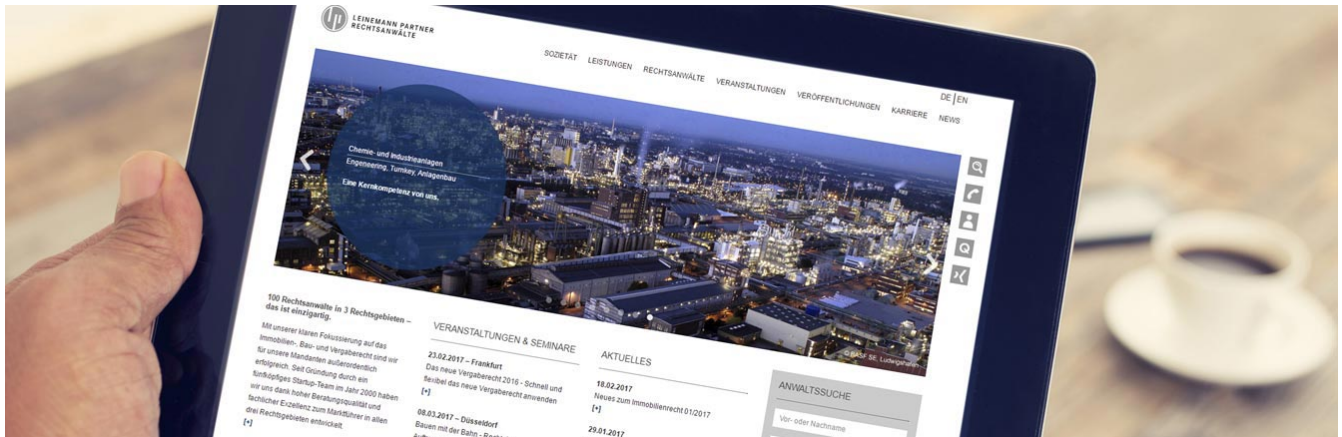




## Neues zum Baurecht 03/2021



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 3. Ausgabe 2021 unseres Informationsdienstes "Neues zum Baurecht".

Mit unserem Sommernewsletter möchten wir Ihnen spannende Entscheidungen im Zusammenhang mit der Unverhältnismäßigkeit einer Mängelbeseitigung, der Überwachungspflicht von überwachenden Fachplanern und irreführender Werbung eines Bauunternehmens vorstellen.

Wir möchten Sie außerdem auf zwei Veranstaltungen hinweisen:

### **Das (kleine) 1x1 der VOB/B - Rechtliches Handwerkszeug für die tägliche Baupraxis**

#### **10. Berliner Brandschutztreff**

Weitere Veranstaltungen können Sie unserem **Seminarangebot** entnehmen.

Sollten Sie weitergehende Fragen haben, können Sie uns gerne unter [baurecht\(at\)leinemann-partner.de](mailto:baurecht@leinemann-partner.de) schreiben oder Ihren persönlichen Berater ansprechen. Viele weitere Urteile, Bücher, Seminare und Veranstaltungen zum Thema finden Sie auch auf unserer **Website**.

Mit besten Grüßen und bleiben Sie gesund

Amneh Abu Saris

## Themen

Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

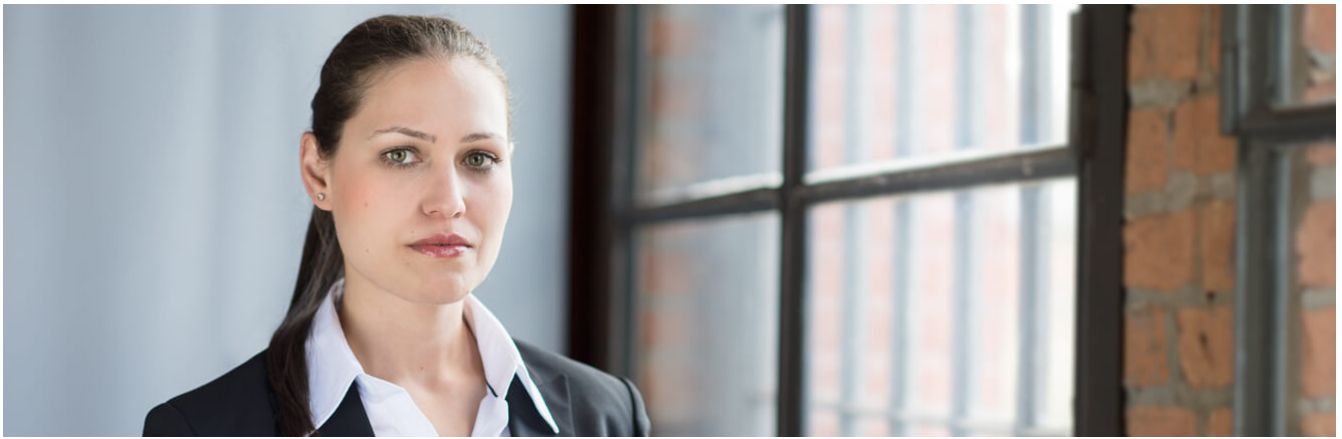
**Keine Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung bei grob fahrlässigen Einbau des falschen Materials**

Kai Linnemannstöns, Hamburg

**Wer überwacht den überwachenden Fachplaner?**

Tobias Wendel, Hamburg

**Irreführende Werbung: Der Einsatz von Nachunternehmern ist nicht erlaubt, wenn mit der Leistung durch den eigenen Familienbetrieb geworben wird. Der Ehemann ist nicht notwendig Teil der eigenen Familie.**



Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

## Keine Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung bei grob fahrlässigen Einbau des falschen Materials

**OLG Stuttgart, Urteil vom 09.07.2019, 10 U 14/19, BGH, Beschluss vom 15.04.2020, VII ZR 164/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)**

Der AG beauftragte den AN mit der Errichtung eines Einfamilienhauses mit Garage und Carport. Sie vereinbarten u.a., dass der Keller als „WU-Keller“, also wasserundurchlässig als „Weiße Wanne“ auszuführen war. Zudem war unter der Bodenplatte des teilunterkellerten Hauses und seitlich an den Fundamenten eine Dämmung aus geschlossenzelligem, extrudiertem Polystyrol (XPS) zu liefern und mit Stufenfalz lückenlos einzubauen. Tatsächlich hat der AN unter der Bodenplatte eine Dämmung aus expandiertem Polystyrol (EPS) eingebaut, für das nach dem Datenblatt des Herstellers keine bauaufsichtliche Zulassung für die Verwendung unter tragenden Bodenplatten sowie bei drückendem Wasser vorliegt. Zudem schließt die allgemeine bauaufsichtliche Zulassung eine Verwendung des Produkts unter statisch tragenden Bauteilen und im Bereich von drückendem Wasser ausdrücklich aus. Nach Fertigstellung des Rohbaus rügt der AG, dass es zu Wassereintrüben im Keller infolge von Starkregen kommt, die „Weiße Wanne“ wasserundurchlässig ist, keine XPS-Dämmung unter der statisch tragenden Bodenplatte und im Streifenfundament verbaut wurde und dass es sich bei der verlegten EPS-Dämmung um das falsche Material handelt. Der Austausch der falschen Dämmung unter der Bodenplatte ist nur durch Abriss und Neubau des Gebäudes möglich. Der AG verlangt vom AN nach fruchtlosem Ablauf einer gesetzten Frist zur Mängelbeseitigung Kostenvorschuss für den Abriss und den Neubau des Gebäudes. Der AN verweigert die Zahlung unter Berufung auf die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung und bringt vor, dass alternativ eine Ringdrainage mit Hebeanlage gegen drückendes bzw. stauendes Wasser ausreiche.

Der AN dringt mit seinen Einwänden nicht durch und hat den Abbruch und die vertragsgemäße Neuerrichtung des Gebäudes zu bezahlen. Die von ihm vorgestellten Alternativen können den Mangel nicht beseitigen, weil dadurch kein vertragsgemäßer Zustand hergestellt wird. Anstelle der vertraglich vereinbarten XPS-Dämmung verbleibt nämlich eine EPS-Dämmung unter der Kellerbodenplatte. Der AG muss jedoch eine Mängelbeseitigung, die nicht den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführt, grundsätzlich nicht akzeptieren. Er muss sich daher nicht auf eine Sanierung verweisen lassen, die nicht der vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung genügt (vgl. BGH, Urteil vom 29.06.2006, VII ZR 274/04). Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit einer Mängelbeseitigung kann nicht dazu führen, dass der AG im Rahmen der Nacherfüllung ein vertraglich nicht geschuldetes Werk akzeptieren muss. Zudem hat der AG kein Werk mit erheblichen Nachteilen (zusätzliche Betriebs- und Wartungskosten sowie Abwassergebühren für eine Drainage

mit Hebebühne) zu akzeptieren.

Daran ändert auch der Einwand der Unverhältnismäßigkeit nichts. Zwar besteht ein Anspruch auf Mängelbeseitigung gemäß § 13 Abs. 6 VOB/B oder § 635 Abs. 3 BGB nicht, wenn die Mängelbeseitigung einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordert. Dafür muss bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls der für die Mängelbeseitigung erforderliche Aufwand in keinem vernünftigen Verhältnis zum Interesse des AG an der Mängelbeseitigung stehen. Der Einwand ist jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung im Verhältnis zu den dafür erforderlichen Aufwendungen unter Abwägung aller Umstände ein Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt. Das ist in der Regel nicht der Fall, wenn der AG objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung hat, z.B. weil die Funktionsfähigkeit des Werks erheblich beeinträchtigt ist (vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2005, VIII 137/04). Bei der Interessenabwägung war zum einen die vertragliche Risikoverteilung und zum anderen das Ausmaß des Verschuldens des AN zu berücksichtigen, der den Mangel grob fahrlässig verursacht hat.

### **Fazit**

Die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung ist nicht einzig an die dafür erforderlich werdenden Kosten geknüpft. Im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung ist das objektive Interesse des AG an einer vertragsgemäßen Leistung zu berücksichtigen. Der Unverhältnismäßigkeitseinwand kommt daher regelmäßig nicht in Betracht, wenn der Mangel die Funktionstauglichkeit beeinträchtigt oder eine grobe Sorgfaltspflichtverletzung des AN vorliegt (OLG Bamberg, Urteil vom 16.04.2007, 4 U 198/05). In einem solchen Fall kann der AG auch den Abriss und Neubau eines Gebäudes verlangen.



Kai Linnemannstöns, Hamburg

## Wer überwacht den überwachenden Fachplaner?

### **OLG Hamm, Beschluss vom 16.03.2021 – 24 U 101/20**

Mit dieser Frage hatte sich das OLG Hamm in seinem Beschluss vom 16.03.2021 (24 U 101/20) auseinanderzusetzen.

#### **Zum Fall**

Die Entscheidung betrifft einen Architekten, der u.a. mit der Leistungsphase 8 (Objektüberwachung) beauftragt wurde. Im Wege einer Widerklage wird der Architekt wegen Planungs- und Überwachungsfehlern in Anspruch genommen.

Hierunter finden sich Beanstandungen an in der Erde verlegten Lüftungsrohren zur Belüftung des Wintergartens. Tatsächlich war die Ausführung der Rohre mangelhaft; dies wurde sachverständig festgestellt. Die Lüftungsrohre wurden gesondert durch einen Fachplaner für Technische Gebäudeausrüstung (TGA) geplant, der die Arbeiten zudem zu überwachen hatte (Leistungsphase 8). Im Kern wird der Architekt also wegen Mängeln an der Ausführung von Arbeiten in Anspruch genommen, die für sich genommen bereits vom Fachplaner zu überwachen waren.

#### **Die Entscheidung**

Zu Recht, so das OLG Hamm. Das Gericht stellt – entgegen der Entscheidung in erster Instanz – insoweit zunächst fest, dass – auch wenn es sich aus handwerklicher Sicht um eine Selbstverständlichkeit handele – die korrekte Ausführung der Lüftungsrohre eine hohe gesundheitliche Relevanz aufweisen könne. Daraus könne im Einzelfall eine besondere Überwachungspflicht folgen (was im konkreten Fall allerdings weiterer sachverständiger Untersuchungen bedurfte).

Sofern jedenfalls eine solche Pflicht angenommen werden könne, hätte der Architekt seine in Leistungsphase 8 bestehende Überwachungspflicht nicht erfüllt. Der Architekt hätte insoweit den Fachplaner für TGA dahingehend überwachen müssen, dass dieser seinerseits die Arbeiten des ausführenden Unternehmens überwacht.

#### **Ergebnis**

Zur Beantwortung der eingangs aufgeworfenen Frage, wer den überwachenden Fachplaner zu überwachen hat stellt das OLG Hamm insoweit fest: der mit Leistungsphase 8 beauftragte Architekt.

Die Entscheidung zeigt einmal mehr den ausufernden Haftungsumfang des Architekten auf. Zum einen hält das Gericht eine Überwachungspflicht auch von handwerklichen Selbstverständlichkeiten zumindest für möglich, was vor dem Hintergrund gesundheitlicher Relevanz indes nachvollziehbar ist.

Zum anderen sieht das OLG Hamm sodann die Verantwortlichkeit des Architekten in Leistungsphase 8 zu prüfen, ob die Fachplaner ihrerseits den ihnen obliegenden Überwachungspflichten nachkommen.





Tobias Wendel, Hamburg

Irreführende Werbung: Der Einsatz von Nachunternehmern ist nicht erlaubt, wenn mit der Leistung durch den eigenen Familienbetrieb geworben wird. Der Ehemann ist nicht notwendig Teil der eigenen Familie.

### **EOLG Rostock, Beschluss vom 17.02.2021, 2 U 11/20**

Mit dem Hinweisbeschluss teilt der Senat des OLG Rostock mit, dass er die eingelegte Berufung einstimmig für offensichtlich unbegründet hält und beabsichtigt, sie aus diesem Grund zurückzuweisen.

Der zu entscheidende Rechtsstreit spielt im Recht des unlauteren Wettbewerbs. Die Beklagte betrieb ein handwerkliches Unternehmen und warb mit Slogans wie „aus einer Hand“, „Montage durch Fachpersonal“, „Wir“, „in Familienhand“, „als Hersteller, Zertifizierer und Verarbeiter in einer Firma“, „mit unserem guten Namen für die Arbeit“, „Familie [...] wir haften mit unserem gesamten Hab und Gut“ und „21 Jahre am Markt“. Eingesetzt wurde für die vertraglichen Leistungen jedoch eine GmbH, deren alleiniger Gesellschafter der Ehemann der Beklagten war. Der Ehemann führte die Arbeiten auch selbst aus.

Das LG Rostock stellte mit Urteil vom 11.08.2020, Az.: 6 HK O 13/20 fest, dass es sich hierbei um irreführende Werbung handelt. Obwohl diese Wertung – mit den Worten des OLG Rostock – offensichtlich richtig ist, soll die Begründung im Folgenden erläutert werden.

Das OLG Rostock führt aus, dass der Verbraucher bei einem Handwerksbetrieb im Zweifel eine Leistungserbringung durch seinen Vertragspartner selbst bzw. dessen eigenes Personal erwarte. Damit sei eine Werbung, die den Einsatz von Subunternehmern unterschlägt, irreführend. Die im vorliegenden Fall eingesetzten Slogans unterstreichen diese Vorstellung des Verbrauchers weiter.

Diese Wertung gelte auch bei handwerklichen Betrieben, die nicht dem Meisterzwang unterliegen und auch dann, wenn der Subunternehmer handwerklich qualifiziert ist. Es komme alleine darauf an, dass die Leistung nicht wie beworben von den Mitarbeitern des Betriebes ausgeführt wird, sondern von Dritten. Zu dem Personenkreis der dritten Personen zählen sowohl eigene Tochtergesellschaften und deren Mitarbeiter als auch der eigene Ehemann, der hier zwar wie beworben zur Familie der Beklagten gehörte aber nicht in ihrem Betrieb tätig war.

Auch die Offenlegung des Einsatzes von Subunternehmern im Vertragsdokument könne den Verstoß nicht heilen. Es sei alleine auf die Werbung abzustellen, die aufgrund ihrer Irreführung einen kundenstromleitenden Effekt auslöst. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist dieser Effekt bereits eingetreten. Es ist gerade der Zweck von irreführenden Werbeinhalten, mehr Kunden für sich zu

gewinnen. Das soll durch das Wettbewerbsrecht verhindert werden. Könnte man die irreführende Werbung bei Vertragsschluss korrigieren, würde der Zweck des Wettbewerbsrechts nicht erreicht werden.

### **Fazit:**

Mit dem Beschluss führt das OLG Rostock die Rechtsprechung in derartigen Sachverhalten fort. Wirbt ein Handwerksunternehmen mit spezifischen Unternehmenseigenschaften wie „Familienunternehmen“ oder mit der eigenen besonderen Qualifikation, muss sich aus derselben Werbung auch ergeben, dass bei der Ausführung Subunternehmer zum Einsatz kommen. Zu erreichen wäre dies beispielsweise mit einem klarstellenden Zusatz, dass die Leistungen durch das Unternehmen und dessen Partner erfolgt. Besonderes Augenmerk verdient der strenge Maßstab, den die Rechtsprechung bei der Bestimmung des Personenkreises des eigenen Betriebs anlegt.

Bei Verstößen gegen das UWG drohen Beseitigungs-, Unterlassungs-, und Schadensersatzansprüche. Auch Gewinnabschöpfung oder gar eine Strafbarkeit sind möglich. Es ist deshalb bei der Formulierung der eigenen Werbung in besonderem Maße darauf zu achten, dass diese keine offensichtlichen oder weniger offensichtlich irreführenden Inhalte enthält.