



# NewsLetter

2018-8 Seite 1

Sauerbruchstraße 9  
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06  
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de  
www.dr-schwertfeger.de

## Bauvertragsrecht

### Änderungsanordnung durch Pläne

Im Urteil des Kammergerichts (KG, Urteil vom 21. April 2016, Az. 27 U 81/15) hatte der Auftraggeber (AG) den Auftragnehmer (AN) mit VOB-Detail-Pauschalpreisvertrag mit Rohbauarbeiten beauftragt.

Das von dem AG erstellte LV sah ursprünglich eine Teilelementdecke vor. Auf Vorschlag des AN beauftragte der AG die Decke statt dessen als Fertigteildecke; die ursprüngliche Position wurde zur Eventualposition. Im Zuge der Bauausführung übergab der AG dem AN Schal- und Bewehrungspläne, die die Ausführung der Decke in Ortbeton vorsahen.

Das KG hat geurteilt, dass die Übergabe der Pläne eine Änderungsanordnung (§ 2 Nr. 5 VOB/B) darstelle. „Die Vorgaben erfolgen stets durch den Bauherrn. Der AN kann während des Bauablaufs Änderungen nur anregen. Folgt der Bauherr dem Vorschlag des AN, handelt es sich immer noch um eine Änderungsanordnung des AG.“

#### Praxishinweise

Das KG hat darüber hinaus zur Darlegung der Höhe des geänderten Vergütungsanspruchs für die Ausführung in Ortbeton festgestellt, dass die Vorlage einer Urkalkulation für die Ausführung als Fertigteildecke oder

Teilelementdecke nicht erforderlich sei, da sich daraus nicht die Kalkulation für die Ausführung in Ortbeton ableiten lasse, da es sich um eine gänzlich andere Ausführung handele: Die Materialkosten für den Ortbeton seien nicht vergleichbar mit den kalkulierten Kosten für die Ortbetonergänzung, da ein anderer Beton verwendet werden müsse. Eine Schalung habe sonst nicht angemietet werden müssen. Und hinsichtlich des Personaleinsatzes habe der AN Taglohnzettel vorgelegt und einen Stundenlohn unter dem vertraglich vereinbarten Stundenlohn angesetzt.

Das KG hat ferner festgestellt, dass die dort vereinbarte Vertragsstrafe vor dem Hintergrund der durchgreifenden Neuorientierung des Bauablaufs (zeitintensivere Ausführung in Ortbeton anstatt als Fertigteildecke) nicht angefallen sei.

*RA Dr. Christian Schwertfeger*

## Werkvertragsrecht

### Keine fiktiven Mangelbeseitigungskosten

Ist ein Werk mangelhaft, kann der Auftraggeber (AG) vom Auftragnehmer (AN) - u. a. - Schadenersatz (§ 634 Nr. 4 BGB, § 13 Abs. 7 Nr. 3 VOB/B) verlangen.

(Beim Schadenersatz muss der AG das Geld *nicht* für die Beseitigung des Mangels verwenden. Anders beim Kostenvorschuss,

über den der AG deshalb später gegenüber dem AN abrechnen muss.)

Nach der bisherigen Rechtsprechung standen dem AG, der den Mangel (noch) nicht durch einen Drittunternehmer hat beseitigen lassen, zwei Möglichkeiten der Schadensbemessung zur Verfügung:

(1) Der Schaden kann bemessen werden nach dem Minderwert der durch die Werkleistung geschaffenen Sache, also nach der Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der mangelfreien Sache und dem tatsächlichen Wert der mangelhaften Sache.

Hat der AG die Sache veräußert, ohne den Mangel beseitigt zu haben, kann er den Schaden auch nach dem konkreten mangelbedingten Mindererlös bemessen. Der erzielte Kaufpreis indiziert dabei den tatsächlichen Wert der Sache.

(Ist der Minderwert höher als der erzielte Mindererlös, kann der AG den Minderwert verlangen. Denn der in Höhe des Minderwerts bestehende Schaden wird durch ein vom AG abgeschlossenes günstiges Geschäft nicht gemindert; es sollen dem Ersatzpflichtigen solche Vorteile grundsätzlich nicht zugute kommen, die sich der Ersatzberechtigte durch Abschluss eines Vertrags mit einem Dritten erarbeitet hat.

Ist der Minderwert hingegen niedriger als der konkret erzielte Mindererlös, kann der AG dennoch den Mindererlös verlangen, es sei denn, er hat damit beim Verkauf seine Schadensminderungsobliegenheit verletzt.)

(2) Alternativ dazu konnte der Schaden bislang auch bemessen werden nach den fik-

tiven Mangelbeseitigungskosten, auch wenn diese den Minderwert der Sache überstiegen (bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit).

An dieser zweiten Bemessungsmethode hält der BGH jedenfalls für ab dem 1. Januar 2002 geschlossene Werkverträge nicht mehr fest. Denn sie führte in der Vergangenheit häufig zu einer Überkompensation beim AG.

Statt dessen kann der Schaden - in Anlehnung an die Minderung - auch bemessen werden nach dem - vom Gericht zu schätzenden - Minderwert der Werkleistung, also nach dem Zuviel an vertraglich vereinbartem Werklohn im Verhältnis zum mangelbedingten Minderwert der Werkleistung. Dabei kann die Schadensbemessung beispielsweise anhand der Vergütungsanteile vorgenommen werden, die auf die mangelhafte Teilleistung entfallen.

## Praxishinweise

Die vorstehend dargestellte neue Rechtsprechung gilt sowohl für den BGB-Werkvertrag als auch für den VOB/B-Bauvertrag und wird dazu führen, dass Schadenersatzansprüche gegen den AN künftig häufig geringer ausfallen werden als bislang.

Und diese neue Rechtsprechung gilt darüber hinaus auch für den Architektenvertrag, wenn sich Planungs- oder Überwachungsfehler bereits im Bauwerk verwirklicht haben. Auch hier kommt die Bemessung des Schadenersatzanspruchs gegen den Architekten nach den fiktiven Mangelbeseitigungskosten betreffend das Bauwerk nicht mehr in Betracht.

RA Dr. Christian Schwertfeger