

Arbeitsgemeinschaft Zivilrecht:
Lösungen zum Thema Verantwortlichkeit für Werkmängel

Fall 1 a

Anspruch auf Erneuerung der Fassade gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B

1. Zwischen den Parteien besteht ein **Werkvertrag**.
2. Die **Rostflecken** auf der Fassade stellen einen **Mangel** im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 3 Buchstabe b VOB/B dar.
3. Fraglich ist, ob die Bauer GmbH nach **§ 13 Abs. 3 VOB/B** von der **Gewährleistung** für diesen Mangel **frei** ist.

- a) Der Mangel könnte zurückzuführen sein auf einen **vom Auftraggeber vorgeschriebenen Stoff**, nämlich die Betonsichtsteine.

Hier hat Kunze nur einen bestimmten **Typ** von Betonsteinen vorgegeben. Dieser war für den vorgesehenen Einsatzzweck grundsätzlich **geeignet**. Der Fehler beruht nur auf der unzureichenden Beschaffenheit der konkret verwendeten **Partie**. Die Verwendung dieser konkreten Partie hat Kunze nicht vorgegeben.

Das **Risiko**, dass eingesetztes **Material fehlerhaft** ist, liegt grundsätzlich beim **Auftragnehmer**. Er hat für daraus resultierende Mängel auch dann einzustehen, wenn ihn kein Verschulden trifft.

§ 13 Abs. 3 VOB/B **verlagert** diese Gefahr in einer bestimmten Konstellation auf den **Auftraggeber**. Grund dafür ist, dass durch die Anordnung, bestimmtes Material zu verwenden, ein besonderes Risiko geschaffen wird. Wenn sich dieses verwirklicht, soll der Auftraggeber die Konsequenzen tragen.

Hier hat Kunze durch seine Anweisung, Steine eines bestimmten Typs zu verwenden, nicht das ausschlaggebende Risiko geschaffen, denn die Steine waren ihrem Typ nach **geeignet**. Verwirklicht hat sich vielmehr das allgemeine Risiko, dass eine einzelne Lieferung nicht dem Standard entspricht. Dieses Risiko wurde durch Kunzes Anordnung aber nicht erhöht. Es verblieb bei der Bauer GmbH.

- b) **Zwischenergebnis:** Die **Risikoverlagerung** nach § 13 Abs. 3 VOB/B **greift nicht**. Die Bauer GmbH muss für den Mangel einstehen.
4. **Ergebnis:** Der **Anspruch** auf Erneuerung der Fassade ist **begründet**.

Fall 1 b

Anspruch auf Erneuerung der Fassade gemäß § 634 Nr. 1 und § 635 Abs. 1 BGB

1. Die Flecken und Wasserspuren in der Fassade sind **Mängel** im Sinne von § 633 Abs. 2 Nr. 2 BGB.
2. Fraglich ist auch hier, ob die Bauer GmbH von der **Gewährleistung frei** ist, weil Kunze einen bestimmten **Baustoff vorgeschrieben** hat.
 - a) Auch bei BGB-Verträgen haftet der Unternehmer nach verbreiteter Auffassung nicht für Fehler, die **ausschließlich im Verantwortungsbereich des Bestellers** liegen (Palandt/Sprau, 73. Auflage, § 633 BGB Rn. 4).

Beachte allgemein: Haben **beide Seiten** den Mangel **verursacht**, ist der Unternehmer – auch bei VOB-Verträgen – zur Nachbesserung verpflichtet, der Besteller muss sich aber entsprechend seinem Mitverursachungsanteil an den **Kosten** der Nachbesserung **beteiligen** (BGH NJW 1984, 1676, 1677).

- b) **Hier** liegt der Fehler **nicht** im Verantwortungsbereich von Kunze (vgl. oben Fall 1a).
3. **Ergebnis:** Der **Anspruch** auf Nachbesserung ist **begründet**.

Fall 2

Anspruch auf Zahlung von 275.000 Euro analog § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB

1. Aus dem geschlossenen **Werkvertrag** hat die Eltmann GmbH einen **Anspruch** auf die geforderte **Teilvergütung**.
2. Nach § 641 Abs. 1 BGB wäre der Anspruch erst mit **Abnahme** fällig. Diese ist noch nicht erfolgt.
3. Die **Zerstörung** des Werks führt grundsätzlich **nicht** zur Fälligkeit des Anspruchs.
 - a) Grundsätzlich trägt der **Unternehmer** die **Leistungsgefahr** (d.h. er muss das Werk nach Zerstörung erneut erstellen) und die **Vergütungsgefahr** (d.h. er bekommt kein Geld für vergeblich geleistete Arbeit).
 - b) Erst mit **Abnahme** gehen Leistungs- und die Vergütungsgefahr gemäß § 644 Abs. 1 **Satz 1 BGB** auf den **Besteller** über. Dazu ist es hier nicht gekommen.
4. Ein Anspruch auf **Abschlagszahlung** gemäß § 632a BGB setzt voraus, dass die Leistung **vertragsgemäß erbracht** ist.

Dies ist **hier nicht** (mehr) der Fall, sofern die Eltmann GmbH die **Leistungsgefahr** trägt und deshalb nach Zerstörung des Werks die Leistung nochmals erbringen muss.
5. Fraglich ist, ob die Eltmann GmbH hier entsprechend § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB die Vergütung verlangen kann.
 - a) Der **Wortlaut** der Vorschrift ist **nicht** erfüllt. Die Bauherrin hat hier **keine Anweisung** erteilt, den Hochwasserschutz zu entfernen.
 - b) Nach der Rechtsprechung ist die Vorschrift **entsprechend** anwendbar, wenn das Werk aus Gründen untergeht, die in der **Person des Bestellers** liegen oder auf **Handlungen des Bestellers** zurückgehen, so dass der Besteller der Gefahr, die zum Untergang geführt hat, näher steht als der Unternehmer (BGHZ 78, 352, 354).

Hier beruht der Untergang auf dem **unzureichenden Hochwasserschutz**. Die Aufgabe, für einen ausreichenden Hochwasserschutz zu sorgen, hatte hier die **Bauherrin** übernommen. Die Eltmann GmbH hatte keinen Einfluss darauf. Deshalb stand die Auftraggeberin der Gefahr, die zum Untergang geführt hat, hier **näher**. Dass die Entfernung des Schutzes **ohne Zutun** der Auftraggeberin geschah, ist demgegenüber unerheblich. Nach dem Gedanken des § 645 BGB hat der Besteller **auch** für Umstände einzutreten, die er **nicht zu vertreten** hat – sofern er ihnen näher steht als der Unternehmer.
 - c) **Zwischenergebnis:** Die **Voraussetzungen** für eine entsprechende Anwendung des § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB sind **erfüllt**.
6. **Ergebnis:** Der Zahlungsanspruch ist **begründet**.

Fall 3**I. Anspruch gegen die Bauer GmbH auf Zahlung von 50.000 Euro aus § 634 Nr. 2 und § 637 BGB**

1. Zwischen den Parteien besteht ein **Werkvertrag**.
2. Fraglich ist, ob die Leistung **mangelhaft** ist. Das hängt gemäß § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB davon ab, welche Beschaffenheit **vereinbart** war.
 - a) **Ursprünglich** war vereinbart, das Gebäude um einen Meter tiefer zu gründen als es jetzt steht.
 - b) Die **Anweisung des Architekten**, nach den neuen Plänen zu bauen, konnte nur dann zu einer Vertragsänderung führen, wenn der Architekt hierzu **Vertretungsmacht** hatte.
 - (1) Die im **Bauvertrag** enthaltene Vollmacht bezog sich auf Anordnungen zur Durchführung der Leistung. Dies berechtigt lediglich zu Anweisungen, die erforderlich sind, um die **vereinbarte** Leistung zu erbringen, **nicht** hingegen zu Vereinbarungen über eine grundlegende **Änderung** des Leistungsbildes.
 - (2) Anhaltspunkte für eine **Anscheins- oder Duldungsvollmacht** sind aus dem Sachverhalt **nicht ersichtlich**.
 - c) Dass die erbrachte Leistung nach der Behauptung des Unternehmers **technisch vorteilhafter** sein soll, ist **unerheblich**. Maßgeblich ist nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB die Vereinbarung der Parteien, nicht irgendein abstrakter Qualitätsmaßstab.
 - d) **Zwischenergebnis**: Die erbrachte Leistung weicht von der vereinbarten Leistung ab. Sie ist **mangelhaft**.
3. Die nach § 637 Abs. 1 BGB erforderliche **Frist** ist gesetzt worden.
4. Der Anspruch aus § 637 Abs. 1 BGB ist ausgeschlossen, wenn die Bauer GmbH die **Nachbesserung zu Recht verweigert** hat. Ein Verweigerungsrecht könnte sich hier aus § 275 Abs. 2 BGB ergeben. Hierzu müsste der Aufwand für die Nachbesserung in einem **groben Missverhältnis** zum Leistungsinteresse des Hoffmann stehen.

Ob hier ein solches Missverhältnis vorliegt, lässt sich nur in Abwägung **aller Umstände des Einzelfalles** ermitteln (vgl. zur alten Rechtslage – § 633 Abs. 2 BGB a.F. – BGH NJW 1996, 3269 f.). Ein Missverhältnis kann nur dann bejaht werden, wenn einem objektiv **geringen Interesse des Bestellers** ein **ganz erheblicher Aufwand** entgegensteht. Ob dies **hier** der Fall ist, lässt sich aufgrund des mitgeteilten Sachverhalts nicht abschließend beurteilen. Als gänzlich gering lässt sich das Interesse des Hoffmann an einer vertragsgerechten Ausführung nicht ohne weiteres abtun.
5. Entsprechend **§ 254 BGB** könnte Hoffmann nur teilweise Kostenerstattung verlangen, wenn er den Mangel **mit zu vertreten** hätte.
 - a) **Eigenes Verschulden** des Hoffmann ist **nicht** ersichtlich.
 - b) Gemäß **§ 278 Abs. 1 BGB** hat der Bauherr für ein **Planungverschulden** des Architekten einzustehen. Der Bauherr ist gegenüber dem Bauunternehmer nämlich verpflichtet, geeignete Pläne zur Verfügung zu stellen. Ein mit der Planung betrauter Architekt ist insoweit Erfüllungsgelhilfe (BGHZ 95, 128, 131).

Beachte allgemein: Für ein **Aufsichtverschulden** des Architekten hat der Bauherr nicht nach § 278 BGB einzustehen; er ist gegenüber dem Bauunternehmer nicht verpflichtet, diesen zu überwachen (BGHZ 95, 128, 131).

Hier bestand das Verschulden des Architekten darin, dass er die bereits erstellte und gegenüber dem Bauunternehmer zur Vertragsgrundlage bestimmte Planung **eigenmächtig geändert** hat. Diese Änderung sollte entsprechend dem Rechtsgedanken des § 179 BGB nicht zu Lasten des Bauherrn gehen.

Diese Problematik wurde in der Entscheidung BGH NJW 2002, 3543 allerdings nicht angesprochen.

Der Bauherr muss sich nach der hier vertretenen Ansicht nur dann ein Mitverschulden zurechnen lassen, wenn die zur Vertragsgrundlage erhobene **ursprüngliche Planung** fehlerhaft war. Dafür gibt es hier keine Anhaltspunkte.

6. **Ergebnis:** Sofern sich aus dem Einzelfall nicht noch weitere Gesichtspunkte für ein grobes Missverhältnis ergeben, dürfte der Anspruch auf Nachbesserung und damit der Anspruch auf Vorschuss gemäß § 637 Abs. 1 BGB in vollem Umfang **bestehen**.

II. Anspruch gegen die Bauer GmbH auf Zahlung von 50.000 Euro aus § 634 Nr. 4 und § 280 BGB

1. Aufgrund der **mangelhaften Leistung** (s.o. I) kann Hoffmann von der Bauer GmbH gemäß § 634 Nr. 4 BGB auch Schadensersatz verlangen, wenn die Voraussetzungen der §§ 280 ff. BGB vorliegen.
2. Die mangelhafte Leistung ist eine **Pflichtverletzung** im Sinne von § 280 Abs. 1 BGB.
3. Ein Recht, die Nachbesserung gemäß § 275 Abs. 2 BGB zu verweigern, besteht (wohl) nicht (vgl. oben I 4).
4. Die nach § 281 Abs. 1 BGB erforderliche **Fristsetzung** ist erfolgt.
5. Ein Mitverschulden muss sich Hoffmann hier nicht anrechnen lassen (vgl. oben I 5)
6. **Ergebnis:** Ein Schadensersatzanspruch **besteht** ebenfalls – mit dem unter I 6 formulierten Vorbehalt.

III. Anspruch gegen Adrian auf Zahlung von 50.000 Euro, § 634 Nr. 2 und § 637 BGB

1. Ein Vertrag, in dem sich ein Architekt zur Planung oder Bauaufsicht verpflichtet, ist ein **Werkvertrag**.
2. Eventuelle Ansprüche gegen den Architekten auf **Nachbesserung** können sich aber nur auf die fehlerhafte **Planung** beziehen. Beseitigung von Fehlern an dem aufgrund des fehlerhaften Plans errichteten Gebäude schuldet der Architekt nicht.
3. **Ergebnis:** Gegen den Architekten besteht aus § 634 Nr. 2 und § 637 BGB **kein Anspruch** auf Zahlung von Kosten für die Beseitigung von Mängeln am Gebäude.

IV. Anspruch gegen Adrian auf Zahlung von 50.000 Euro aus § 280 BGB

1. Durch die eigenmächtige Änderung der Pläne und deren Weitergabe an die Bauer GmbH hat Adrian die ihm aufgrund des Architektenvertrages obliegenden **Pflichten verletzt**.
2. Einer **Fristsetzung** bedurfte es hinsichtlich der hier in Rede stehenden Schäden am Gebäude nicht. § 281 BGB ist nicht einschlägig, weil es sich insoweit nicht um Schadensersatz statt der Planungsleistung handelt, sondern um Folgeschäden, die durch Nachbesserung des Architektenwerks (hier also durch Erstellung von vertragsgemäßen Plänen) nicht behoben werden können.
3. Ob ein **Leistungsverweigerungsrecht** gemäß § 275 Abs. 2 BGB besteht, ist im Verhältnis zu Adrian ebenfalls **unerheblich**. Verweigern dürfte Adrian allenfalls die (erneute)

Erbringung von Architektenleistungen. Der hier geltend gemachte Schaden am Gebäude ist kein Surrogat. Die Ersatzpflicht dafür ist deshalb unabhängig vom weiteren Schicksal der primären Leistungspflicht (vgl. zur alten Rechtslage BGH NJW 2002, 3543, 3545)

4. Ein **Mitverschulden** des Adrian im Verhältnis zu Hoffmann ist **nicht ersichtlich**.
5. **Ergebnis:** Der Schadensersatzanspruch **besteht**.

V. Verhältnis der beiden Ansprüche zueinander

Ein Architekt und ein Bauunternehmer, die für denselben Mangel an einem Bauwerk einzustehen haben, haften als **Gesamtschuldner**. Dies gilt auch dann, wenn der Bauunternehmer nicht zur Zahlung von Schadensersatz, sondern zur Zahlung von Mängelbeseitigungskosten oder zur Nachbesserung verpflichtet ist (vgl. nur BGH NJW 2002, 3543, 3545).

Fall 4 a

Anspruch der Unger KG auf Zahlung von 50.000 Euro aus § 631 Abs. 1 BGB

1. Zwischen den Parteien besteht ein **Werkvertrag**.
2. Der Anspruch ist gemäß § 641 Abs. 1 BGB **fällig**, weil das Werk **abgenommen** wurde.
3. Fraglich ist, ob Huber nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB ein **Zurückbehaltungsrecht** hat. Dazu müsste er einen Anspruch auf **Nachbesserung** wegen eines **Mangels** gemäß § 634 Nr. 1 und § 635 BGB haben.
 - a) Entscheidend hierfür ist zunächst, ob die gemäß § 633 Abs. 2 BGB **geschuldete Beschaffenheit** des Werks hier ausschließlich durch die im Vertrag beschriebene **Ausführungsart** (12,5 mm Gipsfaserplatte) bestimmt wird oder auch durch die nach dem Vertrag **vorausgesetzte Verwendung** als Mietshaus und die dafür geltenden DIN-Vorschriften.
 - (1) Nach § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB muss das Werk für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung geeignet sein, soweit die Beschaffenheit nicht (anderweit) vereinbart ist.

Hier war der Unger KG bekannt, dass das Gebäude als Mietshaus genutzt wird. Damit war sie grundsätzlich verpflichtet, das Werk so zu erbringen, dass die für Mietshäuser geltenden DIN-Vorschriften eingehalten werden.
 - (2) Fraglich ist, ob sich daran etwas ändert, weil die Parteien ausdrücklich eine bestimmte **Ausführungsart** vereinbart haben.
 - a) Nach der Rechtsprechung ändert die Vereinbarung einer bestimmten Ausführungsart grundsätzlich nichts daran, dass der Unternehmer für die Erreichung des angestrebten Zwecks einzustehen hat, also ein **funktionsgerechtes Werk** schuldet. Das Werk ist folglich auch dann mangelhaft, wenn sich der Unternehmer exakt an die vereinbarte Ausführungsart hält, diese aber zur Erreichung des angestrebten Zwecks ungeeignet ist (BGHZ 174, 110 = NJW 2008, 511 Rn. 16 ff.; BGH NJW 2011, 3780 Rn. 11).
 - b) Der Unternehmer ist allenfalls dann von der Verantwortung frei, wenn er ausdrücklich darauf **hingewiesen** hat, dass die vereinbarte Ausführung nicht geeignet ist (vgl. oben Fall 1). Ein solcher Hinweis wurde hier nicht erteilt.

- (3) **Zwischenergebnis:** Das Werk ist **mangelhaft**, weil das Haus nach den DIN-Vorschriften nicht für Mietzwecke genutzt werden darf. Huber kann folglich gemäß § 634 Nr.1 und § 635 BGB **Nachbesserung** verlangen.
- b) Der **Nachbesserungsanspruch** ist nach dem Gedanken des **Vorteilsausgleichs** beschränkt: Der Besteller kann eine höherwertige als die vereinbarte Ausführung nur dann verlangen, wenn er die Mehrkosten dafür trägt. Dies beruht auf der Überlegung, dass der Besteller diese Kosten **soieso** hätte tragen müssen, wenn die Parteien von Beginn an die richtige Ausführungsart vereinbart hätten.
Hier muss die Unger KG die DIN-gerechte Nachbesserung also nur dann erbringen, wenn Huber die Mehrkosten in Höhe von 20.000 Euro zahlt.
- c) Wegen dieses Anspruchs auf **Kostenbeteiligung** hat der Unternehmer analog § 273 Abs. 1 BGB ein **Zurückbehaltungsrecht** (BGHZ 90, 344, 350 ff.). Er muss die **Nachbesserung** also entsprechend § 274 BGB **Zug um Zug** gegen Zahlung der **Mehrkosten** erbringen.
- d) Der Besteller muss umgekehrt die **ursprüngliche Vergütung** nur **Zug um Zug** gegen Leistung der **Nachbesserung** erbringen.
4. Im **Ergebnis** führt dies – wenn sich beide Parteien auf ihre Zug-um-Zug-Einrede berufen – zu einer **doppelten Zug-um-Zug-Verurteilung** (BGHZ 90, 354, 357 ff.):
Huber muss 50.000 Euro zahlen, Zug um Zug gegen DIN-gerechte Ausführung der Decken und Wände, dieses wiederum Zug um Zug gegen Zahlung weiterer 20.000 Euro. Zur Vollstreckung eines solchen Urteils vgl. BGHZ 90, 354, 360 ff.

Fall 4 b

I. Anspruch der Unger KG auf Stellung einer Sicherheit gemäß § 648a BGB

- § 648a BGB gibt dem Unternehmer bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen einen einklagbaren **Anspruch** auf Stellung einer Sicherheit.
Nach der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung konnte der Unternehmer bei Nichterbringung der Sicherheit lediglich seine Leistung verweigern und gemäß § 648a Abs. 5 und § 643 BGB durch Fristsetzung und Kündigung den Vertrag beenden (vgl. BGHZ 146, 24, 28).
- Die umfassende Sanierung eines Gebäudes ist ein **Bauwerk** (vgl. BGH NJW 2007, 3275 Rn. 18 ff).
- Die **Ausnahmetatbestände** in § 648a Abs. 6 BGB (öffentlicher Auftraggeber oder Einfamilienhaus) sind **nicht** erfüllt.
- Huber hat die **Vergütung** noch nicht gezahlt.
- Eine **Abnahme** ist nach § 648a Abs. 1 Satz 3 BGB **nicht erforderlich**.
- Ergebnis:** Der Anspruch ist **begründet**.

II. Leistungsverweigerungsrecht der Unger KG gegenüber dem Anspruch des Huber auf Nachbesserung gemäß § 648a Abs. 5 BGB

- Der Unger KG steht ein Anspruch auf Sicherheitsleistung zu (s.o.).
- Eine **Fristsetzung** ist erfolgt.
- Ergebnis:** Die Unger KG kann die Nachbesserung verweigern, solange Huber keine Sicherheit gestellt hat.

III. Anspruch der Unger KG auf Zahlung von 50.000 Euro aus § 631 Abs. 1 BGB

1. Nach den Ausführungen zu Fall 4 a besteht der Anspruch nur **Zug um Zug** gegen DIN-gerechte Ausführung der Decken und Wände.

2. Einige Oberlandesgerichte hatten die Ansicht vertreten, dass der Besteller sein Zurückbehaltungsrecht **verliert**, wenn er die nach § 648a Abs. 1 BGB zu stellende Sicherheit nicht erbringt.

Diese Auffassung hat der BGH schon für die bis zum 31.12.2008 geltende Gesetzesfassung **abgelehnt** (BGHZ 157, 335, 343 = NJW 2004, 1525, 1527): Die Sanktionen im Falle der Nichterbringung der Sicherheit sind in § 648a BGB abschließend geregelt. Für die neue Fassung des Gesetzes gilt dasselbe. Dem Unternehmer stehen nach § 648a BGB jetzt weiter gehende Rechte zu als früher. Diese Regelung ist aber nach wie vor abschließend.

3. **Ergebnis:** Die Unger KG kann ihren Vergütungsanspruch weiterhin nur **Zug um Zug** gegen Nachbesserung geltend machen.

IV. Vergütungsanspruch der Unger KG nach Kündigung gemäß § 648a Abs. 5 BGB

1. Nach Kündigung kann die Unger KG gemäß § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB die **vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen** verlangen.

Hinsichtlich der **bereits erbrachten Teile** der Leistung muss sich der Unternehmer aber gegebenenfalls einen **mangelbedingten Minderwert** anrechnen lassen (BGHZ 157, 335, 342 = NJW 2004, 1525, 1527).

Dies entspricht, soweit es um bereits erbrachte Leistungen geht, der bis zum 31.12.2008 geltenden Rechtslage. Neu ist, dass der Unternehmer auch für die nicht erbrachten Teile der Leistung die vereinbarte Vergütung fordern kann, unter Anrechnung ersparter Aufwendungen.

2. **Ergebnis:** Die Unger KG kann nach Kündigung ihren Anspruch auf Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen und gegebenenfalls abzüglich eines mangelbedingten Minderwerts geltend machen.