



## DAS AUS FÜR FIKTIVE MÄNGELBESEITIGUNGSKOSTEN ALS SCHADENSERSATZ



Abrechnung der Ersatzvornahmekosten nun zwingend

### Worum geht es?

Beseitigt der Auftragnehmer Mängel nicht innerhalb einer ihm vom Auftraggeber gesetzten Frist, kann der Auftraggeber die Mängel im Wege der Ersatzvornahme nach § 637 BGB selbst beseitigen und den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. In diesem Fall muss er die angefallenen Kosten abrechnen. Alternativ konnte der Auftraggeber nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten auch als Schadensersatz (ohne Mehrwertsteuer) verlangen und war dem Auftragnehmer keine Rechenschaft über die tatsächliche Verwendung des Geldes schuldig. Dies versetzt den Auftraggeber in die Lage, das mangelhafte Gewerk unverändert zu behalten und gleichwohl die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten zu vereinnahmen.

### Die Entscheidung des BGH:

Bisher gingen die Rechtsprechung und die überwiegende Meinung in der Literatur davon aus, dass in dem Vorliegen eines Mangels gleichzeitig ein Schaden liege. Mit dieser zulasten der Auftragnehmer häufig zu ungerechten Ergebnissen führenden langjährigen Rechtsprechung hat der BGH nun in einem als sensationell zu bezeichnenden Urteil vom 22.02.2018 (AZ VII ZR 46/17) Schluss gemacht. Der Besteller, der das Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, kann nur die Differenz zwischen dem Wert des Bauwerks mit Mangel und dem Wert des Bauwerks ohne Mangel als Schadensersatz verlangen. Bei einer Veräußerung des Objekts kommt es auf den konkreten Mindererlös an. Lässt der Besteller den Mangel beseitigen, kann er auch weiterhin die von ihm aufgewandten Mängelbeseitigungskosten gemäß §§ 634 Nr. 4, 637 BGB als Schadensersatz fordern.

Auch im Verhältnis zum Architekten scheidet hinsichtlich der von diesem zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk verwirklicht haben, am Ende ein Zahlungsanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten aus. Es gilt das Gleiche wie für den Auftragnehmer.

### Der Praxistipp!

Dieses Urteil des Bundesgerichtshofs hat erhebliche praktische Bedeutung. In vielen Fällen hat die frühere Rechtsprechung zu einer Überkompensation des Mangelanspruchs geführt. Die neue Rechtsprechung gilt nur für das Werkvertragsrecht/Baurecht. Im Kaufrecht können auch weiterhin bei Mängeln der Kaufsache fiktive Kosten für die Mängelbeseitigung als Schadensersatz verlangt werden, selbst wenn der Mangel nicht beseitigt wird. Auch in Verkehrsunfallsachen werden Schäden regelmäßig auf Gutachtenbasis abgerechnet.



## BESCHAFFENHEITSANGABEN IM VERKAUFSEXPOSÉ SIND BEACHTLICH



Redlichkeit zahlt sich aus

### Worum geht es?

Die Klägerin erwarb aufgrund notariellen Kaufvertrags vom 6. April 2013 von den Beklagten unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück zu einem Kaufpreis von 119.000,00 Euro. Der Keller wurde kurz vor dem Verkauf weiß gestrichen. In dem Verkaufsexposé des Maklers wurde das Objekt u.a. wie folgt beschrieben:

*"... Es stammt aus den 50iger Jahren und wurde 2005 - 2007 komplett saniert. ...Zudem ist das Haus unterkellert (trocken)."*

Weil der Keller feucht war, begehrt die Klägerin die Rückabwicklung des Vertrages.

### Die Entscheidung des BGH:

Der BGH (Urteil vom 19.01.2018 - V ZR 256/16) gibt der Klägerin Recht. Er stellt zwar klar, dass keine Beschaffenheitsvereinbarung des Hauses als trocken vorliege (§ 434 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB). Diese hätte Gegenstand des notariellen Vertrages sein müssen. Ebenfalls liege trotz der Feuchtigkeit im Keller eine bei Sachen der gleichen Art übliche Beschaffenheit vor, die der Käufer nach der Art der Sache erwarten könne (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB). Der Keller sei nicht zu Wohnzwecken und zu einer Zeit (50-iger Jahre) errichtet worden, als Kellerabdichtungen nicht Stand der Technik waren. Zu der vom Käufer zu erwartenden Beschaffenheit der Kaufsache gehörten aber auch die öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder seiner Gehilfen im Exposé (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 i.V.m. § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB). Weil die Klägerin ferner arglistig getäuscht worden sei, könne sie die Rückabwicklung des Vertrages betreiben. Jedenfalls wegen der arglistigen Täuschung könnten sich die Beklagten auch nicht auf den Haftungsausschluss berufen (§ 444 BGB).

### Der Praxistipp!

Selbst das Berufungsgericht übersah die Bedeutung der Beschaffenheitsangaben im Verkaufsexposé. Käufer, die solche und andere werbenden Unterlagen aufheben, erleichtern sich im Mangelfall die Beweisführung. Jedem Käufer ist ferner zu empfehlen, sich vor allem über die Beschaffenheitsangaben, die ihm besonders am Herzen liegen, durch Nachfragen beim Käufer ein genaues und ggf. beweisbares Bild zu verschaffen. Ein Haftungsausschluss wirkt nicht bei einer garantierten Beschaffenheit, die regelmäßig in einer zugesicherten Eigenschaft liegt. Wahrheitsgemäße Antworten des Verkäufers sind in seinem Interesse, weil sie den Haftungsausschluss vital halten.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbBGoethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de

## BETRIEBSKOSTEN: VERMIETER TRÄGT DIE BEWEISLAST FÜR RICHTIGE ERFASSUNG, ZUSAMMENFASSUNG UND VERTEILUNG

### Worum geht es?

Mieter sind regelmäßig nicht in der Lage, die Richtigkeit von Betriebskostenabrechnungen zu prüfen. Zu ihren Gunsten bestehen zwar Ansprüche gegen den Vermieter auf Belegeinsicht. Bislang bestand jedoch Streit darüber, ob und in welchem Umfang Mieter berechtigt sind, Einsicht in die Ableseunterlagen anderer Mietern des Anwesens zu nehmen.

### Die Entscheidung des BGH:

In dem vorliegenden Rechtsstreit hatte der Bundesgerichtshof über Nachzahlungsansprüche des Vermieters für zwei Abrechnungszeiträume in Höhe von mehr als 5.000,00 € zu entscheiden. Nach den beiden Betriebskostenabrechnungen des Vermieters sollten die Mieter, obwohl deren Wohnung nur eine Fläche von 1/8 der Gesamtwohnfläche des Mietshauses aufweist, rund 45 % des Wärmeverbrauchs des Hauses tragen. Der Vermieter weigerte sich, Ablesebelege auszuhändigen; aus Sicht des Mieters waren die Abrechnungswerte nicht nachvollziehbar.



Sieg der Abrechnungsgerechtigkeit

Der Bundesgerichtshof entschied, dass der Vermieter die volle Beweislast für die Nachforderungen trägt (BGH, Urteil vom 07.02.2018, AZ VIII ZR 189/17). Er begründete dies damit, dass der Vermieter nicht nur eine vollständige und nachvollziehbare Abrechnung zu erstellen, sondern auch Einsicht in sämtliche Abrechnungsunterlagen zu gewähren habe, sofern dies zur Überprüfung der Betriebskostenabrechnung erforderlich sei. Solange der Vermieter die Einsicht in die Belege verweigere, bestehe kein Nachzahlungsanspruch.

### Der Praxistipp!

Letztendlich folgt der BGH den allgemeinen zivilprozessualen Regeln zur Darlegungs- und Beweislast. Der Kläger hat grundsätzlich die seine Ansprüche begründenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen. Das Urteil stärkt insoweit die Rechte der Mieter, als nunmehr klargestellt wurde, dass sich der Anspruch auf Belegeinsicht auch auf die Ableseprotokolle anderer Mietwohnungen erstreckt.

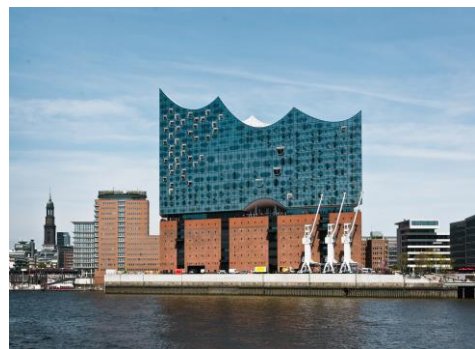
RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbBGoethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de

## NICHT NUR ERSATZ DES PORTOS BEI VERGABERECHTSWIDRIGER AUFHEBUNG IM FALLE VON FUNKTIONALAUSSCHREIBUNGEN

### Worum geht es?

Die Bieterin beteiligt sich an einer "Funktionalausschreibung für GU-Leistungen", die die komplette Planung und Erweiterung eines Kindergartens betraf. Die Klägerin war die einzige Bieterin im öffentlichen Vergabeverfahren. Die Vergabestelle hob das Vergabeverfahren nach § 17 Abs. 1 Satz 3 VOB/A aus einem "anderen schwerwiegenden Grund" auf, weil nicht genügend Haushaltsmittel für die Zuschlagserteilung zur Verfügung gestanden hätten. Daraufhin klagt die Bieterin den Ersatz des Aufwandes ein (9.112,50 €), der für das Erstellen eines Angebotes entstanden sei.



Vertrauensschaden einmal nicht nur Trostpflaster

### Die Entscheidung:

Das OLG Schleswig (Urteil vom 19.12.2017 - 3 U 15/17) verurteilte den ausschreibenden Träger zur Zahlung von 6.187,50 €. Der öffentliche Auftraggeber sei zwar im Regelfall nicht verpflichtet, ein von ihm eingeleitetes Vergabeverfahren durch einen Zuschlag zu beenden. Dies auch dann nicht, wenn kein von der jeweiligen Vergabeordnung vorgesehener Aufhebungsgrund bestehe. Bieter seien in den Fällen, in denen die Ausschreibung ohne rechtfertigenden Aufhebungsgrund aufgehoben werde, berechtigt, Ersatz des ihnen entstandenen Vertrauensschadens zu verlangen. Der Ersatz des Vertrauensschadens beschränke sich darauf, so gestellt zu werden, als wenn sich der Bieter nicht am Vergabeverfahren beteiligt hätte.

Der Zeitaufwand, den das Personal des Bieters in die Kalkulation investiert, ist zumeist nicht als Schaden darstellbar, weil das Personal auch ohne den Vergabefehler bezahlt worden wäre. Mit dem zitierten Urteil schließt das OLG Schleswig abweichend von dieser beschriebenen Rechtslage eine Gerechtigkeitslücke. In den Fällen, in denen die Bieter im Vergabeverfahren Aufgaben übernehmen, die an sich der Auftraggeber hätte übernehmen müssen, steht den Bietern ein Aufwendungsersatzanspruch zu (z.B. § 8 Abs. 8 Nr. 1 VOB/A 2009 = § 8 b Abs. 2 Nr. 1 VOB/A 2016). Bei „Funktionalausschreibungen“ ist dies regelmäßig wegen der im Rahmen der Kalkulation erforderlichen planenden Leistungen der Fall. An der Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, in solchen Fällen eine Entschädigung für den planerischen Aufwand zahlen zu müssen, könne sich durch die vergaberechtswidrige Aufhebung nichts ändern.

### Der Praxistipp!

Bieter sollten daran denken, dass ihnen eine Entschädigung zustehen kann für Planungstätigkeiten, die außerhalb des gewöhnlichen Kalkulationsaufwandes liegen. Auch wenn dies die Ausnahme sein wird, kann im Einzelfall geprüft werden, ob nicht auch „teilkunktional“ ausgeschriebene Positionen im Rahmen von ausgeschriebenen Einheitspreisverträgen solche Entschädigungsansprüche auslösen können.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de



## VERTRAGSAUFHEBUNG IM UNGEWOHNTEN GEWAND

### Worum geht es?

Die Beklagte hatte für den Ausbau der Bundesautobahn A 19 Leistungen der Verkehrsführung und Verkehrssicherung ausgeschrieben. Die Klägerin hatte den Zuschlag auf ihr Angebot erhalten, das u.a. die Vorhaltung einer Stahlgleitwand von 14,8 km für 588 Tage zu einem Einheitspreis von 1.184 Euro/Tag beinhaltete. In der Ausschreibung war für die Ausführung der Leistungen der Zeitraum von September 2004 bis April 2006 angegeben. Die Stahlgleitwand wurde auf Weisung der Beklagten nur an 333 Tagen eingesetzt, da diese die Baumaßnahme erheblich beschleunigte. Die Klägerin beansprucht für die infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung nicht erbrachten Leistungen Vergütung in Höhe von insgesamt 94.778,24 Euro.



Leistungszeitverkürzung kann Kündigung sein

### Die Entscheidung des BGH:

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung des geforderten Betrags verurteilt. Der BGH (Urteil vom 26.04.2018 - VII ZR 82/17) hielt die Entscheidung des Berufungsgerichts. Aufgrund der erheblich verkürzten Bau- bzw. Vorhaltezeit stehe dem Auftragnehmer ein Anspruch aus § 8 Nr. 1 VOB/B (2002) zu. Die Aufforderung der Beklagten an die Klägerin, die ca. 14.800 m lange Stahlgleitwand bereits nach einer Standzeit von 333 Tagen (statt nach vereinbarten 588 Tagen) abzubauen, sei als freie Kündigung anzusehen. Die als Kündigung auszulegende Aufforderung zum Abbau der Stahlgleitwand habe zwar nicht dem Schriftformerfordernis nach § 8 Nr. 5 VOB/B (2002) entsprochen. Es sei jedoch anerkannt, dass bei einem VOB-Vertrag die Kündigungsregelungen in §§ 8, 9 VOB/B (2002) jedenfalls auch dann Geltung erlangen, wenn von einer einverständlichen Vertragsaufhebung auszugehen sei und die Parteien sich nicht über deren Folgen ausdrücklich verständigt hätten. Davon sei vorliegend auszugehen.

### Der Praxistipp!

Eine Vertragsaufhebung ist in konfliktbehafteten Bauvertragsverhältnissen oft ein sinnvoller Weg, um einen jahrelangen Rechtsstreit zu vermeiden. Beiden Parteien eines Bauvertrages ist dabei jedoch dringend zu empfehlen, die Folgen der Vertragsaufhebung unmissverständlich schriftlich zu regeln. Aus Sicht des Auftraggebers gehört die Vergütung des Auftragnehmers für die nicht erbrachten Leistungen zu den zu regelnden Themen und aus Sicht des Auftragnehmers etwaige Schadenersatzansprüche des Auftraggebers in Form der bei Fertigstellung durch einen weiteren Unternehmer entstehenden Kosten.