

es abgenommen hat, ohne mit der Abnahme in Verzug zu sein, hat der Unternehmer es, indem er die Verschlechterung beseitigt, neu herzustellen; stellt das Verhalten des Bestellers eine schuldhafte Pflichtverletzung dar, hat der Unternehmer Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des für die Neuherstellung angemessenen Werklohns.

Anmerkung zu OLG Celle, Urteil vom 18.03.2010, 6 U 108/09

von **Dr. Kristina Plank**, RA'in, von Boetticher Hasse Lohmann

A. Problemstellung

Das Urteil behandelt die Frage, unter welchen Umständen der Auftragnehmer zur Neuherstellung eines vor Abnahme verschlechterten Werkes verpflichtet ist und unter welchen Umständen der Auftragnehmer für die Neuherstellung seines Werkes eine Vergütung bzw. Aufwendungs- oder Schadensersatz verlangen kann. Die Entscheidung zeigt, welche Bedeutung dem in § 644 BGB verankerten Grundsatz der Gefahrtragung für den Auftragnehmer zukommt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die beklagte Generalunternehmerin hatte die Klägerin mit Trockenbauarbeiten für den Ausbau eines Ladengeschäftes beauftragt. Die Klägerin erstellte das Werk und montierte insbesondere die geschuldeten Vorsatzschalen. Vor Abnahme der Leistungen der Klägerin brach Wasser in das Gebäude ein, weil ein anderer Nachunternehmer der Beklagten beim Anbringen einer Regenrinne einen Fehler machte. An den Vorsatzschalen traten in der Folge Verformungen auf, deren Ursachen zwischen den Parteien streitig blieben. Die Klägerin tauschte die Vorsatzschalen aus.

Auf die von der Klägerin erteilte Schlussrechnung für die Leistungen gemäß Ursprungsvertrag leistete die Beklagte aufgrund einer außergerichtlichen Einigung zwischen den Parteien Zahlung. Für den Austausch der Vorsatzschalen einschließlich Containerkosten für die Entsorgung ausgebauten Materials forderte die Klägerin mit der Klage 37.828,98 Euro.

3

Leistungsgefahr bei Verschlechterung des Bauwerks durch Besteller vor Abnahme

Leitsatz:

Verschlechtert der Besteller durch sein Verhalten das Werk des Unternehmers, bevor er

Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung als unbegründet zurückgewiesen.

Das Landgericht hatte in erster Instanz bereits festgestellt, dass ein neuer Auftrag für den Austausch der Vorsatzschalen nicht erteilt worden war. Insoweit hatte die Klägerin das erstinstanzliche Urteil nicht angegriffen.

Dem Oberlandesgericht zufolge stand der Klägerin auch kein Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen aus Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 670, 683 Satz 1, 677 BGB zu. Dies begründet das Oberlandesgericht damit, dass sich nicht feststellen ließ, dass die Klägerin zur Geschäftsführung für die Beklagte nicht i.S.d. § 677 BGB „sonst berechtigt“ war. Die Berechtigung der Klägerin zur Geschäftsführung für die Beklagte – und damit der Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruches – könnte sich dem Oberlandesgericht zufolge aus der Pflicht der Klägerin ergeben, wegen Mängeln der aufgrund des Ursprungsvertrages eingebauten Vorsatzschalen Nacherfüllung zu leisten. Ist der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn verpflichtet, so scheidet die Geschäftsführung ohne Auftrag an der bestehenden Berechtigung zur Geschäftsführung. Die Beweisaufnahme hatte ergeben, dass nicht sicher festgestellt werden konnte, dass der Wassereinbruch die einzige Ursache der Verwölbungen an den Vorsatzschalen war. Es blieb danach die Möglichkeit, dass jedenfalls auch mangelhafte Arbeit der Klägerin die Verwölbungen bewirkt hatte.

Einen Anspruch gemäß § 645 BGB verneinte das Oberlandesgericht, weil das Werk nicht infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung verschlechtert worden war. Auch habe keine der beiden vorgenannten Fällen vergleichbare Risikolage vorgelegen.

Schließlich lehnte das Oberlandesgericht auch einen Anspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB ab.

Soweit möglicherweise das Eingießen heißen Bitumens für die Verformungen der Vorsatzschalen ursächlich war, konnte das Oberlandesgericht nicht ausschließen, dass die Schalen sich schon vorher verformt hatten, weil die Klägerin keine Dehnungsfugen gebildet und die Flächen

von Hand mit Schleifbrettchen verschliffen hatte. Eine sachverständige Begutachtung der Ursache war nicht mehr möglich, weil die verformten Vorsatzschalen nicht mehr vorhanden waren.

Soweit der Wassereinbruch ursächlich für die Verformungen gewesen sein konnte, konnte das Oberlandesgericht bereits keine Pflichtverletzung der Beklagten feststellen. Die Klägerin hatte keine Tatsachen dafür vorgetragen, dass der Bauleiter der Beklagten hinsichtlich der Montage der Dachrinnen Regie- oder Überwachungsfehler begangen hatte. Ein Fehler des Bauleiters wäre der Beklagten entsprechend § 278 Satz 1 Fall 2 BGB zuzurechnen gewesen.

Die Pflichtverletzung des Nachunternehmers muss sich die Beklagte dagegen im Verhältnis zur Klägerin nicht zurechnen lassen. Hinsichtlich der Pflicht der Beklagten, das im Entstehen begriffene Werk der Klägerin nicht zu beschädigen, war der Nachunternehmer der Beklagten nicht Erfüllungsgehilfe derselben gegenüber der Klägerin. Die Klägerin und der andere Nachunternehmer der Beklagten hafteten dieser gegenüber selbstständig für Mängel ihrer jeweiligen Gewerke, ohne Fehler des jeweils anderen der Beklagten entgegenhalten zu können.

C. Kontext der Entscheidung

Von zentraler Bedeutung für die Entscheidung ist die Regelung des § 644 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach der Auftragnehmer/Unternehmer bis zur Abnahme des Werkes die Gefahr trägt.

Hiervon abweichend kann der Auftragnehmer gemäß § 645 Abs. 1 BGB einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangen, wenn das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist, ohne dass ein Umstand mitgewirkt hat, den der Auftragnehmer zu vertreten hat. Zu beachten ist, dass § 645 BGB nach der Rechtsprechung entsprechend anwendbar ist, wenn Leistungen des Auftragnehmers aus Umständen untergehen oder unmöglich werden, die in der Person des Auftraggebers liegen oder auf Handlungen des Auftraggebers zurückgehen, auch wenn es an einem Verschulden des Auftraggebers fehlt. § 645 BGB ist entsprechend anwendbar, wenn die objektive Verantwortlichkeit des Auftragge-

bers für den Eintritt des Schadens mit den gesetzlich geregelten Risikolagen vergleichbar ist (BGH, Urt. v. 16.10.1997 - VII ZR 64/96; BGH, Urt. v. 21.08.1997 - VII ZR 17/96).

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hat das Oberlandesgericht einen den in § 645 BGB genannten Fällen vergleichbaren Sachverhalt nicht für gegeben erachtet. Das Gericht führt in diesem Zusammenhang nur aus, dass das Werk nicht durch eine den in § 645 BGB genannten Fällen vergleichbare Risikolage verschlechtert worden sei, „sondern durch schuldhaftes Pflichtverletzung seitens der Beklagten (Einbringen heißen Bitumens nach Abriegelung der feuchten Räume)“. Diese Begründung ist nicht recht nachvollziehbar, da das Vorliegen einer schuldhaften Pflichtverletzung des Auftraggebers die Anwendung des § 645 BGB nicht grundsätzlich ausschließt.

Die Rechtsprechung wendet § 645 BGB demgegenüber auch an, wenn die Verschlechterung auf Umständen beruht, die auf Handlungen des Auftraggebers zurückgehen, selbst wenn diesen kein Verschulden trifft (vgl. BGH, Urt. v. 16.10.1997 - VII ZR 64/96; BGH, Urt. v. 21.08.1997 - VII ZR 17/96). Allerdings führt das Oberlandesgericht später aus, dass es nicht festzustellen vermochte, dass das Eingießen heißen Bitumens nach luft- und wasserdichtem Verschluss des Gebäudes für die Verformungen der Vorsatzschalen ursächlich geworden war, so dass die Anwendung des § 645 BGB wohl bereits aus diesem Grund nicht in Betracht gekommen sein dürfte.

Ist die VOB/B zwischen den Parteien vereinbart, geht § 7 VOB/B in seinem Anwendungsbereich vor. Danach hat der Auftragnehmer einen Anspruch für die ausgeführten Teile der Leistung nach § 6 Nr. 5 VOB/B, wenn die ganz oder teilweise ausgeführte Leistung vor der Abnahme durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder andere objektiv unabwendbare vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände beschädigt oder zerstört wird. Ereignisse i.S.d. § 7 Nr. 1 VOB/B sind unabwendbare, vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände, die nach menschlicher Einsicht und Erfahrung in dem Sinne unvorhersehbar sind, dass sie oder ihre Auswirkungen trotz Anwendung wirtschaftlich erträglicher Mittel durch die äußerste nach Sachlage zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder in ihren Wirkungen bis auf ein erträgliches Maß unschädlich ge-

macht werden können (vgl. Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 2008, 8. Teil, Rn. 66).

Allein der Umstand, dass das schädigende Ereignis für den Auftragnehmer nicht abwendbar war, reicht für die Anwendung des § 7 VOB/B nicht aus. Das bedeutet, dass Verschlechterungen von Leistungen des Auftragnehmers durch Drittunternehmer in der Regel nicht in den Anwendungsbereich des § 7 Nr. 1 VOB/B fallen. Der Auftragnehmer muss in diesen Fällen versuchen, den Drittunternehmer in Anspruch zu nehmen. Da der Auftragnehmer gegen den Drittschädiger regelmäßig keinen eigenen Anspruch hat, muss er sich den Anspruch des Auftraggebers aus Drittschadensliquidation abtreten lassen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.11.1995 - 19 U 21/95; OLG Hamm, Urt. v. 25.09.2001 - 21 U 108/00; OLG Dresden, Urt. v. 15.11.2005 - 14 U 2368/04).

D. Auswirkungen für die Praxis

Mit Blick auf die für den Auftragnehmer erhebliche Risiken bergende Regelung zur Gefahrtragung in § 644 BGB sollte der Auftragnehmer sein Augenmerk zunächst auf eine möglichst zügige Abnahme richten. Gemäß § 12 Nr. 1 VOB/B hat der Auftraggeber die Abnahme der Leistung binnen 12 Werktagen durchzuführen, wenn der Auftragnehmer diese nach der Fertigstellung verlangt. Der Auftragnehmer sollte dieses Verlangen unmittelbar nach Fertigstellung seiner Leistung äußern. Eine erfolgte Abnahme gewährt den besten Schutz des Auftragnehmers vor den Risiken des § 644 BGB.

Tritt dennoch vor der Abnahme durch den Auftraggeber und bevor der Auftraggeber in Annahmeverzug gerät, eine Verschlechterung der Leistungen des Auftragnehmers ein, ist der Auftragnehmer gut beraten, soweit möglich Beweise zu sichern und eine etwa erforderliche nachträgliche Begutachtung der verschlechterten Leistung zu ermöglichen. Im entschiedenen Fall hat das Oberlandesgericht in seinem Urteil ausgeführt, dass eine sachverständige Begutachtung der Ursache der Verformungen der Vorsatzschalen nicht mehr möglich war, weil die verformten Vorsatzschalen nicht mehr vorhanden waren.

Zusätzlich zur zügigen Herbeiführung der Abnahme und zur Sicherung etwaiger Beweismittel sollte der Auftragnehmer mit Rücksicht auf die Regelungen zur Gefahrtragung in den §§ 644 und

645 BGB sowie mit Rücksicht auf § 7 VOB/B versuchen, sich durch vertragliche Gestaltungen abzusichern. Der Auftragnehmer kann sich beispielsweise für den Fall, dass die von ihm ausgeführte Leistung durch einen Dritten beeinträchtigt wird und dem Auftraggeber deswegen Ansprüche gegen den Dritten zustehen, diese Ansprüche bereits im Bauvertrag vom Auftraggeber abtreten lassen. In diesem Zusammenhang kann es sich empfehlen, ausdrücklich ein Leistungsverweigerungsrecht zu vereinbaren, wonach der Auftragnehmer berechtigt ist, die Nachholung der durch Beschädigung oder Zerstörung beeinträchtigten Leistung bis zu der Abtretung der Schadensersatzansprüche des Auftraggebers zu verweigern.

Zu beachten sind außerdem die Bedingungen einer etwa bestehenden Bauleistungsversicherung. Ist der Auftragnehmer Versicherungsnehmer und gelten die „Allgemeinen Bedingungen für die Bauwesenversicherung von Unternehmerleistungen“, so wird gemäß § 3 Abs. 1 dieser Bedingungen Entschädigung nur für Schäden geleistet, die nach der VOB zu Lasten des Auftragnehmers gehen. Wenn die Parteien abweichend hiervon die Gefahrtragung nach dem Gesetz übernehmen, besteht danach für den Auftragnehmer kein Deckungsschutz für diejenigen Risiken, die nach der VOB bereits vor der Abnahme von dem Auftraggeber zu tragen sind. In diesem Fall könnte es sich empfehlen, gegen eine Zusatzprämie einen zusätzlichen Versicherungsschutz zu vereinbaren.