Titel:

# Verspricht der Unternehmer einen KfW 40-Standard muss dieser auch ohne Eigenleistungen des Bestellers erreicht werden

Normenkette:

BGB § 254 Abs. 1, § 631 Abs. 1, § 633, § 637

Leitsätze:

**1. Weist die Detailbeschreibung zur Errichtung eines Fertighauses aus, dass das Haus den energetischen Anforderungen KfW 40 entspricht, so schuldet der Unternehmer einen entsprechenden Energiestandard, auch wenn der Vertrag eine Empfehlung an den Besteller beinhaltet, den Keller in Eigenleistung zu dämmen, und der Besteller diese Maßnahmen nicht durchführt. (Rn. 5 – 19) (redaktioneller Leitsatz)**
**2. Weist das errichtete Gebäude Schimmelschäden auf, so genügt es zur Mangelbeseitigung nicht, dass der Unternehmer die von Schimmelsporen ausgehende Gesundheitsbeeinträchtigung beseitigt. Erforderlich ist vielmehr auch, dass der Unternehmer sämtliche optisch erkennbare Symptome des Schimmelbefalls beseitigt. (Rn. 34 – 38) (redaktioneller Leitsatz)**

Schlagworte:

Einfamilienhaus, Herstellung, Schimmel, KfW 40, Mangel, Heizung, Mitverschulden, Pellet, Dämmung, energetische Anforderung

Vorinstanz:

LG Traunstein, Endurteil vom 08.02.2021 – 3 O 5050/11

Rechtsmittelinstanzen:

OLG München, Beschluss vom 19.07.2021 – 28 U 1262/21 Bau
BGH Karlsruhe vom -- – VII ZR 810/21 - ANH

Fundstelle:

BeckRS 2021, 43430

## Tenor

Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Traunstein vom 08.02.2021, Az. 3 O 5050/11, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordern und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

## Entscheidungsgründe

I. Urteil des Landgerichts

1
Das Landgericht verurteilte die Beklagten unter anderem zur Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von etwa 70.000 Euro für Mangelbeseitigungen, an dem von der Beklagten zu 1) errichteten Einfamilienhaus.

2
Das Landgericht kam sachverständig beraten zu dem Ergebnis, dass die von den Klägern behaupteten Mängeln teilweise vorliegen. Auf die Einzelheiten der Entscheidung wird Bezug genommen.

3
II. Berufung der Beklagten

4

III. Die Beklagten sind der Ansicht, dass die Voraussetzungen für einen Vorschussanspruch nicht vorlägen, da ihnen noch das Recht zur Nachbesserung zustünde. Im Übrigen bestünden die Mängel auch nicht. Gegenwärtige Einschätzung des Senats Die Kläger haben gegen die Beklagten (gegen den Beklagten zu 2) über die Bestimmungen der §§ 128, 161 HGB) Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses für Mängelbeseitigungsmaßnahmen.

5
1. Die Kläger haben Anspruch auf Kostenvorschuss gem. § 637 BGB für die Errich tung einer Pelletheizung zur Herbeiführung des vereinbarten KfW 40 Standards:

a) Zwischen der Beklagten zu 1) und den Klägern Parteien ist am 30.4.2008 ein schriftlicher Werkvertrag (§ 631 BGB) geschlossen worden.

b) Die Kläger haben die Bauleistung am 1.10.2009 abgenommen.

c) Das von der Beklagten errichtete Haus ist mangelhaft, da der KfW 40 Standard nicht eingehalten wurde.

aa) Die Beklagte wendet an dieser Stelle ein, die Kläger treffe insoweit ein Mitverschulden.

6
So hätten diese die Verpflichtung gehabt, die Kellerräume zu dämmen, eine Dämmung aber nicht angebracht. Dies sei der maßgebliche Umstand dafür, dass der KfW 40 Standard nicht erreicht sei.

7
Der Senat folgt der Berufungsrüge bereits im Ansatz nicht.

8
bb) Die Beklagte hat den Klägern ein Haus angeboten, wobei eine Auslegung nach dem Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) ergibt, dass ein Haus geschuldet war, das insgesamt den energetischen Anforderungen KfW 40 entspricht.

9
(1) Das schriftliche Angebot vom 30.4.2008 setzt sich aus diver sen Komponenten zusammen, unter anderem einem Haus als Ausbauhaus mit weiteren S.Haus Leistungen sowie einem Grundpreis Keller mit diversen Positionen Keller.

10
Bei der Detailbeschreibung des Ausbauhauses findet sich die Position Nr. 856 für 6.059 Euro, die das Haus als KfW 40 Haus ausweist. Bei der Beschreibung des Kellers findet sich ein Verweis darauf, dass die Baustufe 3 gewählt wurde und eine Empfehlung, wasserdichte Fenster einzubauen sowie den Hinweis, dass als Eigenleistung ein Schutz der Außenabdichtung vorzunehmen sei.

11
(2) Ein verständiger Empfänger versteht nach Auffassung des Se nats das Angebot der Beklagten dahingehend, dass ein Haus errichtet werden soll, dass dem KfW 40 Standard genügt. Auch wenn sich das Vertragsangebot aus diversen Einzelpositionen zusammensetzt, wird als Vertragsleistung die Herstellung der Sache Haus versprochen und der Keller als wesentlicher Bestandteil ist ein Teil dieses Leistungsversprechens.

12
Die im Geschäftsleben verwendete Beschreibung KfW40 bezieht sich dabei auf das Gesamtgebäude; für den Geschäftsverkehr sind zunehmend die Energie- und Ökobilanz von ausschlaggebender Bedeutung und prägen den Wiederverkaufswert. Unternehmer - wie die Beklagte - verwenden dies als Verkaufsargument, wie es gerade vorliegend in den Baubeschreibungen, dem beworbenen Energieausweis und den Angaben zum Ausdruck kommt. Wird, wie vorliegend, die energetische Eigenschaft eines Artikels beschrieben und fällt zudem für eine Energieoptimierung ein zusätzliches Entgelt an, muss ein verständiger Empfänger nicht damit rechnen, dass lediglich eine Teilbeschreibung erfolgt ist.

13
So wie auch die weiteren Hinweise im Angebot zum Thema „Wasser“ wäre es für die Beklagte ein Leichtes gewesen, zu vermerken, dass der KfW 40-Standard nur erreicht wird, wenn die Kläger den Keller entsprechend dämmen.

14
Ein solcher Hinweis findet sich nicht.

15
(3) Die Beklagte kann nun nicht damit gehört werden, dass sich aus den Bauunterlagen ergebe, dass die Dämmung seitens der Bauherren herzustellen sei.

16
Die Beklagte übersieht an dieser Stelle bereits, dass für einen verständigen Verbraucher eine Eigenleistung Dämmung nicht geeignet ist, das Vertragsversprechen KfW 40 zu relativieren: Die Klägerin kann nicht für sich in Anspruch nehmen, sie dürfe ein KfW 40 Haus verkaufen, dass erst durch die Eigenleistung des Vertragspartners zu einem solchen wird.

17
Das ist widersprüchlich.

18
(4) Das errichtete Haus ist mangelhaft, da der KfW 40-Standard nicht erreicht wurde.

19
Die Beklagte haftet vollumfänglich für die Erreichung des KfW 40-Standards, da dieser als Beschaffenheit originär vereinbart wurde und nach dem funktionalen Verständnis des Werkvertragsrechts als Erfolg herbeizuführen ist; damit sind auch entsprechende Dämmmaßnahmen, soweit diese für den KfW 40-Standard erforderlich sind, vorzunehmen.

20
Die Beklagte kann sich nicht auf Unklarheiten und Widersprüchlichkeiten der von ihr verwendeten Unterlagen berufen.

21
(a) Was den Primärenergiebedarf angeht, ist allein streitig, ob die von der Beklagten angebotene Photovoltaikanlage über das Schadensminderungsgebot beachtlich ist.

22
Der Senat kann an dieser Stelle ausdrücklich den genauen Bedeutungsgehalt der vereinbarten Beschaffenheit KfW 40 Standard offenlassen. Insoweit ist zwischen Primärenergiebedarf und Endenergiebedarf zu differenzieren. In den Primärenergiebedarf fließt eine politische Wertungsentscheidung ein, indem nach unterschiedlichen häuslichen Energieversorgungen differenziert wird und dies über einen Faktor in die Berechnung einfließt. Der Gesetzgeber übt insoweit seine Lenkungsfunktion zur Durchsetzung seiner politischen Einschätzung zur Ökobilanz aus.

23
Angesichts der zunehmenden ökologischen Bedeutung neigt der Senat der Auffassung zu, dass dies als Beschaffenheitsvereinbarung beachtlich ist; in einem solchen Fall würden die Wertungen zu den anerkannten Regeln der Technik greifen und der geschuldete Werkerfolg würde sich anpassen, wenn sich - wie vorliegend - die politische Einschätzung der ökologischen Bedeutung der Energiequelle „Photovoltaik“ / „Strom“ geändert hat.

24
(b) Das kann vorliegend jedoch offen bleiben.

25
Die von der Beklagten avisierte Photovoltaikanlage ist keine taugliche Alternative. Nach dem von den Parteien geschlossenen Vertrag ist die Dachfläche - hierfür ist zudem ein gesondertes Entgelt vereinbart worden - für Brauchwasserunterstützung vorgesehen. Die Alternative ist folglich vertragswidrig und die Frage nach einer möglichen Schadensminderungspflicht (§ 254 BGB entsprechend) stellt sich schon dogmatisch nicht.

26
d) Auch die weitere Anspruchsvoraussetzung des Vorrangs der Nacherfüllung liegt aus Sicht des Senats unproblematisch vor.

27
Der Beklagten wurde eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt, die verstrichen ist, so dass das Recht der zweiten Andienung untergegangen ist. Es ist das ureigenste Prozessrisiko eines Unternehmers, der einen behaupteten Mangel in Abrede stellt und eine Nacherfüllung verweigert, dass bei einer späteren gerichtlichen Bestätigung des Mangels die Nachbesserungsfristen abgelaufen sind. Die Rechtsansicht der Beklagten ist verfehlt, soweit diese meint, dass der entstandene Anspruch der Kläger (§ 194 BGB) dadurch erlischt, dass sich die klägerische Behauptung bestätigt.

28
2. Die Kläger haben Anspruch auf Kostenvorschuss gem. § 637 BGB für die unter Ziff. 2.2 des Ersturteils beschriebenen Mängel der Lüftungsanlage.

29
a) Hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen wird überwiegend auf obige Ausführungen Bezug genommen.

30
b) Im Hinblick auf die Berufungsrügen ist zu ergänzen:

31
aa) Zum angeblichen Vorrang der Nacherfüllung vgl. oben.

32
bb) Zum Wärmetauscher

33
Die Berufung greift nicht nachvollziehbar die Beweiswürdigung des Sachverständigen an. Dieser hat verständlich dargelegt, dass ein Schmutzfilter nach den anerkannten Regeln der Technik erforderlich war. Die Fallgruppe der Sowieso-Kosten greift nicht, da keine nachträgliche Veränderung ersichtlich ist, die eine Vertragsanpassung erforderlich gemacht hätte. Der Senat kann die Ausführungen angesichts der Eindeutigkeit der Einschätzung des Sachverständigen daher nicht nachvollziehen.

34
3. Die Kläger haben Anspruch auf Kostenvorschuss gem. § 637 BGB für die Schimmelproblematik.

35
a) Hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen wird zunächst überwiegend auf obige Ausführungen Bezug genommen.

36
b) Das Gewerk der Beklagten ist mangelhaft, da bei Bauausführung eine Schimmelproblematik verursacht und diese nicht vollständig beseitigt wurde.

37
Die Beklagte irrt, soweit sie meint, dass die Beseitigung eines Schimmelschadens sich darin erschöpft, dass die von Schimmelsporen ausgehende Gesundheitsbeeinträchtigung beseitigt wird. Schimmel hat im Bauvertragsrecht eine herausragende Bedeutung und bereits die naheliegende Gefahr - insoweit greifen die wertenden Erwägungen des BGH zur Möglichkeit von Mängeln (Hasenfleichentscheidung, BGH 16.4.1969, NJW 1969, 1171, fortgeführt nach der Schuldrechtsmodernisierung BGH NJW 2015, 544) - einer Schimmelproblematik führt zu einer unmittelbaren tatsächlichen Wertminderung.

38
Vorliegend wurde von der Beklagten der im Bauprozess verursachte Schimmel schlicht nicht vollständig beseitigt und die optische Erkennbarkeit der Schimmelfolgen ist ein Sachmangel.

39
Die wertenden Ausführungen zur Begutachtung gehen an der Problematik vorbei. Es stand der Beklagten frei, die erkennbaren Schimmelfolgen auf Rüge hin zu beseitigen.

40

Die Rügen zum Umfang der Beseitigungskosten greifen im Rechtsstreit zur Selbstvornahme nicht, da eine präzise Ermittlung der Beseitigungskosten angesichts der Abrechnungspflicht des Bestellers nicht erforderlich ist.

41
4. Die Kläger haben Anspruch auf Kostenvorschuss gem. § 637 BGB für die Proble matik Gästezimmer.

42
a) Hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen wird überwiegend auf obige Ausführungen Bezug genommen.

43
b) Das Gewerk der Beklagten ist mangelhaft, da bei Abnahme der im Keller als Gästezimmer geplante Raum bei Abnahme den öffentlichrechtlichen Vorgaben nicht entsprach.

44
Ein Werk ist mangelhaft, wenn es bei Abnahme der Werkleistung nicht die bei Vertragsschluss vereinbarte Beschaffenheit aufweist (§ 633 Abs. 2 S. 1 BGB). Zur vereinbarten Beschaffenheit rechnet die Selbstverständlichkeit, dass das Werk den anerkannten Regeln der Technik entspricht und öffentlichrechtliche Vorgaben eingehalten werden.

45
Da es tatsächlich nicht möglich ist, bei einem Bauvertrag sämtliche Details zu regeln, hat der Besteller über § 315 Abs. 1 BGB das Recht, die einzelnen Leistungen zu konkretisieren. Bei einer zulässigen Konkretisierung erfährt der Werkvertrag eine Modifikation und nur die Erbringung der konkretisierten Leistung ist eine vertragsmäßige Erfüllung, d.h. die vereinbarte Beschaffenheit wird dem tatsächlichen Baufortschritt und den sich zeigenden Bedürfnissen angepasst. Der Unternehmer hat allerdings die Möglichkeit die Konkretisierung zurückzuweisen. Im vorliegenden Fall wäre es ohne weiteres denkbar gewesen, dass die Beklagte die Errichtung eines Gästezimmers im Keller verweigert, weil vertraglich nur ein Wohnraum geschuldet war, z.B. mit dem Argument, dass ein Gästezimmer teurer ist. Das ist tatsächlich nicht erfolgt.

46
Da das erbrachte Werk den planerischen Vorgaben nicht entspricht, ist es mangelhaft.

47
c) Die Beklagte kann sich auf ein Mitverschulden der Kläger nicht berufen.

48
Die Rechtsprechung zum zurechenbaren Mitverschulden eines Architekten bei Planungsfehlern greift vorliegend nicht. Der Architekt ist wertend hier nicht der Bauherrenseite zuzurechnen. Die Kläger haben mit der Beklagten einen Pauschalpreis vereinbart, der die Architektenleistung umfasst, eine gesonderte Vergütung war seitens der Kläger nicht geschuldet und diese haben den Architekten auch nicht ausgewählt.

49
5. Die Kläger haben Anspruch auf Kostenvorschuss gem. § 637 BGB für die entstan denen Risse.

50
a) Hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen wird überwiegend auf obige Ausführungen Bezug genommen.

51
b) Das Gewerk der Beklagten ist mangelhaft, da der Sachverständige festgestellt hat, dass die Risse das übliche Maß überschreiten und damit als fehlerhaft zu bewerten sind.

52
Soweit die Beklagten darauf verweisen, es handle sich um unvermeidbare Setzrisse, steht das im Widerspruch zu den Feststellungen des Sachverständigen.

53
6. Die Kläger haben Anspruch auf Kostenvorschuss gem. § 637 BGB für die fehlende Tragfähigkeit der Holzstütze.

54
Hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen wird überwiegend auf obige Ausführungen Bezug genommen.

55
Soweit die Beklagte rügt, es greife der Vorrang der Nacherfüllung, gilt oben ausgeführtes entsprechend.

56
7. Die Kläger haben Anspruch auf Kostenvorschuss gem. § 637 BGB für die Anschlussfuge, die Staubsaugerdose die Wandfliesen, die Tischplatte, die Rollläden OG sowie Wäscheeinwurfschacht.

57
a) Hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen wird überwiegend auf obige Ausführungen Bezug genommen.

58
b) Soweit die Beklagte rügt, die Mängel seien offensichtlich und es greife § 640 Abs. 3 S. 1 BGB, folgt der Senat dem nicht.

59
Ein Rechtsverlust tritt aufgrund widersprüchlichen Verhaltens nur ein, wenn ein Besteller bei Abnahme einen Mangel bemerkt, diesen aber billigt. Nur bei dessen Kenntnis ist es gerechtfertigt, die Haftung für eine nicht vertragsmäßige Leistung entfallen zu lassen. Die Berufungsrügen deuten allenfalls auf ein Kennenmüssen hin, was nach ständiger Rechtsprechung jedoch nicht ausreichend ist.

60
Die Wertung der Rechtsprechung überzeugt. Zwischen Besteller auf der einen Seite und dem Unternehmer auf der anderen Seite besteht ein erhebliches Wissensgefälle und bereits die Mangelidentifizierung erfordert eine gewisse Sachkunde. Auf der anderen Seite hat der Unternehmer, der eine Leistung nicht vertragsmäßig erbringt, entsprechende Aufklärungspflichten und kann sich diesen nicht durch ein Schweigen entziehen. Die Beklagte hätte ohne weiteres beispielsweise die vertragswidrige Fliesenverlegung anzeigen können in der begründeten Erwartung, der Besteller nehme dies hin. Nur dann wäre es gerechtfertigt, die Person, die sich vertragswidrig verhalten hat, aus der Haftung zu entlassen.

61
Im Übrigen macht sich der Senat die zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts zum Wahl der Sekundärrechte zu eigen.

62
Hinsichtlich des gerügten Vorrangs der Nacherfüllung gilt oben ausgeführtes entsprechend. Warum die Rollläden oder der Wäscheeinwurfschaft nicht von der Mängelrüge umfasst sein soll, erschließt sich dem Senat angesichts der Mängelliste nicht und die Rüge wurde offensichtlich ins Blaue hinein erhoben.

63
8. Die Kläger haben Anspruch auf Kostenvorschuss gem. § 637 BGB für den Riss in der Fenstertüre.

64
Der Sachverständige konnte Ursachen ausschließen und die Stellungnahme des Sachverständigen ist für eine gerichtliche Überzeugungsbildung ausreichend (§ 286 ZPO).

65
Letztlich wird in der Berufung die eigene Beweiswürdigung anstelle der gerichtlichen gestellt, was nicht ausreichend ist, um einen Verfahrensfehler aufzuzeigen.

66
Der Senat kommt auch aufgrund eigener Überzeugungsbildung ausgehend von der Bewertung des Sachverständigen zu nämlichem Ergebnis.

67
9. Der Anspruch auf Erstattung der Kosten des Privatsachverständigen S. folgt unmittelbar aus § 635 Abs. 2 BGB.

68

Die Rüge des angeblich entgegenstehenden Ombudsverfahrens irritiert, da dieses - so bereits der Vortrag in der Klageerwiderung - gescheitert ist.

69
Der Verweis auf die EnEV verfängt nicht, da dieser Aspekt zu der Mängelrüge und der Symptomatik KfW 40 rechnet.

70
Da die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat, legt das Gericht aus Kostengründen die Rücknahme der Berufung nahe. Im Falle der Berufungsrücknahme ermäßigen sich die Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 Gebühren (vgl. Nr. 1222 des Kostenverzeichnisses zum GKG).