Kanzlei am Steinmarkt

Rechtsanwälte
Georg Kuchenreuter | Dr. Andreas Stangl | Konrad Alt | Andreas Alt

RECHTSANWÄLTE
FACHANWÄLTE

Kanzlei am Steinmarkt
Steinmarkt 12
93413 Cham

Telefon: 0 99 71 / 85 40 – 0
Telefax: 0 99 71 / 4 01 80
E-Mail: info@kanzlei-am-steinmarkt.de

Rundschreiben 13/2010

Thema: Vergütung bei unklarer Mangelsituation? / Baurecht

1. Einleitung

Es ist in der Baupraxis nicht selten, dass unterschiedliche Auffassungen über das Vorliegen von Mängeln bestehen. Dabei ist es umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Auftragnehmer Anspruch auf Ersatz seiner Untersuchungskosten bzw. Reparaturkosten im Falle einer unberechtigten Mängelanzeige des Auftraggebers hat.

Es stellt sich für den Auftragnehmer die Frage, wie er auf eine entsprechende Mängelrüge zu reagieren hat und ob er berechtigt ist, das Erscheinen bzw. die Prüfung der Mängelursache von einer Kostenerstattung abhängig zu machen.

Eine neue BGH-Entscheidung beschäftigt sich mit dieser Problematik, wobei nicht verkannt werden soll, dass viele Randbereiche der Thematik nach wie vor umstritten sind.

2. Sachverhalt

Dem seitens des Bundesgerichtshof (BGH) zu entscheidenden Fall[1] lag der Sachverhalt zugrunde, dass ein Auftraggeber vom Auftragnehmer Schadenersatzansprüche geltend gemacht hat, infolge einer undichten Heizungsanlage, die zu einer Havarie mit hohem Schaden geführt hat.
Wegen der besonderen Bedeutung wird das Urteil mit Sachverhalt als auch, was die Rechtslage betrifft, passagenweise zitiert. Die Zitate sind kursiv hervorgehoben:

Der Kläger, der Auftraggeber, erteilte der Beklagten, dem Auftragnehmer, im Sommer 2001 unter Einbeziehung der VOB/B einen Auftrag zur Ausführung von heizungstechnischen Anlagen in den Räumen des Berufsschulzentrums in S. Die Abnahme der Leistung erfolgte am 28. November 2002.

Im März 2003 stellt der Kläger Wanddurchfeuchtungen fest. Er fordert die Beklagte mit Schreiben vom 13. März 2003 auf, bis spätestens 19. März 2003 die undichte Stelle zu lokalisieren und ihm in Zusammenarbeit mit dem Ingenieurbüro B. ein Konzept zur Schadenbeseitigung vorzulegen. Im Anschluss daran haben sie in Abstimmung mit dem Kläger die Mängelbeseitigung durchzuführen. Der Beklagte antwortet am gleichen Tag, sie werde die Beanstandung prüfen, um festzustellen, ob sie für den Mangel verantwortlich sei. Sollte dies der Fall sein, werde sie die Mängelbeseitigung durchführen. Weiter heißt es in dem Schreiben:

[1] BGH Urteil vom 02.09.2010, Aktenzeichen VII ZR 110/09; IBR 2010, 611; BGH IBR 2010, 612

„Sollte sich allerdings bei der Prüfung des von Ihnen angezeigten Mangels herausstellen, dass dieser nicht auf unsere Leistung zurückzuführen ist, oder aber seine Ursache in einem normalen Verschleiß bzw. in normaler Abnutzung hat, müssen wir im Hinblick auf die von uns dann aufgewendeten Kosten diese Arbeiten als Reparaturauftrag behandeln. Die in diesem Fall entstehenden Kosten für An-/Abfahrt, Fehlersuche und Freilegung der Schadstelle, Mängelbeseitigung, Wiederherstellung, Materialkosten, Kosten für Nebenleistungen, müssen wir Ihnen dann berechnen.

Wir bitten Sie, bei der Feststellung der Ursache des angezeigten Mangels zugegen zu sein, damit an Ort und Stelle festgelegt werden kann, ob der Fall einer Gewährleistung oder einer notwendigen Reparatur vorliegt. Als Termin hierfür haben wir den 17.03.2003, 11.00 Uhr, vorgesehen.

Sollten Sie mit dieser Regelung einverstanden sein, senden Sie uns bitte die Durchschrift dieses Schreibens unterschrieben zurück."

Der Kläger antwortete nicht. Die Beklagte erschien nicht zur Mängelbeseitigung.

Es kam wie es kommen musste.

Am 18. März 2003 veranlasste die Fachingenieurin B zusammen mit dem Hausmeister eine Druckprüfung der Heizungsanlage, die keinen Druckabfall ergab. Sie teilt daraufhin am 21. März 2003 dem Kläger mit, dass die Beklagte als Verursacherin ausscheide. Der Beklagte wurde darüber nicht informiert.

Am 14. November 2003 liefen aus einer undichten Stelle im Heizkreislauf etwa 5.000 Liter Wasser in die Wand und durchfeuchteten die Elektrowerkstatt.

3. Entscheidung

Der Kläger erhebt nun Klage wegen seinem Schaden. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von € 23.191,27 nebst Zinsen teilweise stattgegeben. Der Kläger legte Berufung ein, was zu einer Verurteilung des Beklagten in Höhe von € 48.591,52 nebst Zinsen vor dem OLG Karlsruhe führte.
Der beklagte Auftragnehmer legte hiergegen Revision zum BGH ein.

Der BGH sah die Revision des Beklagten als nicht begründet an. Dabei waren folgende rechtliche Erwägungen von besonderer Relevanz:

„Der Auftraggeber schuldet dem für den Mangel verantwortlichen Auftragnehmer vor dessen Inanspruchnahme nicht die objektive Klärung der Mangelursache, deren Kenntnis erst geeignete Mängelbeseitigungs- und Schadenabwendungsmaßnahmen sicher ermöglicht. Es ist vielmehr Aufgabe des Auftragnehmers, Mängelbehauptungen zu prüfen und Grund und Umfang einer Leistungspflicht selbst zu beurteilen."

Dabei, so der BGH, spielt es keine Rolle, ob der Auftraggeber die Beweislast trägt, weil bereits die Abnahme erfolgt ist. Er führt aus:

„Diese Beweislast wirkt sich zum Nachteil des Auftraggebers aus, wenn der Beweis nicht geführt werden kann. Sie verpflichtet den Auftraggeber jedoch grundsätzlich nicht, vor einer Inanspruchnahme eines Auftragnehmers zu klären, ob dieser für einen Schaden verantwortlich ist. Eine solche Inanspruchnahme mag zu einer Schadenersatzverpflichtung führen, wenn der Auftragnehmer für den Mangel nicht verantwortlich ist und der Auftraggeber bei der im

Rahmen seiner Möglichkeiten gebotenen Überprüfung hätte feststellen können, dass er selbst für die Ursache des Mangels verantwortlich ist.“

Der BGH lässt aber in seiner Entscheidung zumindest offen, ob einem Auftragnehmer grundsätzlich Ansprüche zustehen, wenn er zu Unrecht auf Mängelbeseitigung in Anspruch genommen wird. Hier führt der BGH aus:

„Es kann dahinstehen, welche Ansprüche einem Auftragnehmer gegen den Auftraggeber zustehen, wenn er zu Unrecht auf Mängelbeseitigung in Anspruch genommen wird und ihm durch die unberechtigte Aufforderung zur Mängelbeseitigung Kosten entstanden sind. (…) Unabhängig von etwaigen gesetzlichen Ansprüchen kann der für den Mangel verantwortliche Auftragnehmer vor seiner Untersuchung der Mängelursache nicht verlangen, dass der Auftraggeber eine Willenserklärung abgibt, wonach er die Kosten für die Untersuchung und für weitere Maßnahmen für den Fall übernimmt, dass den Auftragnehmer keine Verantwortung trifft.“

Weiter führt der BGH aus:

„Das Risiko einer verweigerten Mängelbeseitigung trägt in vollem Umfang der für den Mangel verantwortliche Auftragnehmer.“

Der BGH stellt weiter fest:

„Welchen Grad der Gewissheit ein Auftraggeber hat, dass der von ihm in Anspruch genommene Auftragnehmer für den Mangel verantwortlich ist, ist ohne jeden Belang.“

Im Hinblick auf eine etwaige Verpflichtung des Auftraggebers auf die Forderung des Auftragnehmers zu reagieren, ob Kosten übernommen werden, wenn sich Mängel feststellen, erteilt der BGH dem Auftragnehmer eine Absage:

„Ein Auftraggeber ist auch nicht nach Treu und Glauben verpflichtet, vor der Mängelbeseitigung eine Erklärung abzugeben, wonach er die Kosten für die Untersuchung und einer eventuellen Mängelbeseitigung übernimmt, wenn sich im Zuge der Ursachenforschung herausstellt, dass der Auftragnehmer nicht verantwortlich ist. Soweit dem Auftragnehmer für diesen Fall vertragliche oder gesetzliche Ansprüche zustehen, ist er ausreichend durch diese geschützt. Es besteht kein Grundsatz, dass eine Vertragspartei einen Anspruch darauf hat, dass die andere Partei solche Ansprüche vertraglich manifestiert. Etwas anderes ergibt sich insbesondere auch nicht aus dem Kooperationsgebot.“

Dieser Entscheidung lassen sich einige Verhaltensregeln bei Mängelrügen durch Auftraggeber ableiten, die der Auftragnehmer beachten sollte. Umgekehrt erhält der Auftraggeber Hinweise, wie weit Auftraggeber in die Prüfung von Mängeln einsteigen müssen.

4. Verhaltensprinzipien aus dem Urteil

Die Entscheidung gibt den am Bau Beteiligten Hinweise für das Verhalten bei strittigen bzw. unklaren Mängeln.

4.1. Auftraggeber

Der Auftraggeber hat durch diese Entscheidung eine sehr vorteilhafte Position bescheinigt bekommen. Das Urteil des BGH stellt fest:

- Auftraggeber schuldet dem für den Mangel verantwortlichen Auftragnehmer vor dessen Inanspruchnahme keine objektive Klärung der Mangelursache

- Der Auftraggeber kann sich darauf beschränken, nach der „Symptomrechtsprechung“ den Mangel zu rügen. Je nach Sachverhalt, d. h. ob BGB oder VOB/B gilt, ist zu differenzieren zwischen dem Bereich vor Abnahme oder nach Abnahme. Vor der Abnahme muss zusätzlich Fristsetzung (Endfrist!) mit einer Kündigungsandrohung verbunden werden. Nach Fristablauf muss die schriftliche Kündigung ausgesprochen werden. Nach Abnahme genügt es, wenn der Auftraggeber unter Fristsetzung den Mangel rügt.

- Der Auftraggeber muss vor Prüfung der Mangelursache keine Erklärung abgeben, dass er sich zu einer Kostenübernahme verpflichtet, wenn sich die Mängelrügen nicht bestätigen.

Das Urteil macht es der Auftraggeberseite relativ einfach, den Auftragnehmer mit Mängelrügen zu „überziehen“. Allenfalls wenn dies „willkürlich“ ist, dürfte sich der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer schadenersatzpflichtig machen, wenn man ein Urteil des BGH aus dem Kaufrecht heranzieht[2].

Problematisch ist es, eine derartige „Willkür“ festzustellen oder gar zu beweisen. Dies ist eine Frage des Einzelfalls und hängt vom Fachwissen des Auftraggebers bzw. dessen Architekten oder Ingenieur ab.
Sofern man das BGH-Urteil berücksichtigt, dürften die „Trauben“ für den Auftragnehmer hoch hängen, da auch im entschiedenen Fall der Auftraggeber noch nach der Mängelrüge versucht hat, mit Hilfe seines Ingenieurs die Ursache der Feuchtigkeit zu klären. Dabei gelangte man allerdings nicht zum richtigen Ergebnis.

Fakt ist aber, dass bei einem „objektiv nicht vorliegenden Mangel“ der Auftraggeber nicht unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes zahlen muss.

4.2. Auftragnehmer

Die Entscheidung des BGH schwächt die Situation des Auftragnehmers. Dennoch können hieraus einige Verhaltensregeln abgeleitet werden:

- Der Auftragnehmer darf die Mängelbeseitigung nicht davon abhängig machen, dass sich der Auftraggeber für den Fall einer unberechtigten Mängelrüge zur Kostenübernahme verpflichtet.

- Der Auftragnehmer sollte Mängelrügen stets nachgehen, dabei aber vorbehaltlich erklären, dass er sich die Geltendmachung von Ansprüchen vorbehält.

- Der Auftragnehmer kann zwar keine Vergütung für die Untersuchung verlangen, sollte aber, wenn keine Zustimmung erfolgt, im eigenen Interesse – „bei möglicher Verantwortung“ - die Untersuchung vornehmen. Stellt sich ein Mangel heraus, muss der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung ohne Entgelt vornehmen. Stellt sich heraus, dass kein Mangel vorliegt, kann der Auftragnehmer weitere Maßnahmen ablehnen und erklären, dass er nur gegen eine entsprechende Vergütungsvereinbarung tätig wird.

- Der Auftragnehmer trägt im vollen Umfang das Risiko einer verweigerten Mängelbeseitigung.

[2] BGH IBR 2008, 144

- Der Auftragnehmer kann keine Ursachenforschung vom Auftraggeber verlangen, er muss Mängelrügen unter Fristsetzung ernst nehmen, um nicht das Nacherfüllungsrecht mit Fristablauf zu verlieren.

Der Auftragnehmer hat im vorliegenden Fall den entscheidenden Fehler dadurch verursacht, dass er nicht die Mangelursache überprüft hat. Der Fehler lag nicht darin, eine entsprechende Erklärung zu fordern, sondern der Fehler lag darin, dass bei Nichterhalt der Erklärung keine Prüfung der Mangelursache stattgefunden hat. Dies wurde dem Auftragnehmer zum Verhängnis.

Aus Sicht des Auftragnehmers sollte dieser höflich bei unklaren Mängelursachen nach Abnahme auf folgendes hinweisen:

- Abgrenzung der Begriffe Mangel, Verschleiß und Garantie, weil nach irriger Ansicht viele Auftraggeber dem Auftragnehmer jede nachteilige Erscheinung automatisch innerhalb der Gewährleistungsfrist zurechnen.
- Hinweis auf die Beweislast, die beim Auftraggeber liegt, wenn eine Mangelerscheinung nach Abnahme auftritt und nicht geklärt werden kann, ob die Ursache bereits bis zur Abnahme gesetzt ist.
- Durchführung der Leistung seitens des Auftragnehmers – ohne Anerkenntnis einer Rechtspflicht – um einer Anerkenntniswirkung vorzubeugen mit dem damit verbundenen Neubeginn der Verjährung für das gerügte Mängelsymptom.

5. Zusammenfassung

Der entschiedene Sachverhalt zeigt, dass noch viele Fragen rund um das Mängelrecht nicht entschieden sind. Es gibt stets neue Aspekte, auf die sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer reagieren müssen.