

Mängelrechte und deren Fallstricke am Bau

Prof. Stefan Leupertz
Schiedsrichter, Schlichter und Adjudikator
Richter am Bundesgerichtshof a. D.

Materiell-rechtliche Grundlagen

Sachmangelbegriff

Sachmangelbegriff - § 633 Abs. 2 BGB:

- **Grundsatz:**

Der AN schuldet den funktionalen Werkerfolg

- **Auswirkung für § 633 Abs. 2 BGB:**

Sind die Leistungsvorgaben des AG hierfür fehler- oder lückenhaft, bleibt der Unternehmer gleichwohl verpflichtet, ein Gewerk zu liefern, das über die konkreten Beschaffenheitsvereinbarungen hinaus zum einem **zweck- und funktionsgerechten Bauerfolg** führt

Materiell-rechtliche Grundlagen

Sachmangel

Beispiel

Der Unternehmer hat eine Gewerbehalle zu errichten. Nach den Plänen des Architekten und den auf dieser Grundlage erstellten Ausführungsvorgaben im Leistungsverzeichnis soll 8 tragende Stützen errichtet werden. So wird gebaut. Im Dach entstehen Risse, weil die Statik nicht stimmt. Es hätten 10 Stützen errichtet werden müssen, was der fachkundige Unternehmer hätte erkennen können und müssen. Dann haftet er gemäß § 633 Abs. 2 BGB für die Mangelfolgen, obwohl er die Ausführungsvorgaben des Bestellers beanstandungsfrei umgesetzt hat.

Materiell-rechtliche Grundlagen

Unterscheide Ersatzvornahme / Sanierung

Beispiel

Der Unternehmer soll ein Flachdach mit einer seitlich über die Dachkante in eine Dachrinne geführten Entwässerung herstellen. Er errichtet das Dach ohne das hierfür erforderliche Quergefälle, so dass das Niederschlagswasser nicht ablaufen kann und sich Pfützen auf dem Dach bildet. Der vertragsgerechte Zustand kann bautechnisch nur durch die Neuherstellung des Daches mit ausreichendem Gefälle erreicht werden. Der Sachverständige hält demgegenüber den nachträglichen Einbau von zusätzlichen Dacheinläufen wegen der erheblich geringeren Kosten für ausreichend. Darauf muss sich der Besteller nicht einlassen. Er kann die Neuherstellung des Daches bis zur Grenze des § 635 Abs. 3 BGB verlangen. Diese Kosten muss der Sachverständige ermitteln.

Materiell-rechtliche Grundlagen

Die als Bauerfolg geschuldete Leistung

Begrenzung der Funktionalität durch vertragliche Abreden

Rechtsgeschäftliche Verknüpfung der Funktionalitätsanforderungen mit Leistungsvorgaben des AG

- Beispiel: „Bistro“ (BGH, Urt. v. 13.3.2008 – VII ZR 194/06)
- Beispiel: „Estrich“ (BGH, Urt. v. 30.06.2011 – VII ZR 13/10)
- Beispiel: „Bodenkontamination“ (BGH, Urt. v. 22.12.2011 – VII ZR 67/11)
- Insbesondere: Funktionalitätsbeschränkung durch Bezugnahme auf Bodengutachten = Beschränkung der Funktionalität für bestimmte Bodenverhältnisse (BGH, Urt. v. 20.8.2009 – VII ZR 205/07)

Materiellrechtliche Grundlagen

Anerkannte Regeln der Technik

Überblick

- Abgrenzung zum „Stand der Technik“
- ARdT können enthalten sein in DIN-Normen, VDE-Richtlinien, Unfallverhütungsvorschriften etc....
- Bei DIN-Normen: Widerlegbare Vermutung für ARdT
- ARdT gelten auf allen Stufen des Sachmangelbegriffs
- ARdT müssen im Zeitpunkt der Abnahme erfüllt sein
- Nichteinhaltung = Mangel auch ohne Schaden

Materiellrechtliche Grundlagen

Anerkannte Regeln der Technik

Definition (nach Ingenstau/Korbion/Oppler, Teil B, § 4 Abs. 2, Rdn. 48)

Technische Regeln für den Entwurf und die Ausführung baulicher Anlagen, die in der technischen Wissenschaft als theoretisch richtig erkannt sind und feststehen sowie in dem Kreise der für die Anwendung der betreffenden Regeln maßgeblichen, nach dem neuesten Erkenntnisstand vorgebildeten Techniker durchweg bekannt und aufgrund frotdauernder praktischer Erfahrung als technisch geeignet, angemessen und notwendig anerkannt sind.

ARdT sind also

- theoretisch erwiesen richtig und
- haben sich in der Praxis in Fachkreisen bewährt

Sachmangelrecht

ARdT als vertraglicher Mindeststandard

Ausgangslage

- BGH, Urt. v. 14.6.2007 – VII ZR 45/06 (DIN 4109)
- BGH, Urt. v. 4.6.2009 – VII ZR 54/07 (DIN 4109 – II)
 - Welche Leistungen mit welchem Standard geschuldet sind, ergibt sich aus dem Vertrag, der ggf. ausgelegt werden muss
 - Ebenfalls durch Auslegung zu ermitteln ist der Maßstab (Qualität und Funktion) für die Bestimmung der einschlägigen ARdT

Sachmangelrecht

ARdT als vertraglicher Mindeststandard

Allgemeine Grundsätze - Vertragsauslegung

- BGH, Urt. v. 14.5.1998 – VII ZR 184/97

Bei Vertragsschluss sichert AN üblicherweise die Einhaltung der ARdT zu (= stillschweigende Abrede)

- BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 115/97

Versprechen „Einhaltung der ARdT“ ergibt sich – vorbehaltlich anderweitiger vertraglicher Abreden - jedenfalls aus ergänzender Auslegung des Vertrages (bestr.)

Allgemeine Grundsätze

ARdT und DIN-Normen

BGH, Urt. v. 14.6.2007 – VII ZR 45/06 (DIN 4109)

- DIN: keine Rechtsnormen
- DIN = private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter
- Anforderungen an funktionsgerechtes Bauen unterliegen dynamischen Veränderungen, die nicht notwendig in DIN abgebildet sind.
 - Bedürfnisse Nutzer
 - Bautechnische Möglichkeiten

Allgemeine Grundsätze

ARdT und DIN-Normen

BGH, Urt. v. 14.6.2007 – VII ZR 45/06 (DIN 4109)

- DIN 4109 = Mindestanforderungen zur Vermeidung unzumutbarer Belästigungen
- Deshalb jedenfalls keine ARdT für Schallschutz in Wohnungen mit üblichem Qualitäts- und Komfortstandard.
- Weil bautechnisch bei Einhaltung der insoweit geltenden ARdT ein höherer Standard als DIN 4109 erreicht wird, ist DIN 4109 überhaupt keine ARdT für den Schallschutz im Wohnungsbau

Allgemeine Grundsätze

ARdT und DIN-Normen

BGH, Urt. v. 4.6.2009 – VII ZR 54/07(DIN 4109 II)

- DIN 4109 ist keine ARdT für Wohnungsbau
- Einhaltung nur DIN 4109 = Mangel
- Einhaltung DIN 4109 nicht gerechtfertigt durch Vertragsklausel
„In Wohngeschossen kommt ein schwimmender Estrich auf Wärme- und Trittschalldämmung gemäß DIN 4109 zur Ausführung“
- Auslegung: Unterschreitung vertraglich geschuldeter Standard nicht wirksam vereinbart. AN muss deutlich auf Abweichung hinweisen und AG über die Folgen der Abweichung aufklären.

Allgemeine Grundsätze (ARdT)

Prüfungsreihenfolge

- Ermittlung der vertragliche geschuldeten Leistung durch Auslegung (= Gericht)
- Wenn keine abweichenden Vereinbarungen (Auslegung!): ARdT geschuldet (= Gericht)
- Prüfung: Sind ARdT zu beachten und wenn ja, welche (= Gericht; ggf. Hinzuziehung eines SV)
- Sind einschlägigen ARdT eingehalten (SV)

Allgemeine Grundsätze (ARdT)

Maßgeblicher Zeitpunkt

BGH, Urteil vom 14.11.2017 - VII ZR 65/14

- Grundsätzlich: ARdT im Zeitpunkt der Abnahme
- Auch, wenn sich ARdT erst nach Vertragsschluss ändern
- AN muss AG über Änderung informieren
- AG kann wählen
 - Einhaltung ARdT; dann idR Vergütungsanpassung nach § 1 Abs. 3, Abs. 4; 2 Abs. 5 Abs. 6 VOB/B
 - AG kann auf Einhaltung ARdT verzichten
- Anderweitige vertragliche Vereinbarungen möglich

Praktische Anwendung

Divergenz ARdT - Funktionstauglichkeit

- BGH, Urt. v. 9.7.2002 – X ZR 242/99
- BGH, Urt. v. 20.11.1986 – VII ZR 360/85

Beispiel

AN schuldet Abdichtung des Kelleraußenmauerwerks mit Bitumendickschicht. Das entspricht den ARdT. Die Schwarzschrift wird auch fachgerecht nach den ARdT aufgebracht. Der Keller ist nass.

Das Werk des AN ist mangelhaft trotz Einhaltung der ARdT, weil die nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion (dichter Keller) nicht gegeben ist!

Praktische Anwendung (ARdT)

Mangel ohne „Schaden“

Beispiel

AN schuldet Abdichtung des Kelleraußenmauerwerks mit Bitumendickschicht. Das entspricht bei dem vorliegenden Lastfall „Drückendes Wasser“ nicht den ARdT. Der Keller ist trocken.

- Das Werk des AN ist mangelhaft, wie die ARdT nicht eingehalten sind. Auf die Entstehung eines „Schadens“ kommt es nicht an.
- Korrektiv: § 635 Abs. 3 BGB denkbar, wenn absehbar ist, dass sich aus der Nichteinhaltung der ARdT ergebende Schadensrisiko nicht realisieren wird.

Praktische Anwendung (ARdT)

Korrektiv: Bedenkenhinweis

Bedenkenhinweis AN erforderlich

- Ausführungsvorgaben AG gewährleisten nicht die Einhaltung der geschuldeten ARdT
- Funktionstauglichkeit trotz Einhaltung der ARdT gefährdet
- AG gibt nicht erprobte und bewährte Baustoffe/Bauverfahren vor
 - Auslegung: Vertragliche Abstandnahme von ARdT?
 - BGH: Wirksam nur bei Hinweis AN auf Folgen
 - Problem: AG hinweisbedürftig? Planung stammt von seinem Arch.

Praktische Anwendung (ARdT)

Bestandsbau / Altbausanierung

BGH, Urt. V. 16.12.2004 – VII ZR 257/03

.....

Verspricht der Veräußerer eines Altbaus eine Sanierung bis auf die Grundmauern, darf der Erwerber dies grundsätzlich dahin verstehen, daß der Veräußerer zu diesem Zweck im Rahmen des technisch Möglichen die Maßnahmen angewandt hat, die erforderlich sind, um den Stand der anerkannten Regeln der Technik zu gewährleisten. Etwas anderes kann sich ergeben, wenn die berechnete Erwartung des Erwerbers unter Berücksichtigung der gesamten Vertragsumstände, insbesondere des konkreten Vertragsgegenstands und der jeweiligen Gegebenheiten des Bauwerks darauf nicht gerichtet ist.

Sachmängelhaftungsrecht

Bedenkenhinweis - Wirkungsweise

Prüf- und Hinweispflicht – Enthftung

Herleitung aus § 4 Abs. 3, 13. Abs. 3 VOB/B

Nach Treu und Glauben (§ 242 BGBI) entsprechend anwendbar auf BGB
Bauvertrag

Rechtsfolge: Enthftung des Unternehmers

Problem: Enthftung auch ohne Mitteilung, wenn AN die Unzulänglichkeit
der Leistungsvorgaben des AG nicht erkennen konnte?

Sachmängelhaftungsrecht

Bedenkenhinweis - Wirkungsweise

Formalien und Inhalt des Bedenkenhinweises

- In der Praxis: Schriftlich (für VOB/B-Vertrag zwingend - § 4 Abs. 3 VOB/B)
- Unverzüglich (§ 4 Abs. 3 VOB/B)
- An den richtigen Adressaten – idR: Auftraggeber (nicht Bauleiter etc..)
- Konkrete Bezeichnung der für die Bedenkenmaßgeblichen Umstände
- Aufzeigen der Konsequenzen, wenn Bedenkenhinweise nicht gefolgt wird

Sachmängelhaftungsrecht

Mängelrechte beim BGB-Bauvertrag

Mängelrechte im Überblick

- Nacherfüllung - § § 634 Nr. 1, 635 BGB
- Selbstvornahme und Kostenersatz - § § 634 Nr. 2, 637 BGB
- Minderung - § § 634 Nr. 3, 638 BGB
- Rücktritt - § § 634 Nr. 3, 636, 323 Abs. 3, 326 Abs. 5 BGB
- Schadensersatz statt der Leistung - § § 634 Nr. 4, 280, 281 BGB
- Ersatz sonstiger Schäden (bspw.: entfernte Mangelfolgeschäden – früher pVV; Schäden an sonstigen Rechtsgütern des Bestellers) - § § 634 Nr. 4, 280 BGB
- Ersatz vergeblicher Aufwendungen - § 634 Nr. 4, 284 BGB

Sachmängelhaftungsrecht

Mängelrechte beim VOB/B-Bauvertrag

Mängelrechte im Überblick

- Nachbesserung - § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B
- Ersatzvornahme, Kostenersatz und Vorschuss - § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B
- Minderung gemäß § 13 Abs. 6 VOB/B (beachte: ganz anders als § 638 BGB)
- „Kleiner“ Schadensersatz (an der baulichen Anlage) - § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B
- „Großer“ Schadensersatz - § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B

Sachmängelhaftungsrecht

Verhältnis der Mängelrechte zueinander (BGB)

Nacherfüllungsfrist entbehrlich:

- AN verweigert die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig (§ § 636, 635 Abs. 3 BGB; § 281 Abs. 2; § 323 Abs. 2 Nr. 1)
- die Nacherfüllung ist objektiv **unmöglich** (§ § 634 Nr. 3, 326 Abs. 5 BGB).
- Die Nacherfüllung ist (mehrfach) **fehlgeschlagen** oder dem AG **unzumutbar**
 - weil er kein **Vertrauen** mehr in ein erfolgreiche Nacherffüllung haben kann (§ 636, 637 Abs. 2 BGB) oder
 - weil er das Gerwerk sofort benötigt.

Sachmängelhaftungsrecht

Unverhältnismäßiger Nacherfüllungsaufwand

Beispiel

Der Unternehmer hat eine mangelhafte Dachkonstruktion erstellt, die statischen Anforderungen nicht genügt. Der Sachverständige sieht zwei Möglichkeiten für die Herstellung eines statisch sicheren Daches. Entweder das Dach muss neu hergestellt und dabei den konstruktiven Anforderungen an die Lastabtragung angepasst oder es müssen nachträglich zwei Stützen eingebaut werden. Der Kostenunterschied zwischen den beiden Varianten der Mangelbeseitigung ist erheblich. Deswegen meint der Sachverständige, aus Wirtschaftlichkeitsgründen sollten zwei zusätzliche Stützen eingebaut werden.

Sachmängelhaftungsrecht

Unverhältnismäßiger Nacherfüllungsaufwand

BGH, Urt. v. 06.12.2001 – VII ZR 241/00

1. *Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung ist nur dann gerechtfertigt, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung unter Abwägung aller Umstände ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht, so dass die Forderung auf ordnungsgemäße Vertragserfüllung ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist.*

2. *Der Maßstab für das objektiv berechtigte Interesse des Bestellers an einer ordnungsgemäßen Erfüllung, auch durch Nachbesserung einer mangelhaft erbrachten Leistung, ist der vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch des Werks.*

Sachmängelhaftungsrecht

Sonderfall Symptomtheorie

BGH, Urt. v. 27.02.2003 – VII ZR 338/01

BGH, Urt. v. 06.12.2001 – VII ZR 241/00

BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 115/97

Bei einem Bauvertrag genügt der Auftraggeber den Anforderungen an ein hinreichend bestimmtes Mängelbeseitigungsverlangen und auch den Anforderungen an eine schlüssige Darlegung im Prozess, wenn er die Erscheinungen, die er auf auftragswidrige Abweichungen zurückführt, hinlänglich deutlich beschreibt. Er ist nicht gehalten, die Mängelursache im Einzelnen zu bezeichnen.

Unterscheide

- Mangelsymptom – Mangelerscheinung
- Mangel – Mangelursache
- Schaden

Sachmängelhaftungsrecht

Sonderfall Symptomtheorie

Herleitung und Anwendung

- Der Besteller kann eine vertragsgerechte/funktionstaugliche Leistung verlangen
- Prüfpflicht des Unternehmers
- BGH, Urt. v. 02.09.2010 – VII ZR 110/09: Das Recht des Bestellers, von einem für den Mangel verantwortlichen Unternehmer Mängelbeseitigung zu fordern, wird nicht dadurch eingeschränkt, dass der Besteller keine Ursachenforschung betrieben hat und auch die Möglichkeit in Betracht kommt, andere Unternehmer könnten für eine Mängelerscheinung verantwortlich sein.
- Kompetenz Besteller irrelevant

Sachmängelhaftungsrecht

Sonderfall Symptomtheorie

Symptom und Mangel: Auswirkungen auf Mängelhaftung

- Nacherfüllungsaufforderung
- Anerkennung durch Mängelbeseitigungsarbeiten
- Quasi-Verjährungsunterbrechung nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B
- Beachte: Systemmangel; systemische Planungs- oder Ausführungsfehler

Sachmängelhaftungsrecht

Sonderfall Symptomtheorie

Anforderungen

- Konkrete Bezeichnung der Mangelerscheinungen (Ort, Ausprägung etc...)
- Bezugsgröße geschuldete Sollbeschaffenheit (Stichwort: Farbabweichungen)
- Bezugsgröße ARdT
- Beweisfragen:
 - Bezugspunkt Mangelerscheinungen
 - Erforschung Ursachen – Bezugspunkt nur Kosten!
 - Aufwand

Sachmängelhaftungsrecht

Sonderfall Symptomtheorie

Auswirkungen

- Nachbesserungsklage
 - Bezugspunkt für Anträge und Tenor: Mangelaussage!
 - Keine Verurteilung zu konkreten Mangelbeseitigungsmaßnahmen: Wahlrecht des AN gem. § 635 Abs. 1 BGB erstreckt sich auch auf Art der Mängelbeseitigung; Ausnahme: Mängelbeseitigung kann nur auf eine Art oder durch Neuherstellung erfolgen.
 - Verjährung 30 Jahre für Mangel
 - Folge: Fehlerhafte Feststellungen/Vorgaben des gerichtlichen SV entlasten AN nicht.
- Vorschussklage
 - Vorschuss erfasst Beseitigung der tatsächlichen Mangelursachen; ggf. Nachschuss
- Kostenerstattung / Schadensersatz
 - Symptomtheorie unerheblich

Sachmängelhaftungsrecht

Sonderfall Symptomtheorie

Problemlagen

- Vergleich
 - Abgeltungsbereich bei Systemmängeln (OLG Karlsruhe B. v. 15.07.2010 – 8 U 82/09)
 - Anknüpfungspunkt: Auslegung Vergleich
- Vorbehaltlose Abnahme - § 640 Abs. 2 BGB
- Quasi-Verjährungsunterbrechung § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 BGB
- Erstattung Kosten Privatgutachter
 - Stichwort: Keine Ermittlung der Mangelursache erforderlich
 - Aber: Mehrere Verantwortliche denkbar
 - Interesse, die Tragweite der Mangelperscheinung abzuschätzen.