

Rundbrief 21 – November 2015**1. Ausschluss der Preiskorrektur nach § 2 Abs. 3 VOB/B durch Formulklausel unwirksam**

Nicht selten sind Bauverträge Formularverträge, die zur Vielfachverwendung entworfen sind und nur in wenigen Punkten ergänzt werden. Auch finden sich in solchen Verträgen nicht selten Klauseln mit folgender Formulierung:

Massenänderungen – auch über 10 % – sind vorbehalten und berechtigen nicht zur Preiskorrektur.

Hierzu hat der BGH im Beschluss vom 04.11.2015 – VII ZR 282/14 – festgestellt, dass eine solche Klausel als gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung, also nicht im Einzelnen ausgehandelt, wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Als Grund nennt der BGH, dass nach der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung nicht nur eine Preisanpassung zugunsten des Auftragnehmers nach § 2 Abs. 3 VOB/B ausgeschlossen ist, sondern darüber hinaus auch eine Preisanpassung zugunsten des Auftragnehmers nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB.

Tipp:

Wenn aus irgendwelchen Gründen eine solche Regelung Bestand haben soll, muss eine solche Regelung als Individualvereinbarung getroffen werden. Wie kann das geschehen?

Im Vertragstext muss dann geregelt sein:

„Eine Preisanpassung gemäß 2 Abs. 3 VOB/B bei Mengenänderung über 10 % wird ausgeschlossen, desgleichen eine Preisanpassung nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage. Beiden Parteien ist bewusst, dass dies mit Nachteilen verbunden sein kann. Beide Parteien nehmen diese ausdrücklich nach Beratung und Besprechung in Kauf und sind mit dieser Regelung der Abweichung von § 2 Abs. 3 VOB/B ausdrücklich einverstanden.“

2. Können die fiktiven Mängelbeseitigungskosten als Schadensersatz nach § 13 Abs. 5 oder § 13 Abs. 7 VOB/B geltend gemacht werden, wenn im Übrigen die anspruchsbegründenden Voraussetzungen vorliegen?

Nicht selten kommt es vor, dass auf eine Mängelrüge und Fristsetzung der tatsächlich vorliegende Mangel nicht oder nicht sachgerecht behoben wurde. Mit Ablauf der Frist ist das Recht der Selbstbeseitigung untergegangen [BGH Urt. v. 27.02.2003 – VII ZR 338/01]. Einen erneuten Nachbesserungsversuch muss der Bauherr nicht hinnehmen [OLG Bremen

Urt. v. 24.02.2005 – 5 U 35/04; NZB hiergegen v. BGH Beschl. v. 22.09.2005 – VII ZR 76/05 zurückgewiesen]. Vielmehr ist er sofort nach Ablauf der Frist zur Ersatzvornahme berechtigt. Die Kosten hierfür kann er vom Unternehmer fordern und auch gegenüber dem restlichen Werklohnanspruch aufrechnen.

Strittig ist allerdings, ob er sämtliche hiermit verbundenen Kosten geltend machen oder zur Aufrechnung stellen kann, auch wenn sie nicht oder noch nicht angefallen sind.

Hier ein Überblick über den Meinungsstreit:

- a. BGH Urt. v. 21.03.2011 – III ZR 260/11
Die Bemessung des zu ersetzenden Betrags geht von der Differenzhypothese aus, nach der die nach dem haftungsbegründenden Ereignis eingetretene Vermögenslage mit derjenigen zu vergleichen ist, die ohne das Ereignis eingetreten wäre.
- b. OLG Düsseldorf Urt. v. 23.04.2015 – 5 U 97/14
Wird der Mangel nicht beseitigt, können lediglich die zur reinen Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten fiktiv geltend gemacht werden. Für alle darüberhinausgehenden Begleit- und Folgekosten (z.B. Malerkosten, Hotelkosten) kommt nur ein konkreter Zahlungsanspruch in Betracht und setzt voraus, dass die Kosten tatsächlich angefallen sind.
- c. BGH Urt. v. 10.04. 2003 – VII ZR 251/02
Es besteht ein Anspruch auf die geschätzten Kosten, sofern sie zur ordnungsgemäßen Mängelbeseitigung notwendig sind und/oder die Mängelbeseitigung am Bauwerk unmittelbar erst ermöglichen. So sind auch etwaige Kosten der Hotelunterbringung Kosten der Mängelbeseitigung am Bauwerk. Steht fest, dass während der Mängelbeseitigung eine Hotelunterbringung für eine bestimmte Zeit notwendig ist, sind diese Kosten unabhängig davon erstattungsfähig, ob der Auftraggeber die Mängelbeseitigung durchführe, weil dies allein seiner Disposition unterliegt.
- d. BGH Urt. v. 04.04.2014 – V ZR 275/12 (kaufrechtliche Entscheidung)
Es besteht ein Anspruch auf die abstrakt berechneten Mängelbeseitigungskosten ohne Einschränkung; Mängelbeseitigung nicht erforderlich.
- e. BGH Urt. 22.07.2010 – VII ZR 176/09
Aus dem Rechtsgedanken des Verbots der Überkompensation besteht ein Anspruch auf die Zahlung der Umsatzsteuer für die Kosten der Mängelbeseitigung erst nach der tatsächlichen Ausführung der Mängelbeseitigungsarbeiten.
- f. BGH Urt. v. 28.06.2007 – VII ZR 81/06 u. VII ZR 08/06
Bei einer Leistungskette kommt ein Ersatz der fiktiven Mängelbeseitigungskosten nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung dann nicht in Frage, wenn der Hauptunternehmer wegen der Mängelbeseitigung von seinem Auftraggeber nicht in Anspruch genommen wird oder wegen Verjährung nicht mehr in Anspruch genommen

werden kann. In diesem Fall hat der Hauptunternehmer wegen der Mängelbeseitigungskosten keinen Anspruch auf die Kosten gegen der verantwortlichen Nachunternehmer.

- g. Kniffka/Kooble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 6. Teil Rn 274
Nur der feststehende Schaden in Höhe der Mängelbeseitigungskosten kann ausgemittelt werden; weitere Schäden, die während der Mängelbeseitigung entstehen, stehen erst fest nach der tatsächlich durchgeführten Mängelbeseitigung und können nicht von vornherein als erstattungsfähiger Betrag anerkannt werden.

Meine Rechtsauffassung:

Der BGH hat in dem Urteil v. 11.20.2012 – VII ZR 179/11 entschieden, dass dem Auftraggeber (Besteller) ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten zuzubilligen ist, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung zu Recht wegen Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten verweigert hat. Hier wird auch nur auf die fiktiven Mängelbeseitigungskosten abgestellt, zu denen auch die Begleit- und Folgekosten der Mängelbeseitigung gehören. Wenn also bei dem Schadensersatzanspruch nach § 635 Abs. 3 BGB auf die fiktive Berechnung der Mängelbeseitigungskosten zur Frage der Unverhältnismäßigkeit abstellt, kann der Aufwand der Selbstvornahme nach § 637 BGB nicht von der tatsächlichen Mängelbeseitigung abhängig gemacht werden, denn es macht keinen Unterschied für die Berechnung der Kosten der Selbstvornahme zu der Frage, ob die Kosten der Selbstbeseitigung unverhältnismäßig sind. Sind hierbei alle ursächlich auf den Mangel zurückzuführenden Kosten zu berücksichtigen, darf der Mängelbeseitigungsaufwand – mit Ausnahme der Umsatzsteuer, die ja bei einer fiktiven Mängelbeseitigungskostenberechnung nicht anfällt – auch fiktiv gegenüber dem Unternehmer geltend gemacht und eingeklagt werden.

Erk Winkelmann
Rechtsanwalt und Notar a. D.
Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht