

und den Reinigungsdurchlauf durchführte, bevor sie die Maschine in Gang setzte. Ein Kausalitätszusammenhang zwischen der Quarzscherbe im Getriebe und dem Schaden an der Maschine dürfte daher ausscheiden und damit auch ein Schadensersatzanspruch der Klägerin bei dieser hypothetischen Fallgestaltung nicht in Frage kommen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil des OLG Düsseldorf stellt den Grundsatz auf, dass erhöhte Anforderungen an die Sorgfaltspflichten des Nachfolgeunternehmer bestehen, wenn seine Leistungen auf die Arbeiten eines Vorunternehmers aufbauen, dessen Leistungserbringung durch Auftraggeberkündigung unterbrochen wurde. Da der Auftraggeber sich das Verschulden des Nachfolgeunternehmers als eigenes Verschulden gemäß § 278 BGB zurechnen lassen muss, wenn er gegen den Vorunternehmer Ansprüche auf der Grundlage einer Ersatzvornahme stellt, gibt das Urteil auch ihm Anlass zu umsichtigem Verhalten in entsprechenden Fallgestaltungen.

6

Ansprüche des Bestellers im Falle einer vom Unternehmer berechtigten Verweigerung der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit

Orientierungssätze:

1. Die für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit i.S.d. § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB maßgeblichen Grundsätze entsprechen den Kriterien, die bei der nach § 635 Abs. 3 BGB gebotenen Prüfung des unverhältnismäßigen Nacherfüllungsaufwands heranzuziehen sind, wenn Schadensersatz in Höhe der - voraussichtlichen - Mängelbeseitigungskosten beansprucht wird (Anschluss BGH, Urt. v. 11.10.2012 - VII ZR 180/11).

2. Der Unternehmer ist unter den Voraussetzungen der § 251 Abs. 2 Satz 1, § 635 Abs. 3, § 275 Abs. 2 BGB berechtigt, die Nacherfüllung zu verweigern, wenn der Aufwand des Unternehmers zur Mängelbeseitigung in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem durch die Beseitigung des Man-

gels erzielbaren Erfolg oder Teilerfolg stünde, also zu dem Vorteil, den der Besteller dadurch erlangt. Es kommt darauf an, ob nach den Umständen des Einzelfalls nur ein objektiv geringes Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Werkleistung besteht und diesem Interesse ein ganz erheblicher und vergleichsweise unangemessener Kostenaufwand gegenübersteht. Lehnt der Unternehmer die Nachbesserung berechtigterweise ab, so steht dem Besteller ein Minderungsanspruch in Form eines angemessenen Ausgleichsbetrag für den durch die mangelhafte Ausführung eingetretenen Wertverlust des Gebäudes zu (Anschluss BGH, Urt. v. 11.10.2012 - VII ZR 180/11).

3. Macht der Besteller einer Werkleistung Schadensersatzansprüche wegen mangelhafter Erfüllung geltend, so wird die Vergütung fällig, ohne dass es einer Abnahme bedarf.

4. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme einer Werkleistung nicht verweigert werden. Die Wirkungen der Abnahme einschließlich der Umkehr der Beweislast treten auch bei unberechtigter Verweigerung der Abnahme ein.

5. Beläuft sich der Nachbesserungsaufwand für eine nicht fachgerecht durchgeführte Dämmung einer Wasserleitung auf ca. 44.000 Euro und stehen dem zu erwartende Energiemehrkosten von jährlich ca. 50 Euro gegenüber, so kann der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung verweigern.

Anmerkung zu OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 11.12.2014, 8 U 140/09

von **Dr. Kristina Plank**, RA'in und FA'in für Bau- und Architektenrecht, von Boetticher

A. Problemstellung

Das Oberlandesgericht hatte nach Zurückverweisung durch den BGH erneut über Ansprüche des Bestellers im Falle einer berechtigten Verweigerung der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit zu entscheiden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin verlangte Zahlung restlichen Werklohns für ausgeführte Heizungs- und Sanitärarbeiten. Die Beklagte hatte die Werkleistung der Klägerin nicht abgenommen, weil sie der Auffassung war, die Leistung weise erhebliche Mängel auf. Insbesondere seien in der Bodenplatte die Warm- und Kaltwasserleitungen fehlerhaft isoliert bzw. verlegt worden. Die Beklagte forderte wegen dieses Mangels widerklagend Schadensersatz i.H.v. ca. 44.000 Euro. Die Klägerin hatte die Nachbesserung zuvor wegen Unverhältnismäßigkeit abgelehnt.

Das Oberlandesgericht hat zunächst festgestellt, dass der Klägerin ein fälliger Anspruch auf Zahlung von Werklohn zusteht. Zur Begründung führt das Oberlandesgericht aus, dass sich die Beklagte schon deshalb nicht mehr auf eine fehlende Abnahme berufen kann, weil sie einen Schadensersatzanspruch wegen der mangelhaft verlegten Rohre in der Bodenplatte geltend macht. Durch die Geltendmachung dieses Anspruches erlischt der Erfüllungsanspruch und die Vergütung wird fällig, ohne dass es einer Abnahme bedarf. Abgesehen hiervon sei das Interesse der Beklagten an einer Beseitigung der vorhandenen Mängel nicht schützenswert, weil die Verweigerung der Abnahme wegen weniger, nicht wesentlicher Mängel einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstelle.

Weiter hat das Oberlandesgericht festgestellt, dass die Beklagte wegen einiger Mängel die Zahlung verweigern konnte und hat deshalb in Höhe eines Teilbetrages lediglich eine Zug-um-Zug-Verurteilung ausgesprochen. Bei einem dieser Mängel handelte es sich um einen nicht eingebauten notwendigen Sender für den Handtuchheizkörper. Die Klägerin hatte bewiesen, dass sie den Sender geliefert hatte. Dem Oberlandesgericht zufolge hätte sie weiter vortragen und beweisen müssen, dass das Verschwinden des Geräts in den Gefahrenbereich der Beklagte fiel. Da ihr dies nicht gelang, erfolgte insoweit nur eine Zug-um-Zug-Verurteilung.

Der Sachverständige hatte außerdem festgestellt, dass das Gefälle der Abflussleitung vom Bodenablauf der Dusche nicht fachgerecht war. Der Sachverständige konnte jedoch die Frage nach der Verantwortlichkeit für das mangelhafte Gefälle nicht beantworten und eine Bauteil-

öffnung hätte dem Sachverständigen zufolge keine weiteren Erkenntnisse gebracht. Die Beklagte blieb deshalb beweisfällig, weil von einer Abnahme, mindestens aber von einer unberechtigten Verweigerung der Abnahme auszugehen sei. Das Oberlandesgericht stellte in diesem Zusammenhang klar, dass die Wirkungen der Abnahme einschließlich der Umkehr der Beweislast auch im Falle einer unberechtigten Verweigerung der Abnahme eintreten.

Den von der Beklagten geltend gemachten Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des Mängelbeseitigungsaufwands wegen der fehlerhaft hergestellten Wasserleitungen hat das Oberlandesgericht – unter Berücksichtigung der Ausführungen des BGH – abgewiesen. Unstreitig hatte die Klägerin die Warm- und die Kaltwasserleitungen in der Bodenplatte nur halb isoliert und im Anschluss die Nachbesserung wegen Unverhältnismäßigkeit abgelehnt. Die Beklagte war deshalb von dem ursprünglich erhobenen Leistungsverweigerungsrecht abgerückt und verlangte zuletzt Schadensersatz im Wege der Widerklage.

Anders als das Landgericht, das einen Verzicht auf eine ordnungsgemäße Verlegung der Rohre angenommen hatte, war das Oberlandesgericht der Auffassung, auch die Tatsache, dass es sich um einen sehr geringen Energieverlust handle, reiche nicht für die Annahme eines Verzichts aus. Dagegen spräche außerdem, dass die Mitarbeiter der Klägerin behauptet hätten, diese Isolierung werde immer verwendet. Da ferner die Bauherrin unter Zeitdruck gestanden habe, könne eine Zustimmung nicht als Einverständnis mit einer mangelhaften Ausführung gewertet werden. Dass der Sohn der Beklagten über Erfahrung am Bau verfügte und dass ihm mitgeteilt worden war, dass ein Mangel vorliege, könne keinen Ausschluss der Haftung bewirken, sondern nur im Rahmen der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung oder eines Mitverschuldens gewürdigt werden.

Dem Oberlandesgericht zufolge war nach der Beweisaufnahme bewiesen, dass die Dämmung der Warmwasserleitungen nicht ausreichend war, sich dies aber nicht wesentlich auf den Energieverbrauch des Gebäudes auswirkte. Der jährliche Mehrverbrauch verursachte Kosten in Höhe von allenfalls 50 Euro. Dem Sachverständigen zufolge war deshalb aus technisch-sachverständiger Sicht eine Nachbesserung der

Dämmung nicht erforderlich bzw. unverhältnismäßig. Dies insbesondere mit Rücksicht darauf, dass der Fußboden im gesamten Erdgeschoss aufgenommen und neu hergestellt hätte werden müssen. Der Sachverständige hat einen Minderwert von 1.000 Euro vorgeschlagen; dabei sei zu berücksichtigen, dass zu vermeidende Wärmeverluste ohnehin nur bei den Warmwasserleitungen mit Zirkulation (also nicht bei allen) entstünden und dass dieser Wärmeverlust im Winter zur Erwärmung des Gebäudes beitrage.

Unter Berücksichtigung des Urteils des BGH führte das Oberlandesgericht weiter aus, dass die für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit i.S.d. § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB maßgeblichen Grundsätze denjenigen Kriterien entsprechen, die bei der nach § 635 Abs. 3 BGB gebotenen Prüfung des unverhältnismäßigen Nacherfüllungsaufwands heranzuziehen sind. Der Unternehmer ist unter den Voraussetzungen der §§ 251 Abs. 2 Satz 1, 635 Abs. 3, 275 Abs. 2 BGB berechtigt, die Nacherfüllung zu verweigern, wenn der Aufwand für die Mängelbeseitigung in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem durch die Beseitigung des Mangels erzielbaren Erfolg, also zu dem Vorteil, den der Besteller dadurch erlangt, stünde. Maßgeblich ist, ob nach den Umständen des Einzelfalls nur ein objektiv geringes Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Werkleistung besteht und diesem Interesse ein ganz erheblicher und vergleichsweise unangemessener Kostenaufwand gegenübersteht.

Bei der Frage, ob die Klägerin sich zu Recht auf den Einwand der Unverhältnismäßigkeit beruft, hat das Oberlandesgericht berücksichtigt, dass der Klägerin kein grobes Verschulden vorgeworfen werden konnte. Die Mitarbeiter der Klägerin hatten ausgesagt, dass die Warmwasserleitungen immer so verlegt würden. Auch die Erklärung eines Mitarbeiters der Klägerin, die Dämmung sei so in Ordnung, begründet dem Oberlandesgericht zufolge keinen Vorsatz, sondern sei, obwohl die Erklärung unzutreffend war, nur als fahrlässig zu werten. Außerdem berücksichtigte das Oberlandesgericht, dass der Sohn der Beklagten vor Beginn der Estrich- und Verlegearbeiten wusste, dass die Dämmung nicht in Ordnung war und trotzdem nicht auf einer fachgerechten Dämmung bestanden, sondern die Klägerin aufgefordert hatte, ihre Arbeiten abzuschließen, um Estrich und Fußboden verlegen

zu können. Auch hat das Oberlandesgericht berücksichtigt, dass die konkrete Nutzung des Gebäudes durch die nicht fachgerechte Dämmung der Leitungen nicht beeinträchtigt und der höhere Energieverbrauch nicht erheblich sei.

Da nach allem die Klägerin berechtigt war, die Nacherfüllung als unverhältnismäßig zu verweigern, konnte die Beklagte Minderung in Form eines angemessenen Ausgleichsbetrags für den Wertverlust des Werks verlangen. Nachdem das OLG Oldenburg in dem Urteil vom 21.07.2011 (8 U 140/09) noch ausgeführt hatte, dass neben dem technischen Minderwert ein merkantiler Minderwert nicht zu ersetzen sei, wenn der mangelbedingt höhere Energieverbrauch unwesentlich und die konkrete Nutzbarkeit des Gebäude nicht eingeschränkt ist, hat das Oberlandesgericht nun – unter Berücksichtigung des Urteils des BGH vom 11.10.2012 (VII ZR 180/11) und aufgrund sachverständiger Beratung – ausgehend von der Wirkung des Mangels auf potentielle Käufer anhand von Art und Folgen des Mangels das Bestehen eines merkantilen Minderwerts bejaht.

C. Kontext der Entscheidung

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zur Fälligkeit des Werklohns führt. Dies hatte das Oberlandesgericht bereits in seinem Urteil vom 21.07.2011 (8 U 140/09) entschieden. Auf die Abnahme kommt es für die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs nicht an, wenn der Auftraggeber wegen Mängeln nur noch Mängelansprüche geltend macht, die zum Untergang des Erfüllungsanspruchs führen (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 5. Teil Rn. 213). Der Vertrag wird durch eine wirksame Erklärung, Schadensersatz wegen eines Mangels zu fordern, in ein Abwicklungsverhältnis umgestaltet (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rn. 213).

Auch wenn ein Auftraggeber wegen wesentlicher Mängel Schadensersatz fordert und gleichzeitig die Beseitigung unwesentlicher Mängel verlangt, entsteht ein solches Abrechnungsverhältnis. Wegen der unwesentlichen Mängel erfolgt dann eine Zug-um-Zug-Verurteilung (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rn. 213).

Der BGH hatte in der Revisionsentscheidung entschieden, dass der Auftraggeber, wenn der Auftragnehmer einen Mangel verschuldet hat und die Beseitigung des Mangels zu Recht aufgrund von Unverhältnismäßigkeit verweigert, den kleinen Schadensersatz ohne weitere Fristsetzung geltend machen kann (BGH, Urt. v. 11.10.2012 - VII ZR 180/11). Allerdings kann der kleine Schadensersatzanspruch nicht nach den Mängelbeseitigungskosten, sondern nur nach der Verkehrswertminderung durch den Mangel berechnet werden, da es nicht gerechtfertigt ist, in Anwendung des § 251 Abs. 2 BGB einen anderen Maßstab anzulegen als bei der Prüfung des § 635 Abs. 3 BGB (BGH, Urt. v. 11.10.2012 - VII ZR 180/11; Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 6. Teil Rn. 100).

Weiter entspricht es gefestigter Rechtsprechung, dass der Unternehmer die Nacherfüllung gemäß § 635 Abs. 3 BGB verweigern kann, wenn der Aufwand des Unternehmers zur Mängelbeseitigung in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem durch die Beseitigung des Mangels erzielbaren Erfolg oder Teilerfolg stünde, also zu dem Vorteil, den der Besteller dadurch erlangt (BGH, Urt. v. 11.10.2012 - VII ZR 180/11 Rn. 11). Wie das Oberlandesgericht ausführt, kommt es hierbei darauf an, ob nach den Umständen des Einzelfalls nur ein objektiv geringes Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Werkleistung besteht und diesem Interesse ein ganz erheblicher und vergleichsweise unangemessener Kostenaufwand gegenübersteht. So klar diese Rechtsprechung ist, so erheblich sind die Schwierigkeiten, diese Maßstäbe im Einzelfall anzuwenden und so schwierig ist es vorherzusagen, ob ein Gericht unter der gebotenen Berücksichtigung der Gesamtumstände im Einzelfall eine Unverhältnismäßigkeit annehmen wird oder nicht.

Allerdings hatte im vorliegenden Fall der BGH in dem Revisionsurteil bereits bestätigt, dass allein ein Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen den Unternehmer nicht daran hindert, sich auf die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten zu berufen. Außerdem hatte der BGH entschieden, dass das Verschulden des Unternehmers bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit nach § 635 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen ist (BGH, Urt. v. 11.10.2012 - VII ZR 180/11).

Fest steht nach der Rechtsprechung des BGH auch, dass die Minderung nicht nach den Mängelbeseitigungskosten ermittelt werden kann, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung wegen der unverhältnismäßig hohen Kosten verweigert. Der Minderwert muss dann gemäß § 287 ZPO geschätzt werden (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 6. Teil, Rn. 230). Der Besteller kann in diesem Fall sowohl Minderung für einen technischen Minderwert als auch - daneben - Minderung für einen merkantilen Minderwert verlangen. Ein merkantiler Minderwert setzt voraus, dass die maßgeblichen Verkehrskreise ein im Vergleich zur vertragsgemäßen Ausführung geringeres Vertrauen in die Qualität des Gebäudes haben (BGH, Urt. v. 09.01.2003 - VII ZR 181/00; Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 6. Teil, Rn. 230).

D. Auswirkungen für die Praxis

Der Besteller sollte sorgfältig abwägen, ob er Schadensersatz verlangt, weil er dadurch nicht nur einen etwa noch bestehenden Erfüllungsanspruch verliert, sondern darüberhinaus allein durch die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches die Vergütung fällig wird, ohne dass es hierfür einer Abnahme bedarf.

Auch sollte der Besteller sorgfältig prüfen, ob bestehende Mängel tatsächlich wesentlich sind und deshalb die Verweigerung der Abnahme rechtfertigen.

Der Unternehmer seinerseits ist gut beraten, auch im Falle einer endgültigen unberechtigten Abnahmeverweigerung durch den Auftraggeber vorsorglich i.S.d. § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB eine Frist zur Abnahme zu bestimmen. Dies kann nicht schaden und vermeidet möglicherweise etwaige Unsicherheiten im Hinblick auf die Abnahmewirkungen.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Das Urteil enthält - aufgrund der Vielzahl der Streitgegenständlichen Mängel - Ausführungen zu folgenden weiteren rechtlichen Fragen:

Soweit ein für den Handtuchheizkörper notwendiger Sender unstrittig nicht eingebaut wurde,

die Klägerin aber bewiesen hatte, diesen Sender geliefert zu haben, führt das Oberlandesgericht aus, dass die Klägerin weiter hätte vortragen und beweisen müssen, dass das Verschwinden des Geräts in den Gefahrenbereich der Beklagten fällt (vgl. Besprechungsurteil Rn. 27). Dies ist richtig. Ist ein Auftragnehmer zum Einbau eines Teils verpflichtet, steht die Herstellungspflicht im Vordergrund und besteht keine Lieferverpflichtung (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 11. Teil Rn. 78 ff.). Die Leistungsfahrer geht erst mit der Abnahme auf den Auftraggeber über und der Auftragnehmer muss die Leistung auch dann erneut erbringen, wenn sie bis zur Abnahme ohne sein Verschulden untergegangen ist (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Teil Rn. 10).

Da auch der Sachverständige nicht feststellen konnte, wer für ein mangelhaftes Gefälle der Dusche verantwortlich war, nahm das Oberlandesgericht eine Umkehr der Beweislast aufgrund einer Abnahme oder zumindest einer unberechtigten Verweigerung der Abnahme an (vgl. Besprechungsurteil Rn. 32).

Grundsätzlich treten die Abnahmewirkungen auch ein, wenn ein Verzug des Auftraggebers mit der Abnahme vorliegt (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Teil Rn. 7). Gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB steht es der Abnahme gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Diese Fristsetzung ist allerdings nicht deshalb entbehrlich, weil der Besteller die Abnahme verweigert hat (Sprau in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 640 Rn. 10; Busche in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, § 640 Rn. 27). Gegen die Entbehrlichkeit der Fristsetzung spricht nicht nur, dass § 640 Abs. 1 BGB keine den §§ 281 Abs. 2 bzw. 323 Abs. 2 BGB vergleichbare Regelung enthält, sondern auch die Gefahr der Rechtsunsicherheit über das Vorliegen einer Abnahme. Die Fiktionswirkung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB knüpft an den Fristablauf an. Wollte man eine unberechtigte Abnahmeverweigerung ohne Fristsetzung dem gleichsetzen, wäre unklar, in welchem Zeitpunkt sich beispielsweise die Beweislast umkehrt.

Der BGH hat entschieden, dass die Werklohnforderung auch dann fällig wird, wenn der Auftraggeber die Abnahme zu Unrecht endgültig verweigert und dass dies ungeachtet des § 640

Abs. 1 Satz 3 BGB grundsätzlich auch dann gilt, wenn der Unternehmer dem Auftraggeber keine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat (BGH, Urt. 08.11.2007 - VII ZR 183/05 Rn. 29; BGH, Beschl. v. 18.05.2010 - VII ZR 158/09 Rn. 5). Ob dies auch für die Umkehr der Beweislast gilt, ergibt sich aus den Urteilen des BGH jedenfalls nicht ausdrücklich.