

## Privates Baurecht

gleichwohl festgestellt werden. Das entspricht nicht nur dem Vorgehen bei den Müllbeseitigungskosten, sondern z.B. auch bei der Beurteilung der Umlegung von Kosten der Ungezieferbeseitigung nach § 2 Nr. 9 BetrKV.<sup>19</sup> Die Fassung des § 2 Nr. 8 BetrKV steht deshalb den vorstehend gefundenen Ergebnissen nicht entgegen.

die Kosten einer vom Vermieter angebotenen regelmäßigen Sperrmüllentsorgung. Die Einzelabfuhr von Sperrmüll eines Mieters hat dieser selbst zu bezahlen. Die Beseitigung rechtswidrig abgestellten Sperrmülls obliegt dem Vermieter. Dieser hat nur Schadensersatzansprüche.

## V. Fazit

Umlegbar sind die Kosten einer vom Müllentsorger regelmäßig durchgeführten Abfuhr, deren Kosten bereits in den Müllgebühren enthalten sind. Umlegbar sind ferner

<sup>19</sup> Schmid, s. Fn. 2, Rz. 5214; Langenberg, s. Fn. 2, § 556 Rz. 153 je m.w.N.

## PRIVATES BAURECHT

## Aktuelle Entwicklungen im Bauvertragsrecht

RA Prof. Dr. Günter Schmeel

*Der Schwerpunkt der Rechtsprechungsübersicht liegt u.a. bei folgenden Themen: Mängelhaftung und Forderungssicherung. Der Beitrag knüpft an die Übersicht in MDR 2010, 248 an.*

## 1. Mangelinstandspflicht

## a) Verstoß gegen die Allgemein anerkannten Regeln der Technik

*Wer normgemäß baut, hat die Vermutung mangelfreier Leistung für sich; wer sie nicht einhält, gegen den streitet umgekehrt die Vermutung mangelhafter Leistung. Gleichwohl kann diese Vermutung stets widerlegt werden, hier in einem instruktiven Fall der mangelfreien Errichtung eines Gebäudes trotz Nichteinhaltens der DIN 18195 Teil 6 (Abdichtung gegen drückendes Wasser, weil das Wasser nicht drückt).*

OLG Brandenburg v. 18.6.2009 – 12 U 164/08, NJW-RR 2009, 1468

## b) Hersteller-Richtlinien

Nicht jeder Verstoß gegen die Hersteller-Richtlinien ist ein Mangel. Das gilt insbesondere dort, wo die Richtlinien nur eine ordnungsgemäße Ausführung sicherstellen wollen, diese aber tatsächlich auch eingehalten ist (hier: Ebenheit eines Fassadenanstriches ohne Einhaltung der empfohlenen Stärke). *Insoweit gilt nichts anderes als bei DIN-Normen: Die Nichteinhaltung bietet zwar eine Vermutung für eine mangelhafte Leistung, diese kann der AN aber widerlegen. Und das ist auch durchaus möglich.*

OLG Jena v. 27.7.2006 – 1 U 897/04 (rechtskräftig durch BGH v. 13.11.2008 – VII ZR 173/06, BauR 2009, 669)

## c) Gebrauchsmangel

Wenn die Wartung von Bauteilen (hier: Öffnung schwerer Deckenplatten) aufwendig, kompliziert und eine Einsicht in die Bauteile erfolgen muss, kann ein Mangel vorliegen, der sich als Abweichung von der zu erwartenden Eignung und Gebrauchstauglichkeit erweist.

OLG Frankfurt v. 8.2.2008 – 5 U 151/06 (rechtskräftig durch BGH v. 13.11.2008 – VII ZR 50/08, BauR 2009, 656)

## d) Mangel und Schaden

Steht ein Mangel (etwa: undichte Quetschverschraubung) fest und lässt sich das Schadensbild (Schimmelpilz in angrenzenden Bauteilen) mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hierauf zurückführen, hat der AG den ihm nach Abnahme obliegenden Beweis erbracht.

OLG Schleswig v. 7.12.2007 – 4 U 51/07 (rechtskräftig durch BGH v. 14.8.2008 – VII ZR 224/07, BauR 2009, 827)

## e) Mangel: Wesentlichkeit

Der Begriff „wesentlich“ hat eine objektive und eine subjektive Komponente.

1. Das objektive Merkmal ist die allgemeine Verkehrsauffassung, d.h. die Auffassung unbeteiligter Dritter darüber, ob der vorliegende Mangel unter Zugrundelegung des Vertragszwecks als empfindlich und deswegen als beachtlich anzusehen ist.

2. Bei der subjektiven Seite ist das spezielle Interesse des Auftraggebers an der vertragsgerechten Leistung in Betracht zu ziehen. Das besondere Interesse des Auftraggebers ist nach Treu und Glauben allerdings nur dann zu Lasten des Auftragnehmers zu berücksichtigen, wenn es dem Auftragnehmer bekannt war oder hätte bekannt sein müssen.

Ist weder das eine noch das andere feststellbar, bleibt der Auftraggeber auf einen Minderungsanspruch beschränkt.

OLG Düsseldorf v. 18.12.2007 – I-23 U 164/05 (rechtskräftig durch BGH v. 9.10.2008 – VII ZR 13/08, BauR 2009, 1317)

Dies dient auch der Abgrenzung zu Bagatellmängeln. *Jede subjektive Komponente muss allerdings im Vertrag oder zumindest in den Vertragsverhandlungen ihren Niederschlag gefunden haben.*

OLG Stuttgart v. 26.6.2009 – 19 U 186/07, BauR 2009, 990

## f) Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Die „ernsthafte und endgültige Verweigerung“ der geschuldeten Beseitigung von Mängeln setzt keine Fristsetzung voraus. Die „Verweigerungshaltung“ muss aber

## Privates Baurecht

vorher zutage getreten sein, nicht danach. Insbesondere ist das Verhalten im Prozess regelmäßig kein ausreichendes Indiz dafür, dass der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung „verweigert“ habe.

BGH v. 20.1.2009 – X ZR 45/07, MDR 2009, 675 = ZfBR 2009, 445

### g) Zuvielforderung

Lehnt der Auftraggeber eine angebotene Nacherfüllung ab und verlangt er – wie sich herausstellt zu Unrecht – eine aufwendigere Sanierung/Neuherstellung, so ist der Auftragnehmer nicht in Verzug mit seiner Nacherfüllungspflicht geraten.

OLG Celle v. 2.10.2008 – 6 U 77/08, BauR 2009, 1757

### h) Aufforderung zur Mängelbeseitigung bei mangelhaftem Vorgewerk

Die Aufforderung zur Mängelbeseitigung bei mangelhaftem Vorgewerk muss auch das Anerbieten enthalten, den Mangel des Vorgewerks bauseits zu beseitigen, wenn ohne dies eine ordnungsgemäße Mängelbeseitigung nicht erfolgen kann.

OLG Hamm v. 9.7.2009 – 21 U 46/09, NJW-RR 2009, 1531

### i) Ersatzvornahme: Kooperationspflicht des AG

In einer fehlenden oder unzureichenden Dokumentation der durch Ersatzvornahme beseitigten angeblichen Mängel kann eine Beweisvereitelung liegen, wenn das Vorliegen von Mängeln erst im Laufe der Mängelbeseitigungsarbeiten überprüft werden kann und der Auftraggeber dem Auftragnehmer keine dahingehenden Feststellungen ermöglicht. Beruht die Beweisvereitelung auf einer Verletzung der Kooperationspflicht des Auftraggebers, kann hieraus eine Umkehr der Beweislast für das Vorliegen der Mängel zu seinen Lasten erfolgen. Das gilt insbesondere dort, wo der AN ausdrücklich verlangt hat, zur Bauteilöffnung hinzugezogen zu werden.

BGH v. 23.10.2008 – VII ZR 64/07, MDR 2009, 80 = ZfBR 2009, 143

### j) Schadensminderung und Mangleinstandspflicht

Eine bauliche Maßnahme des Auftraggebers, die die nachteiligen Folgen eines Baumangels ausgleicht, lässt den Mängelbeseitigungsanspruch grundsätzlich nicht entfallen (hier: falsches Estrichniveau). Der Auftragnehmer bleibt vielmehr zur Mängelbeseitigung verpflichtet. *Das gilt jedenfalls dann, wenn der Auftraggeber stets zu erkennen gegeben hat, dass er auf die Mängelbeseitigung nicht verzichtet.*

BGH v. 7.5.2009 – VII ZR 15/08, MDR 2009, 862 = NZBau 2009, 507

### k) Unverhältnismäßigkeit

Ein unverhältnismäßiger Aufwand ist anzunehmen, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht. Hat der AG objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages, kann der AN regelmäßig die Nachbesserung wegen

hoher Kosten der Mängelbeseitigung nicht verweigern. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäßer Vertragserfüllung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt. Von Bedeutung ist auch, ob und in welchem Ausmaß der AN den Mangel verschuldet hat. Aber: Allein der Umstand, dass er AN den Mangel vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat, rechtfertigt in einer solchen Gesamtabwägung nicht, dem AN diesen Einwand zu verweigern.

BGH v. 16.4.2009 – VII ZR 177/07, MDR 2009, 798 = NJW 2009, 2123

### l) „Neu für Alt“

Die Darlegungs- und Beweislast für einen Abzug „Neu für Alt“ liegt nicht beim Schädiger. Der Geschädigte muss darlegen und beweisen, dass ein derartiger Abzug zu unterbleiben hat. Musste der Auftraggeber eines Werksvertrags sich jahrelang mit einer fehlerhaften Leistung begnügen, ist kein Abzug vorzunehmen. *Das ist so pauschal nicht richtig. Es gibt Mängel, die keinen direkten Einfluss auf die Gebrauchsmöglichkeit haben. Zwischen Mangel und Schaden ist streng zu trennen. Korrekt wäre es, die konkrete Gebrauchsminderung – zu der auch ein rein optischer Mangel zu zählen, aber eben auch zu gewichten wäre – mit dem technischen Abzug neu für alt, also schlicht die längere Lebensdauer, zu saldieren. Vor der anspruchsvolleren Berechnungsweise schreckt aber die Rechtsprechung offenbar zurück.*

OLG Koblenz v. 8.1.2009 – 5 U 1597/07, NZBau 2009, 654 = NJW-RR 2009, 1318

### m) Projektsteuerungsvertrag: Mängel

Macht der Auftraggeber Unzulänglichkeiten der Vertragsleistung des Projektsteuerers geltend, muss er konkret darlegen, welche Einzelleistungen mit Mängeln behaftet sind. In Bezug auf nicht erbrachte Leistungsteile (sog. Mankohaftung) hat der Auftraggeber dabei zusätzlich vorzutragen, dass es sich um wesentliche Leistungen handelt oder sich durch Weglassen einzelner Leistungen die Tätigkeit insgesamt als mangelhaft erweist. Lassen sich aufgrund des Baufortschritts Mängel der Qualitäts-, Termin- und Kostensteuerung sowie des Vertragsmanagements nachträglich nicht mehr beheben, so entfallen Nacherfüllungsansprüche wegen „zeitlicher Überholung“ mit der Folge, dass dem Auftraggeber in diesen Fällen gegebenenfalls Ansprüche auf Minderung, Schadensersatz und Rücktritt zustehen können. *Auch das lässt sich nicht generell bejahen. Vom Dogma der nicht nachholbaren Planungsleistung darf man sich nicht blenden lassen. Es kommt konkret darauf an, ob eine Leistung nachholbar ist. Auch darf sich der AG nicht „Unterwegsleistungen“, auf die er erkennbar keinen Wert gelegt hat, nachträglich vergolden lassen.*

OLG Naumburg v. 14.3.2008 – 10 U 64/07, NZBau 2009, 318

### n) Optischer Mangel

Ein geringfügiger, rein optischer Mangel kann regelmäßig nicht zur Neuherstellung verpflichten (hier: vertragswidriger Einbau eines nur mit Anstrengungen als vom Bestand abweichend erkennbarer Verblend). Stattdessen sind die Kosten der Nacharbeit (Anstrich) zu tragen. Für künftig anfallende Nacharbeiten gibt es – nur –

## Privates Baurecht

den Feststellungsanspruch. *Das kann für den Bauherrn ein teurer Prozess werden, s. die dortigen Zahlen.*

OLG Celle v. 11.10.2007 – 6 U 40/07 (rechtskräftig durch BGH v. 10.7.2008 – VII ZR 199/07, BauR 2009, 111)

#### o) Minderung: Bewertungskriterien

Maßgeblich für rein optische Mängel – hier: unregelmäßig verlegte Fliesen aus zwei Bränden – ist der „*außenstehende Betrachter, der nicht ausdrücklich auf die Mängel hingewiesen wird.*“ Bei Wohnbaumängeln ist sodann zu unterscheiden und zu gewichten nach

- a) Vorzeigebereich
- b) Normalbereich
- c) nachgeordneter Bereich

sowie nach der Art der Ausführung (*Preis?*)

OLG Düsseldorf v. 18.12.2007 – I-23 U 164/05 (rechtskräftig durch BGH v. 9.10.2008 – VII ZR 13/08, BauR 2009, 1317)

#### p) Falscher Sanierungsrat

Empfiehlt eine Fachfirma eine ungeeignete Sanierungsweise (typisch: Kellerfeuchte), kann der Auftraggeber die gezahlte Vergütung zurückfordern, selbst wenn die handwerkliche Ausführung der Leistung nicht zu beanstanden wäre. Das gilt gleichermaßen für den Architekten.

OLG Celle v. 10.5.2009 – 14 U 22/09, MDR 2009, 1336 = BauR 2009, 1442

#### q) Großer Schadensersatzanspruch

Ist ein Haus unbewohnbar (*was sorgfältig geprüft werden muss und nicht wie in der Entscheidung unkritisch nicht einmal erwähnt*), so kann der AG auch hypothetische Umzugskosten und Kosten der Anmietung einer Ersatzbleibe ersetzt verlangen.

OLG Schleswig v. 7.12.2007 – 4 U 51/07 (rechtskräftig durch BGH v. 14.8.2008 – VII ZR 224/07, BauR 2009, 827)

#### r) Pauschaler Schadensersatz als erstattungspflichtiger Schaden

Ist eine Seite zum Schadensersatz verpflichtet, kann darunter auch eine Schadenspauschale des Geschädigten gegenüber Dritten (Auftragnehmern pp.) fallen. Voraussetzung ist, dass diese Pauschale sachgerecht und auch der Höhe nach nachvollziehbar ist und nicht sachwidrige Gesichtspunkte eingeflossen sein können.

BGH v. 22.1.2009 – III ZR 197/08, MDR 2009, 506 f. = NZBau 2009, 310 = BauR 2009, 966

#### s) Umsatzsteuer

Umsatzsteuer kann nur auf tatsächlich angefallene Leistung/Zahlung geltend gemacht werden. Ansonsten ist ein Feststellungsurteil geboten, auf das auch ohne ausdrücklichen Antrag erkannt werden kann.

KG v. 29.4.2008 – 7 U 108/07, BauR 2009, 107

#### t) Überbau

Ein Überbau muss in keinem Falle geduldet werden, wenn er unter Verletzung der Regeln der Baukunst errichtet ist. Die damit über den eigentlichen Überbau hinausgehende Eigentumsverletzung/-gefährdung ist in keinem Falle hinzunehmen.

BGH v. 19.9.2008 – V ZR 152/07, MDR 2009, 24 = NJW-RR 2009, 24

#### u) Arglistiges Verschweigen von Feuchtigkeit nach verdeckender Sanierung

Zwar müssen Kaufinteressenten bei älteren Gebäuden mit einem gewissen Maß an Feuchtigkeit rechnen, nicht aber mit einer extremen Durchfeuchtung der Kellerwände. Dies gilt erst recht dann, wenn die Kellerwände aufgrund kurz zuvor erfolgter Renovierungsarbeiten einen äußerlich trockenen Eindruck vermitteln und der Verkäufer die Durchführung der Renovierung und deren Anlass dem Kaufinteressenten trotz entsprechendem Wissensvorsprung nicht mitteilt.

OLG Saarbrücken v. 5.8.2008 – 4 U 90/08, NJW-RR 2009, 66

#### v) Arglistig verschwiegener Mangel

Wird statt einer geschuldeten Weißen Wanne eine Schwarze Wanne mit Drainage pp. ausgeführt, liegt ein Mangel wegen Fehlens der vereinbarten Beschaffenheit vor. Teilt der Bauträger diese Änderung den Erwerbern nicht mit, liegt ein arglistig verschwiegener Mangel vor. Die dreißigjährige Verjährung ist zum 1.1.2002 in eine dreijährige, aber mit subjektiver Kenntnis verbundene Verjährung nach neuem Recht umgewandelt.

OLG Celle v. 26.3.2008 – 7 U 89/07 (NZB zurückgewiesen BGH 27.11.2008 – VII ZR 92/08 BauR 2009, 667)

#### w) Rücktritt wegen Mängeln

Für die Frage der Erheblichkeit einer Pflichtverletzung sind Anhaltspunkte

- Kostenaufwand zwischen 10 % und 20 % des Gesamtaufwandes, allerdings nicht als starre Grenze
- Auswirkungen der Pflichtverletzung auf die geschuldete Leistung und deren Beeinträchtigung
- Anzahl der Mängel (?)
- Mängelbeseitigungsverhalten des AN.

*Wesentlich dürften die Auswirkungen des Mangels/der Mängel auf den Leistungserfolg sein. Die Anzahl der Mängel kann nicht maßgeblich sein, zumal wenn es sich um „viele klitzekleine Mängel“ handelt. Auch die Wertgrenze ist schwankend, zumal das Gericht hier unter 10 % geblieben ist.*

OLG Karlsruhe v. 13.11.2008 – 9 U 150/08, NJW-RR 2009, 741

## 2. Verantwortlichkeit Mehrerer

#### a) „Mitverschulden“

Ein Mitverschulden des Auftraggebers gem. § 254 BGB ggü. der Architektenhaftung kann nicht daraus hergeleitet werden, dass er mit der Mängelbeseitigung abgewartet hat, bis durch das Gutachten eines Sachverständigen

## Privates Baurecht

die Ungewissheit über Art, Umfang und Ursache der Mängel sowie die Art und Weise der Mängelbeseitigung ausgeräumt ist.

OLG Düsseldorf v. 8.2.2008 – I-23 U 58/07, rechtskräftig

### b) Drittmangel

Der Auftragnehmer ist auch für einen optischen Mangel verantwortlich, der nur wegen eines mangelhaften Vorgewerks entstanden ist (hier: fehlende Flucht einer Pfosten-Riegel-Fassade), wenn der Auftragnehmer auf den Mangel hätte hinweisen müssen.

OLG Hamm v. 9.7.2009 – 21 U 46/09, NJW-RR 2009, 1531

### c) Mängelhaftung bei mehreren Beteiligten

Kann ein Baumangel durch mehrere Baubeteiligte verursacht worden sein und steht fest, dass der AN eine mangelhafte Bauleistung abgeliefert hat (hier: Undichtigkeit), muss der in Anspruch genommene Schädiger beweisen, dass er den Mangel nicht verursacht hat. Mehrere Mangelverursacher haften auch im Bauvertragsrecht gem. § 830 Abs. I Satz 2 BGB jeder für sich, wenn nicht geklärt werden kann, wer den Schaden verursacht hat. Auch wegen eines möglichen Mitverschuldens bedarf es nicht der Aufklärung möglicher weiterer Ursachen, weil die für diese verantwortlichen anderen Unternehmer im Verhältnis zum Nachunternehmer nicht Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers wären, ihr Verschulden dem Auftraggeber daher nicht zugerechnet würde. Vielmehr würde eine gesamtschuldnerische Haftung bestehen.

OLG Hamm v. 23.10.2008 – 21 U 62/08, MDR 2009, 138 = BauR 2009, 510

### d) Gesamtschuldner

Ist sowohl die Leistung des Vor- als auch die des Nachunternehmers mangelhaft und lassen sich die mangelhaften Leistungen nur in einem Sanierungsgang vertragsgerecht herstellen, so haften beide Auftragnehmer als Gesamtschuldner und ist die Kostenzuordnung Sache ihres Innenverhältnisses.

OLG Stuttgart v. 26.6.2009 – 19 U 186/07, BauR 2009, 990

### e) Mängel des Vorgewerks

Die Prüfpflicht des AN kann sich selbst auf die Statik des Vorgewerks erstrecken, wenn

- sie für sein Werk von Bedeutung ist (hier: 3to-Hängedor)
- sich aufdrängt, dass mit der Konstruktion des Vorgewerks etwas sorglos umgegangen wurde.

Planungs- und Ausführungsfehler des Vorgewerks muss sich der AG jedoch – hier je zu 1/3 – anrechnen lassen. *Die Entscheidung darf nicht dazu (ver-)führen, die Prüfpflicht weiter auszufern zu lassen. Es müssen schon deutliche Anhaltspunkte dafür vorhanden sein, dass hier nicht alles „mit rechten Dingen“ zugegangen ist. Offen bleibt auch, wie weit die Prüfpflicht geht oder ob es sich nicht nur um eine reine Erkundigungspflicht handelt – was richtig wäre. Der AN hatte sich jedoch „um nichts gekümmert“.*

OLG Rostock v. 11.6.2009 – 3 U 213/08, NJW-RR 2009, 1674

### f) Mithaftung des Auftraggebers bei Planungsfehler

Der bauüberwachende Architekt/Ingenieur ist zu Prüfung der Planung in dem ihm möglichen Rahmen verpflichtet. Eine Pflichtverletzung führt (nur) zur (Mit-)Haftung; der Auftraggeber muss sich das Verschulden des Planers zurechnen lassen. Das führt regelmäßig zu einem überwiegenden Verschuldensanteil des Planers. Er hat die Ursache gesetzt, der Bauüberwacher nur den Fehler nicht erkannt.

OLG Frankfurt v. 13.3.2009 – 10 U 133/08, NZBau 2009, 599 = NJW-RR 2009, 1244

Entsprechendes gilt im Verhältnis zwischen Auftraggeber und ausführendem Unternehmen, der eine falsche Ausführungsplanung auf unzutreffenden und nicht als solchen erkannten Vorgaben des Planers durchführt. Eine hälftige Teilung ist regelmäßig angemessen.

KG v. 14.4.2009 – 21 U 10/07, NJW-RR 2009, 1180

### g) Haftungsverbund Architekt/Sonderfachmann/Werkunternehmer

Bei der – insbesondere vom Architekten geforderten – Einschaltung von Sonderfachleuten, weil der Generalarchitekt diese Spezialgebiete nicht beherrscht, kann die Planungshaftung allein den Sonderfachmann treffen. Neben ihm ist das Fachunternehmen haftbar. Der Architekt haftet in einem solchen Falle nicht.

OLG Braunschweig v. 11.12.2008 – 8 U 102/07, NZBau 2009, 393 LS

### h) Abgrenzung von Architekten- und Statiker-Verantwortlichkeit

Eine Haftung des Architekten wegen Planungs- oder Bauüberwachungsfehlern kommt nicht in Betracht, wenn der Mangel (hier: Unterdimensionierung der Bewehrung der Bodenplatte für die Tiefgarage) auf der fehlerhaften Berechnung des Statikers beruht und nicht auf unvollständigen oder fehlerhaften Vorgaben des Architekten. Der Architekt ist auch nicht verpflichtet, die statische Berechnung zu überprüfen und dazu die geltenden Rechenwerte für die Rissbreitenbeschränkung heranzuziehen oder eine Begutachtung zu veranlassen, solange keine konkreten Anhaltspunkte für fehlerhafte Berechnungen vorliegen. Auch schadensursächliche Fehler der Bauüberwachung liegen nicht vor, wenn die Bewehrungsabnahme durch den Fachbauleiter erfolgte, die entsprechenden Protokolle vorlagen und keine konkreten Anhaltspunkte für eine teilweise nicht richtig liegende Bewehrung vorliegen.

OLG Stuttgart v. 13.12.2007 – 13 U 83/07 (rechtskräftig durch BGH v. 14.8.2008 – VII ZR 16/08, BauR 2009, 846)

### i) Entstehen und Verjährung des Ausgleichsanspruches nach § 426 BGB

Unabhängig von seiner konkreten Ausprägung als Mitwirkungs-, Befreiungs- oder Zahlungsanspruch entsteht und verjährt der Anspruch mit der Begründung der Gesamtschuld. Die den Beginn der Verjährung auslösende „Kenntnis der Umstände“ erfordert Kenntnis der Umstände,

- die einen Anspruch des Gläubigers gegen den Ausgleichsverpflichteten begründen,

## Privates Baurecht

- die einen Anspruch des Gläubigers gegen ihn selbst begründen,
- die das Gesamtschuldverhältnis begründen,
- die im Innenverhältnis eine Ausgleichspflicht begründen.

BGH v. 18.6.2009 – VII ZR 167/08, BauR 2009, 1458 = ZfBR 2009, 671

## j) „Baugrundrisiko“

Jedenfalls dann, wenn bei schwierigen Baugrundverhältnissen der AG vor der Ausschreibung kein Bodengutachten eingeholt hat, keine erforderlichen Wasserhaltungsmaßnahmen, keine ausreichenden Verbaumaßnahmen und keinen ausreichend tiefen Bodenaustausch ausgeschrieben hat und der AN ordnungsgemäß Bedenken angemeldet (und sogar ein Gutachten eingeholt) hat, trägt der AG das „Baugrundrisiko“. Insofern wird es den Regeln zu beigestelltem Material gleichgestellt. *Eine schematische Zuordnung des „Baugrundrisikos“ in die „Risikosphäre“ des Bauherrn/Auftraggebers wird hier zu Recht vermieden.*

OLG Bamberg v. 24.6.2008 – 4 U 37/08, BauR 2009, 647

## 3. Zahlung

## a) Abschlagsforderung: „Ende“ der Durchsetzbarkeit

Eine an sich berechnete Abschlagsforderung kann nicht mehr als solche geltend gemacht werden, wenn die Bauleistung abgenommen und Schlussrechnung gestellt ist oder hätte in den (kurzen) Fristen des § 14 Nr. 3 VOB/B erstellt werden müssen. Eine „Fertigstellung“ i.S.d. § 14 Nr. 3 VOB/B liegt vor, wenn die vertraglichen Leistungen erbracht sind. Eine Abnahme indiziert die Fertigstellung, auch wenn noch Restleistungen fehlen. Umgekehrt indiziert das Fehlen wesentlicher Restleistungen, dass die Fertigstellung noch nicht erfolgt ist.

BGH v. 20.8.2009 – VII ZR 205/07, MDR 2009, 1271 = NZBau 2009, 707 = BauR 2009, 1724

## b) Abschlagsrechnung: Berechnungsart

Die Abschlagsforderung ist grundsätzlich aus der Differenz zwischen der Vergütung für die erbrachten, nachgewiesenen Leistungen und bereits geleisteten Zahlungen zu berechnen. Eine isolierte Durchsetzung der Vergütung für einzelne Positionen kommt nur in Betracht, wenn in deren Höhe ein positiver Saldo festgestellt werden kann.

BGH v. 20.8.2009 – VII ZR 205/07, MDR 2009, 1271 = NZBau 2009, 707 = BauR 2009, 1724

## c) Abschlagsforderung bei mangelbehafteter Leistung

Hat die abgerechnete Leistung nicht unerhebliche Mängel, muss nicht bezahlt werden. Hierbei geht es nicht um die Abnahme – *die logischerweise bei Abschlagsforderungen überhaupt nicht in Frage stehen kann*, sondern um den vom Werkunternehmer vor Abnahme erforderlichen Nachweis, dass der Forderung keine erheblichen Mängel entgegenstehen.

OLG Brandenburg v. 26.11.2008 – 4 U 58/08, NJW-RR 2009, 233 = NZBau 2009, 381

## d) Schlussrechnung

Eine Schlussrechnung muss nicht als solche gekennzeichnet sein; es reicht aus, wenn aus der Rechnung nach Inhalt und Aufbau erkennbar wird, dass der AN sein Bauvorhaben abschließend abrechnen wollte.

OLG Celle v. 19.11.2008 – 14 U 55/08 NZBau 2009, 127 (rechtskräftig)

## e) Stundenlohnabrechnung

Das Gegenzeichnen von Stundenlohnzetteln enthält ein deklaratorisches Anerkenntnis (nur) dafür, dass die Stunden abgearbeitet sind. Nicht anerkannt wird damit, dass

- *es sich um zusätzlich zu vergütende Leistungen handelt*
- *der Zeitaufwand angemessen ist (insoweit im Leitsatz falsch wiedergegeben).*

Der AG genügt seiner Darlegungslast beim Bestreiten der Angemessenheit, wenn er sich auf Sachverständigenbeweis beruft. Die Beweislast soll beim AG liegen. *Letzteres ist weiterhin streitig. Das OLG sieht § 280 Abs. 1 BGB als Grundlage des Einwands. Aber die Angemessenheit des Werklohns hat der AN zu beweisen, § 631 BGB.*

OLG Köln v. 16.9.2008 – 24 U 167/07, BauR 2009, 257

## f) Stundenlohnarbeiten: Nachweis

Ohne vertragliche höhere Anforderungen braucht der Auftragnehmer nur den tatsächlichen Aufwand für Zeit (und Material) darzutun. Eine Aufschlüsselung insbesondere danach, was wann gemacht ist, gehörte nicht dazu. Erst die sekundäre Beweislast zwingt den Auftragnehmer zur Spezifikation dann, wenn der Auftraggeber ohne Spezifikation die Wirtschaftlichkeit der Arbeitsweise des Auftragnehmers nicht nachprüfen kann. *Der Auftraggeber kommt also auch bei kleineren Aufträgen nicht mehr darum herum, genaue Nachweisspezifikationen zu vereinbaren. Im Prozess kann er – nur – damit gehört werden, der Auftragnehmer habe zu hohen, unwirtschaftlichen Aufwand getrieben und deshalb müssten die Angaben überprüft werden.*

BGH v. 28.5.2009 – VII ZR 74/06, MDR 2009, 922 = ZfBR 2009, 666

## g) § 14 Nr. 4 VOB/B: Anforderungen

Der Auftraggeber eines insolvent gewordenen Bauunternehmens kann, wenn er wegen der Insolvenz den Bauvertrag gekündigt hat, eine von ihm gem. § 648a BGB gestellte Bürgschaft erst herausverlangen, wenn er dargelegt und bewiesen hat, dass dem Insolvenzschuldner kein Werklohnanspruch mehr zusteht. *Der Auftraggeber kann den säumigen Auftragnehmer*

a) *auf Erteilung der Schlussrechnung verklagen*

b) *diese auf Kosten des Auftragnehmers selbst erstellen.*

*Da der Regelfall des säumigen Auftragnehmers die bevorstehende oder eingetretene Insolvenz ist, macht beides nur Sinn, wenn noch „Geld übrig“ ist.* Erstellt der Auftraggeber die Rechnung selbst, muss er sich vollen Umfangs an die hierfür geltenden Regeln der Rechnungsstellung halten. Das gilt insbesondere für den vorzeitig beendeten/gekündigten Pauschalvertrag.

OLG Frankfurt v. 10.2.2009 – 3 U 247/07, NZBau 2009, 719 = NJW-RR 2009, 1676

## Privates Baurecht

### h) Zurückbehaltungsrecht

Mängelansprüche aus einem Liefer- und Montagevertrag (hier: Fenster) berechtigen nicht zur Zurückbehaltung gegen reine Kaufpreisansprüche des Fensterlieferanten aus anderen Bauvorhaben. Auch eine ständige Geschäftsbeziehung reicht hierzu nicht aus.

OLG München v. 16.1.2008 – 27 U 468/07, BauR 2009, 259 (rechtskräftig)

### i) Zahlung als Anerkenntnis

Die vorbehaltlose Bezahlung einer Rechnung rechtfertigt für sich genommen weder die Annahme eines deklaratorischen noch eines „tatsächlichen“ Anerkenntnisses der beglichenen Forderung. Diese Entscheidung ist zwar zum Kaufrecht ergangen, dürfte aber die Frage nach der Abnahme durch Zahlung erschweren bzw. präzisieren. Nicht jede Zahlung bedeutet Abnahme.

BGH v. 11.11.2008 – VIII ZR 265/07, MDR 2009, 192 = NJW 2009, 580

## 4. Sicherung der Leistung

### a) Vertragsstrafe: Herabsetzung

Auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr kann eine Anpassung der Vertragsstrafe dann erfolgen, wenn der eingeforderte und nominell „verwirkte“ Betrag in einem außerordentlichen Missverhältnis zu Schwere und Tragweite des Verstoßes steht. Sie ist dann auf ein Maß zu reduzieren, das ein Eingreifen des Gerichts nicht rechtfertigen würde.

BGH v. 17.7.2008 – I ZR 168/05, MDR 2009, 251 = BauR 2009, 501

### b) Bauhandwerkersicherungshypothek: Ersatzbefugnis durch Bankbürgschaft

Bei Stellung einer selbstschuldnerischen Bankbürgschaft bestehen keine Bedenken gegen einen Sicherheiten austausch. Nach Sachlage dürfte eine Bankbürgschaft sogar, objektiv betrachtet, der Verfügungsklägerin im „Ernstfall“ ein weitaus höheres Maß an Sicherheit gewähren als die Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek.

KG v. 29.7.2008 – 7 U 230/07, MDR 2009, 139

### c) § 648 für Architekten

(Auch) der Architekt kann die Sicherung erst verlangen, wenn mit den Bauarbeiten begonnen ist. Bloße Vorbereitungshandlungen, wie das Räumen des Baugrundstücks, gehören nicht dazu.

OLG Hamburg v. 18.3.2009 – 14 W 24/09, BauR 2009, 1452

### d) Sicherungsverlangen: Zurückbehalten eigener Leistungspflichten

Jedenfalls nach Abnahme und auch im VOB-Vertrag ist der Auftragnehmer berechtigt, bei überfälliger Siche-

rungsleistung seine eigene Leistung – Mängelbeseitigung – zurückzubehalten. Allerdings muss der Auftragnehmer auch bereit und in der Lage, diese zu erbringen. Hat er sie „ernsthaft & endgültig“ verweigert, entfällt das Zurückbehaltungsrecht.

BGH v. 16.4.2009 – VII ZR 9/08, MDR 2009, 797 f. = BauR 2009, 1152 = NZBau 2009, 439

### e) § 648a: Treuwidriges Verlangen?

Das Sicherungsverlangen des Unternehmers nach § 648a BGB ist bei Streit über Mängel der Werkleistung erst dann verwerflich, wenn er damit berechnete Ansprüche des Bestellers abwehren will, und das Sicherungsverlangen nur als Vehikel dazu verwendet. *Das ist kaum handhabbar. Zum einen lässt sich ein treuwidriges (§ 242 BGB) Verlangen wohl kaum einmal mit der notwendigen Sicherheit nachweisen. Zum anderen kann die Sicherheit „zu jeder Tages- und Nachtzeit“ verlangt werden und begehrt der AG daher selbst eine Vertragsverletzung, wenn er nicht leistet (unclean hands).*

OLG Hamm v. 25.11.2008 – I-19 U 89/08, BauR 2009, 833

### f) § 648a: Nachfrist

Die Nachfrist zur Herbeiführung der Wirkungen des § 643 Satz 2 BGB kann gleichzeitig mit der Frist zur Leistung der Sicherheit gem. § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB gesetzt werden. *Das ist fraglich. Eine Nachfrist hat den Zweck einer zweiten (und letzten) Chance. Dieser verpufft völlig, wenn sie schon mit der ersten Aufforderung ausgesprochen werden kann.*

OLG Hamm v. 25.11.2008 – I-19 U 89/08, BauR 2009, 833

### g) § 648a BGB: Abwicklung über Anderkonto

*In der Praxis beliebt ist die Einzahlung der Sicherung auf Anderkonto. Dabei ist zu beachten:*

1. Es gehört zu den Amtspflichten des Notars, darauf zu achten, dass der die Auszahlung auslösende hierfür Benannte nicht „im Lager“ einer Partei steht, sofern die andere Partei schutzbedürftig ist (hier: Eigenheimer).

BGH v. 10.7.2008 – III ZR 292/07, MDR 2008, 1211 ff. = NJW-RR 2009, 199

2. Der Anwalt, bei dem das Anderkonto geführt wird, hat darauf zu achten, dass der „Auslöser“ nicht im Lager der gegnerischen Partei steht (Parteierrat).

AnwG Hamburg v. 16.10.2008 – II AnwG 21/07, BRAK 2008, 278 = AnwBl. 2009, 143

### h) Bürgschaft: zu sichernde Forderung

*Grundsätzlich, da streng akzessorisch, deckt die Bürgschaft nur den Leistungsumfang des Vertrages zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages. Nachträgliche Erweiterungen werden also nicht erfasst. Anders soll es sein, wenn der Vertrag Vergütungsregelungen für geänderte oder zusätzliche Leistungen enthält. Dazu sollen auch Leistungsänderungen und Zusatzleistungen nach § 1 Nr. 3 und Nr. 4 Satz 1 VOB/B gehören. Da es solche Regelungen in jedem, jedenfalls jedem seriös abge-*

## Privates Baurecht

fassten Vertrag gibt, bedeutet dies eine kräftige, für den Bürgen aber nicht mehr kalkulierbare Ausweitung der Bürgenhaftung und ist zumindest ökonomisch bedenklich – restriktivere Bürgschaftsvergabe.

OLG Schleswig v. 21.2.2008 – 5 U 122/05 (rechtskräftig durch BGH v. 23.10.2008 – VII ZR 76/08, BauR 2009, 836)

#### i) Mangelbürgschaft für Protokollmängel

Grundsätzlich zweifelhaft ist, ob eine Mangelbürgschaft (früher: Gewährleistungsbürgschaft) nach Sinn und Zweck auch Mängel erfassen soll, die vor Abnahme bereits erkannt und im Protokoll erfasst sind, sog. Protokollmängel. Das ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn auch die Erfüllungsmängel abgesichert sind (Ausführungsbürgschaften oder Einbehalte). *Auf die Protokollmängel, insbesondere im Hinblick auf die sog. Symptomtheorie, ist also besonders genau zu achten. Das gilt insbesondere dort, wo die Protokollmängel abgearbeitet sind.*

OLG München v. 18.11.2008 – 28 U 3572/08, BauR 2009, 994 = NJW-RR 2009, 670

#### j) Bürgschaft auf Erstes Anfordern

Im Verkehr der Banken untereinander, also namentlich bei einer Rückbürgschaft, kann ein auch formularmäßiges Verlangen einer Bürgschaft auf Erstes Anfordern wirksam sein. Eine Bank muss wissen, worauf sie sich damit einlässt.

KG v. 1.4.2008 – 14 U 211/07, BauR 2009, 674

#### k) Bürgschaftsklauseln

AGB-Klauseln, die verschiedene Einschränkungen der Einreden des Bürgen vorsehen, sind, soweit inhaltlich und sprachlich trennbar, gesondert zu betrachten. Es gilt also hier nicht der Grundsatz des Totalverlustes. Die Verpflichtung zum Stellen einer Bürgschaft bleibt mit den „zulässigen“ Einschränkungen bestehen.

BGH v. 12.2.2009 – VII ZR 39/08, MDR 2009, 500 = BauR 2009, 809

#### l) „Herausgabe“ der Bürgschaft

Der AN hat gegen den AG einen Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaft an sich selbst und nicht nur an den Bürgen. *Damit ist ein alter unnützer Streit endlich zu Ende. Die Entscheidung muss auch außerhalb des § 17 Nr. 8 Satz 1 VOB/B gelten.*

BGH v. 9.10.2008 – VII ZR 227/07, MDR 2009, 21 = ZfBR 2009, 47 = NZBau 2009, 116

#### m) Herausgabe einer Bürgschaft nach Eintritt der Verjährung

Ist der Bürge selbst im Besitz der Bürgschaft, so kann der Gläubiger sie nach Eintritt der Verjährung des Bürgschaftsanspruches nicht mehr herausverlangen; ihm fehlt mangels Realisierungsmöglichkeit das Rechtsschutzinteresse. *Nur wird auch heute noch vielfach die Frage nicht*

*so einfach zu beantworten sein, ob tatsächlich Verjährung eingetreten ist.*

BGH v. 7.10.2008 – XI ZB 24/07, BauR 2009, 243

#### n) Bürgschaft: Verjährungsbeginn

Bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft beginnt die (dreijährige) Verjährung (Fälligkeit des Bürgschaftsanspruches) mit der Fälligkeit der Hauptschuld, nämlich dem Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme (Schadensersatz, Vorschuss, Minderung). Vertraglich können weitere Voraussetzungen (Zahlungsaufforderung, Anzeige der Nichterfüllung von Vertragspflichten des Hauptschuldners) aufgestellt werden.

OLG Frankfurt v. 11.12.2007 – 10 U 154/06 (rechtskräftig durch BGH v. 14.8.2008 – VII ZR 146/08, BauR 2009, 840)

#### o) Bürgschaft: Verjährung des Anspruchs

Grundsätzlich kann der Bürge die Einrede der Verjährung (auch) des zu sichernden Hauptanspruchs erheben – auch dann, wenn die Bürgenklage noch in unverjährter Zeit erhoben ist. Das gilt nur dann nicht, wenn die Bürgschaft festlegt, dass der Bürge auch für verjährte Forderungen einzustehen hat.

OLG Celle v. 12.7.2007 – 13 U 191/06 (rechtskräftig durch BGH v. 10.8.2008 – VII ZR 228/07, BauR 2009, 839)

#### p) Sicherungsverlangen: Adressat nach Abtretung

Das Sicherungsverlangen ist unverändert an den Auftraggeber zu richten, nicht an den Neugläubiger. Ein Verlangen an den Neugläubiger mag sinnvoll sein, juristisch erforderlich ist es nicht.

BGH v. 16.4.2009 – VII ZR 9/08, BauR 2009, 1152 = NZBau 2009, 439

#### q) § 16 Nr. 6 VOB/B

Direktzahlungen des Auftraggebers gem. § 16 Nr. 6 VOB/B an einen Nachunternehmer gewähren diesem eine inkongruente Deckung i.S.d. § 131 Abs. 1 InsO. *Damit ist diese Regelung nicht nur tot, sondern auch zu beerdigen.*

BGH v. 16.10.2008 – IX ZR 2/05, MDR 2009, 227 = NJW-RR 2009, 232

## 5. Verjährung

#### a) Reparatur- und Sanierungsversuche: Hemmung

Grundsätzlich hemmen Nacharbeiten als „Verhandlungen“ i.S.d. Verjährungsrechts den Ablauf der Verjährung. *Nur wenn sie sich auf wirtschaftlich/technisch abgrenzbare Anlagen pp. beschränken, kommt es zu einem „gespaltenen“ Verjährungslauf.*

OLG Oldenburg v. 12.2.2008 – 12 U 42/07, BauR 2009, 260 (rechtskräftig)

## Privates Baurecht

### b) Nacharbeit: Anerkenntnis?

Nicht jede noch so geringfügige Nacharbeit ist ein verjährungsunterbrechendes Anerkenntnis. Vielmehr ist erforderlich, dass der Schuldner ein zur Kenntnisnahme des Berechtigten bestimmtes und geeignetes Verhalten zeigt, das klar und unzweideutig das Bewusstsein des Schuldners von dem Bestehen der Schuld bezeugt und er nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung eines Rechtsstreits eine Leistung anbietet. Hierbei können Umfang, Dauer und Kosten der ausgeführten Nachbesserungsarbeiten ein Indiz dafür darstellen, ob aus der Sicht des Gläubigers ein Anerkenntnis eines Gewährleistungsanspruchs vorliegt.

OLG Frankfurt v. 25.8.2008 – 16 U 200/07 (rechtskräftig durch BGH v. 18.12.2008 – VII ZR 181/08, BauR 2009, 1315)

### c) Verjährung im Gesamtschuldnerausgleich

1. Der Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis wird nicht davon berührt, dass der Anspruch des Gläubigers gegen den vom Mitschuldner in Anspruch Genommenen verjährt wäre.

2. Die Verjährung des Innenausgleichsanspruchs beginnt mit der Inanspruchnahme durch den Gläubiger, nicht mit dessen Befriedigung. Der Anspruch entsteht als Mitwirkungs- und Befreiungsanspruch und wandelt sich mit der Befriedigung des AG nur in einen Zahlungsanspruch um.

BGH v. 9.7.2009 – VII ZR 109/08, MDR 2009, 1275 f. = BauR 2009, 1609 = ZfBR 2009, 770

### d) Bürge, Hauptschuldner und Verjährungshemmung

Grundsätzlich hemmt die Klagerhebung gegen den Bürgen nicht die Verjährung der Hauptschuld. Das ist ausnahmsweise nur dann der Fall, wenn der Hauptschuldner – insbesondere wegen Löschung – nicht mehr existent ist. Ferner tritt mit Löschung des Hauptschuldners eine Hemmung der Verjährung der Hauptschuld auch im Bürgschaftsprozess ein, sofern und solange dieser betrieben wird. Eine Hemmung der Verjährung der Bürgschaftsforderung erfolgt weiter durch „ernsthafte Verhandlungen“ zwischen Gläubiger und Hauptschuldner gem. § 203 Satz 1 BGB.

BGH v. 14.7.2009 – XI ZR 18/08, MDR 2009, 1231 f. = BauR 2009, 1747 = ZfBR 2009, 774

### e) Verjährung „entfernter Mangelfolgeschäden“

Nach früherem Recht unterlagen Ansprüche, die nicht von der Gewährleistung erfasst wurden, der langen Ver-

jährungsfrist von 30 Jahren. Nach heutigem Recht gelten hierfür nicht die baurechtlichen Mangleinstandsfristen, sondern es gilt die Regelverjährung von drei Jahren. (Beispielsfall: Rißschäden durch Abriss und Neubau auf dem Nachbargrundstück).

OLG Zweibrücken v. 4.12.2008 – 4 U 137/07, NZBau 2009, 389

### f) Stufenweise Beauftragung: Verjährung aus Teilschlussrechnung

Ansprüche aus einer solchen Teilschlussrechnung verjähren selbständig. Das gilt auch, wenn sich der AN Nachforderungen vorbehalten hat.

OLG Stuttgart v. 3.5.2007 – 19 U 13/05 (rechtskräftig durch BGH v. 14.8.2008 – VII ZR 99/07, BauR 2009, 842)

### g) Beweisverfahren: Verjährung

Die Dauer der Verjährungshemmung ist für die in einem selbständigen Beweisverfahren untersuchten Mängel jeweils eigenständig zu beurteilen. Jeder Mangel hat auch dann verjährungsrechtlich sein eigenes Schicksal, wenn die Mängel von einem Sachverständigen in einem Gutachten untersucht werden, das selbständige Beweisverfahren nach Erstellung des Gutachtens jedoch nur hinsichtlich einzelner Mängel weiterbetrieben wird. *Das ist höchst gefährlich und unbefriedigend. Schon die Frage, wann überhaupt ein selbständiges Beweisverfahren beendet ist, ist nur schwierig zu beantworten und wird nicht einheitlich beantwortet. Eine „Aufspaltung“ der Ansprüche ist auch im Hauptverfahren verjährungstechnisch unbekannt.*

OLG Hamm v. 16.12.2008 – 21 U 117/08, BauR 2009, 1477

### h) Abtretung von Mängelansprüchen: Verjährung

Die Abtretung von Mängelansprüchen gegen Nachunternehmer an den Bauherrn führt dazu, dass der Hauptunternehmer sich das Verhalten der Nachunternehmer verjährungsrechtlich zurechnen lassen muss.

OLG Oldenburg v. 12.2.2008 – 12 U 42/07, BauR 2009, 260 (rechtskräftig)