

## Übungsfall 10.1 - Lösung:

### Stress beim Hausbau

E könnte von U gem. §§ 650a Abs. 1 S. 2, 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB den Ersatz der zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen verlangen.

Dafür müsste zunächst ein Bauvertrag vorliegen. Diese Voraussetzung ist nach § 650a Abs. 1 BGB erfüllt, da Unger mit Eilers vereinbart hat, die Betonarbeiten für die Errichtung eines Einfamilienhauses auszuführen und damit einen Teil eines Bauwerks i.S.d. § 650a Abs. 1 BGB herzustellen. Auf den Bauvertrag finden gem. § 650a Abs. 1 S. 2 BGB die Vorschriften des Werkvertrages Anwendung.

Es müsste ein Mangel gem. § 633 BGB vorhanden sein. Gem. § 633 Abs. 2 S.1 BGB ist ein Werk frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Da in diesem Fall vereinbart wurde, dass der Keller „absolut dicht“ sein wird, ist dies als Beschaffenheitsvereinbarung anzusehen. Da der Keller ist nicht wie versprochen dicht ist, liegt ein Sachmangel nach § 633 Abs. 2 S.1 BGB vor. Außerdem gilt nach § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB, dass das Werk frei von Sachmängeln ist, wenn es sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann. Da die Wanne, bzw. der Keller Risse aufweist und dadurch Feuchtigkeit eintritt, eignet sich der Keller nicht für die gewöhnliche Verwendung und weist auch nicht die Beschaffenheit auf, die bei Werken gleicher Art üblich ist. Folglich liegt ein Sachmangel vor.

Aus § 633 Abs. 1 BGB folgt, dass das Werk bei Gefahrenübergang frei von Rechtsmängeln sein muss. Der Zeitpunkt des Gefahrenübergangs ist bei Werkverträgen gem. § 644 BGB der Zeitpunkt der Abnahme, hier also spätestens bei Einzug in das Haus. Auch wenn die Folgen des Mangels erst drei Jahre nach Abnahme sichtbar werden, muss der Mangel bereits bei Abnahme des Werks vorhanden sein. Dies ist hier laut Sachverhalt gegeben, denn die Risse sind durch Fehler bei Gründung des Bauwerks entstanden.

Des Weiteren müsste E dem U gem. § 637 Abs. 1 BGB eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt haben. Jedoch hat Eilers weder in der ersten Mitteilung des Mangels an Unger, noch in der Aufforderung zur Beseitigung des Mangels eine Frist gesetzt.

Die Frist könnte jedoch gem. § 637 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich sein. Die Voraussetzungen dafür sind vorliegend jedoch nicht erfüllt, denn der U verweigert die Leistung nicht ernsthaft und endgültig (vgl. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Außerdem wurde keine terminliche Festsetzung im Vertrag vereinbart gem. § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Besondere Umstände, die gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB eine Fristsetzung entbehrlich machen würden, liegen ebenfalls nicht vor, denn es war Eilers von Anfang an zumutbar, eine Frist zu setzen. Er hat ja schließlich auch so einige Zeit warten müssen.

Die Fristsetzung könnte allenfalls gem. § 637 Abs. 2 S. 2 BGB entbehrlich sein. Demnach müsste ein Nacherfüllungsversuch fehlgeschlagen oder die Nacherfüllung dem Eilers unzumutbar sein. Beides liegt hier nicht vor, denn Unger hat keinen Versuch unternommen, den Mangel zu beseitigen und es ist Eilers auch nicht unzumutbar, dass Unger den Mangel beseitigt.

Somit war die Fristsetzung nicht entbehrlich und folglich hat E keinen Anspruch aus § 637 Abs. 1 BGB gegen U auf Erstattung der Kosten für die Mängelbeseitigung.

Für Ansprüche aus §§ 280 Abs.1, Abs. 2, 281 BGB fehlt ebenfalls die Fristsetzung, sodass sich daraus kein Anspruch des E gegen U auf Ersatz der Kosten ergibt.

## Übungsfall 10.2 - Lösung:

### Wasser im Keller

Anspruchsgrundlage: §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB

**P1:** Ein Werkvertrag liegt in Form des Bauvertrags gem. § 650a BGB vor („Bauvertrag ist Werkvertrag!“). Für den Bauvertrag gelten mangels spezieller Regelungen die allgemeinen Vorschriften des Werkvertragsrechts über die Sachmängelgewährleistung.

**P2:** Ein Mangel des Werkes liegt vor (§ 633 Abs. 2 S. 1 BGB: Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit: „absolut dichter Keller“).

**P3:** Im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (die Gefahr geht mit der Abnahme über, § 644 Abs. 1 S. 1 BGB; zu diesem Zeitpunkt war der Mangel wegen des bei der Gründung gemachten Fehlers im Kern schon vorhanden<sup>1</sup>).

**P4:** Bestimmung einer angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung (zunächst nur schriftliche Mitteilung des Mangels, dann telefonische Bitte, die Sache in Ordnung zu bringen: Zweifelhaft, ob dies für eine Fristsetzung ausreicht; allerdings verlangt der **BGH** für eine Fristsetzung nach § 281 Abs. 1 BGB keinen Zeitraum oder bestimmten Termin. Vielmehr könne auch die Aufforderung zur unverzüglichen Leistung ausreichen, sodass es genüge, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder vergleichbare Formulierungen deutlich mache, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht<sup>2</sup>.

Überträgt man diese Ausführungen auf § 637 BGB, liegt gleichwohl keine Fristsetzung vor, weil E zu höflich war. Die Bitte, die Sache gelegentlich in Ordnung zu bringen, enthält nicht genügend Druck, um daraus eine Fristsetzung abzuleiten. Anders wäre es, wenn E den U unmissverständlich **aufgefordert** hätte, die Sache **unverzüglich** in Ordnung zu bringen.

**Fristsetzung entbehrlich?** §§ 637 Abs. 2 S. 1, 323 Abs. 2 BGB? (Hinweis: § 323 Abs. 2 BGB betrifft den Rücktritt, während es hier um die Erstattung der Mängelbeseitigungskosten geht; die Vorschrift findet wegen der Verweisung in § 637 Abs. 2 BGB aber entsprechende Anwendung).

§ 323 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB liegen nicht vor, allenfalls Nr. 3: Besondere Umstände, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fristsetzung entbehrlich machen. Da es sich insoweit um einen Ausnahmefall handelt, sind hohe Anforderungen zu stellen, etwa eine über das Normale hinausgehende besondere Dringlichkeit (Wasserrohrbruch!); hier nicht ersichtlich, also war die Fristsetzung nach § 637 Abs. 2 S. 1, 323 Abs. 2 BGB *nicht* entbehrlich;

Ein Fall des § 637 Abs. 2 S. 2 BGB liegt nicht vor, weil die Nacherfüllung nicht fehlgeschlagen ist und für E auch nicht unzumutbar ist.

Damit besteht kein Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB.

Ein möglicher Schadensersatzanspruch nach §§ 634 Nr. 4, 636, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB scheitert ebenfalls an der fehlenden Fristsetzung zur Mängelbeseitigung.

Andere denkbare Anspruchsgrundlagen, insbesondere **§§ 812 ff. BGB**, werden durch die Sondervorschriften der §§ 633 ff. BGB ausgeschlossen.

**Ergebnis:** E hat keinen Anspruch gegen U auf die Zahlung der 14.800,- €.

**Hinweis:** Das Ergebnis ist wenig befriedigend, da dem nachlässigen U erhebliche Kosten erspart bleiben. Ursächlich ist aber das Verhalten des E. Er hat die nach dem Gesetz vorgeschriebene Frist zur Beseitigung der Mängel ohne Not nicht gesetzt. Nicht immer führt Höflichkeit zum Ziel!

---

<sup>1</sup> Zur Kerntheorie vgl. S. 264.

<sup>2</sup> BGH, NJW 2009, S. 3153, Rn. 9 ff. m. Anm. Klein.