

# Stolpersteine baurechtlicher Streitigkeiten

**16. Bauseminar der Fachzeitschrift Naturstein, Kassel am 4.2.2023**

Referent: Richter am Oberlandesgericht Cornelius Vowinckel (OLG Hamm, 21. Zivilsenat)

# Grundproblematik – unterschiedliche Standpunkte + Maßstäbe

technische Beurteilung		Kontext	rechtliche Beurteilung	
Konzept/ Planung	Ausführung	wirtschaftl. Situation	Beweisaufnahme Prozessrecht	rechtliche Würdigung materielles Recht
Optische Gestaltung	Technische Anforderungen	persönl. Beziehungen	Beweiswürdigung	Verträge
Material	Vorgehensweise	Kommunikation		Normen

Sämtliche Aspekte sind interagierend miteinander verknüpft.

## Problemfelder:

- retrospektive Betrachtung
- Erfordernis der Beweisführung trotz Zeitablaufs
- Würdigung tatsächlicher, insbesondere technischer Zusammenhänge
- juristische Bewertung mit Antragsbindung

# Die berechtigte Kritik am Bauprozess - Anwaltssicht

Nach der Erfahrung unzähliger geführter Bauprozesse ist eine Kritik wirklich beherrschend und berechtigt: Sie dauern zu lange, sie ziehen sich wie Kaugummi! Die Ursachen überlanger **Verfahrensdauern** und Abhilfemöglichkeiten wurden untersucht; dabei wurden mehr als 1200 Richter in drei OLG-Bezirken und einem weiten Landgerichtsbezirk befragt mit einer Antwortquote von über 50 % (Keders/Walter, NJW 2013, 1667; Kapellmann, NZBau 2016, 67, 68). Die Richter gaben in der ganz überwiegenden Mehrzahl an, dass nach ihrer Einschätzung, Alt- und Umfangsverfahren zu Gunsten höherer **Erledigungszahlen** von der Richterschrift nachrangig behandelt würden. Ein Grund für diese Sachbehandlung dürfte sein, dass die Entwicklung des Bestands im Dezernat häufig in die Beurteilung des Richters einfließt. Richterwechsel sind zu vermeiden, und ein Richter sollte vernünftige, beispielsweise ganztägige Verhandlungen – auch mit Parteien – machen. Vielfach wird gefordert, Bauspezialkammern einzurichten – was Sinn hat, wenn deren Einrichtung verbindlich ist. Natürlich ist auch eine fachliche Fortbildung der Richter empfehlenswert. Schließlich sollten Richter der Auswahl, Kontrolle und Führung von Sachverständigen viel mehr Aufmerksamkeit widmen (Kapellmann, NZBau 2016, 67, 69).

# Die berechtigte Kritik am Bauprozess - Sachverständigensicht

Manchmal verrutscht bei den wechselseitigen Schriftsätzen der Fokus des Vortrags weg von einer **Sachverhaltsdarstellung** hin zu einem geradezu reflexartigen Bestreiten und Diskussionen über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Das kann taktische Gründe haben; dann darf man sich aber nicht wundern, wenn die Verfahrensdauer wächst und der Sachvortrag insgesamt ohne erkennbaren „roten Faden“ nur noch schwer nachvollziehbar ist. Ein klares Bild von den Tatsachen wird so nicht entstehen, wenn nicht der Richter mit weisenden und leitenden Vorgaben eingreift. Aber wie soll er das leisten, wenn er den Sachverhalt nicht umfassend verstehen kann oder gegebenenfalls auch nicht entscheiden kann, welche der vorgetragenen Tatsachen für die geltend gemachte Forderung erheblich sind? Jedenfalls ist irgendwann kein neuer Sachvortrag mehr zu erwarten. Der Richter muss nun entscheiden, ob ein hinreichend klarer, als wahr anzunehmender Sachverhalt erkennbar ist, der – unter die einschlägigen Rechtsnormen subsumiert – zu einem sachgerechten Urteil führen kann. Ist dies nicht der Fall, muss der Sachverhalt weiter aufgeklärt werden, indem untersucht wird, welche vorgetragenen Tatsachen wahr oder unwahr sind. Der Richter muss dazu die angebotenen **Beweise** erheben (Burwick, DS 2020, 135, 136).

# Optimierungspotenzial

Wenn dem Richter zwei verschiedene Tatsachenbehauptungen zu derselben Sache vorliegen, kann davon (mindestens) eine nicht richtig sein. Der Richter muss nach der Wahrheit forschen, also Beweise erheben. Er formuliert zu **widerstreitendem Vortrag** die erforderliche Beweisfrage und prüft, ob die beweisbelastete Partei hierzu einen Beweis (meistens vorgelegte oder noch vorzulegende **Urkunden, Zeugenvernehmung oder Sachverständigengutachten**, gegebenenfalls aber auch **Augenschein**) angeboten hat. Der Sachverständige ist weisungsgebundener Berater des Gerichts. Daher ist es sinnvoll, dass Richter und Sachverständiger sich über die Beweisfrage und die der Begutachtung zugrunde zu legenden Anknüpfungstatsachen (§ 404 a III ZPO) abstimmen, bevor der Richter diese verbindlich festlegt. Der Sachverständige hat hier kein Mitspracherecht; er sollte aber, um zielgerichtet beraten zu können, früher als gewohnt eingebunden und angehört werden. Seine Beteiligung schon vor Abfassung der Beweisfrage soll gem. § 404 a II ZPO erfolgen, wenn die Besonderheit des Falls es erfordert; hierbei handelt es sich aber um eine Soll-Norm und der Begriff der Besonderheit kann weit ausgelegt werden. Schließlich entsteht keinem Beteiligten ein Nachteil, wenn der Sachverständige frühzeitig eingebunden wird (Burwick, DS 2020, 135, 136).

# Optimierungspotenzial

Der Sachentscheidung kann eine zwischen den Parteien streitige Tatsache bzw. deren Fehlen erst zugrunde gelegt werden, wenn allen diesbezüglichen Beweisanträgen nachgegangen worden ist. Die Anwendung der Beweislastregeln zur Streitentscheidung stellt eine **ultima ratio** dar, die erst dann zum Tragen kommt, wenn und soweit das Gericht **alle zulässigen Beweismöglichkeiten** ohne Erfolg ausgeschöpft hat und weitere Feststellungen nicht mehr möglich erscheinen (BGH NJW 2019, 2169, 2170).

Ergebnis ist ein Zielkonflikt:

**Maximale materielle Gerechtigkeit : Verfahrensbeschleunigung**

# Beweiserhebung durch Sachverständigengutachten

## § 404a ZPO - Leitung der Tätigkeit des Sachverständigen

- (1) Das Gericht hat die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten und kann ihm für Art und Umfang seiner Tätigkeit Weisungen erteilen.
- (2) Soweit es die Besonderheit des Falles erfordert, soll das Gericht den Sachverständigen vor Abfassung der Beweisfrage hören, ihn in seine Aufgabe einweisen und ihm auf Verlangen den Auftrag erläutern.
- (3) Bei streitigem Sachverhalt bestimmt das Gericht, welche Tatsachen der Sachverständige der Begutachtung zugrunde legen soll.
- (4) Soweit es erforderlich ist, bestimmt das Gericht, in welchem Umfang der Sachverständige zur Aufklärung der Beweisfrage befugt ist, inwieweit er mit den Parteien in Verbindung treten darf und wann er ihnen die Teilnahme an seinen Ermittlungen zu gestatten hat.
- (5) Weisungen an den Sachverständigen sind den Parteien mitzuteilen. Findet ein besonderer Termin zur Einweisung des Sachverständigen statt, so ist den Parteien die Teilnahme zu gestatten.

# Beweiserhebung durch Sachverständigengutachten

Das Gericht leitet gem. § 404a I ZPO die Tätigkeit des Sachverständigen an und kann ihm, weil das sich aus § 404a ZPO ergebende Weisungsrecht auch die zur Begutachtung erforderlichen Maßnahmen umfasst, gem. § 404a IV ZPO auch vorgeben, welche Ermittlungen er vornehmen soll (vgl. BGH NZBau 2020, 771; 2020, 236) und inwieweit er die Parteien daran teilhaben lässt. Zwar gilt der Grundsatz der **Parteiöffentlichkeit**, dieser erfährt indes Einschränkungen, soweit die Aufklärung der Beweisfragen das erfordert. Selbst wenn der Sachverständige durch das Gericht angewiesen werden könnte, eine zerstörende Untersuchung (Bauteilöffnung) vorzunehmen, ist stets eine **Ermessensabwägung** zwischen insbesondere dem Erkenntniswert und berechtigten Belangen des Sachverständigen oder Dritter vorzunehmen (BGH NZBau 2020, 771, 772). Die Ablehnung einer entsprechenden Weisung durch das Gericht ist im Zweifel nicht anfechtbar (BGH NZBau 2020, 236).



# Beweiserhebung durch Sachverständigengutachten

Das Gericht hat **einander widersprechende Ausführungen von Sachverständigen** sorgfältig und kritisch zu würdigen sowie den Sachverhalt weiter aufzuklären. In welcher Weise der Tatrichter seiner Pflicht zur Aufklärung des Widerspruchs nachkommt, steht grundsätzlich in seinem **Ermessen** und kann zweckmäßigerweise etwa dadurch erfolgen, dass das Gericht den Sachverständigen unter Gegenüberstellung mit dem Privatgutachter anhört (BGH NJW-RR 2020, 186, 187).

Das Gericht ist verpflichtet, sich mit von der Partei vorgelegten Privatgutachten auseinanderzusetzen und auf die weitere Aufklärung des Sachverhalts hinzuwirken, wenn sich aus den Privatgutachten ein Widerspruch zum Gerichtsgutachten ergeben kann. Unklarheiten, Zweifeln oder Widersprüchen hat es von Amts wegen nachzugehen. Wenn der gerichtlich bestellte Sachverständige im Rahmen seiner Anhörung die sich aus einem Privatgutachten ergebenden **Einwendungen nicht auszuräumen** vermag, muss der Tatrichter im Rahmen seiner Verpflichtung zur Sachaufklärung ein **weiteres Gutachten** einholen. Das Gericht ist gehalten, sich mit den Streitpunkten zwischen dem gerichtlichen Sachverständigengutachten und dem Privatgutachten sorgfältig und kritisch auseinanderzusetzen und die Streitpunkte zu würdigen. Insbesondere hat es zu begründen, warum es einem von ihnen den Vorzug gibt (BGH NJW 2017, 3661; BauR 2010, 931).

# Bestimmung des Vertragstyps

Für die **Abgrenzung von Kauf- und Werklieferungsverträgen einerseits und Werkverträgen andererseits** ist maßgeblich, auf welcher der Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der **Schwerpunkt** liegt. Liegt der Schwerpunkt des Vertrags auf der mit dem Warenumsatz verbundenen **Übertragung von Eigentum und Besitz**, liegt ein Kauf- oder Werklieferungsvertrag vor. Liegt der Schwerpunkt des Vertrags dagegen nicht auf dem Warenumsatz, sondern schuldet der Unternehmer die **Herstellung eines funktionstauglichen Werks**, ist ein Werkvertrag anzunehmen. Ein Kaufvertrag im Sinne der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie liegt nämlich vor, wenn der Vertrag die Dienstleistung der Montage des verkauften Gutes im Verbund mit dem Kaufabschluss vorsieht und die Dienstleistung den Verkauf lediglich ergänzt, nicht jedoch wenn die Dienstleistung als Hauptgegenstand des Vertrags anzusehen ist (EuGH, NZBau 2018, 283, 285). Dementsprechend liegt, wenn der Vertrag eine auf die Montage bezogene **Planungsleistung, Anpassungen an die örtlichen Verhältnisse und insbesondere die Herstellung von Funktionstauglichkeit** vorsieht, regelmäßig ein **Werkvertrag** vor, ohne dass es entscheidend auf das Verhältnis des Warenwerts zum Preis der Montageleistung ankäme (BGH Urteil v. 30.8.2018, Az. VII ZR 243/17, BeckRS 2018, 22696).

# Bestimmung des Vertragstyps - Bauvertrag

Das Vorliegen eines Werkvertrags ergibt sich nicht allein aus einem Hinweis, dass für den Vertrag die VOB, Teil B gelte. Wenn die leistungspflichtige Partei keine Bauleistungen schuldet und solche auch nicht erbrachte, geht der Hinweis auf die **VOB/B** ins Leere (OLG Rostock, NJOZ 2011, 1761, 1762; OLG Nürnberg, BauR 2007, 122, 123).

Liegt ein Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB vor, und betrifft dieser die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon, handelt es sich gem. § 650a I BGB um einen **Bauvertrag**. In dem Fall kann u.a. regelmäßig der Unternehmer gem. § 650f I BGB **Sicherheit** für seine offene Vergütungsforderung verlangen und ggf. gem. § 650f V BGB den Vertrag kündigen, wenn die Sicherheit nicht innerhalb einer angemessenen Frist geleistet worden ist. Dabei ist die Klage auf Sicherheit nicht mit einem Streit über die tatsächlichen Voraussetzungen von Einwendungen gegen den Vergütungsanspruch zu belasten, wenn dadurch die Durchsetzung des Sicherungsverlangens verzögert würde, sondern ein etwaiger Unterschied bei der Bezifferung des – wesensmäßig eilbedürftigen – Sicherungsanspruchs aus § 650f BGB einerseits und des zu besichernden Vergütungsanspruchs andererseits hinzunehmen (BGH NZBau 2021, 675, 677).

# Bestimmung des Vertragstyps - Verbraucherbaupvertrag

Allerdings ist die Vorschrift des § 650f BGB insgesamt gem. § 650f VI Nr. 2 BGB unanwendbar, wenn der Besteller Verbraucher ist und die Parteien einen **Verbraucherbaupvertrag** im Sinne von § 650i BGB geschlossen haben, für den besondere gesetzliche Vorgaben zu Form und Inhalt gelten und hinsichtlich dessen dem Verbraucher gem. § 650i BGB in Verbindung mit § 355 BGB ein Widerrufsrecht zusteht.

## § 650i Verbraucherbaupvertrag

- (1) Verbraucherbaupverträge sind Verträge, durch die der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird.
- (2) Der Verbraucherbaupvertrag bedarf der Textform.
- (3) Für Verbraucherbaupverträge gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.

# Bestimmung des Vertragstyps - Verbraucherbaupvertrag

Die Beklagte beauftragte als Verbraucherin die Klägerin mit der Errichtung des Rohbaus für drei Reihenhäuser. Als nach Errichtung von Kellerboden und Kelleraußenwänden Meinungsverschiedenheiten über die Bauausführung aufkommen, fordert die Klägerin die Beklagte zu einer **Sicherheitsleistung** nach § 650f I BGB auf. Nachdem ihr die Beklagte innerhalb der gesetzten Frist nur eine auf rund vier Monate begrenzte Bankbürgschaft übergeben hat, erklärt die Klägerin die **Kündigung** des Bauvertrags gem. § 650f V S. 1 BGB. Danach hätte die Klägerin Anspruch auf die „große“ Kündigungsvergütung gem. § 650f V S. 2 BGB, ohne weitere Leistungen erbringen zu müssen. Die Parteien streiten um die Wirksamkeit dieser Kündigung durch die Klägerin (vgl. OLG München, NZBau 2023, 19 ff.).

Die Wirksamkeit der Kündigung hängt u.a. davon ab, ob der Vertrag zwischen den Parteien als **Verbraucherbaupvertrag** anzusehen ist, denn in diesem Fall hätte die Klägerin keinen Sicherungsanspruch und somit auch nicht das hieran anknüpfende Kündigungsrecht. Aber nicht jeder Bauvertrag, dessen Besteller ein Verbraucher ist, ist ein Verbraucherbaupvertrag; der Vertrag muss außerdem die Errichtung eines neuen Gebäudes oder erhebliche Umbaumaßnahmen in einem bestehenden Gebäude zum Gegenstand haben.

# Bestimmung des Vertragstyps - Verbraucherbaupertrag

In § 650i BGB ist der **Verbraucherbaupertrag** Voraussetzung für die dem Verbraucherschutz dienenden Regelungen der §§ 650i ff. BGB, so dass eine **weite Auslegung** den Anwendungsbereich dieser Schutzregelungen vergrößert. Ebenso verhält es sich bei § 650f VI Nr. 2 BGB, wo im Fall eines Verbraucherbaupertrags der Anwendungsbereich des gegen den Verbraucher gerichteten Sicherheitsanspruchs des Bauunternehmers beschränkt wird. Anders liegen die Dinge aber bei einem Baupertrag, den ein Unternehmer **außerhalb seiner Geschäftsräume** mit einem Verbraucher abschließt (§ 312b I BGB). Hier verfügt der Verbraucher über ein **Widerrufsrecht** aus § 312g BGB, das er bei unterbliebener Belehrung auch noch nach Monaten ausüben kann, was ihm im Grundsatz die Rückgewähr seiner Zahlungen beschert, ohne Wertersatz für erbrachte Bauleistungen leisten zu müssen. Das gilt aber gem. § 312 II Nr. 3 BGB nur, wenn es sich bei dem Vertrag nicht um einen Verbraucherbaupertrag handelt. An dieser Stelle ist der Verbraucherbaupertrag also Negativkriterium für Verbraucherschutz. Deshalb ist hier eine **enge Auslegung** des Anwendungsbereichs von § 650i BGB für den Verbraucher günstig (vgl. Retzlaff, Anmerkung zu OLG München, NZBau 2023, 23-24).

# Bestimmung des Vertragstyps - Verbraucherbaupvertrag

## § 312 Anwendungsbereich

(1) Die Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels sind auf Verbraucherverträge anzuwenden, bei denen sich der Verbraucher zu der Zahlung eines Preises verpflichtet.

(1a) <sup>1</sup>Die Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels sind auch auf Verbraucherverträge anzuwenden, bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet.

<sup>2</sup>Dies gilt nicht, wenn der Unternehmer die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten ausschließlich verarbeitet, um seine Leistungspflicht oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen, und sie zu keinem anderen Zweck verarbeitet.

(2) Von den Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels ist nur § 312a Absatz 1, 3, 4 und 6 auf folgende Verträge anzuwenden:

1. notariell beurkundete Verträge

a) über Finanzdienstleistungen, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden,

b) die keine Verträge über Finanzdienstleistungen sind; für Verträge, für die das Gesetz die notarielle Beurkundung des Vertrags oder einer Vertragserklärung nicht vorschreibt, gilt dies nur, wenn der Notar darüber belehrt, dass die Informationspflichten nach § 312d Absatz 1 und das Widerrufsrecht nach § 312g Absatz 1 entfallen,

2. Verträge über die Begründung, den Erwerb oder die Übertragung von Eigentum oder anderen Rechten an Grundstücken,

3. Verbraucherbaupverträge nach § 650i Absatz 1, [...]

# Bestimmung des Vertragstyps - Verbraucherbaupvertrag

Widerruft ein Verbraucher einen Außer-Geschäftsraum-(Bau-)Vertrag und macht einen nicht durch Wertersatz getrühten Rückzahlungsanspruch geltend, hat der BGH eigentlich bereits die enge Auslegung vorgegeben (vgl. BGH NZBau 2018, 666: Anbaulift).

Das KG (KG, NZBau 2022, 401: Umbau/ Sanierung) und das OLG Celle (OLG Celle, BauR 2022, 1648: Außenanlagen) haben sich dem für dieselbe Konstellation angeschlossen. Demgegenüber haben das OLG Hamm (OLG Hamm, NZBau 2021, 664: Mehrzweck-Industriehalle) und das OLG Zweibrücken (OLG Zweibrücken, ZfBR 2022, 568: Maler- u. Stukkateurarbeiten) im Rahmen von § 650f VI Nr. 2 BGB den Verbraucherbaupvertrag weit ausgelegt mit der Folge, dass der Anwendungsbereich des gegen den Verbraucher gerichteten Sicherungsanspruchs aus § 650f BGB zu dessen Gunsten verkleinert wird.



# Bestimmung des Vertragstyps - Verbraucherbaupvertrag

Für eine erweiterte Auslegung der Vorschrift spricht, dass durch die Vergabe von Einzelgewerken letztlich ebenso das vom Wortlaut des Gesetzes geforderte Ziel der Errichtung „eines neuen Gebäudes“ erreicht wird. Auch im Rahmen des unzweifelhaft vom Gesetz erfassten Vertrags mit einem Generalübernehmer führt dieser in aller Regel keine eigene Bauleistung aus, sondern vergibt die auszuführende Gewerke wiederum an andere Unternehmen. Bei der Einzelvergabe wird dies sachlich ähnlich ausgeführt, bis auf den Unterschied, dass der Verbraucher die Gewerke vergibt. Fiele unter das Verbraucherbaupvertragsrecht nur der „**Bau aus einer Hand**“, kämen sämtliche Schutzvorschriften zugunsten des Verbrauchers nach §§ 650i ff. BGB, insbesondere das **Widerrufsrecht, die Baubeschreibungspflicht, der Anspruch auf die Übergabe von Unterlagen**, nicht zur Anwendung. Bei einer solchen Auslegung wäre es den bauausführenden Unternehmen durch die Herausnahme von Einzelleistungen – in welchem Umfang auch immer – oder die Aufspaltung in mehrere Verträge möglich, so z. B. den Ausschlussgrund des § 650f VI Nr. 2 BGB zu umgehen. Nachdem der Verbraucher die Beweislast für das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts gem. § 650o BGB trägt, ist er insoweit nicht ausreichend geschützt (OLG Zweibrücken, ZfBR 2022, 568, 570).

# Bestimmung des Vertragstyps - Verbraucherbaupvertrag

Da das finanzierende Kreditinstitut bei einer Einzelvergabe die Voraussetzungen für eine Finanzierung ebenso geprüft haben wird wie bei einer Gesamtvergabe und nicht zwingend anzunehmen ist, dass eine Einzelvergabe schlechter finanziert sein wird als die Gesamtvergabe, besteht auch auf der Seite des Unternehmers kein erhöhtes **Risiko** welches die Forderung nach einer Sicherheitsleistung im Sinne des § 650f I BGB rechtfertigen würde. Bei Anwendung dieser Grundsätze ist der abgeschlossene Vertrag als Verbraucherbaupvertrag im Sinne des § 650i BGB anzusehen. Nachdem die Beklagte unbestritten vorgetragen hat, dass und auf welche Weise der Neubau innerhalb eines Jahres errichtet wurde, steht die Beauftragung der Klägerin in einem unmittelbaren zeitlichen **Zusammenhang mit der Errichtung des Neubaus** (OLG Zweibrücken, ZfBR 2022, 568, 570).

# Bestimmung des Vertragstyps - Verbraucherbaupvertrag

Die §§ 650i ff. BGB wurden erlassen, um die sich aus Art. 3 III Buchst. f RL 2011/83/EU ergebende Lücke zu schließen. Im **Interesse eines europäischen Verbraucherschutzes** ist diese Lücke möglichst eng zu fassen, so dass der Ausnahmetatbestand des „Bau von neuen Gebäuden“ eng auszulegen ist. Diese Anforderung war dem nationalen Gesetzgeber bewusst, wie ein Vergleich des Wortlauts von § 650a I BGB einerseits („eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon“) und in § 650i I BGB andererseits („zum Bau eines neuen Gebäudes“) sowie die Gesetzesbegründung deutlich machen. Auch der nationale Gesetzgeber ging davon aus, dass ursprünglich der in § 312b III Nr. 4 BGB aF verwendete Begriff der „Errichtung von Bauwerken“ als Ausnahmefall, in dem die Vorschriften über Fernabsatzverträge keine Anwendung fanden, aus Gründen des Verbraucherschutzes **eng auszulegen** war und dass dies eine Orientierung für die Auslegung des Begriffs „Bau von neuen Gebäuden“ in § 650i BGB darstellen sollte. Auch wenn es wünschenswert erscheinen mag, auch Verbraucher, die zur Errichtung eines neuen Gebäudes mehrere Verträge mit verschiedenen Unternehmern schließen, in den Schutzbereich der §§ 650i ff. BGB fallen zu lassen, würde eine entsprechende Auslegung des Begriffs „Vertrag zum Bau eines neuen Gebäudes“ damit sowohl gegen den gesetzgeberischen Willen als auch gegen das Gebot zur Vollharmonisierung in Art. 4 RL 2011/83/EU verstoßen (OLG München, NZBau 2023, 19, 21).

# Bestimmung des Vertragstyps - Verbraucherbaupertrag

Daher ist bei der Auslegung, wann der Bau „eines neuen Gebäudes“ vorliegt, ebenso eine enge Auslegung vorzunehmen wie bei der Auslegung, wann Umbaumaßnahmen im Bestand als „erheblich“ anzusehen sind. Für die Rechtslage vor dem 1.1.2018, als § 12 II Nr. 3 BGB bereits dieselbe Regelung nur ohne den Verweis auf den damals noch nicht geschaffenen § 650i BGB enthielt, hat der BGH dies ausdrücklich bestätigt (BGH NZBau 2018, 666 Rn. 16). Dies hat auch für die Rechtslage nach Inkrafttreten des BauVertrRRG zu gelten. Zwar führt eine **enge Auslegung** des Begriffs „Verbraucherbaupertrag“ dazu, dass auch der hieran seit dem 1.1.2018 anknüpfende und in §§ 650i ff. sowie in § 650f VI Nr. 2 BGB geregelte Verbraucherschutz eingeschränkt wird, was isoliert betrachtet dem Zweck von Maßnahmen des Verbraucherschutzes zuwiderlaufen kann. Der Begriff des Verbraucherbaupertrags ist aber auch nach dem Inkrafttreten des BauVertrRRG nicht nur Positivkriterium für den Verbraucherschutz nach §§ 650i ff. BGB, sondern zugleich Negativ- oder Ausschlusskriterium für den **Verbraucherschutz aus §§ 312 ff. BGB**, vgl. § 312 II Nr. 3 BGB. Eine enge Auslegung des Begriffs „Verbraucherbaupertrag“ führt deshalb dazu, dass der Anwendungsbereich des Verbraucherschutzes aus §§ 312 ff. BGB vergrößert wird (OLG München, NZBau 2023, 19, 21).

# Bestimmung des Vertragstyps - Verbraucherbaupvertrag

Da gegen die Entscheidung des OLG Zweibrücken die Revision beim BGH anhängig ist

**(VII ZR 94/22),**

dürfte in der nächsten Zeit mit einer Klärung aus Karlsruhe zu rechnen sein.

# Mangelbegriff

Für die Beurteilung, ob die Leistung vertragsgemäß und damit mangelfrei erbracht wurde, kommt es sowohl gem. § 434 I als auch nach § 633 II BGB entscheidend darauf an, ob der Leistungsgegenstand die **vereinbarte Beschaffenheit** hat. Eine Beschaffenheitsvereinbarung ist durch den Auftraggeber darzulegen und zu beweisen, wenn er daraus Rechte herleiten möchte (BGH NJW 2017, 386, 387; Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 4. Teil Rn. 17 ). Welche Beschaffenheit des Werks von den Parteien im Sinne von § 633 II BGB vereinbart ist, ergibt sich aus der Auslegung des Vertrags. Üblicherweise verspricht der Unternehmer **stillschweigend** bei Vertragsschluss die Einhaltung der **allgemein anerkannten Regeln der Technik**. Entspricht die Werkleistung diesen nicht, liegt regelmäßig ein Werkmangel vor (BGH NZBau 2013, 295). Maßgeblich ist dabei, dass die anerkannten Regeln zum Zeitpunkt der Abnahme eingehalten werden (BGH NZBau 2018, 207, 209; Jurgeleit in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., 5. Teil Rn. 53).

# Mangelbegriff

Zur vereinbarten Beschaffenheit gem. § 633 II S. 1 BGB gehören im Übrigen alle Eigenschaften des Werks, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Dieser bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche **Funktion** das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Dies gilt unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben oder die anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind. Ist die **Funktionstauglichkeit** für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und dieser **Erfolg** mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart oder den anerkannten Regeln der Technik nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit (BGH NZBau 2014, 492, 493; 2008, 109). Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn er sich durch einen ausreichenden **Bedenkenhinweis** von seiner Erfolgshaftung frei gemacht hat (vgl. BGH BauR 2011, 1652, 1653).

# Mangelbegriff

Steht eine Beschaffenheitsvereinbarung fest kommt es für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit einer davon abweichenden Ausführung regelmäßig nicht darauf an, ob ein verwendetes Produkt oder System aus technischer Sicht funktional und optisch gleichwertig mit dem ausgeschriebenen und angebotenen ist, denn **jede Nichteinhaltung der Beschaffenheitsvereinbarung kann im Grundsatz einen Mangel begründen** (OLG Brandenburg, NJW-RR 2000, 95, 96; Ganten in Ganten/Jansen/Voit, VOB/B, 3. Aufl., § 13 Abs. 1 Rn. 67). Ein **Sachmangel** liegt nach § 633 II S. 1 BGB – und Entsprechendes gilt für § 13 Nr. 1 VOB/B (2002) – auch dann vor, wenn eine **Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit nicht zu einer Beeinträchtigung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit** des Werks führt. Wirkt sich eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit nicht oder nur in geringem Maße nachteilig aus, kann dies zwar die Prüfung veranlassen, ob Mängelansprüchen des Bestellers der Einwand entgegensteht, der Mängelbeseitigungsaufwand sei **unverhältnismäßig**. An dem Vorliegen eines Mangels in derartigen Fällen ändert dies allerdings nichts (BGH NJW-RR 2015, 1300, 1301).



# Mangelbegriff

Bei Mängeln, die das äußere Erscheinungsbild des gelieferten Werkes betreffen (**optische Mängel**) und mit denen keine Funktionsbeeinträchtigung einhergeht, ist im Rahmen der für den Unverhältnismäßigkeitseinwand nach § 635 III BGB erforderlichen Gesamtabwägung darauf abzustellen, ob der Auftraggeber ein **nachvollziehbares (nicht nur unbedeutendes) Interesse** an der auch optisch einwandfreien Herstellung des Werkes hat. Je höher dieses Leistungsinteresse des Bestellers an einem auch optisch makellosen Erscheinungsbild des bestellten Werkes ist, umso weniger kann der Werkunternehmer mit seinem Einwand aus § 635 III BGB oder § 251 II BGB gehört werden (OLG Düsseldorf, NZBau 2015, 485, 487).

# Mangelbegriff

Eine explizit vereinbarte Farbgebung für den zu liefernden und zu montierenden Gegenstand wird z.B. in der Regel als **Beschaffensvereinbarung** anzusehen sein. Die Lieferung eines Kraftfahrzeugs in einer anderen als der bestellten **Farbe** stellt deshalb im Regelfall einen **erheblichen Sachmangel** und damit auch eine erhebliche Pflichtverletzung dar (BGH NJW-RR 2010, 1289, 1291). Im Rahmen eines Werkvertrags kommt eine andere Wertung wohl nicht in Betracht. Die Herstellung einer Klinkerfassade unter Verwendung von Steinen, die nicht der vereinbarten Farbe entsprechen und das Gesamtbild beeinträchtigen stellt einen schwerwiegenden Mangel dar, der eine vollständige Neuherstellung erforderlich machen kann (OLG Hamm, NJW-RR 1991, 277).

# Rechtsfolgen von Mängeln

## § 634 Rechte des Bestellers bei Mängeln

Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

1. nach § 635 Nacherfüllung verlangen,
2. nach § 637 den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen,
3. nach den §§ 636, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 638 die Vergütung mindern und
4. nach den §§ 636, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

# Rechtsfolgen von Mängeln

## § 635 Nacherfüllung

- (1) Verlangt der Besteller Nacherfüllung, so kann der Unternehmer nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen.
- (2) Der Unternehmer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.
- (3) Der Unternehmer kann die Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.
- (4) Stellt der Unternehmer ein neues Werk her, so kann er vom Besteller Rückgewähr des mangelhaften Werkes nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.

# Rechtsfolgen von Mängeln - Unverhältnismäßigkeit

Unverhältnismäßigkeit ist in aller Regel nur dann anzunehmen, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäßer Vertragserfüllung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt. Der Werkunternehmer kann sich auf den Einwand, die **Kosten einer Mangelbeseitigung seien unverhältnismäßig** im Sinne von §§ 635 III, 251 II BGB berufen, wenn aufgrund der Umstände des Einzelfalls sein **Verschulden** hinsichtlich des Mangels als **eher gering** anzusehen, die konkrete **Nutzung des Werks praktisch nicht beeinträchtigt** und die sonstigen **nachteiligen Folgen** des Mangels zwar nicht zu vernachlässigen, aber **nicht erheblich** sind (BGH NJW-RR 2008, 971, 972). Das kann beispielsweise bei einer unzureichenden **Dämmung** in Betracht kommen, wenn wegen des Mangels nur ganz **geringfügige Mehrkosten infolge eines höheren Energieverbrauchs** entstehen, während die Kosten der Nacherfüllung erheblich sind und den technischen und merkantilen Minderwert des Werks deutlich übersteigen (OLG Oldenburg, BauR 2016, 124, 128).

# Rechtsfolgen - Unverhältnismäßigkeit

Allerdings kann sich der Unternehmer auch bei einem die mangelbedingten wirtschaftlichen Einbußen des Bestellers weit übersteigenden Aufwand nicht mit Erfolg auf die Einrede der Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigung berufen, wenn ihm **hinsichtlich des Mangels** – z.B. in Form des Einbaus falscher Wärmedämmplatten (OLG Frankfurt a. M. Urteil v. 12.7.2013, Az. 24 U 143/12, BeckRS 2016, 12468) oder von Dachflächenfenstern mit Zweifach- statt Dreifachverglasung (OLG Karlsruhe, BauR 2018, 1446, 1448) - ein **grobes Verschulden** zur Last fällt. Der Umstand, dass ein schweres Verschulden vorliegt, kann bei der gebotenen Gesamtabwägung den Ausschlag geben, und die durchgehende Abweichung von den vertraglichen Leistungsvorgaben stellt sich typischerweise als wenigstens grob fahrlässig dar (vgl. OLG Frankfurt/ M., a.a.O.).

# Rechtsfolgen - Gesamtschuld

Haften **Architekt und Bauunternehmer** für einen Mangel dem Besteller als **Gesamtschuldner** und hat der Bauunternehmer diesen Mangel im Wege der Nacherfüllung beseitigt, hat er gegen den Architekten gem. § 426 I BGB einen Anspruch auf **Gesamtschuldnerausgleich**. Sind dem Bauunternehmer im Rahmen der Mangelbeseitigung Kosten durch von ihm beauftragte Drittunternehmer entstanden, kann er diese Kosten, soweit sie objektiv erforderlich waren, anteilig geltend machen. Hinsichtlich der von ihm selbst durchgeführten, erforderlichen Arbeiten kann er einen Wertausgleich verlangen. **Sachvortrag** zu danach auszugleichenden Kosten ist bereits dann **schlüssig**, wenn der Anspruchsteller Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in seiner Person entstanden erscheinen zu lassen. Erfüllt der Parteivortrag diese Anforderungen, so kann der Vortrag weiterer Einzelheiten nicht verlangt werden, sondern es ist in die Beweisaufnahme einzutreten. Werden sowohl die gerügten Mängel als auch die erfolgten Mangelbeseitigungsarbeiten unter Zuordnung bestimmter Kostenanteile dargelegt, ist dieser Vortrag ausreichend schlüssig (BGH NZBau 2023, 17, 18).

# Rechtsfolgen - Gesamtschuld

## § 650t Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer

Nimmt der Besteller den Unternehmer (Architekt/ Ingenieur i.S.v. § 650p BGB) wegen eines Überwachungsfehlers in Anspruch, der zu einem Mangel an dem Bauwerk oder an der Außenanlage geführt hat, kann der Unternehmer die Leistung verweigern, wenn auch der ausführende Bauunternehmer für den Mangel haftet und der Besteller dem bauausführenden Unternehmer noch nicht erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat.





**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

