



## Inhalt

### BAUVERTRAGSRECHT

- 2 Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts wegen eines Mangels der Werkleistung nach Ablauf der Verjährungsfrist
- 3 Die gesetzlichen Spielregeln für Fristsetzungen zur Mangelbeseitigung

### ARCHITEKTENRECHT

- 5 Weiterhin: Keine Verjährungsverkürzung für Mängelrechte nach Abschluss der Objektüberwachung ohne ausdrückliche Teilabnahme bei „Vollarchitektur“

### BAUVERTRAGSRECHT

- 8 Kostenvorschuss vor Abnahme – weiterhin (un)geklärt
- 10 Haftung des Bauherrn für Mängel am Werk des Unternehmers – Freigabe und Lieferung von Planungsleistungen

### URTEILSBESPRECHUNG

- 14 ... und zuletzt noch ein Blümchen am Rande: Festpreis heißt Festpreis

## Vorwort

Aus der Praxis, für die Praxis – Die Entscheidungen unseres aktuellen Newsletters beleuchten aus ganz unterschiedlichen Blickwinkeln den Umgang mit Mängeln an der Werkleistung von Bauunternehmern und Architekten. Obwohl das ein ganz zentrales Thema des Bau- und Architektenrechts ist, gibt es auch hier eine Reihe offener Fragen, die durch die Rechtsprechung stetig geklärt werden – oder auch nicht.

Allgemein ist erwartet worden, dass der Bundesgerichtshof in einer aktuellen Entscheidung die Frage klären würde, ob dem Bauherrn Mängelrechte vor Abnahme zustehen. Die Erwartung ist enttäuscht worden. Der BGH konnte diese Frage offen lassen, weil sie für seine Entscheidung dann doch nicht relevant war.

Weitere Entscheidungen, die wir Ihnen vorstellen, drehen sich um die Verjährung der Mängelrechte, das Setzen angemessener Fristen für die Mangelbeseitigung und die Frage, ob die Freigabe fehlerhafter Pläne zu einem mitwirkenden Verschulden des Auftraggebers führen kann.

Alles dies sind Fragen, die uns in der alltäglichen Praxis jederzeit begegnen können.

### Dr. Andreas Koenen

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht,  
Vertrauensanwalt des Bundes Deutscher Architekten (BDA)  
KOENEN BAUANWÄLTE

## Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts wegen eines Mangels der Werkleistung nach Ablauf der Verjährungsfrist

**BGH, Urteil vom 05.11.2015 – VII ZR 144/14**

§ 215 BGB bestimmt, dass die Verjährung die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht ausschließt, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte. In seinem Urteil vom 05.11.2015 hatte sich der BGH mit der Frage zu befassen, unter welchen Voraussetzungen dem Auftraggeber ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, wenn der Anspruch auf Nacherfüllung bereits verjährt ist. Reicht es aus, wenn ein Mangel vor Ablauf der Verjährung lediglich in Erscheinung getreten ist, oder muss der Besteller ein auf diesen Mangel gestütztes Leistungsverweigerungsrecht in unverjährter Zeit auch tatsächlich geltend gemacht haben?

Der beklagte Bauherr übertrug dem klagenden Unternehmer die Rohbauarbeiten für den Bau eines Büros mit Lagerhalle. Vertraglich war die Geltung der VOB/B vereinbart. Im Oktober 2008 ist die Werkleistung der Klägerin unter Vorbehalt verschiedener Mängel abgenommen worden. Der Unternehmer verlangt nun Werklohn in Höhe von 187.803,02 € vom Bauherrn. Erstmals im November 2013 in der Berufungsinstanz - und damit nach Ablauf der Gewährleistungsfrist - rügt der Bauherr, dass sich das vom Unternehmer verlegte Pflaster gewölbt habe. Der Bauherr leitet aus diesem Mangel ein Leistungsverweigerungsrecht ab.

Das Berufungsgericht sah das Mangelrecht des Bauherrn als verjährt an, weil der Bauherr den Mangel nicht bei Abnahme vorbehalten und auch

nicht in unverjährter Zeit geltend gemacht hat.

Nicht so der BGH: „der Besteller kann wegen eines Mangels der Werkleistung ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Unternehmer nach Eintritt der Verjährung der Mängelansprüche gemäß § 215 BGB geltend machen, wenn der Mangel bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist in Erscheinung getreten ist und ein darauf gestütztes Leistungsverweigerungsrecht in nicht verjährtter Zeit geltend gemacht werden konnte. Nicht erforderlich ist, dass der Besteller das Leistungsverweigerungsrecht bereits vor Eintritt der Verjährung geltend gemacht hat.“

215 BGB liegt nach Ansicht des BGH die Überlegung des Gesetzgebers zugrunde, dass ein Schuldner, dem ein Gegenanspruch zusteht, kraft dessen er die Inanspruchnahme durch den Gläubiger erfolgreich abwehren kann, sich als hinreichend gesichert ansehen darf und durch die Verjährungsregeln nicht zur frühzeitigen Durchsetzung seiner Forderung im Wege der Aufrechnung oder Klageerhebung gedrängt werden soll. Als hinreichend gesichert dürfe sich ein Schuldner aber bereits dann ansehen, wenn der Mangel in unverjährter Zeit in Erscheinung getreten sei und ein darauf gestütztes Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht werden konnte. Der Besteller sei nach dem Wortlaut des § 215 BGB nicht gezwungen, ein ihm zustehendes Leistungsverweigerungsrecht vor Ablauf der Verjährungsfrist auch tatsächlich geltend zu machen, um sich dieses Recht zu erhalten. Ein hiermit in Einklang stehendes Verhalten des Schuldners könne deshalb auch nicht als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben bewertet werden. ■

### Dr. Christoph Halfmann

Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Bau- und Architektenrecht, Oldenburg

## Die gesetzlichen Spielregeln für Fristsetzungen zur Mangelbeseitigung

**OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.01.2016 – 5 U 49/15**

Obleich es für alle am Bau Tätigen zum „kleinen Einmaleins“ gehören sollte, zeigen sich beim Umgang mit Mängelrügen nicht selten Fehler, die teils weitreichende Auswirkungen haben und die zudem einfach vermeidbar wären. Nach der gesetzlichen Regelung stehen dem Auftraggeber nach Abnahme die sogenannten sekundären Mängelrechte (Selbstvornahme, Minderung, Schadensersatz und Rücktritt) nur zu, sofern er dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Nachbesserung gesetzt hat oder eine Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich gewesen ist. Ist die Nachbesserungsfrist abgelaufen, ohne dass der Auftragnehmer zumindest versucht hat, den Mangel zu beseitigen, steht ihm kein Nachbesserungsrecht mehr zu; er ist auf das Wohlwollen des Auftragnehmers angewiesen, ob ihn dieser dennoch Nachbesserungsarbeiten verrichten lässt. Mit einigen Fragen der Fristsetzung und zur Untersuchung des Werks auf Mängel durch den Auftragnehmer beschäftigen sich eine Reihe obergerichtlicher Entscheidungen und des Bundesgerichtshofs aus letzter Zeit, die häufige Fehler auf Auftraggeber- und Auftragnehmerseite deutlich machen.

Zwar sind die meisten Entscheidungen zum Kaufrecht und nicht zum Bau- bzw. Werkvertragsrecht ergangen, sie sind für das Baurecht aber ebenso beachtlich. Zum einen ist die gesetzliche Regelung für Minderung, Schadensersatz und Rücktritt identisch, denn sowohl § 440 BGB, als auch § 636 BGB verweisen auf das identische allgemeine Leistungsstörungenrecht (§§ 323 und 326 Abs. 5 BGB) und § 441 Abs. 1 BGB und § 638 Abs. 1 sind ebenso identisch. Bei der Selbstvornahme der Mangelbeseitigung, die nur das Werkvertragsrecht kennt, bedarf es nach § 637 BGB ebenso einer Fristsetzung und Abs. 2 der Norm verweist für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung ebenfalls auf § 323 Abs. 2 BGB. Zum

anderen ist in den Fällen des § 651 BGB für die Lieferung einer neu herzustellenden beweglichen Sache ebenfalls Kaufrecht anzuwenden. Auch das Kaufrecht kennt eine Montageverpflichtung und so liegt ein Mangel der Kaufsache nach § 434 Abs. 2 S. 1 BGB bei fehlerhafter, vereinbarter Montage durch den Verkäufer vor. Überwiegt die vertragliche Lieferungsverpflichtung gegenüber der Montagepflicht, ist der Vertrag nach Kaufrecht zu beurteilen. Insoweit muss man an Lieferung und Einbau z. B. von Türen und selbst Fenstern denken, wobei jeder Einzelfall differenziert beachtet werden muss, wie die Fälle der Lieferung und Installation einer Aufdach-Photovoltaikanlage zeigen (s. dazu: MANDATEN INFO JUNI/JULI 2015 S. 2 ff.). Diese kaum gefestigten und häufig unklaren Abgrenzungsfragen zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht lohnen es, an anderer Stelle vertieft zu werden, Hier gilt es, die identischen Fragen der Fristsetzung zu beleuchten.

In dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall setzte der Käufer dem Verkäufer eine Frist zur Bestätigung, dass der Verkäufer den gekauften Pkw wegen näher beschriebener Mängel des Fahrzeugs zurücknimmt und gegen Zahlung einer Entschädigung für die gefahrenen km ein Neufahrzeug liefert. Daraufhin bat der Verkäufer um einen Termin für die Besichtigung des Pkw und der gerügten Mängel. Der Käufer reagierte darauf nicht, sondern trat vom Kaufvertrag zurück. Das OLG hielt den Rücktritt für unwirksam, weil der Käufer dem Verkäufer keine hinreichende Frist zur Nachbesserung gesetzt und diesem nicht die Prüfung der Mängel ermöglicht habe.

Für die gesetzlich erforderliche Fristsetzung zur Mangelbeseitigung reicht es nicht aus, lediglich einen oder mehrere Mängel zu benennen (OLG München, Urteil vom 13.03.2002, 9 U 2658/11 Bau – Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch BGH, Beschluss vom 07.11.2013, VII ZR 96/12). Der Käufer muss den Verkäufer vielmehr unmissverständlich auffordern, den nach seinem äußeren Erscheinungsbild (Symptomtheorie) gerügten Mangel zu beseitigen, und dabei ebenso hinreichend deutlich machen, dass dem Verkäufer kein beliebiger Zeitraum zur Verfügung steht. Alleine eine Frist zu setzen, innerhalb derer der Verkäufer seine Bereitschaft zur Nacherfüllung (sei es durch Nachbesserung oder

Neulieferung) erklären soll, ist daher wie im vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall nicht ausreichend.

Für die Fristsetzung ist jedoch nicht erforderlich, dass der Käufer eine Zeitspanne oder ein Enddatum für die Mangelbeseitigung angibt. Alleine das deutliche Verlangen nach einer schnellen Mangelbeseitigung ist ausreichend (BGH, Urteil vom 13.07.2016, VIII ZR 49/15). Damit bestätigt der für das Kaufrecht zuständige Senat des Bundesgerichtshofs seine bisherige Rechtsprechung, wonach ein Verlangen zur sofortigen, umgehenden oder unverzüglichen Mangelbeseitigung ausreichend ist (Urteil vom 18.03.2015, VIII ZR 176/14 und Beschluss vom 12.08.2009, VIII ZR 254/08).

Ferner muss der Käufer dem Verkäufer auch die Ware zur Untersuchung der gerügten Mängel und auch zur eigentlichen Mangelbeseitigung zur Verfügung stellen, was aber alleine den Zugang zur Kaufsache beinhaltet. Der Käufer muss die Möglichkeit zur Überprüfung nicht selbst anbieten, wie die angeführte Entscheidung des OLG Düsseldorf nochmals bestätigt (ebenso: OLG München, Urteil vom 10.08.2016, 20 U 1332/16). Auf Verlangen des Verkäufers muss er jedoch die Ware zugänglich machen und zwar dort, wo sie sich nach dem Vertrag bestimmungsgemäß befindet (so auch BGH, Urteil vom 10.03.2010, VIII ZR 310/08).

Wegen der Gleichartigkeit der rechtlichen Regelungen sind die Begriffe „Käufer“ und „Auftraggeber“ bzw. „Verkäufer“ und „Auftragnehmer“ hier auswechselbar. Für den Auftraggeber bedeuten die Gerichtsentscheidungen, dass er sein Verlangen zur Mangelbeseitigung deutlich zum Ausdruck bringen muss. Diese Deutlichkeit ist immer gegeben, wenn ein Zeitraum oder ein Enddatum für die Nachbesserung benannt werden. Dazu ist immer anzuraten, um sich nicht auf Diskussionen mit dem Vertragspartner einlassen zu müssen. Ist die Frist zu knapp bemessen, verlängert sie sich automatisch auf denjenigen Zeitraum, der zur Nachbesserung tatsächlich erforderlich ist. Die datumsmäßige Frist sollte also lieber länger als kürzer bemessen sein, bevor die weiteren Mängelrechte tatsächlich geltend gemacht werden, z.B. eine Selbstvornahme durchgeführt wird. Dies insbesondere falls Lie-

ferfristen für vom Auftragnehmer zu bestellende Materialien zu berücksichtigen sind.

Ferner muss der Auftraggeber jeden Mangel so hinreichend deutlich rügen, dass der Auftragnehmer jedenfalls bei einer Untersuchung vor Ort auch beurteilen kann, worum es sich bei der geforderten Nachbesserung handelt. Diese Untersuchung muss der Auftraggeber nicht aktiv anbieten, hat einem Untersuchungsverlangen des Auftragnehmers jedoch Folge zu leisten.

Ein Auftragnehmer ist immer gut beraten, wenn er Mängelrügen ernst nimmt und sein Werk vor Ort überprüft. Um die Prüfung muss er sich aktiv selbst und vor allem rechtzeitig kümmern, damit in einer angemessenen Nachbesserungsfrist die Mängel dann auch tatsächlich noch beseitigt werden können. Dies ist insbesondere bei Nachunternehmereinsatz wichtig, denn die arbeitsteilige Herstellung des Unternehmerwerks ist nicht Sache des Auftraggebers, der darauf bei der Bemessung der Fristsetzung keine besondere Rücksicht zu nehmen hat. Zudem muss ein Auftragnehmer beherzigen, dass eine Fristsetzung im Sinne des Gesetzes bereits in einem ernsthaften Nachbesserungsverlangen mit deutlich gemachter zeitlicher Dringlichkeit liegt. Nur dass in der Aufforderung des Auftraggebers kein Datum oder kein Zeitraum benannt ist, führt nicht zur Unwirksamkeit der Fristsetzung.

Haben die Vertragsparteien die Bestimmungen der VOB/B vertraglich vereinbart, ist die Situation keine andere. Die in § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B angeführte Fristsetzung ist bereits sprachlich nahezu mit der gesetzlichen Regelungen identisch und entspricht ihr auch inhaltlich (so bereits OLG Hamm, Urteil vom 16.10.1992, 12 U 178/91). ■

### Dr. Christian Biernoth

Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Bau- und Architektenrecht, Oldenburg



## Weiterhin: Keine Verjährungsverkürzung für Mängelrechte nach Abschluss der Objektüberwachung ohne ausdrückliche Teilabnahme bei „Vollarchitektur“

**BGH, Urteil vom 08.09.2016 – VII ZR 168/15**

Schuldet ein Planer seinem Bauherrn neben der Planung des Bauwerks und der Überwachung während der Errichtung auch die nachfolgende Objektbetreuung (in den Leistungsbildern der HOAI die Leistungsphase 9), hat er seine Leistungen zwangsläufig erst mit Abschluss der Objektbetreuung vollständig erbracht. Erst dann sind seine gesamten Planungsleistungen von der ersten Grundlagenermittlung über die Genehmigungs- und Ausführungsplanung und die Überwachung der Bauausführung abnahmefähig (BGH, BauR 1994, S. 392). Die Abnahme ist nach § 634a Abs. 2 BGB die Voraussetzung für den Fristbeginn. Die gesetzlichen Verjährungsfristen für Mängelrechte des Bauherrn sowohl gegenüber den ausführenden Unternehmen als auch gegenüber dem Planer von jeweils 5 Jahren vorausgesetzt, endet die Mängelhaftung des Planers also erst frühestens 10 Jahre nach Abnahme der Unternehmerleistungen durch den Bauherren. Zeigen sich zu einem solch späten Zeitpunkt vor Ablauf dieser mindestens 10 Jahre Mängel am errichteten Objekt, was nicht selten vorkommt, steht der Planer – mit seinem Versicherer – erst einmal alleine auf weiter Feld und Flur, denn gegenüber den Unternehmern ist die Verjährungsfrist bereits abgelaufen. Haften Planer und Unternehmer gesamtschuldnerisch für einen Baumangel, wie es regelmäßig der Fall ist, besteht zwar auch dann noch der interne Gesamtschuldnerausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB. Erst einmal jedoch ist der Planer gegenüber dem Bauherrn alleine zur Zahlung verpflichtet und zwar unabhängig, ob der Mangel durch Nachbesserung beseitigt werden kann oder nicht.

Eine fehlerhafte Planung oder Bauüberwachung, durch die sich ein Mangel im Bauobjekt verkörpert hat, kann als solche nicht mehr nachgebessert werden, dadurch verschwindet der Mangel nicht. Der Planer kann also erst nach Zahlung von Schadensersatz an den Bauherren seinerseits versuchen, Regress beim Unternehmer zu nehmen. Das birgt nicht nur die eine oder andere rechtliche Schwierigkeit, sondern setzt vor allem einen noch existenten und auch solventen Unternehmer voraus.

Wegen dieser zwar für den Bauherren günstigen Lage - häufig sein letzter Rettungsanker - bei sich spät zeigenden Baumängeln, hat der Planer ein virulentes und aus seiner Sicht auch nachvollziehbares Interesse, für seine Leistungen vor und während der Errichtung eines Gebäudes zumindest in etwa nur ebenso lange für Mängel zu haften, wie die ausführenden Unternehmer. Von Planern formulierte Verträge über ihre Leistungen enthalten oftmals Regelungen, die einen derartigen ungefähren Gleichlauf der Mängelhaftung erreichen sollen. Verbreitet ist die Vertragsklausel, wonach die Verjährungsfrist für Mängelrechte gegenüber dem Planer zu laufen beginnen soll, sobald der Bauherr die Unternehmerleistungen abgenommen oder das errichtete Objekt in Gebrauch genommen hat. Nur für die nachfolgende Objektbetreuung während der Gewährleistungszeit der Unternehmer möchte der Planer dann weiter einer eigenständigen, längeren Haftung ausgesetzt sein.

Dies wollte auch ein Planer derart regeln, der vom später klagenden Bauherrn im Oktober 2002 als Generalplaner mit Objektplanung, Tragwerksplanung, den bauphysikalischen Nachweisen und Planung der Technischen Ausrüstung für den Umbau und die Erweiterung eines Alten- und Pflegeheims beauftragt wurde. Zumindest für die Planung der Technischen Ausrüstung waren die Grundleistungen entsprechend den Leistungsphasen 1 bis einschließlich 9 des Leistungsbildes nach § 73 HOAI a.F. zu erbringen. In dem vom beklagten Planer gestellten Vertrag war zur Verjährung von Mängelrechten deshalb formuliert: *„Die Verjährung beginnt mit der Abnahme der letzten nach diesem Vertrag zu erbringenden Leistung, ausgenommen ist hier ausdrücklich die LP 9 (Objektbetreuung und Dokumentation), bzw. nach Ingebrauchnahme des Gesamtobjektes.“*

Ende November bis Anfang Dezember 2003 wurde der umgebaute und neu errichtete Bereich bezogen und vom Kläger offiziell in Gebrauch genommen. Die Unternahmergewerke nahm der Kläger am 20.07.2004 ab und bezahlte die Schlussrechnung des Beklagten vier Tage später. Im Januar 2010 beantragte der Bauherr u.a. gegen den Beklagten die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens, das Mängel an der Lüftungsanlage und den elektrischen Einrichtungen ergab. Nachdem das Beweisverfahren im August 2012 abgeschlossen war, erhob der Bauherr Anfang Januar 2014 Klage gegen den Planer auf Schadensersatz wegen dieser Mängel. Der beklagte Planer berief sich auf Verjährung.

Hätte die Verjährung gegenüber dem Planer mit Ingebrauchnahme des Objekts durch den Bauherrn bereits begonnen, wäre sie im Dezember 2008 abgelaufen, also gut ein Jahr bevor das selbständige Beweisverfahren zur Verjährungshemmung hätte führen können. Begann die Verjährung jedoch erst nach Vollendung sämtlicher Leistungen einschließlich der Objektbetreuung ab Dezember 2008, hätte das selbständige Beweisverfahren bis Anfang Februar 2013 zur Hemmung geführt. Von der fünfjährigen Verjährungsfrist wären dann erst rd. zwei Jahre abgelaufen und damit wäre die Klage noch in unverjährter Zeit erhoben worden, was dann ja zur weiteren Hemmung führte. Es kam also darauf an, ob die vom Planer formulierte Regelung zur Verjährung wirksam war oder nicht.

Der Bundesgerichtshof (BGH) bestätigt in seiner Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung und erteilt der Vertragsklausel eine klare Absage – sie ist nach § 309 Nr. 8 b) ff) BGB oder nach § 307 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam (welche der beiden Normen einschlägig ist, hängt davon ab, ob es sich beim Bauherrn um einen Verbraucher handelt oder nicht, was im entschiedenen Fall nicht völlig auf der Hand lag; inhaltlich ergibt sich daraus keine Abweichung).

Zunächst einmal handle es sich bei der Vertragsklausel um eine allgemeine Geschäftsbedingung (AGB). Dafür muss eine Vertragsregelung für eine Vielzahl von Anwendungsfällen vorformuliert und von einer Vertragspartei der anderen gestellt sein. Die Vorformulierung und die Absicht zur Mehrfachverwendung entnimmt

der BGH der allgemeinen und abstrakten Formulierung der Vertragsregelung. Daher bestehe ein vom Verwender der Klausel zu widerlegenden Anschein, dass es sich dabei um eine AGB handle. Diese Entscheidung zeigt erneut, dass es in der Praxis kaum Individualverträge gibt, denn in aller Regel bedienen sich die Parteien (gerade auch Planer) Vertragsmustern oder jedenfalls abstrakter Regelungen, die sie aus bei anderen Projekten verwendeter Verträgen entnehmen. Im zu entscheidenden Fall war auch klar, dass der gesamte Vertrag vom Planer stammt und dem Bauherrn vorgegeben wurde.

Die Klausel war daher einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB zu unterziehen, der sie nicht standhielt. In § 309 Nr. 8 b) ff) BGB ist geregelt, dass eine Vertragsklausel ohne Möglichkeit einer weiteren Interessenabwägung unwirksam ist, wenn sie die Verjährung von Rechten wegen Bau- oder Planungsmängeln erleichtert. Liegt ein einheitlicher Planungsvertrag unter Einschluss der Leistungsphase 9 vor, kann die Verjährung nicht vor Erbringung und Abnahme der Leistungen der Objektbetreuung beginnen (s.o.). Soll vertraglich die Verjährung dennoch bereits nach den Leistungen der Objektüberwachung für alle zuvor erbrachten Planungsleistungen beginnen, stellt dies eine Verkürzung der Verjährungsfrist und damit eine unzulässige Erleichterung der Verjährung dar.

Anders wäre es, sofern die Leistungen bis zur Objektüberwachung vom Bauherrn (teil-)abgenommen worden wären. Dann läge ja eine Abnahme vor, an die der Beginn der Verjährungsfrist gesetzlich geknüpft ist. Die vom Planer gestellte Klausel war also weitergehend daraufhin zu überprüfen, ob sie eine Teilabnahme beinhaltet. Auch dies verneint der BGH mit klaren Worten und bestätigt seine bisherige Rechtsprechung (BauR 2006, S. 1332): Eine Teilabnahme sei in der Formulierung nicht enthalten, sie bestimme alleine die Vorverlegung der Verjährungsfrist der bis zur Objektbetreuung erbrachten Leistungen.

Will ein Planer vertraglich erreichen, dass er für alle Leistungen bis zur Objektbetreuung nicht fünf Jahre nach Abschluss der Objektbetreuung noch der Mängelhaftung unterliegt, bleiben ihm weiterhin nur zwei gangbare Wege:

Der erste und sicherste besteht in einer ausdrücklichen Vereinbarung einer Teilabnahme, wobei klarstellend hervorgehoben werden sollte, dass mit dieser Teilabnahme auch für diese Leistung die Verjährung zu laufen beginnt. Die Teilabnahme muss dann – wie jede Abnahme – aber auch durchgeführt werden und zwar aus Beweisgründen möglichst schriftlich. Verweigert der Bauherr unberechtigt die Abnahme, hat zumindest das Abnahmeverlangen schriftlich dokumentiert sein. Wegen § 640 Abs. 1 S. 3 BGB sollte das Abnahmeverlangen mit einer Fristsetzung verbunden sein.

Der zweite Weg wäre, die Objektbetreuung durch gesonderten Vertrag mit dem Bauherrn zu vereinbaren. Hierbei muss man jedoch beachten, dass alleine die Trennung in zwei Schriftstücke einen ansonsten einheitlichen Vertrag nicht zwingend aufzuspalten vermag. Daher sollte im ersten Vertrag über die Leistungen bis zur Leistungsphase 8 bereits ausdrücklich erwähnt sein, dass über die Objektbetreuung ein eigenständiger Vertrag geschlossen wird und für den Verjährungsbeginn sollte im ersten Vertrag eine klare Anknüpfung geregelt sein, z. B. der Abschluss der Rechnungsprüfung und die Überwachung der Beseitigung der (Abnahme-)Protokollmängel durch die Unternehmer. Enthielte der Vertrag nämlich die allgemeine Formulierung, wonach die Verjährung mit Erbringung aller vertraglich geschuldeter Leistungen beginnt, könnte wiederum fraglich sein, ob dazu nicht auch die Leistungen der Objektbetreuung aus dem gesonderten Vertrag zählen.

Ist eine (wirksame) Regelung über eine Teilabnahme nach der Objektüberwachung nicht zustande gekommen, muss für den Planer noch nicht aller Tage Abend sein. Eine rein freiwillige Teilabnahme der bis dahin erbrachten Planungsleistungen durch den Bauherren ist dennoch möglich, nur hat der Planer darauf eben keinen rechtlichen Anspruch. Ist also die Abwicklung des Bauvorhabens bis zur Fertigstellung der Bauleistung zur Zufriedenheit des Bauherrn erfolgt, kann durchaus eine realistische Chance bestehen, dass der Planer mit dem dann rein „moralischen“ Argument Gehör findet, auch er habe seine Leistungen bis dato ordentlich erbracht und die Objektbetreuung habe mit der Errichtung des Baus weniger zu tun, als die bisherigen Planungs-

leistungen, so dass es fair wäre, eine Teilabnahme durchzuführen.

Für einen Bauherren folgt aus der Entscheidung des BGH, dass er Klauseln über den Verjährungsbeginn für Mängelhaftung in von Planern gestellten Verträgen weiterhin eingehend prüfen muss. Enthält die Klausel keine eindeutige und unmissverständliche Vereinbarung einer Teilabnahme nach Abschluss der Objektüberwachung, ist und bleibt sie unwirksam und hat für den Bauherren letztlich keine Bedeutung. Tritt ein Planer dennoch mit dem Wunsch, eine freiwillige Teilabnahme nach Leistungsphase 8 zu erhalten an den Bauherren heran, muss dieser sich sehr genau überlegen, ob er den enormen Vorteil einer langjährigen Haftung des Planers selbst für frühzeitige Mängel dessen Werks tatsächlich aufgeben will. Anzuraten ist ihm das nicht, denn die Praxis zeigt, dass sich Baumängel nicht selten nach Ablauf der Mängelhaftung der ausführenden Unternehmen zeigen. Es bleibt dem Bauherrn dann alleine, über einen Planungs- oder Bauüberwachungsfehler – der natürlich auch vorliegen muss – noch den Planer in Anspruch nehmen zu können. ■

### Dr. Christian Biernoth

Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Bau- und Architektenrecht, Oldenburg

## Kostenvorschuss vor Abnahme – weiterhin (un)geklärt

**BGH, Urteil vom 25.02.2016 - VII ZR 49/15**

Die Problematik ist jedem am Bau Beteiligten bekannt: Während der Bauausführung bei der naturgemäß noch nicht fertig gestellten Leistung zeigen sich Fehler oder Unvollkommenheiten, die hier im Folgenden zur Vereinfachung als Mängel bezeichnet werden. Der Bauherr steht vor der Situation, ob er sehenden Auges die ggf. schweren oder im Nachhinein nur noch mit sehr erheblichem zeitlichen und kostenträchtigen Aufwand zu beseitigenden Mängel jedenfalls solange hinnehmen muss, bis das Bauwerk an sich fertig gestellt ist, um dann wegen der Mängel die Abnahme verweigern zu müssen. Er hat daher ein Interesse, zu diesem Zeitpunkt in das Baugeschehen eingreifen und z.B. nach fruchtloser Fristsetzung zur Mangelbeseitigung gegenüber dem Unternehmer einen Dritten mit der Mangelbeseitigung auf Kosten des Unternehmers beauftragen zu können, ohne eine Kündigung (womöglich sogar des gesamten Bauvertrages) aussprechen zu müssen. Für den Unternehmer wären derartige Eingriffsbefugnisse des Bauherrn misslich, weil dann Drittunternehmen auf „seinem“ Bau erscheinen und während der Errichtung des Baus die jeweiligen Leistungsbe- reiche abgegrenzt, jedenfalls koordiniert werden müssen. Außerdem könnten dadurch seine eigenen Dispositionen über Art und auch Zeit der einzelnen Leistungsschritte durchkreuzt werden. Ferner stellen sich etliche Folgefragen des Verhältnisses der Unternehmerleistung zu derjenigen des Drittunternehmers, z.B. hinsichtlich der Gefahrtragung, Mängelhaftung oder Hinweis- pflichten.

Die Praxis zeigt, dass es durchaus einige Fallgestaltungen gibt, bei denen ein anerkanntes Bedürfnis des Bauherrn besteht, das ihm erst nach Abnahme zustehende Mängelrecht bereits vor Abnahme der Bauleistung ausüben zu können, vor allem falls der Unternehmer aus Sicht des Bauherrn nicht hinreichend leistungswillig oder leistungsfähig bei der Mangelbeseitigung ist. Dabei spielt die – kostenträchtige – Bauzeit eine

wesentliche Rolle. Verweist man den Bauherrn auf eine Beendigung des Bauvertrages durch Rücktritt oder Kündigung, muss sich die Beendigung in aller Regel auf den gesamten Vertrag erstrecken. Ein „Herauskündigen“ der Mangelbeseitigung ist nicht möglich, wie vor einiger Zeit das OLG Koblenz (6 U 965/12 vom 24.08.2013, Nichtzulassungsbeschwerde durch den BGH zurückgewiesen) wieder einmal bei Geltung der Bestimmungen der VOB/B ausgeurteilt hat: Es müsste nämlich dafür ein in sich abgeschlossener Teil der Gesamtleistung vorliegen, woran es immer bei einzelnen Mängeln an Leistungsteilen eines Gewerks fehlt. Der Bauherr müsste also bei Mängeln den gesamten Vertrag kündigen und die verbliebene Restleistung einschließlich der Nachbesserungsarbeiten neu vergeben mit dem damit verbundenen ggf. beträchtlichen Zeitaufwand. Das ist eine Problematik, die sich ebenso bei der Kündigung nach § 4 Abs. 7 VOB/B stellt. Es ist also deutlich angenehmer und eleganter für den Bauherrn, einzig die Mangelbeseitigung in Selbstvornahme – sogar mit einem Anspruch auf Kostenvorschussanspruch, den er nur grob beziffern muss - durchzuführen, ohne den Vertrag im Übrigen beenden zu müssen.

Die rechtliche Problematik besteht nun aber darin, dass das Recht zur Selbstvornahme nach § 637 BGB ein Mangelrecht ist, das dem Bauherrn erst nach Abnahme zusteht, während er vor Abnahme einzig die allgemeinen Leistungsstörungsrechte des Rücktritts und des Schadensersatzes geltend machen kann. Diese Zäsur findet ihren Grund in der punktuellen Verpflichtung des Unternehmers, zum Zeitpunkt der Abnahme ein mangelfreies Werk – den Werkerfolg - abzuliefern, während alle Leistungen bis dahin als Vorbereitungshandlungen angesehen werden. Der Bundesgerichtshof betont daher auch in seiner Entscheidung vom 25.02.2016, im Grundsatz bestimme die Abnahme den maßgebenden Zeitpunkt, ab dem der Bauherr Mängelrechte geltend machen könne (so auch im Urteil vom 06.06.2013 - VII ZR 355/12). Inhaltlich entschieden hat der Bundesgerichtshof leider jedoch erneut nicht, unter welchen Voraussetzungen abweichend von diesem Grundsatz Mängelrechte vor Abnahme geltend gemacht werden können (weil es für das Urteil darauf nicht an kam).



Gelegenheit dazu hätte ein Urteil des OLG Celle vom 11.05.2016 (7 U 164/15) gegeben, denn wegen dieser Frage hatte das OLG ausdrücklich die Revision zugelassen. Inhaltlich ging es darum, dass der Unternehmer einen Wintergarten mit etlichen Mängeln errichtet hatte. Der Bauherr verweigerte daher die Abnahme und auch die Zahlung restlicher Vergütung von gut 16.000 €, die der Unternehmer einklagte. Widerklagend machte der Bauherr einen Kostenvorschuss für die Mangelbeseitigung in Selbstvornahme von 9.000 € geltend, betonte jedoch – offensichtlich gut anwaltlich beraten –, ihm sei nicht an einem Geldbetrag, sondern vornehmlich an einem mangelfreien Wintergarten gelegen. Der erstinstanzlich beauftragte Sachverständige ermittelte einen Mangelbeseitigungsaufwand von gut 24.000 €.

Mit der Vorinstanz wies der 7. Senat des OLG Celle die Klage ab, weil der Vergütungsanspruch mangels Abnahme nicht fällig sei und die vorhandenen Mängel die Verweigerung durch den Bauherrn rechtfertigten. Die Abnahme sei auch nicht entbehrlich, denn der Bauherr wünsche weiterhin Erfüllung. Daran ändere auch der widerklagend geltend gemachte Vorschussanspruch nichts. Selbst obgleich sich dann der Vergütungsanspruch und der Vorschussanspruch als beide auf Geld gerichtete Ansprüche gegenüberstünden, fordere der beklagte Bauherr weiterhin Erfüllung, nun eben durch einen Dritten im Wege der Selbstvornahme. Ein reines Abrechnungsverhältnis bestehe jedoch nur, sofern der Bauherr statt der Erfüllung Schadensersatz oder Minderung verlange (BGH, Urteil vom 10.10.2002 - VII ZR 315/01) oder vom Vertrag zurückgetreten sei.

Demgegenüber hatte der 16. Senat des OLG Celle in seiner Entscheidung vom 03.03.2016 (16 U 129/15) unter Hinweis auf die vorgenannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.10.2002 ausgeführt, es komme für den Kostenvorschuss auf die Frage einer Abnahme nicht an, weil sich der Bauvertrag alleine durch das auf Geld gerichtete Vorschussbegehren in einem Abrechnungsstadium befinde. Diese Argumentation stellt jedoch einen unzulässigen Zirkelschluss dar, denn sie bedeutet verkürzt: Weil der Bauherr eine Selbstvornahme durchführen möchte, kommt es auf die Abnahme wegen des Abrechnungsverhältnisses nicht an und damit besteht das Recht zur Selbstvornahme. Der Gesichts-

punkt eines Abrechnungsverhältnisses ist für die Frage, ob Mängelrechte vor Abnahme bestehen, ohnehin nicht von Bedeutung, denn es kann ja erst entstehen, sofern der Bauherr berechtigt sekundäre Mängelrechte geltend macht. Auch ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.10.2002 dafür nicht ergiebig, denn dort ging es alleine darum, dass der Werklohn auch ohne Abnahme fällig wird, falls der Bauherr keine Erfüllung mehr wünscht. Ob dem Bauherrn seinerseits Rechte zustehen, ist damit nicht im Ansatz entschieden.

Dogmatisch zutreffend, wenn auch auf den ersten unbefangenen Blick etwas merkwürdig, ist die Bewertung des 7. Senats des OLG Celle, durch das Vorschussbegehren wünsche der Bauherr weiterhin Vertragserfüllung, wenn eben auch nicht durch den Unternehmer. Das Recht zur Selbstvornahme und auch der Vorschussanspruch ersetzen nun einmal den Nacherfüllungsanspruch nicht, sondern stehen so lange neben ihm, bis der Mangel beseitigt ist. Verlangt der Bauherr nach Erhalt des Vorschusses doch noch Nachbesserung, muss er jedoch den Vorschuss Zug um Zug gegen Mangelbeseitigung zurückzahlen.

Beide Senate des OLG Celle haben den (wider) klagenden Bauherren einen Kostenvorschuss vor Abnahme zugebilligt. Zu entscheiden waren jeweils die identischen Fallgestaltungen:

- es liegen wesentliche Mängel vor, die den Bauherrn zur Verweigerung der Abnahme berechtigen,
- der Unternehmer ist der Auffassung, sein Werk sei fertig gestellt und
- der Unternehmer nimmt die Mängel in Abrede und ist nicht bereit, weitere Arbeiten auszuführen.

In dieser Konstellation ist man sich in der obergerichtlichen Rechtsprechung (z.B. OLG Stuttgart 4 U 144/14 vom 25.02.2015; OLG Hamm 24 U 41/14 vom 19.08.2014; OLG Köln 11 U 146/12 vom 12.11.2012) und Literatur (s. Voit, BauR 2011, S. 1063, 1072 f.) einig, dass Mängelrechte, vor allem der Vorschussanspruch, vor Abnahme geltend gemacht werden können. Das kann damit für die Praxis durchaus als geklärt betrachtet werden, auch wenn der Bundesgerichtshof diese Frage bislang stets offen gelassen hat. Da die zu-

gelassene Revision gegen die Entscheidung des OLG Celle – soweit ersichtlich – nicht eingelegt wurde, wird es dabei auch erst einmal bleiben.

Für den Bauherrn, der sein Erfüllungsverlangen neben dem begehrten Kostenvorschuss betonen sollte, bedeutet dies eine wesentliche Erleichterung, wobei etliche besonders kritische Konstellationen (z.B. grober Mangel beim Rohbau und weit entfernt liegender Fertigstellungszeitpunkt der Gesamtbaumaßnahme) leider noch ungeklärt sind. Gleich welche Rechte dem Bauherrn bei Mängeln vor Abnahme zustehen, liegen die Schwierigkeiten ohnehin häufig in den tatsächlichen Umständen. Wie man es bei Mängelrügen nach Kündigung nur zu gut kennt, wird ein schlauer Unternehmer auf Mängelrügen hin stets betonen, es handle sich nur um eine teilfertige Leistung und nicht um einen Mangel, er hätte alles noch bis zum Abnahmezeitpunkt in Ordnung gebracht. Hier liegt die Tücke im Detail und eine gute Dokumentation der Baustelle und Beweissicherung sind wieder einmal geboten.

An den Unternehmer muss in diesem Zusammenhang der immer gute Rat gerichtet werden, Mängelrügen ernst zu nehmen und vorhandene Mängel abzustellen. Zur Absicherung seines Vorleistungsrisikos steht ihm (außer bei Verträgen mit „Häuslebauern“ und der öffentlichen Hand) das oft vernachlässigte Mittel der Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB zur Verfügung. ■

### Dr. Christian Biernoth

Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Bau- und Architektenrecht, Oldenburg

## Haftung des Bauherrn für Mängel am Werk des Unternehmers – Freigabe und Lieferung von Planungsleistungen

**OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.04.2016 - 8 U 174/14**

**OLG Celle - Urteil vom 02.12.2015, 7 U 75/15**

Jeder Bauherr oder sonstige Besteller eines (Bau-)Werks hat aus dem Werkvertrag einen Anspruch auf Verschaffung eines mangelfreien Werks. Das vereinbarte Werk mangelfrei herzustellen, ist Hauptpflicht des Unternehmers. Auf den ersten Blick scheint dieser Grundsatz eindeutig. Dennoch kann der Besteller eines Werkes für das Entstehen von Mängeln unter Umständen mitverantwortlich sein. Das leuchtet in Fällen ein, in denen die Vertragsparteien gemeinsam an der Herstellung des Werkes beteiligt sind. Insbesondere die Abstimmung von Bauplänen führt immer wieder zu Differenzen zwischen den Vertragspartnern.

Grundsätzlich liegt die Verantwortung für die Herstellung eines mangelfreien Werkes beim Unternehmer. Seine Aufgabe ist es, das vereinbarte Werk herzustellen. Die dazu erforderlichen Überlegungen hat er anzustellen. Natürlich hat der Bauherr bei Auftragserteilung in der Regel nicht nur die spätere Funktion im Auge, die das von ihm bestellte Werk erfüllen soll. Oft werden Ausführungsdetails vertraglich vereinbart oder individuelle Anforderungen an das Werk sollen erfüllt werden. Der Bauherr hat also ein Interesse daran, ein Werk nach seinen Wünschen zu erhalten. Schließlich bezahlt er für das Werk. Auf der anderen Seite hat der Unternehmer, das ist ebenso verständlich, ein Interesse daran, sein Risiko ein mangelhaftes Werk zu liefern zu minimieren. Das führt oft zu einem regen Austausch diverser Planungsstände zwischen den Parteien. Der

Unternehmer erhofft sich davon unter anderem, dass der Bauherr ihm mitteilt, wenn er sich ein anderes Werk als geschuldet vorstellt, als es der Unternehmer geplant hat. Der Bauherr möchte sicherstellen, dass er auch erhält, was er bestellt hat oder sich von dem Werk verspricht. Zunächst erscheint der Austausch von Ausführungsdetails für beide Seiten günstig, schließlich wird auf diese Weise abgestimmt, was der Unternehmer erdulden soll und der Besteller erwartet.

Zu Konflikten führt die Beteiligung beider Parteien an der Planung des Werkes, wenn das Werk mangelhaft hergestellt wird. Nachvollziehbar berufen sich Unternehmer darauf, es sei nach der abgestimmten Planung gearbeitet worden. Das Werk entspreche also dem vereinbarten Leistungsoll, ein Mangel liege nicht vor. Der Unternehmer habe die Mängel zumindest nicht zu vertreten. Jedenfalls letzteres greift zu kurz, weil im Werkvertragsrecht der funktionale Mangelbegriff gilt. Das Werk ist auch dann mangelbehaftet, wenn es zwar wie zwischen den Parteien abgestimmt hergestellt ist, jedoch seine vertraglich geschuldete Funktion nicht erfüllt. Damit kommt es also auf die Beteiligung des Bestellers an der Abstimmung der Planung zunächst nicht an. Der Mangel bleibt, der Unternehmer haftet auch, wenn der Bauherr durch seine Beteiligung an der Abstimmung von Ausführungsplänen oder anderweitig zumindest mitverursacht hat.

Das OLG Karlsruhe hatte sich mit folgendem, verkürzt dargestellten Sachverhalt zu befassen: Im Vertrag über Heizungsarbeiten vereinbarten die Parteien, dass der Unternehmer die Werkpläne/Ausführungspläne fertigt und dem vom Bauherrn dazu eingesetzten Fachplaner zur Prüfung vorlegt. Erst nach Prüfung und Freigabe der Pläne durch den Bauherrn, sollten die geplanten Arbeiten ausgeführt werden. Der Bauherr wollte sich die Möglichkeit der Kontrolle des Unternehmers sichern. Der Unternehmer meldete Bedenken ob der vom Fachplaner für den Bauherrn ausgeschriebenen Leistung nebst Planung an. Er hielt die Vorgaben des Planers für nicht geeignet, das vom Besteller gewünschte Werk herzustellen. Dennoch gab der Bauherr die Pläne trotz der Bedenken des Unternehmers frei. Das Werk wurde nach diesen Plänen erstellt, entspricht jedoch nicht den vereinbarten Erwartungen des Bestellers, das Pellet-Brennstofflager ist zu klein, wes-

halb der Bauherr den Werklohn nicht vollständig entrichtet und sich auf den Mangel beruft.

Das OLG Karlsruhe entschied den Fall völlig richtig. Das Werk ist mangelhaft, weil es nicht dem entspricht, was vereinbart war. Allerdings, auch das liegt nach dem Sachverhalt auf der Hand, hätte der Bauherr die Pläne prüfen und wegen der Bedenkenhinweise des Unternehmers besprechen können, wie das Werk herzustellen ist. Zum einen hat er sich ausbedungen, die vom Unternehmer zu fertigenden Pläne zu prüfen und freizugeben, bevor sie umgesetzt würden. Zum anderen hatte der Unternehmer darauf hingewiesen, dass die ausgeschriebene Leistung, das vom Bauherrn erwartete Brennstofflager, nicht ausreichend dimensioniert hergestellt werden konnte, wenn es nach der Vorgabe des Bauherrn aus der vorgegebenen Planung umgesetzt würde. Dennoch hat der Bauherr die Pläne zur Ausführung freigegeben. Er war also für das Entstehen des Mangels mitursächlich, auch verantwortlich, weil die Parteien vereinbart hatten, er solle die Pläne des Unternehmers prüfen und freigeben. Damit muss der Bauherr in entsprechender Anwendung des § 254 BGB für den Fehler am Werk gemeinsam mit dem Unternehmer einstehen. Dem Bauherrn stehen Mängelrechte zu. Die Mängelrechte sind entsprechend dem Mitverschulden des Bauherrn bei der Detailplanung zu kürzen.

Für den Unternehmer ist dieses Ergebnis freilich nicht ganz befriedigend. Schließlich ist sein Werk zwar mangelhaft, jedoch hat er doch vom Besteller die Freigabe für die geplante Leistung erhalten. Aus seiner Sicht hat er das Werk genauso hergestellt, wie der Bauherr das verlangte. Allerdings hat der Gesetzgeber das Risiko, ein mangelhaftes Werk zu erstellen, dem Unternehmer auferlegt. Der Unternehmer haftet aus diesem Grund schließlich verschuldensunabhängig für Mängel. Das muss sich der Unternehmer stets vor Augen führen. Nur unter dem Aspekt besonderer Mitursächlichkeit des Bestellers für den Mangel, muss er für sein mangelhaftes Werk nicht, jedenfalls nicht vollständig, einstehen.

Aber: Kommen Sachverhalte in Betracht, in denen der Unternehmer für ein mangelhaftes Werk nicht einzustehen hat?

Jedenfalls in seiner Entscheidung vom 02.12.2015 scheint das OLG Celle vom Grundsatz abzuwei-

chen und dem Besteller das Risiko ein mangelhaftes Werk zu erhalten, aufzubürden. Die Planungsverantwortung treffe den Bauherrn selbst. Wenn er die Ausführungsplanung dem Unternehmer nicht zur Verfügung stellt und der Unternehmer mit der Herstellung des Werks deshalb überfordert ist, soll der Unternehmer nicht haften. Das Fehlen einer Ausführungsplanung führe deshalb nicht dazu, dass der Unternehmer diese (zur Erstellung des Werks erforderliche) Planung übernehmen muss. Verspricht der Unternehmer dem Besteller also ein mangelfreies Werk, kann er das Werk jedoch mangels vorliegender Planung nicht errichten, soll er die erforderliche Planung nicht vornehmen müssen? Darf der Unternehmer drauflos arbeiten, obwohl er für die Herstellung des Werks eine Planung benötigt, die nicht vorliegt?

Das OLG Celle hatte sich mit Sanierungsarbeiten an einem Wohngebäude zu befassen. Ein Bauherr hatte den Unternehmer mit Tischler- und Trockenbauarbeiten beauftragt. Die beauftragte Sanierung war umfangreich, aufwändig und sollte zu einer gehobenen Wohnausstattung führen. Dennoch ließ der Bauherr keine Ausführungsplanung fertigen, verzichtete sowohl auf eine Planung als auch eine Ausschreibung und beauftragte auch keinen Fachmann mit der Bauüberwachung, obwohl sich das wegen des vereinbarten aufwändigen Vertragszwecks aufdrängte. Wäre ein Fachmann mit der Detailplanung beauftragt worden, wären Mängel vermieden worden.

Das mag sein, aber führt das Fehlen einer Planung wirklich zu einem Mitverschulden des Auftraggebers an den Mängeln?

Der Bauherr fasste, wie im Ausgangsfall des OLG Karlsruhe, die Bestellung eines bestimmten Werkes ins Auge und hat mit dem Unternehmer seine Wünsche besprochen. Der Unternehmer hat sodann die Herstellung des Werks vertraglich übernommen, obwohl auch er hätte erkennen können, dass er ohne die detaillierte Planung mit der Herstellung des Werks überfordert sein könnte. Es stand ihm frei, sich vor Vertragsabschluss nach der Planung und dem Einsatz eines Fachmanns zu erkundigen.

Das wäre aus Sicht des Bauherrn zu erwarten. Wenn der Unternehmer sich nicht sicher ist, ob er das Werk ohne Unterstützung herstellen

kann, muss er doch rechtzeitig etwas sagen. Oder nicht? Schließlich haftet der Unternehmer für Mängel an seinem Werk unabhängig von seinem Verschulden. Sein unternehmerisches Risiko besteht gerade darin, dass er das Werk für den Besteller herstellt. Wenn er dazu nicht ohne fachliche Unterstützung in der Lage ist, muss er das Mangelrisiko einpreisen. Er hat die Kosten von ausreichender Planung und Überwachung bei der Vertragsverhandlung zu berücksichtigen und die Leistungen anderweitig zu beschaffen oder selbst zu erbringen, um danach zu arbeiten. Anderenfalls müsste der Besteller eines Werks für den Misserfolg einstehen, obwohl er die erforderlichen Arbeiten an den Auftragnehmer vergeben hat ohne diesem vorzugeben, was im Detail zur Herstellung des Werks erforderlich ist. Woher soll der Besteller denn wissen, welcher Unterstützung der Unternehmer im Detail bedarf?

Das OLG Celle meint, der Bauherr habe die Mängel mitverschuldet und kürzt seine Mängelrechte. Soweit der Besteller durch Verletzung von Pflichten oder Obliegenheiten aus seinem Verantwortungsbereich den Mangel mitverursacht hat, muss er sich in entsprechender Anwendung des § 254 BGB an den Mangelbeseitigungskosten beteiligen. Planungsverschulden und/oder ein Koordinierungsverschulden der von ihm eingesetzten Fachleute, muss er sich wie eigenes Verschulden zurechnen lassen. Die Planungsverantwortung trifft originär den Auftraggeber selbst. All das entspricht der ständigen Rechtsprechung. Allerdings hatte der Bauherr im zu entscheidenden Fall weder einen Planer beauftragt noch irgendeine Planung vorgelegt und auch keine Koordinierung der Arbeiten durchgeführt. Genau das ist jedoch entscheidend. Der Unternehmer schuldet das vereinbarte Werk frei von Mängeln. Der Bauherr hat an der Entstehung des Werkes nicht mitgewirkt. Damit war er für die Mängel auch nicht mitverantwortlich. Eine Verantwortung kann sich auch nicht daraus ergeben, dass die Planungsleistungen von ihm nicht zur Verfügung gestellt worden sind, damit der Unternehmer sie der Herstellung des Werks zugrunde legen konnte. Eine solche Unterstützung des Auftragnehmers sieht das Werkvertragsrecht nicht vor. Freilich kann entsprechendes vertraglich vereinbart werden. Da der Unternehmer grundsätzlich für Mängel an seinem Werk haftet, kann er sich nicht darauf berufen, die für ihn



erforderliche fachliche Unterstützung/Planung durch den Bauherrn sei nicht erfolgt. Der Auftragnehmer hat das Werk herzustellen. Wenn er dazu Planungsleistungen benötigt, muss er sie selbst erbringen oder sich sonst beschaffen.

Das OLG Celle entschied jedoch anders. Weil den Bauherrn die Planungsverantwortung treffen führte das Fehlen einer Ausführungsplanung nicht dazu, dass der Beklagte die Ausführungsplanung selbst übernommen hat. Das Gericht beruft sich auf eine Entscheidung des OLG Brandenburg (Urteil vom 11.09.2013 – 4 U 100/12). Tatsächlich geht diese Entscheidung davon aus, dass der Unternehmer nicht die Erstellung einer Ausführungsplanung schulde. Allerdings übersieht das OLG Celle, dass auch das OLG Brandenburg in seiner Entscheidung die Verantwortung für die Mängel am Werk beim Unternehmer und nicht den Bauherrn sieht. Denn der Unternehmer darf gerade nicht davon ausgehen, dass ihm eine Ausführungsplanung zur Seite gestellt wird. Es ist also auch nach der Entscheidung des OLG Brandenburg Sache des Unternehmers sein Werk mangelfrei herzustellen, die fehlende Detailplanung führt nicht zu einer Haftung des Bauherrn. Das der Bauherr keine Planung beibringt, führt nicht zu einer Mitverantwortung für Mängel. Das OLG Celle verkennt, dass den Bauherrn ein Mitverschulden an Mängeln nur trifft, wenn eine von ihm gelieferte Planung oder sonstige fachliche Unterstützung mangelstiftend war. Das Unterlassen solcher Unterstützung des Auftragnehmers stellt jedoch keine Pflichtverletzung des Bauherrn dar, weil er diese Unterstützung nicht schuldet. Der Unternehmer muss das Werk herstellen, nicht der Bauherr.

Der Auftragnehmer soll also nach dem OLG Celle bei besonders planungsbedürftigen Arbeiten auf Gerätewohl arbeiten dürfen, schließlich benötigt man eine Planung, die nun einmal nicht vorliegt. Wie soll jedoch der Besteller (im entschiedenen Fall als Laie) wissen, wann ein Unternehmer für die Herstellung eines Werks Unterstützung bei der Ausführung bedarf und welche Leistungen sein Vertragspartner ohne fachliche Hilfe erbringen kann? Genau dieses Dilemma hat der Gesetzgeber zugunsten des Bestellers gelöst, indem der Auftragnehmer verschuldensunabhängig für Mängel an dem versprochenen Werk haftet. Den Besteller trifft jedenfalls allein durch das Un-

terlassen einer Planung oder Bauüberwachung niemals ein Verschulden am Misserfolg des Unternehmers. Der Besteller vereinbart mit dem Unternehmer, ein Werk zu erhalten. Im Gegenzug schuldet er den Werklohn. Wenn der Unternehmer sich zur Herstellung des Werks nicht im Stande sieht, muss er den Vertrag nicht schließen oder sein Risiko einpreisen. Wenn er sich unsicher ist, kann er sich beim Bauherrn erkundigen, welche Hilfestellung in Form von Planung und Überwachung er erhält. Tut er das nicht, haftet er für Mängel an dem Werk.

Die eventuelle Überlegenheit des anspruchsvollen Bestellers, von der sich das OLG Celle wohlmöglichst leiten lassen, kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Letzten Endes liefe dieses Ergebnis nämlich darauf hinaus, dass es vom Zufall abhängt, ob der Unternehmer für Mängel allein haften oder der Auftraggeber eine Planung hätte liefern müssen. Ob, und was er liefern muss könnte jedoch der Besteller nicht unbedingt erkennen. Er muss sich also darauf verlassen, dass der Unternehmer auch zur Herstellung des Werks im Stande ist. Im Einzelfall wäre aufwändig zu klären, ob der Unternehmer bei dem Versprechen, das Werk wie gewünscht herzustellen, den Mund zu voll genommen hat und der auf das Versprechen vertrauende Besteller hätte vorhersehen müssen, dass es der Unternehmer nicht wird erstellen können. Der Besteller könnte weder Preise vergleichen, noch sich darauf verlassen, den mit dem Werkvertrag verfolgten Zweck zu erreichen, ohne dass er jedenfalls anteilig für das mangelhafte Werk haftet. Es muss damit bei der verschuldensunabhängigen Haftung des Unternehmers für die Mängel bleiben. Der Entscheidung des OLG Celle ist nicht zu folgen.

Was sollten die Vertragsparteien bei planungsintensiven Werken beachten?

Werkunternehmern kann nur geraten werden, vor Vertragsschluss zu prüfen, ob sie das gewünschte Werk herzustellen in der Lage sind. Benötigen sie Planungsleistungen, sind diese selbst zu erbringen, wenn nicht etwas anderes vereinbart ist. Ist der Werkvertrag geschlossen, muss das Werk mangelfrei hergestellt werden, koste es - den Unternehmer - was es wolle. Den Auftraggeber kostet es den vereinbarten oder für das Werk üblichen und angemessenen Werklohn. Ob der vereinbarte Werklohn in angemessenem Verhält-

nis zum individuell erforderlichen Aufwand des Unternehmers steht, ist sein Risiko.

Auch der Auftraggeber sollte jedoch bei Vertragsschluss Sorgfalt walten lassen. Schließlich ist sein Ziel nicht, von einem eigentlich ungeeigneten Unternehmer ein mangelhaftes Werk zu erhalten, um Mängelrechte durchsetzen zu können. Ratsam ist das Mangelrisiko in Bezug auf den einzelnen Unternehmer einzuschätzen, um vor Vertragsschluss zu klären, welcher Unterstützung des Unternehmers zur Herstellung des Werks möglicherweise bedarf. Wenn im vom OLG Celle entschiedenen Fall auf der Hand lag, dass grundsätzlich Planungs- und Koordinationsleistungen für die Baustelle erforderlich waren, hätte der Bauherr das vor Vertragsschluss berücksichtigen und entsprechende Vereinbarungen treffen sollen. Er hätte sich einen Rechtsstreit und den Vorwurf des Mitverschuldens erspart. Möglicherweise hätte er einen leistungsfähigeren Vertragspartner gefunden und das Werk von vornherein mangelfrei erhalten. ■

### Hauke Hobbie

Rechtsanwalt, Oldenburg

## ... und zuletzt noch ein Blümchen am Rande: Festpreis heißt Festpreis

**OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.10.2016 - 22 U 79/16**

„Die dem Angebot des Auftragnehmers zu Grunde liegenden Preise sind grundsätzlich Festpreise und bleiben für die gesamte Vertragsdauer verbindlich“. Solche und ähnliche Vertragsklauseln sind uns aus vielen Bauverträgen bekannt. Sie scheinen bloße Selbstverständlichkeiten zu formulieren und stehen deshalb meist nicht im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit.

Das OLG Düsseldorf hat dieser Klausel in einer aktuellen Entscheidung für den VOB-Vertrag nun eine interessante Bedeutung zugemessen: Es hat ausgeführt, dass diese Klausel objektiv nur so ausgelegt werden könne, dass die speziell auf den Einheitspreisvertrag zugeschnittene Preisanpassungsmöglichkeit des § 2 Abs. 3 VOB/B ausgeschlossen werden sollte.

Gerade weil es selbstverständlich sei, dass die vereinbarten Preise Festpreise seien, könne nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Bedeutungsgehalt dieser Klausel nach dem Willen der Parteien auf diese Selbstverständlichkeit beschränken sollte. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die Parteien keine sinnlosen und überflüssigen Regelungen treffen wollten. § 2 Abs. 3 VOB/B komme deshalb im Geltungsbereich dieser Klausel bei Massenmehrungen und -minderungen nicht zur Anwendung.

Das OLG Düsseldorf hat die Revision ausdrücklich zugelassen. Es wird deshalb abzuwarten sein, ob der BGH das anders sieht, etwa weil bei einer solchen Auslegung dann auch eine Preisanpassung nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage ausgeschlossen wäre. Letzteres würde nach der Rechtsprechung des BGH im Wege der Inhaltskontrolle zur Unwirksamkeit dieser Klausel führen (BGH, Beschluss vom 04.11.2015 - VII ZR 282/14). ■

### Dr. Christoph Halfmann

Rechtsanwalt und Fachanwalt für

Bau- und Architektenrecht, Oldenburg



Das 2003 gegründete „Netzwerk Bauanwälte“ ist ein Zusammenschluss von Anwaltskanzleien, deren Arbeitsschwerpunkt im Baurecht liegt, im privaten Bau- und Architektenrecht, Vergaberecht und/oder im öffentlichen Baurecht. Ziel der Netzwerkarbeit ist es, das Beratungsangebot der angeschlossenen Kanzleien kontinuierlich auf sehr hohem Niveau zu halten und so für die Mandanten eine exzellente anwaltliche Leistung im Baurecht sicherzustellen. Nach außen tritt das Netzwerk durch Veröffentlichungen hervor, die auf gemeinsamer Diskussion beruhen und Einfluss auf die Rechtsentwicklung nehmen sollen. Hierzu gehört auch dieses regelmäßig erscheinende Magazin „Baurecht Aktuell“.

**1 Ganten Hünecke Bieniek & Partner mbB, Bremen**

Ostertorstraße 32, 28195 Bremen, T 0421 329070  
www.ghb-law.de

**2 KOENEN BAUANWÄLTE,  
Essen/Hannover/Münster/Bielefeld**

Il. Hagen 7, 45127 Essen, T 0201 43953-0  
Hohenzollernstr. 40, 30161 Hannover  
T 0511 898402-0  
Picassoplatz 3, 48143 Münster, T 0251 7038989-0  
Marktstraße 8, 33602 Bielefeld, T 0521 9676638-0  
www.bauanwaelte.de

**3 RJ Anwälte Jochem  
Partnerschaftsgesellschaft mbB, Wiesbaden**

Wilhelmstraße 7, 65185 Wiesbaden  
T 0611 3081436-7  
www.rj-anwaelte.de

**4 GESSNER RECHTSANWÄLTE PartGmbB,  
Saarbrücken**

Berliner Promenade 16, 66111 Saarbrücken  
T 0681 936390  
www.rechtsanwaelte-gessner.de

**5 IRMLER & COLLEGEN Rechtsanwälte, Schwerin**

Heinrich-Mann-Straße 15, 19053 Schwerin  
T 0385 593600  
www.irmler.org

**6 BUSSE & MIESEN Rechtsanwälte**

**Partnerschaft mbB, Bonn/Berlin/Leipzig**  
Friedensplatz 1, 53111 Bonn, T 0228 98391-0  
Wilhelmstr. 46, 10117 Berlin, T 030 226336-0  
Martin-Luther-Ring 3, 04104 Leipzig,  
T 0341 982310  
www.busse-miessen.de

**7 Leinen & Derichs Anwaltssozietät,  
Köln/Berlin/Brüssel**

Clever Straße 16, 50668 Köln, T 0221 77209-0  
Littenstr. 108, 10179 Berlin (Mitte),  
T 030 91456817  
www.leinen-derichs.de

**8 Meurer Rechtsanwälte, Stuttgart**

Herdweg 24, 70174 Stuttgart, T 0711 505307-30  
www.meurer-rechtsanwaelte.de

**9 Einfeld Halfmann Biernoth Rechtsanwälte,  
Oldenburg**

Marschweg 36, 26122 Oldenburg, T 0441 350995-0  
www.kanzlei-ehb.de

**10 KANZLEI MUFFLER LERCH KITTLER & PARTNER  
Partnerschaftsgesellschaft mbB,  
München/Chemnitz**

Goethestr. 25a, 80336 München, T 089 5508945-0  
Fabrikstraße 7, 09111 Chemnitz, T 0371 3542792  
www.mlk-partner.de

**11 Kanzlei Prof. Dr. Jörg Zeller, Koblenz**

Neustadt 8, 56068 Koblenz, T 0261 20178644  
www.baurecht-architektenrecht.info

**12 Deubner & Kirchberg Rechtsanwälte |  
Partnerschaft mbB, Karlsruhe**

Mozartstr. 13, 76133 Karlsruhe, T 0721 98548-0  
www.deubnerkirchberg.de

**13 Steiger, Schill & Kollegen Rechtsanwälte**

Innere Neumatten 15, 79219 Staufen  
T 07633 93337-0  
www.rae-steiger.de

**14 TOPJUS RECHTSANWÄLTE**

Wehrlestraße 13, 81679 München  
T 089 210959-60  
Neuburger Straße 57, 85057 Ingolstadt  
T 0841 379067-0  
Türltorstraße 4, 85276 Pfaffenhofen  
T 08441 4025-0  
Lenbachstraße 40, 86529 Schrobenhausen  
T 08252 8946-0  
Geseniusstr. 18b, 99734 Nordhausen  
T 03631 462560  
Werlbergerstraße 11, 86551 Aichach  
T 08251 86339-0  
www.topjus.de