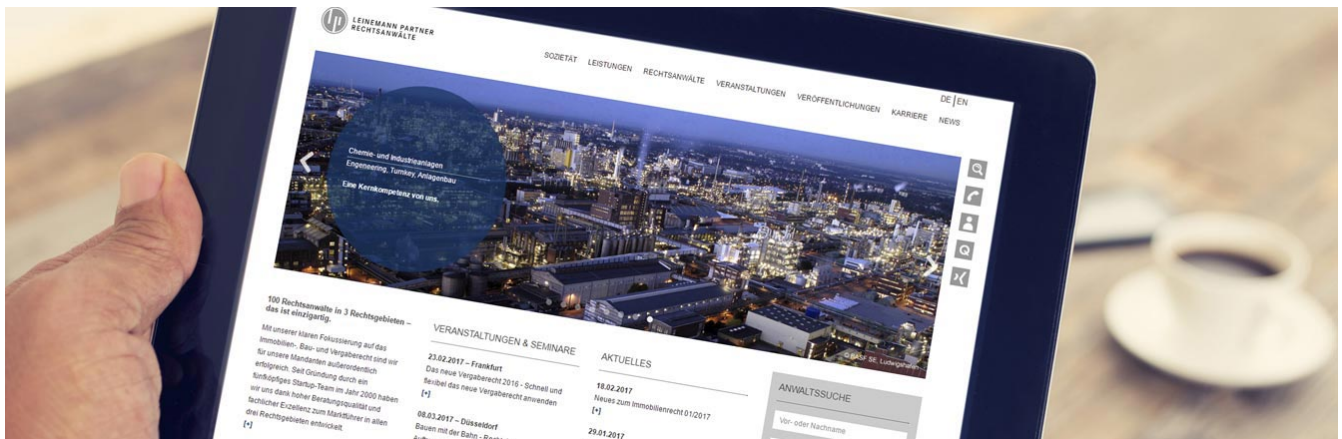




Neues zum Baurecht 02/2017



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 2. Ausgabe 2017 unseres Informationsdienstes "Neues zum Baurecht". Wie gewohnt stellen wir Ihnen ausgewählte Urteile und ihre Auswirkungen in der Praxis vor. Sollte Sie hierzu weitergehende Fragen haben, können Sie uns gerne unter [baurecht\(at\)leinemann-partner.de](mailto:baurecht(at)leinemann-partner.de) schreiben oder Ihren persönlichen Berater ansprechen. Viele weitere Urteile, Bücher, Seminare und Veranstaltungen zum Thema finden Sie auch auf unserer [Website](#).

Wir möchten Sie an dieser Stelle auch noch darauf hinweisen, dass unsere Kollegin und Partnerin **Frau Dr. Eva-Dorothee Leinemann** in Berlin als **Notarin** ernannt wurde. Wir freuen uns, dass Sie damit in unserem Büro in der Friedrichstraße künftig neben den gewohnten anwaltlichen Dienstleistungen auch **notarielle Beurkundungen und Beglaubigungen** bei Frau Dr. Leinemann vornehmen lassen können.

Eine **Druckversion** der aktuellen Ausgaben finden Sie [hier!](#)

Wir wünschen Ihnen eine gute Lektüre!

Themen

Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

Wesentliche Mängel verhindern Ablösung des Sicherheitseinhalts: Klausel unwirksam!

Anne Sophie Schulz, Berlin

Kostenvorschussanspruch: Der Auftraggeber darf die Kosten laienhaft schätzen

Dr. Christine Maurer, München

Zur Zwangsvollstreckung von Mängelbeseitigungsleistungen

Hauke Meyhöfer, Hamburg

Mehrvergütungsanspruch für Zusatzleistungen auch bei Pflicht zur Vorlage von Nachtragsangeboten „möglichst vor Ausführung“

Dr. Kai Mediger, Hamburg

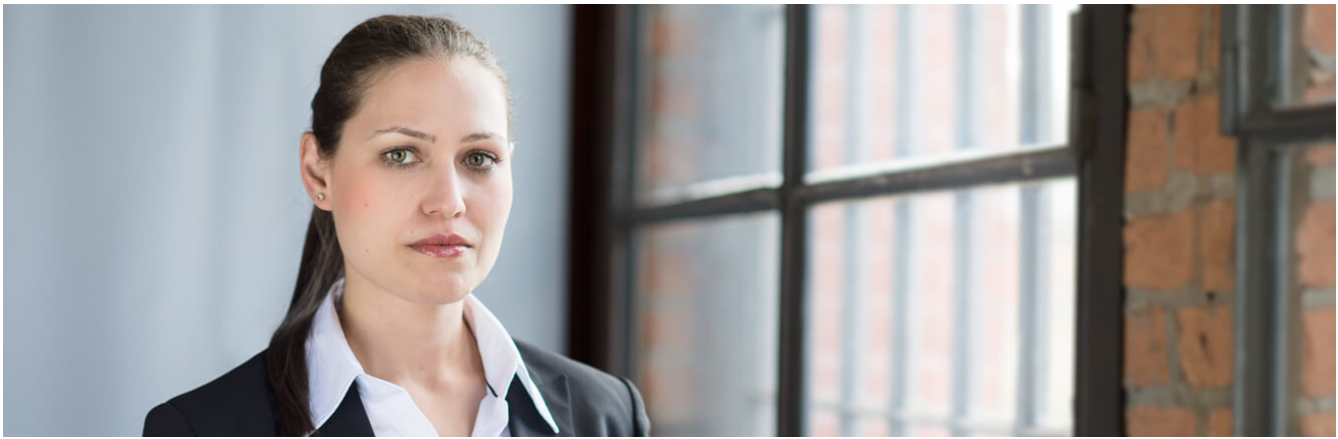
Urteilsbesprechung zum Urteil des OLG München vom 06.12.2016 zu 28 U 2388/16

Pascal Göpner, Köln

Bauüberwacher haftet dem Auftraggeber für Bauausführung nach spiegelverkehrter Ausführungsplanung auf Schadensersatz!

Dr. Wiebke Mund, Hamburg

Kein Mitverschulden des Auftraggebers bei offensichtlichen Planungsfehlern



Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

Wesentliche Mängel verhindern Ablösung des Sicherheitseinhalts: Klausel unwirksam!

BGH, Urteil vom 30.03.2017 – VII ZR 170/16

Der BGH hat über die Wirksamkeit einer formularmäßigen Sicherungsabrede des Auftraggebers (AG) zu entscheiden. Im Bauvertrag heißt es: „Die Parteien vereinbaren - unabhängig von einer Ausführungsbürgschaft - den Einbehalt einer unverzinslichen Sicherheitsleistung durch den AG in Höhe von 5 % der Brutto-Abrechnungssumme für die Sicherstellung der Gewährleistung einschließlich Schadensersatz und die Erstattung von Überzahlungen. Der Auftragnehmer (AN) ist berechtigt, den Sicherheitseinbehalt gegen Vorlage einer unbefristeten, selbstschuldnerischen und unwiderruflichen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder Versicherung abzulösen; frühestens jedoch nach vollständiger Beseitigung der im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel oder fehlender Leistungen.“

Die Klausel benachteiligt den AN entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher gem. § 9 Abs. 1 AGBG a.F. (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB n.F.) unwirksam. Der Einbehalt eines Teils der Vergütung für die Dauer der Gewährleistungsfrist läuft dem Sinn des § 641 Abs. 1 BGB zuwider, demzufolge die Vergütung des AN bei Abnahme fällig wird. Der AN trägt durch den Einbehalt eines Teils seiner Vergütung nach Abnahme weiterhin das Insolvenzrisiko des AG für die Dauer der Gewährleistungsfrist und ihm bleibt die Liquidität sowie die Verzinsung des Werklohns vorenthalten (BGH, IBR 2007, 422). Eine andere Bewertung ergibt sich, wenn dem AN eine angemessene Austauschmöglichkeit eingeräumt wird. Eine solche ist in einer selbstschuldnerischen unbefristeten Bürgschaft zu sehen (BGH, IBR 2004, 68), weil die dadurch eintretende Zinsbelastung und Einschränkung der Kreditlinie des AN in Anbetracht des Sicherungsinteresses des AG hinnehmbar ist. Bei der von dem AG gestellten Sicherungsabrede wird die Ablösung des Sicherheitseinhalts jedoch davon abhängig gemacht, dass die im Abnahmeprotokoll aufgenommenen Mängel vollständig beseitigt wurden. Das beschränkt das Austauschrecht des AN, weil die Frage, ob im Abnahmeprotokoll festgestellte Mängel bestehen, langwierige Kontroversen sein können, die auch über die Dauer der Verjährungsfristen für Mängelansprüche hinaus nicht abschließend geklärt sein müssen.

Fazit:

Der BGH führt mit diesem Urteil seine ständige Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von Klauseln, die zur erschwerten Ausübung des Austauschrechts führen, einheitlich fort.

Dem AN ist der Einbehalt unverzüglich nach Stellung einer selbstschuldnerischen unbefristeten

Bürgschaft auszuzahlen. Faktische Beschränkungen des Austauschrechts in formularmäßigen Klauseln des AG zu Lasten des AN führen zur Unwirksamkeit der Klausel und zum Verlust des Sicherungsrechts für den AG. Er sollte daher keine Bedingungen an den Austausch des Sicherungseinbehalts knüpfen, die dem AN den Austausch des Sicherungseinbehalts erschweren.



Anne Sophie Schulz, Berlin

Kostenvorschussanspruch: Der Auftraggeber darf die Kosten laienhaft schätzen

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2017 – 22 U 134/16

Leitsatz

Der Anspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB geht auf den Geldbetrag, der die Mängelbeseitigungskosten **mutmaßlich**, d. h. aus der Sicht eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden und sachkundig beratenen Bestellers voraussichtlich abdecken wird. Die Höhe kann bei Vorliegen **greifbarer Anhaltspunkte** geschätzt werden. Der Auftraggeber muss keine sachverständige Beratungen in Anspruch nehmen oder Kostenvoranschläge einholen, um die voraussichtlichen Kosten zu substantiieren, sondern darf die Kosten **laienhaft schätzen**.

Sachverhalt

Der Auftraggeber hat im vorliegenden Falle den Auftragnehmer mit der schlüsselfertigen Errichtung eines Zweifamilienhauses beauftragt. Der Auftragnehmer hat die Fassadenarbeiten (Wärmedämmverbundsystem) durch einen von ihm beauftragten Nachunternehmer ausführen lassen. Der Nachunternehmer hat die ihm obliegenden Werksarbeiten mangelhaft erbracht. Der Auftraggeber hat daraufhin seinen Auftragnehmer erfolglos zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Darüber hinaus hat er ein Privatgutachten erstellen lassen und Kostenvoranschläge eingeholt, wonach sich die Mängelbeseitigungskosten auf insgesamt EUR 23.372,36 belaufen sollten. Diesen Betrag machte der Auftraggeber gegenüber seinem Auftragnehmer als Kostenvorschuss in einem gerichtlichen Verfahren geltend. Im Rahmen dieses laufenden Verfahrens wurde Beweis über die streitigen Mängel sowie den Mängelbeseitigungsaufwand erhoben. Im Zuge dessen gelangte der gerichtlich beauftragte Sachverständige zu angemessenen Kosten in Höhe von circa EUR 5.250,00. Diesen Betrag hat das erkennende Gericht dem Auftraggeber sodann zugesprochen. Der Auftraggeber hat daraufhin Berufung eingelegt und verlangte nunmehr in zweiter Instanz den vollen von ihm zuvor bezifferten Betrag.

Das OLG Düsseldorf hat mit seinem Urteil vom 13.01.2017 (Az.: 22 U 134/16) die Berufung des Auftraggebers teilweise abgewiesen. Die Voraussetzungen für einen Kostenvorschussanspruch gemäß der §§ 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB lägen zwar vor, jedoch hat der Auftraggeber nach Auffassung des Gerichts nicht bewiesen, dass ihm ein Kostenvorschussanspruch in die von ihm geltend gemachten Höhe tatsächlich zusteht. Hierfür hat sich das Gericht daran orientiert, dass dem Auftraggeber als Kostenvorschuss ein Geldbetrag in der Höhe zusteht, der aus Sicht eines vernünftigen und wirtschaftlich denkenden Bestellers voraussichtlich ausreichend ist, um die

Mängelbeseitigung auszuführen. Unter Zugrundelegung greifbarer Anhaltspunkte darf die Höhe daher geschätzt werden, wobei die **Anforderungen** an die Darlegungslast des Auftraggebers insgesamt als **niedrig** anzusetzen sind. Weder muss der Auftraggeber eine sachverständige Beratung in Anspruch nehmen, noch ist er dazu verpflichtet Kostenvoranschläge einzuholen, um die Kosten darzulegen und schließlich gegenüber dem Auftragnehmer geltend zu machen. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf hat der Auftraggeber im vorliegenden Falle die Erforderlichkeit der von ihm geltend gemachten Kosten nicht zur Überzeugung des Gerichts bewiesen. Die geringen Voraussetzungen, die hier an die Darlegungslast des Auftraggebers gestellt sind, wurden vorliegend nicht erfüllt. Dabei hat sich das OLG Düsseldorf an den Aussagen des in erster Instanz gerichtlich beauftragten Sachverständigen orientiert, der nachvollziehbar festgestellt habe, dass zur Beseitigung der Mängel lediglich Kosten in einer Größenordnung von EUR 5.250,00 erforderlich und ausreichend sind.

Fazit

Dass an die Darlegung der Höhe eines Kostenvorschussanspruches durch den Auftraggeber geringe Anforderungen gestellt werden, ist nicht neu. Dies entspricht vielmehr der ständigen Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH, Urteil vom 14.01.1999, VII ZR 19/9; BGH, Urteil vom 20.05.2010, V ZR 201/09). Nichtsdestotrotz ist dem Auftraggeber anzuraten, die voraussichtlich anfallenden Mängelbeseitigungskosten, die er im Rahmen eines Kostenvorschussanspruches gegen den Auftragnehmer geltend machen möchte, mit der gebotenen Sorgfältigkeit so genau wie möglich zu bestimmen um spätere Rückzahlungen an den Auftraggeber in immenser Höhe zu vermeiden. Dabei ist davon auszugehen, dass einem Auftraggeber, der als technischer Laie handelt, eine realistische Einschätzung der tatsächlich anfallenden Mängelbeseitigungskosten wohl nur mit der Unterstützung eines Sachverständigen möglich ist.

Die konkrete Art und der Umfang der notwendigen Mängelbeseitigung sind bereits im Vorschussprozess durch das Gericht zu klären. Ein Vorschuss kann – soweit die Methode der Mängelbeseitigung unstreitig und bewiesen ist – aufgrund einer **groben Schätzung** zuerkannt werden, weil der Vorschuss **vorläufiger Natur** ist und Überschüsse von dem Auftraggeber ggf. an den Auftragnehmer zurückzuzahlen sind.



Dr. Christine Maurer, München

Zur Zwangsvollstreckung von Mängelbeseitigungsleistungen

Nach der herrschenden Meinung richtet sich die Vollstreckung grundsätzlich nach § 887 ZPO, wenn ein Schuldner zu einer Mängelbeseitigung verurteilt wird, da Baumaßnahmen in der Regel vertretbare Handlungen sind. Ausnahmsweise kann aber auch eine unvertretbare Handlung vorliegen, die gemäß § 888 ZPO zu vollstrecken ist.

Oberlandesgericht München, Beschl. v. 14.02.17, Az.: 9 W 20204/16 Bau

Die antragstellenden Erwerber hatten mit dem Bauträger einen Vergleich abgeschlossen, gemäß welchem sich dieser dazu verpflichtet hatte, Trittschallmängel zu beseitigen. Die Parteien des Vergleichs waren sich weiter einig, einvernehmlich zusammenzuwirken, sodass die Mängelbeseitigung wegen der Schallschutzmängel auch mit dem Nachbarn durchgeführt werden kann. Die Terminorganisation mit dem Eigentümer der Nachbarwohnung sollte dem Bauträger obliegen. Der Bauträger hatte im Einvernehmen mit den Erwerbern und dem Nachbar Mängelbeseitigungsmaßnahmen durchgeführt, die jedoch nur zu einer teilweisen Verbesserung des Schallschutzes führten. Die Durchführung weiterer Maßnahmen lehnte er ab.

Die Erwerber beantragten daher im Zwangsvollstreckungsverfahren die Festsetzung eines Zwangsgeldes hilfsweise die Anordnung von Zwangshaft gegenüber dem Geschäftsführer des Bauträgerunternehmens. Das Landgericht München I, Az.: 18 O 5960/08, gab dem Antrag statt, weil es sich bei den Mängelbeseitigungsmaßnahmen um eine nicht vertretbare Handlung i. S. d. § 888 ZPO handele. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Bauträgers wies das Oberlandesgericht München kostenpflichtig zurück.

Zur Begründung des Beschlusses führt das Oberlandesgericht München aus, dass folgende Erwägungen für das Vorliegen einer nicht vertretbaren Handlung sprechen würden:

- Dem Schuldner, hier dem Bauträger, dürfe die Auswahl zwischen mehreren zum Erfolg führenden Handlungen nicht genommen werden. Diese Auswahl dürfe nur der Schuldner kraft eines eigenen Willensaktes treffen.
- Es handele sich um eine komplexe Baumaßnahme, was allein schon der (teilweise) gescheiterte Nachbesserungsversuch des Bauträgers zeige.
- Zudem sei die Erforderlichkeit eines Zusammenwirkens von Schuldner, Gläubiger und Nachbar denkbar; so insbesondere auch zur Terminorganisation.

Das Oberlandesgericht München geht in dem Beschluss dagegen nicht auf BGH, Beschl. v. 09.10.2013, Az.: I ZB 51/11, ein, wonach eine unvertretbare Handlung dann nicht vorliegt, wenn ein

Dritter das zur Durchführung einer Baumaßnahme erforderliche Einverständnis bereits erklärt hat. Da der Nachbar im gegebenen Fall sein Einverständnis mit der Durchführung der Baumaßnahme erklärt hatte, bestand für die Erwerber an sich kein Hindernis mehr, mit einem im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß § 887 ZPO zu erzielenden Kostenvorschuss die gerügten Mängel selbst zu beseitigen. Die hiergegen vom OLG München angeführte Überlegung, dem Schuldner dürfe sein Wahlrecht zwischen verschiedenen Mängelbeseitigungsvarianten nicht genommen werden, dürfte dagegen im Rahmen der Zwangsvollstreckung gerade der Normalfall sein. Ebenso dürfte es auch nichts Besonderes sein, dass sich eine Baumaßnahme als komplex erweist.

Für die nun vom Oberlandesgericht München vertretene Ansicht spricht, dass der Bauträger offenbar erkennbar mutwillig die Durchführung weiterer Maßnahmen verweigerte und den Erwerb mit den angeordneten Zwangsmitteln eine Handhabe gegeben wurde, diesen doch noch zur Mängelbeseitigung zu bewegen.

Fazit:

Nach herrschender Meinung erfolgt die Zwangsvollstreckung von Mängelbeseitigungsmaßnahmen gemäß § 887 ZPO, da es sich hierbei grundsätzlich um eine vertretbare Handlung handelt. Wie der Beschluss des OLG München zeigt, dürften die Fallgruppen, in welchen aufgrund der Komplexität der Baumaßnahme und der Erforderlichkeit der Zustimmung von Dritten auch eine Zwangsvollstreckung gemäß § 888 ZPO in Betracht kommt, allerdings gar nicht so selten sein.



Hauke Meyhöfer, Hamburg

Mehrvergütungsanspruch für Zusatzleistungen auch bei Pflicht zur Vorlage von Nachtragsangeboten „möglichst vor Ausführung“

OLG Hamm, Urteil vom 16.01.2017 - 17 U 111/16

Soll der Auftragnehmer "möglichst" vor Ausführung von Änderungs- oder Zusatzleistungen ein Nachtragsangebot vorlegen, hat er auch dann Anspruch auf zusätzliche Vergütung, wenn er vor Ausführung kein derartiges Angebot vorgelegt hat.

Das OLG Hamm hat mit Urteil vom 16.01.2017 einem Auftragnehmer Mehrvergütung für verschiedene Zusatzleistungen zugestanden, die dieser im Rahmen eines Pauschalpreisvertrages ohne Vorlage von Nachtragsangeboten dem Auftraggeber in Rechnung gestellt hat.

Dem Rechtsstreit liegt ein Pauschalpreisvertrag über die Errichtung eines Rohbaus zu einem „Festpreis“ über EUR 400.000,00 zugrunde. Der Festpreis sollte auch die „Vergütung von Nebenleistungen“ umfassen. Ferner enthält der Vertrag die Klausel, dass der Auftragnehmer auch solche Vertragsleistungen zu erbringen hat, die im Vertrag und seinen Anlagen zwar nicht ausdrücklich genannt, zur vollständigen Leistungserbringung jedoch erforderlich sind. Außerdem sieht der Vertrag vor, dass der Auftragnehmer „möglichst“ vor Ausführung von zusätzlichen oder geänderten Leistungen ein Nachtragsangebot vorlegt.

Das Landgericht Dortmund hat mit Teilurteil vom 10.05.2016 - 25 O 199/13, einen Anspruch des Auftragnehmers auf zusätzliche Vergütung für die Erbringung von Nachtragsleistungen mangels Vorlage von Nachtragsangeboten zurückgewiesen. Ohne entsprechende Nachtragsangebote seien die zusätzlichen Leistungen des Auftragnehmers als ein Angebot auf kostenlose Erbringung dieser Leistung zu sehen.

Das OLG Hamm hat in dem Berufungsverfahren das Teilurteil aufgehoben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das erstinstanzliche Gericht zurückverwiesen. Die Begründung des Landgerichts für die Zurückverweisung des Anspruchs auf zusätzliche Vergütung sei nicht ausreichend. Das Landgericht habe zu Unrecht als tragende Erwägung angeführt, dass kein Nachtragsangebot vorgelegt worden sei, obschon sich eine entsprechende Verpflichtung aus dem Vertrag ergebe.

Nach Auffassung des OLG Hamm ergebe sich aus dem Vertragsverhältnis nicht, dass der Auftragnehmer nur auf Grundlage eines Nachtragsangebotes vor der Bauausführung Mehrvergütung beanspruchen könne. Nach dem Vertragsverhältnis müsse lediglich „möglichst“ vor der Bauausführung ein Nachtragsangebot erfolgen, woraus sich aus Sicht des Gerichts keine

entsprechende Pflicht herleiten lasse. Es sei zudem zu berücksichtigen, dass beiden Parteien bereits bei Abschluss des Bauvertrages die veränderten, letztlich maßgeblichen Pläne bereits vorgelegen haben. Die zwischen den Parteien getroffene Regelung über die Vorlage von Nachtragsangeboten sei jedoch ersichtlich nur auf nachvertraglich angeordnete Leistungsänderungen zugeschnitten. Das Landgericht hätte bei seiner Beurteilung vielmehr eine auf den Zeitpunkt des Bauvertragsschlusses bezogene Auslegung zu der streitigen Frage, auf welche Leistungen sich der genannte Pauschalpreis beziehen sollte, vornehmen müssen.

Fazit:

Die Entscheidung überzeugt. An den vertraglichen Ausschluss eines Vergütungsanspruchs für zusätzliche Leistungen müssen hohe Anforderungen gestellt werden. Bei offenen Formulierungen in einer Ausschlussklausel wie „möglichst“ bedarf es daher stets einer Auslegung sämtlicher Umstände des Einzelfalls.



Dr. Kai Mediger, Hamburg

Urteilsbesprechung zum Urteil des OLG München vom 06.12.2016 zu 28 U 2388/16

Die Abnahme von Eigentumswohnungsanlagen ist in vielfältiger Hinsicht problematisch. Bei Eigentumswohnungsanlagen ist zu differenzieren zwischen dem Sondereigentum und dem Gemeinschaftseigentum.

Mit Hinblick darauf, dass Regelungen in den Erwerbsverträgen nicht zu einer wirksamen Bindung des jeweiligen Erwerbers an eine Abnahmeerklärung z. B. des Verwalters, eines Sachverständigen oder eines anderweitigen Dritten führen, haben Bauträger verschiedentlich versucht, andere Wege zu finden, um eine wirksame Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch jeden individuellen Erwerber zu erreichen.

Hierbei wurde, so auch im Fall des hier im Weiteren besprochenen Urteil des **OLG München vom 06.12.2016 zu 28 U 2388/16**, darauf zurückgegriffen, durch den (im Regelfall durch den Bauträger eingesetzten) Verwalter der Eigentumswohnungsanlage eine Wohnungseigentümerversammlung einberufen zu lassen und dort im Wege des Mehrheitsbeschlusses die Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu beschließen mit dem Ziel, dass dieser Beschluss verbindlich für alle Eigentümer wirken solle. Mit anderen Worten sollte die Abnahmeerklärung durch Beschluss der Eigentümerversammlung erfolgen und dem einzelnen individuellen Erwerber sein Anspruch auf individuelle Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch Beschlussfassung der Wohnungseigentümergeinschaft entzogen werden. Anders als in den Fällen des BGH sollte also die Abnahme des Gemeinschaftseigentums nicht durch den Verwalter oder einen Sachverständigen erklärt werden, sondern der gesamten Wohnungseigentümergeinschaft überlassen werden. Rein oberflächlich betrachtet könnte man meinen, dass eine solche Verfahrensweise, die die Angelegenheit in die Hände der WEG legt, den Erwerber nicht unangemessen benachteiligt und geradezu demokratisch klingt.

Das OLG München hat mit dem Urteil vom 06.12.2016 zu 28 U 2388/16 einen derartigen Beschluss jedoch als nichtig angesehen. Nach Auffassung des OLG München besteht keine Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums per Beschluss an sich zu ziehen und zu erklären. Die Wohnungseigentümergeinschaft darf also nicht über die Abnahme per Beschluss entscheiden.

Das OLG München hat hierzu ausgeführt, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums keine **originäre** Angelegenheit der Wohnungseigentümergeinschaft sei, sondern des jeweiligen einzelnen Vertragspartners des Bauträgers (mit anderen Worten des Erwerbers). Es fehle daher der

Wohnungseigentümersversammlung die Kompetenz für eine Beschlussfassung zur Erklärung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums.

Diese Rechtsauffassung des OLG München ist nach Auffassung des Verfassers zutreffend.

Bei der Abnahme handelt es sich um eine Verpflichtung des jeweiligen Erwerbers aus dem Bauträgervertrag. Diese Verpflichtung des Erwerbers kann nicht durch Beschlussfassung der Wohnungseigentümergeinschaft geregelt werden. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums hat u. a. auch Bedeutung hinsichtlich der Fälligkeit und Verzinsung der Vergütung oder z. B. hinsichtlich eines Vertragsstrafenanspruchs. Es handelt sich bei der Abnahme somit um einen Regelungsgegenstand, der bestimmte individuelle Rechte umfasst, die zwingend nur dem einzelnen Eigentümer zustehen können und nicht gegen den Willen des einzelnen individuellen Erwerbers auf die Wohnungseigentümergeinschaft durch Beschluss übertragbar sind.

Fazit und Handlungsempfehlung:

Es verbleibt somit dabei, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums individuell von jedem Wohnungseigentümer erklärt werden muss.

Als Lösungsmöglichkeit bietet sich hierzu jedoch Folgendes an:

Der Bauträger, der naturgemäß das größere Interesse an der Durchführung einer wirksamen Abnahme des Gemeinschaftseigentums hat, kann, sofern er selbst noch Eigentümer einer Wohnung ist, eine Beschlussfassung beantragen, nach der ein Sachverständiger eine Dokumentation des aktuellen Zustandes des Gemeinschaftseigentums durchführen und über diesen Zustand berichten soll.

Diese Dokumentation könnte dann allen Wohnungseigentümern zur Verfügung gestellt werden.

Auf diese Art und Weise können sich die Wohnungseigentümer ein Bild von dem tatsächlichen Zustand der Anlage machen. Im Anschluss daran sollte der Bauträger (sofern das Gemeinschaftseigentum tatsächlich im Wesentlichen mangelfrei und abnahmefähig ist) die jeweiligen Erwerber dazu auffordern, die Abnahmeerklärung abzugeben. Es ist zu erwarten, dass zumindest ein großer Teil der Wohnungseigentümer auch mit Hinblick auf die dann vorliegende Dokumentation die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erklären wird. Eine solche Abnahmeerklärung wäre dann wirksam. Hinsichtlich derjenigen Wohnungseigentümer, die – aus welchen Gründen auch immer – keine Abnahme erklären, sollte der Bauträger dann unter Fristsetzung zunächst außergerichtlich und im Notfall auch gerichtlich vorgehen und die Erklärung der Abnahme gerichtlich einfordern. Das setzt voraus, dass die Anlage hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums tatsächlich im Wesentlichen mangelfrei ist und somit abnahmefähig. In diesem Fall besteht ein Anspruch des Bauträgers auf Abnahme gegenüber dem jeweiligen Erwerber. Dieser Anspruch ergibt sich aus § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach ist der Besteller verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen.

Auf diese Art und Weise kann der Bauträger im Ergebnis die individuelle Abnahmeerklärung jedes einzelnen Erwerbers erreichen und ist davor geschützt, dass noch Jahrzehnte nach der Übergabe einer einzelnen Wohnung Mängelansprüche ihm gegenüber geltend gemacht werden.



Pascal Göpner, Köln

Bauüberwacher haftet dem Auftraggeber für Bauausführung nach spiegelverkehrter Ausführungsplanung auf Schadensersatz!

Der mit der Bauleitung einer zu errichtenden Produktionsstraße beauftragte Architekt muss die ihm übergebenen Pläne auf solche Mängel untersuchen, die nach den von ihm zu erwartenden Kenntnissen erkennbar sind. Hierzu zählt insbesondere die vorgegebene Reihenfolge des geplanten Arbeitsablaufes der Produktionsstraße. Übersieht er einen solchen Fehler schuldhaft, so haftet er dem Besteller auf Schadensersatz, wenn nach dem fehlerhaften Plan gebaut worden ist.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.03.2017 – 8 U 152/15

Der Auftraggeber (Beklagte) beauftragte den Auftragnehmer (Kläger) unter anderem mit der Ausschreibung und der Bauleitung bei der Herstellung einer von der Beklagten geplanten Produktionsstraße nebst Maschinenfundamenten sowie der Tragwerksplanung und Fertigung der Schal- und Bewehrungspläne. In dem von der Beklagten gelieferten „Fundamentplan vorab“ für die Lackieranlage war diese und die zugehörigen Fundamente jedoch spiegelverkehrt eingezeichnet, sodass der Plan eine falsche Produktionsreihenfolge – Trocknen, Lackieren, Reinigen – darstellte. Die Beklagte erkannte diesen Fehler nicht und übergab den Plan an den Kläger, der den Fehler ebenfalls nicht erkannte. Auch der vom Kläger als Nachunternehmer beauftragte Tragwerksplaner bemerkte den Fehler nicht und übertrug ihn in den Schalplan. Der Fehler wurde erst während der Bauphase bemerkt. Für die Mangelbeseitigung wandte die Beklagte ca. EUR 50.000,00 auf und rechnete vorprozessual einem Schadensersatzanspruch gegen den Vergütungsanspruch des Klägers in dieser Höhe auf. Dieser klagt auf Restwerklohn.

Teilweise zu Recht: Das OLG Karlsruhe bestätigt einen Schadensersatzanspruch der Beklagten. Diese müsse sich jedoch ein Mitverschulden von mindestens 50 % wegen der fehlerhaften Fundamentplanung anrechnen lassen. Zwar hafte der Kläger nicht als Tragwerksplaner. In seiner Eigenschaft als Tragwerksplaner müsse der Ingenieur nicht überprüfen, ob die vorgegebene Anordnung der Fundamente für den späteren Produktionsverlauf sinnvoll war oder nicht. Etwas anderes gelte jedoch für den Kläger als Bauüberwacher. Grundsätzlich habe der bauüberwachende Architekt die ihm vorgelegten Pläne auf solche Mängel zu untersuchen, die nach den von ihm zu erwartenden Kenntnissen erkennbar seien. Diesem müsse im Rahmen der Bauüberwachung der gesamten Produktionsstraße insbesondere die vorgegebene Reihenfolge des geplanten Arbeitsablaufes – Reinigen, Lackieren, Trocknen – bekannt sein. Auch musste dies dem Kläger aufgrund seiner Tätigkeit bei der Ausschreibung bekannt sein. Diese Kenntnisse seien für die ordnungsgemäße Bauüberwachung unabdingbar.

Fazit:

Das Oberlandesgericht Karlsruhe verweist insbesondere auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27.11.2008 – VII ZR 206/06, in welcher bereits festgestellt wurde, dass der bauaufsichtsführende Architekt eine herausgehobene Stellung unter den Baubeteiligten hat und dieser die plangerechte und mangelfreie Verwirklichung des Bauwerks schuldet. Dazu gehört nach Ansicht des Bundesgerichtshofs auch die Prüfung – in den durch die Aufgabe vorgegebenen Grenzen – der ihm vorgelegten Pläne, ob diese geeignet sind, das Bauwerk mangelfrei entstehen zu lassen. Dies wird durch das Oberlandesgericht im vorliegenden Falle darauf angewendet, dass der Bauüberwacher bei der Herstellung einer Produktionsstraße die ihm übergebenen Pläne auch hinsichtlich der Konformität mit dem Produktionsprozess zu überprüfen hat. Mit den vermehrt kritischen Stimmen aus der jüngeren Literatur, die sich für eine differenziertere Betrachtung Leistungsinhaltes der Bauüberwachungspflichten einsetzen, setzt sich das Oberlandesgericht Karlsruhe nicht auseinander. Dem Bauüberwacher kann im Hinblick auf die aktuelle Rechtsprechung hinsichtlich der von ihm zu erwartenden Kenntnisse bei technisch komplexen Vorhaben daher nur geraten werden, sämtliche übergebene Pläne gründlich zu prüfen, im Zweifel bei dem jeweiligen Planer das notwendige Fachwissen zu erfragen und den Auftraggeber auf etwaige Widersprüche hinzuweisen. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen dem Bauüberwacher nicht auch zugleich die Ausführungsplanung übertragen wurde.



Dr. Wiebke Mund, Hamburg

Kein Mitverschulden des Auftraggebers bei offensichtlichen Planungsfehlern

Kammergericht Berlin, **Urteil vom 09.01.2015 – 7 U 227/03, nachgehend BGH, Beschl. v. 02.11.2016 – VII ZR 30/15** (NZB zurückgewiesen)

1. Der Auftragnehmer hat sowohl im VOB- als auch im BGB-Bauvertrag Pläne und sonstige Ausführungsunterlagen fachlich zu überprüfen und gegebenenfalls Bedenken mitzuteilen. (...)
2. Der Auftraggeber muss sich kein Mitverschulden seines Architekten anrechnen lassen, wenn der Auftragnehmer die Leistung trotz eines offenkundigen Planungsmangels ausführt, ohne zuvor Bedenken angemeldet zu haben.

Der mit der Errichtung eines Mehrfamilienhauses beauftragte Auftragnehmer führt auf Grundlage einer bauseits bereitgestellten Planung die von ihm geschuldeten Bauleistungen aus. Die vom Architekten des Auftraggebers erstellte Ausführungsplanung enthält Planungsfehler. Der Auftragnehmer errichtet nach dieser Ausführungsplanung das geschuldete Mehrfamilienhaus und realisiert dadurch den bereits in der Ausführungsplanung enthaltenen Planungsfehler des Architekten. Aufgrund der dadurch mangelhaften Bauleistung verweigert der Auftraggeber die Zahlung des offenen Werklohns an den Auftragnehmer. Dieser klagt daraufhin mit der Begründung, dass er das Mehrfamilienhaus entsprechend der mangelhaften Planung und damit der bauseitigen Vorgaben errichtet habe, beim zuständigen Landgericht auf Zahlung des vollen offenen Werklohnanspruches. Im Berufungsverfahren bestätigt das Kammergericht das klageabweisende Urteil des Landgerichts mit der Begründung, dass zum einen bei jedem Bauvertrag ungeachtet der Geltung der VOB/B eine Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers gegeben sei und dieser es hier zum anderen unterlassen habe, die für ihn nach seinen eigenen Fähigkeiten offensichtlich erkennbar fehlerhafte Ausführungsplanung auf ihre Eignung zur Realisierung des von ihm geschuldeten Erfolges hin zu überprüfen. In diesem Fall sei auch ein Mitverschulden wegen des bauseitigen Planungsfehlers ausgeschlossen. Die gegen die Entscheidung des Kammergerichts eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde hat der Bundesgerichtshof zurückgewiesen.

Zutreffend stellt das Kammergericht zunächst fest, dass der Auftragnehmer nicht nur im Geltungsbereich der VOB/B verpflichtet ist, bauseitige Vorleistungen mit Bezug auf die von ihm geschuldeten Leistungen zu überprüfen und bei aufkommenden Zweifeln, auf seine Bedenken hinzuweisen. Auch die Auffassung des Kammergerichts, dass sich die Frage der Offenkundigkeit bauseitiger Fehler anhand der jeweils individuellen Fachkenntnisse des Auftragnehmers bezogen auf seine Leistung bemisst, ist vertretbar.

Mit seiner Entscheidung über die Frage eines Mitverschuldens des Auftraggebers wegen der aus seiner Sphäre stammenden Fehlerquelle in der Ausführungsplanung verschärft das Kammergericht, wie bereits zuvor andere Gerichte (vgl. etwa OLG Dresden, Urt. v. 13.05.2014 – 9 U 1800/13; NZB zurückgewiesen durch BGH, Beschl. v. 15.06.2016 – VII ZR 143/14), jedoch die Haftung für den sich realisierenden Mangel nicht nur unerheblich zulasten des Auftragnehmers, was bei größeren Auftragsvolumen in wirtschaftlicher Hinsicht erhebliche Folgen haben kann.

Die hier vom Kammergericht angenommene Alleinhaftung des Auftragnehmers ist bereits unter rechtlichen Gesichtspunkten überaus streitbar. Sie läuft der aus anderen Rechtsinstituten bekannten Verteilung der Haftungsanteile im Falle kumulativer Verursachung zuwider, indem sie die Verschuldensanteile in ein Rangverhältnis stellt, ohne hinreichend zu berücksichtigen, dass sowohl das ausgeführte als auch das geplante Werk für sich jeweils mangelhaft sind. Dogmatisch zutreffend dürfte mit Blick auf die Erfolgshaftung des Werkvertragsrechts aber allenfalls eine Argumentation unter Kausalitätsgesichtspunkten sein. Daneben wird der besonderen Bedeutung bauseitiger, im Verantwortungsbereich des Auftraggebers liegender Vorleistungen für den Gesamterfolg nicht hinreichend Rechnung getragen.

Fazit:

Ausführenden Unternehmen ist mehr denn je zur umfassenden Prüfung und vorsorglichen schriftlichen Anmeldung begründeter Bedenken im Zusammenhang mit bauseits zur Verfügung gestellten Planungsunterlagen zu raten. Andernfalls droht im schlechtesten Fall eine Alleinhaftung, die ihren Verursachungslauf eigentlich in der Sphäre des Auftraggebers genommen hat. Zweifel am Umfang und an der Tiefe der Prüfungspflicht von bauseits zur Verfügung gestellten Planungsunterlagen kann in Ansehung der derzeitigen Rechtsprechungstendenz und zur Erreichung größerer Rechtssicherheit nur dahingehend begegnet werden, dass bei jedwedem Leistungsbezug im Rahmen der tatsächlichen Möglichkeiten lieber „ein Mehr“ geprüft wird, als ein „zu Wenig“.