette fest, dass der Unternehmer von seinem Auftraggeber wegen Mängeln am Werk nicht mehr in Anspruch genommen wird, so kann er nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung gehindert sein, seinerseits Ansprüche wegen dieser Mängel gegen seinen Auftragnehmer geltend zu machen.

In dem zugrunde liegenden Fall hatten sich Bauherr und Unternehmer inzwischen verglichen. Der vom Nachunternehmer verursachte Mangel hatte dabei keine Rolle gespielt und war mit der Einigung zwischen Unternehmer und Bauherrn auch „vom Tisch“.

b. BGH Urt. v. 28.6.2007 – VII ZR 81/06, BauR 2007, 1564

Steht im Rahmen einer werkvertraglichen Leistungskette fest, dass der Unternehmer von seinem Auftraggeber wegen Mängeln am Werk nicht mehr in Anspruch genommen wird, so kann er nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung gehindert sein, seinerseits Ansprüche wegen dieser Mängel gegen seine Auftragnehmer geltend zu machen.

In dem zugrunde liegenden Fall waren die Ansprüche des Bauherrn inzwischen verjährt.

c. BGH Urt. v. 10.7.2008 – VII ZR 16/07, BauR 2008, 1877

Ein Bauträger, der vom Erwerber Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten zurückfordern kann, muss sich diesen Anspruch grundsätzlich nicht nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung auf seinen Schadensersatzanspruch gegen seinen Auftragnehmer wegen dieser Mängel am Werk anrechnen lassen. Eine Anrechnung kommt erst in Betracht, wenn er den Rückzahlungsanspruch realisiert hat und feststeht, dass er vom Erwerber künftig wegen dieser Mängel nicht mehr in Anspruch genommen werden kann (im Anschluss an BGH Urt. v. 28.6.2007 – VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83).

In diesen Fällen kommt es also entscheidend auf die Umstände des Einzelfalles an. Auch hier darf es aber letztlich nicht zur Erlangung eines ungerechtfertigten Vorteils kommen.

d. BGH Beschl. v. 20.12.2010 – VII ZR 100/10, NZBau 2011, 232

Ein Auftraggeber/Hauptunternehmer ist nach Treu und Glauben gehindert, den Werklohn des Nachunternehmers wegen Werkmängeln zu mindern, sofern feststeht, dass der Bauherr das Werk billigt und den Hauptunternehmer nicht mehr in Anspruch nehmen wird.

Auch hier gilt der Rechtsgedanke der Vorteilsausgleichung. Folge: Kein Schadensersatzanspruch, aber auch keine Minderung.

e. BGH Ur. v. 1.8.2013 – VII ZR 75/11, BauR 2013, 1855

Dem Hauptunternehmer steht das Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln der Werkleistung des Nachunternehmers grundsätzlich unabhängig davon zu, ob er die gleiche Leistung seinem Besteller versprochen und geleistet hat, und auch unabhängig davon, ob der Besteller ihm zustehende Ansprüche seinerseits geltend macht.

Auch das ist richtig, weil es durch die Ausübung des ZBR nicht zu einer Überkompensation kommen kann. Die Ausübung des ZBR kann aber gleichwohl im Einzelfall treuwidrig sein.

3. Schadensersatz ohne Fristsetzung

Nach § 636 BGB bedarf es der Nacherfüllung nicht, wenn die Nachbesserung fehlgeschlagen ist.

Ob die Nachbesserung fehlgeschlagen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.

OLG Hamm Ur. v. 28.2.2013 - 21 U 86/12 -

Auch nach mehreren erfolglosen Versuchen ist die Nachbesserung nicht zwingend fehlgeschlagen.

Fall: Umbau eines EFH. Die neu eingebaute Haustür wies kleinere Mängel auf. Auch nach vier Nachbesserungsversuchen war der Besteller aber noch nicht zufrieden. In dem von ihm eingeleiteten Beweisverfahren stellte der Sachverständige dann fest, dass die Haustür nicht nur an den gerügten kleineren Mängeln leide, sondern wegen eines gravierenden Mangels im Schließsystem komplett ausgetauscht werden müsse. Der Unternehmer war dazu auch bereit. Der Besteller lehnte das aber jetzt ab, wollte die Arbeiten an einen anderen Unternehmer vergeben und die Kosten vom Restwerklohn in Abzug bringen. Dem ist das OLG nicht gefolgt. Da der eigentliche Mangel erst im Beweisverfahren festgestellt worden und der Unternehmer zur umfassenden Beseitigung bereit sei, könne von einem Fehlschlagen der Nachbesserung nicht gesprochen werden.

B. Architektenrecht

Hier gibt es eine Reihe neuer Entscheidungen, in denen der Umfang der Vertragspflichten des Architekten und seine Haftung für Verletzungen dieser Pflichten weiter geklärt werden.

I. Die Haftung des Architekten

Dazu gibt es mehrere neue Entscheidungen.

1. BGH Urt. v. 20.12.2012 – VII ZR 209/11 -

Die Planung des Architekten für einen Bauträger ist ungeachtet der mit diesem getroffenen Vereinbarung, Trennwände einschalig zu planen, mangelhaft, wenn sie den von den Vertragsparteien vorausgesetzten Zweck nicht erfüllt, eine mangelfreie Veräußerung des so errichteten Bauwerks an die Erwerber zu ermöglichen, weil diesen eine zweischalige Ausführung der Trennwände geschuldet wird.

Den Bauträger trifft ein erhebliches Mitverschulden an dem durch Inanspruchnahme durch die Erwerber wegen unzureichenden Schallschutzes entstandenen Schaden, wenn er blind auf die rechtliche Annahme des Architekten vertraut hat, Reihenhäuser müssten keine doppelschalige Ausführung haben, wenn sie als „senkrecht geteilte Wohneinheiten“ verkauft würden.

Der Architekt schuldet ein mangelfreies und funktionsfähiges Werk. Ist bei Reihenhäusern eine doppelschalige Ausführung der Trennwände erforderlich, kann er sich dem nicht dadurch entziehen, dass er die Reihenhäuser in „senkrecht geteilte Wohneinheiten“ umbenennt. Dieses Vorgehen hat der BGH für so abstrus gehalten, dass er dem Auftraggeber ein erhebliches Mitverschulden zugerechnet hat, zu Recht.

2. BGH Urt. v. 20.6.2013 – VII ZR 4/12 – (Abbruch der Steilküste)

Der mit der Grundlagenermittlung beauftragte Architekt muss mit dem Auftraggeber erörtern, ob dieser trotz ihm bekannter risikoreicher Bodenverhältnisse – hier: unzureichende Standsicherheit des Bauvorhabens wegen der Lage an einem abbruchgefährdeten Steilhang – an dem Bauvorhaben festhalten will.

Unterlässt der Architekt die gebotene Erörterung, ist er beweispflichtig dafür, dass der Auftraggeber an dem Bauvorhaben festgehalten hätte, wenn ihm die Gefährdung in ihrer ganzen Tragweite bewusst gemacht worden wäre.

Diese Grundsätze gelten auch für den Tragwerksplaner, weil auch er im Rahmen der von ihm vertraglich übernommenen Grundlagenermittlung standortbezogene Einflüsse unter Berücksichtigung der Bodenverhältnisse in Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber klären muss.

Muss sich dem Auftraggeber aufgrund eigener Kenntnis tatsächlicher Umstände aufdrängen, dass die Planung des Architekten sowie die Statik des Tragwerksplaners eine bestimmte Gefahrenlage in Kauf nehmen, verstößt der Auftraggeber regelmäßig gegen die in seinem Interesse bestehende

Obliegenheit, sich selbst vor Schaden zu bewahren, wenn er die Augen vor der Gefahrenlage verschließt und das Bauvorhaben durchführt.

Das bedeutet: Je riskanter das Vorhaben ist, umso eindringlicher muss der Architekt den Auftraggeber aufklären und warnen. Wenn dieser allerdings sehenden Auges die Risiken in Kauf nimmt, trifft ihn zumindest ein erhebliches Mitverschulden.

3. BGH Urt. v. 15.5.2013 – VII ZR 257/11 –

Die von einem Tragwerksplaner für ein Gebäude erstellte Statik ist mangelhaft, wenn sie den vereinbarten Zweck, die Standfestigkeit des Gebäudes unter Berücksichtigung des Baugrundes und seiner Tragfähigkeit zu gewährleisten, nicht erfüllt, weil sie die nach den konkreten Boden- und Grundwasserverhältnissen erforderlichen Maßnahmen nicht vorsieht.

Den Auftraggeber trifft grundsätzlich die Obliegenheit, dem Tragwerksplaner die für die mangelfreie Erstellung der Statik erforderlichen Angaben zu den Boden- und Grundwasserverhältnissen zu machen. Hat er unzutreffende Angaben gemacht und ist deshalb die Statik mangelhaft, trifft den Auftraggeber für einen daraus entstehenden Schaden eine Mithaftung wegen Verschuldens gegen sich selbst.

Hat der vom Auftraggeber beauftragte planende Architekt die unzutreffenden Angaben gemacht, muss sich der Auftraggeber dessen Verschulden gemäß §§ 254, 278 BGB zurechnen lassen.

Eine hochinteressante Entscheidung. Der BGH hat bereits in seinem „Glasfassadenurteil“ vom 27.11.2008 – VII ZR 206/06 – entschieden, dass den Auftraggeber in seinem Vertragsverhältnis zum bauaufsichtsführenden Architekten regelmäßig die Obliegenheit trifft, diesem einwandfreie Pläne zur Verfügung zu stellen. Überlässt er ihm fehlerhafte Pläne, verletzt er diese ihn treffende Obliegenheit mit der Folge, dass er sich nach §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 BGB ein Mitverschulden zurechnen lassen muss. Nichts anderes gilt nach Auffassung des BGH, wenn der Auftraggeber dem Tragwerksplaner durch den von ihm beauftragten Architekten Pläne und Unterlagen zu den Boden- und Grundwasserverhältnissen überlässt oder dazu sonstige Angaben macht, die den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen.

Die Rechtsprechung ist richtig und konsequent, lässt sich aber auch noch auf eine Reihe anderer Fallkonstellationen übertragen. Hier kommt noch einiges auf uns zu.

4. OLG Brandenburg Urt. v. 28.3.2013 – 12 U 96/12 – (Innenverhältnis zwischen planendem und bauaufsichtsführendem Architekten)

Es ist Aufgabe des bauaufsichtsführenden Architekten, für eine mangelfreie Realisierung des Bauvorhabens zu sorgen. Hierzu gehört die Überprüfung der Pläne dahingehend, ob auf ihrer Grundlage eine mangelfreie Errichtung des Bauwerks möglich ist. Bei der Umsetzung der Planung hat der bauaufsichts-

führende Architekt die Übereinstimmung der Pläne mit den technischen und sonstigen Vorschriften zu prüfen.

Im Innenverhältnis ist deshalb der bauaufsichtsführende Architekt gegenüber dem Planer zum Schadensausgleich verpflichtet.

Die Entscheidung betrifft das Innenverhältnis zwischen dem planenden und dem bauaufsichtsführenden Architekten. Ob die völlige Freistellung des fehlerhaft planenden Architekten im Innenverhältnis wirklich richtig ist, erscheint mir aber zweifelhaft.

5. OLG Düsseldorf Urt. v. 25.10.2012 – I-5 U 162/11 – (Verhältnis Fachplaner – Objektplaner)

Im Rahmen der Ausführungsplanung ist ein stetiger Austausch zwischen Objektplaner und Fachplaner erforderlich.

Der Fachplaner hat als Spezialist die fachspezifischen Gefahren der von ihm geplanten Einrichtungen abzuschätzen und ihnen durch gezielte Maßnahmen entgegen zu wirken. Hierzu hat er die Ausführungspläne des Architekten kritisch im Hinblick auf seine fachspezifischen Anforderungen zu bewerten und darauf zu achten, dass diese Anforderungen berücksichtigt werden. Der Objektplaner hat seinerseits die Fachleistungen zu koordinieren und in seine Planung zu integrieren.

Fachplaner und Objektplaner haften für Planungsfehler als Gesamtschuldner, weil ihr Zusammenwirken notwendig ist, um die Grundlage für die Ausführung des Bauwerks zu schaffen.

II. Sonderfall: Baukostenüberschreitung

Auch hier gibt es eine Reihe neuer Entscheidungen:

1. OLG Düsseldorf Urt. v. 23.10.2012 – I-21 U 155/11 –

Die Regelung in einem Architektenvertrag, nach der der Architekt das Baukostenbudget des Bauherrn zu beachten und die kalkulierten Kosten unbedingt einzuhalten hat, stellt keine Baukostengarantie dar.

Gelingt es dem Architekten nicht, das Baukostenbudget einzuhalten, haftet er nur, wenn ihm eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist. Das ist grundsätzlich dann nicht der Fall, wenn die Nichteinhaltung des Budgets auf Sonder- oder Änderungswünsche des Bauherrn zurückzuführen ist.

Jedoch ist der Architekt unter Umständen gehalten, bei verteuernenden Sonder- und Änderungswünschen über anfallende Mehrkosten und die Überschreitung der bisherigen Kostenermittlung aufzuklären. Das ist allerdings dann nicht der Fall, wenn der Bauherr Qualitätsverbesserungen gegenüber dem bisherigen Ausbauzustand wünscht.

2. BGH Beschl. v. 7.2.2013 – VII ZR 3/12 –

Ein Schadensersatzanspruch gegen den Architekten wegen Verletzung seiner Vertragspflichten kommt in Betracht, wenn er den Auftraggeber unzutreffend über die voraussichtlichen Baukosten berät.

In dieser Entscheidung geht es ebenfalls um die Frage, ob die später angefallenen Mehrkosten von vornherein zu berücksichtigen waren, oder ob sie durch Maßnahmen veranlasst worden sind, die erst später von dem Auftraggeber getroffen worden sind. Die Instanzgerichte hatten insoweit nicht unterschieden. Der BGH hat die Sache daher zurückverwiesen.

3. BGH Urt. v. 21.3.2013 – VII ZR 230/11 –

Der Architekt verletzt regelmäßig seine Vertragspflichten, wenn er ohne verlässliche Kenntnis von den wirtschaftlichen Möglichkeiten des privaten Auftraggebers die Planung eines Wohnhauses vornimmt.

Die vom Auftraggeber im Rahmen der Grundlagenermittlung dem Architekten gegenüber zum Ausdruck gebrachten Kostenvorstellungen sind in dem Sinne verbindlich, dass sie vorbehaltlich einer Änderung den Planungsrahmen bestimmen und jedenfalls dann regelmäßig zum Vertragsinhalt werden, wenn der Architekt ihnen nicht widerspricht.

Diese Kostenvorstellungen sind auch dann beachtlich, wenn sie nicht eine genaue Bausummenobergrenze enthalten, sondern nur Angaben zur ungefähren Bausumme, mit denen ein Kostenrahmen abgesteckt wird.

Der BGH stellt hier hohe Anforderungen. Der Architekt muss danach bei einem privaten Bauherrn schon im Rahmen der Grundlagenermittlung den wirtschaftlichen Rahmen abstecken und ggf. zu diesem Zweck auch die Kostenvorstellungen des Bauherrn von sich aus erfragen. Er ist zu einer „gründlichen Aufklärung“ über die Baukosten verpflichtet.