

BAURECHTS-REPORT 12/2020

Aktuelle Baurechtswisdomen für die Praktiker am Bau

Wichtige Urteile

Jetzt alle Baubücher auch im Internet unter www.vob-buecher.de

Mängelrüge: Wie konkret muss der Auftraggeber einen gerügten Mangel beschreiben?

§ 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B, § 634 BGB

Mängelrüge
– Substantiierung

Das Problem

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, alle während der Verjährungsfrist hervortretenden Mängel, die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, zu beseitigen, wenn der Auftraggeber dies vom Auftragnehmer verlangt (§ 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B; bzw. § 634 BGB). Es fragt sich, wie konkret der Auftraggeber von ihm gerügte Mängel beschreiben muss, um den Auftragnehmer zu deren Beseitigung zu verpflichten.

Fall:

Im Rahmen eines Vertrages über die Errichtung von 89 Wohneinheiten mit Tiefgarage in 5 Gebäuden verlangt der Auftraggeber (AG) vom Auftragnehmer (AN) u. a. die Beseitigung von Mängeln an den Dächern durch „falsches Gefälle der Blechabdeckung“ und trägt hierzu vor, dass das „Brüstungsblech auf der rechten Mauer der Tiefgaragenzufahrt ein Gefälle in die falsche Richtung aufweise, was zu Hinterfeuchtungen und Putzabspaltungen führe. Außerdem rügt er einen „unzureichenden Überstand der Dachrandverkleidung“, sodass es zu Feuchtigkeitsschäden jeweils an der darunterliegenden Wand komme. Hierzu legt er eine Reihe von Bildern vor, aus denen sich die Einzelheiten seiner Rüge allerdings nicht genau erkennen lassen.

Der AN reagiert hierauf nicht, da er der Auffassung ist, dass bei dieser Mängelrüge die konkreten Mangelsymptome und die Natur der gerügten Mängel offen bleiben und Ausführungen dazu fehlen, wie das Gefälle sein müsste und welche konkreten Mangelfolgen sich hieraus ergeben. Vor allem rügt er auch fehlende Angaben dazu, in welcher Weise die Dachrandverkleidung nicht in Ordnung sei und in welchen der 5 Gebäude eine mögliche Abweichung von den anerkannten Regeln der Technik vorliege. Mangels erforderlicher Substantiierung sei keine wirksame Mängelrüge erfolgt.

Liegt hier eine wirksame Mängelrüge vor?

Die Entscheidung

Der BGH hat das mit Urteil vom 04. 11. 2020 – Az.: VII ZR 261/18 – **bejaht**. Er hat festgestellt, dass der Auftraggeber **wirksam Mängel gerügt** hat.

Denn er hat die von ihm aufgeführten Mängel hinlänglich deutlich beschrieben. Weitergehende Ausführungen, „welcher Art das Gefälle sei und wie es bei fachgerechter Ausführung konkret sein müsste, sind für die schlüssige Darlegung des Mangels ebenso wenig erforderlich, wie dessen Erkennbarkeit aus den vorgelegten Bildern.“

Auch sind „weitere Angaben zur Natur des Mangels oder dazu, welchen Überstand die Dachrandverblechung bei fachgerechter Ausführung genau haben müsste zur schlüssigen Darlegung des Mangels nicht erforderlich.“

Zwar muss der Auftraggeber für eine wirksame Mängelrüge die Erscheinungen an der Leistung, die er auf vertragswidrige Abweichungen zurückführt, deutlich beschreiben. Er muss jedoch **die Mangelursachen nicht im Einzelnen bezeichnen**.

Eine wirksame Mängelrüge muss die behaupteten Abweichungen von der geschuldeten Leistung deutlich beschreiben. Sie muss jedoch die Mängelursachen nicht im Einzelnen benennen.

§ 2 Abs. 5 VOB/B
– verspätete Zuschlagserteilung

Verzögert sich die Vergabe und macht der Auftragnehmer Ansprüche auf Vertragsänderung (§ 2 Abs. 5 VOB/B) geltend, ist zu beachten, dass die Gutachterkosten nicht ersatzfähig sind, die erforderlich sind, um im Falle einer fehlenden Vereinbarung der Parteien die geschuldete Vergütung erst zu ermitteln.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Nach einer wirksam erhobenen und berechtigten Mängelrüge trifft den Auftragnehmer nicht nur die Pflicht zur Mangelbeseitigung, es steht ihm grundsätzlich auch das **Recht** zu, den Mangel innerhalb angemessener Frist **selbst zu beseitigen**. Das dürfte für ihn in aller Regel auch zu empfehlen sein, da dies meist kostengünstiger als eine Nachbesserung durch einen vom Auftraggeber beauftragten Dritunternehmer ist.

– Rechtsanwalt Eckhard Frikell, Lehrbeauftragter für Baurecht, München –

Verzögerte Vergabe eines öffentlichen Auftrags: Sind auch die Kosten eines Privatgutachters zur Mehrkostenermittlung ersatzfähig?

Das Problem

Nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 11. 05. 2009¹⁾ trägt der Auftraggeber grundsätzlich das Risiko, wenn sich Verzögerungen durch das Vergabeverfahren ergeben. Wenn solche eintreten, so gilt:

- Die im Vertrag vorgesehene Leistungszeit ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles anzupassen.
- Der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers ist nach den **Grundsätzen des § 2 Abs. 5 VOB/B (Vertragsänderung)** neu zu ermitteln. Dabei sind diejenigen Mehrkosten des Auftragnehmers zu ersetzen, die ursächlich auf die Bauzeitverschiebung zurückzuführen sind.

Hierbei gibt es Meinungsverschiedenheiten, welche Kosten der Auftragnehmer im Einzelfall geltend machen kann.

Fall:

Bei Durchführung von Schachtarbeiten verzögert sich der Baubeginn um 3 Monate, weil die Schacht- und Erlaubnisscheine der Grundstückseigentümer nicht rechtzeitig vorliegen. Zur Ermittlung der hieraus sich ergebenden Mehrkosten beauftragt der Auftragnehmer (AN) einen Privatgutachter.

Sind die Kosten des Privatgutachters (hier: 80.505,74 Euro) ersatzfähige Mehrkosten?

Die Entscheidung

Der BGH hat diese Frage mit Urteil vom 22. 10. 2020 – Az.: VII ZR 10/17 – **verneint**.

„Der § 2 Abs. 5 VOB/B regelt die Verpflichtung der Vertragsparteien zur Vereinbarung eines neuen Preises unter Berücksichtigung von Mehr- und Minderkosten, wenn durch eine Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden. **Dies ist ... dahin zu verstehen, dass die Parteien bei der Vereinbarung des neuen Preises die Mehr- und Minderkosten berücksichtigen sollen, die im Zusammenhang mit der Ausführung der betroffenen vertraglich vereinbarten Leistung anfallen. Hierzu gehören nicht die Kosten, die erforderlich sind, um im Falle einer fehlenden Vereinbarung der Parteien die geschuldete Vergütung erst zu ermitteln oder darzulegen.**“

Dem AN sind somit die geltend gemachten Gutachterkosten nicht zu ersetzen.

Hinweise für die Praxis

- ▶ In einem weiteren Leitsatz weist der BGH darauf hin, dass „Entsprechendes gilt für die Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Privatgutachtens, das der Auftraggeber zur Ermittlung der Mehrvergütung in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B aufgrund einer verzögerten Vergabe eingeholt hat“.

– Rechtsanwalt Dr. Olaf Hofmann, Lehrbeauftragter für Baurecht, München –

¹⁾ Siehe BGH, Baurechts-Report 5/2009 Seite 1.

(Wann) hat der Auftragnehmer die Pflicht, den Nachfolgeunternehmer auf Mängel seiner eigenen Leistung hinzuweisen?

Das Problem

Bekanntlich ist der Auftragnehmer verpflichtet, den Auftraggeber möglichst schon vor Beginn seiner Arbeiten auf etwaige Mängel in den ihm zur Verfügung gestellten **Vorleistungen** hinzuweisen (§§ 242 BGB, 4 Abs. 3 VOB/B). Es ist aber in der Regel nicht seine Aufgabe, **Nachfolgeunternehmer** über Mängel in seiner eigenen Leistung zu informieren. Gibt es Ausnahmen von diesem Grundsatz?

Fall:

Der Auftraggeber (AG) rügt Mängel an den eingebauten Fenstern, weil diese sich nur um ca. 50 % öffnen lassen. Ursache des Mangels ist die Tatsache, dass der Fensterbauer (AN 1) entgegen der ursprünglichen Planung die Winddichtigkeitsfolie nicht innen, sondern außen auf die Blendrahmen aufgeklebt hat. Dies ist zwar auch fachgerecht, hat jedoch dazu geführt, dass diese vom Nachfolgeunternehmer (AN 2) verputzt werden mussten, um nicht mehr sichtbar zu sein, was zulasten des Öffnungswinkels ging.

Der AG ist der Meinung, dass der AN 1 den AN 2 über die geänderte Situation bei Aufbringen der Folie hätte informieren müssen, um zum Beispiel durch eine verringerte Putzstärke für einen ausreichenden Öffnungswinkel zu sorgen. Hat der AG damit Recht und kann er somit von AN 1 einen Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung verlangen (§ 637 Abs. 3 BGB)?

Die Entscheidung

Das OLG Düsseldorf hat hierzu mit Urteil vom 19. 11. 2019 – Az.: 23 U 208/18²⁾ – Folgendes ausgeführt:

„Zwar ist es in der Regel nicht die Aufgabe des Vorunternehmers, auf eine hinreichende Koordinierung der Arbeiten hinzuwirken. Anderes gilt hingegen, wenn der Vorunternehmer mit eventuellen Risiken rechnen muss, beispielsweise weil dem nachfolgenden Unternehmer nicht hinreichend bekannt ist, welche Materialien von dem Vorunternehmer verwendet worden sind **oder seine Leistung als Grundlage für die auf ihr aufbauenden Nachfolgeleistungen nicht geeignet ist. In diesem Fall kann schon hierin ein Mangel in Form der Funktionstauglichkeit seines Werkes liegen. Der Auftragnehmer ist dann nach Treu und Glauben ausnahmsweise verpflichtet, die nachfolgenden Handwerker darauf hinzuweisen, wie bei den nachfolgenden Arbeiten verfahren werden muss**“, wenn die Gefahr besteht, dass der 2. Unternehmer auch bei Anwendung der anerkannten Regeln der Technik nicht erkennen kann, ob die Vorleistung für ihn eine geeignete Arbeitsgrundlage ist und in welcher Weise er seine eigene Leistung anpassen muss, um Mängel zu vermeiden. Somit war die Leistung von AN 1 mangelhaft und dem AG steht der geltend gemachte Anspruch zu.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Auch gegen den in diesem Fall mit Leistungsphase 8 der HOAI beauftragten Architekten steht dem AG ein Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses zu, weil auch dessen Leistung mangelhaft gewesen ist. „Im Rahmen seiner Koordinierungspflicht hat der Architekt das harmonische Zusammenwirken der verschiedenen Unternehmer und den zeitlich richtigen Ablauf der einzelnen Baumaßnahmen sicherzustellen. Die Koordinierungspflicht besteht auch bei der Bauüberwachung. In deren Rahmen musste der Architekt die Arbeiten auf der Baustelle gezielt überwachen und koordinieren, um zu erreichen, dass das Bauwerk frei von Mängeln und wie geplant durchgeführt wird.“

– HO –

Ist die Leistung des Auftragnehmers mangelhaft und seine Leistung als Grundlage für die auf ihr aufbauende Nachfolgeleistung nicht geeignet, so hat er nach „Treu und Glauben“ gegenüber dem Nachfolgeunternehmer eine entsprechende Hinweispflicht.

²⁾ Der BGH hat mit Beschluss vom 17. 06. 2020 – Az.: VII ZR 272/19 – die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen.

Die Mitteilung des AG gegenüber dem AN, dass er mit der Weiterführung der Leistung einen anderen Unternehmer beauftragt habe, kann eine Kündigungserklärung darstellen.

BAURECHTS-REPORT

Druck+Verlag Ernst Vögel GmbH
Kalvarienbergstr. 22 · 93491 Stamsried
Tel. (09466) 9400-0 · Fax (09466) 1276
Internet: <http://www.vob-buecher.de>
<http://www.voegel.com>
E-Mail: voegel@voegel.com

Verantwortlich für den Inhalt:
RA Eckhard Frikell und Dr. Olaf Hofmann

Erscheint 1x monatlich
Bezugspreis: 32,28 Euro pro Jahr
(einschl. MwSt., zzgl. Versand)

Wiedergabe des Inhalts – auch auszugsweise – nur mit Genehmigung des Verlags

Trotz gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge kann keine Haftung für deren Inhalt übernommen werden.

ISSN 1433-4127
© VOB-Verlag Ernst Vögel OHG,
D-93491 Stamsried, 2020

(Wann) liegt eine wirksame Kündigung des Auftraggebers vor, wenn er das Wort „Kündigung“ nicht verwendet?

Das Problem

Kommt es während der Ausführung einer Bauleistung zu gravierenden Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragspartnern, kann sich die Frage stellen, welche Bedeutung einer vom Auftraggeber abgegebenen Erklärung zukommt.

Fall:

Im Rahmen eines Vertrages über Dachdecker- und Klempnerarbeiten an einem Hotelneubau kommt es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragspartnern. Der Auftraggeber (AG) schreibt dem Auftragnehmer (AN) schließlich Folgendes per E-Mail:

„Ich teile Ihnen mit, dass die Ausführungen der Restarbeiten von einem Drittunternehmer übernommen worden sind, da Sie die nochmals gesetzte Frist haben verstreichen lassen. Es wurde bereits damit begonnen. Ich fordere Sie zudem auf, Ihre diversen auf der Baustelle gelagerten Materialien bis Mittwochabend abzuholen.“

Der AN fasst dies als Kündigung auf und rechnet die von ihm ausgeführten Positionen ab. Der AG bestreitet eine Kündigung ausgesprochen zu haben und verweist wegen der geforderten Zahlung darauf, dass die Leistungen des AN umfangreiche Mängel aufweisen.

Hat der Auftraggeber den Vertrag wirksam gekündigt und hat der Auftragnehmer Anspruch auf Bezahlung der in Rechnung gestellten Leistungen?

Die Entscheidung

Das OLG München – Az.: 28 U 442/19 Bau – hat dies mit Beschluss vom 02. 08. 2019³⁾ bejaht.

„Damit eine Erklärung als Kündigung zu verstehen ist, ist es **nicht notwendig, dass das Wort Kündigung explizit gebraucht wird**. Auch die Fortführung der Arbeiten durch einen Drittunternehmer kann als Kündigung des Auftraggebers gedeutet werden, sofern dies dem Auftragnehmer zur Kenntnis gebracht wird.“

„Diese Auslegung berücksichtigt letztlich auch die Verkehrssitte hinreichend. Die Mitteilung, man habe einen Drittunternehmer mit der Fortführung der Arbeiten beauftragt und der Auftragnehmer solle sein Material von der Baustelle abholen, gilt in der Baubranche üblicherweise als Kündigung des Werkvertrages.“

Es kann dabei dahinstehen, ob es sich um eine berechnete oder um eine unberechnete außerordentliche Kündigung, oder um eine freie Kündigung handelt, da der Auftragnehmer hier nur die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen abrechnet.

Denn unabhängig vom Kündigungsgrund hat der Auftragnehmer stets Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistungen (§ 631 BGB). Sind die **Leistungen mangelhaft**, berührt das den **Vergütungsanspruch grundsätzlich nicht**. Der Auftraggeber kann jedoch **Mängelansprüche** gegenüber der **geforderten Vergütung** geltend machen. Hierzu hat der Auftraggeber allerdings nichts Konkretes vorgetragen.

Hinweise für die Praxis

► Schon im Hinblick auf die Kooperationspflicht beider Vertragspartner eines Bauvertrages empfiehlt es sich, gegenseitige Erklärungen so eindeutig zu formulieren, dass deren Inhalt nicht erst durch Auslegung ermittelt werden muss. Das vermeidet für beide Vertragspartner Rechtsunsicherheit und unnötigen Aufwand bei der weiteren Abwicklung des Vertrages.

– FRI –

³⁾ Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH mit Beschluss vom 23. 09. 2020 – Az.: VII ZR 251/19 – zurückgewiesen.