

Überraschende Rechtsprechung des BGH zur Risikotragung bei ESG-H-Glasbrüchen

RA Prof. Dr. Dieter Kainz

FA für Bau- und Architektenrecht,
Wirtschaftsmediator (IHK)

Dr. rer.nat. Anette Ritter-Höll

Dipl. Geologin, Industrie-Betriebswirtin,
öbuv Sachverständige für Naturwerkstein



BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Zur Frage :

Welche Gewährleistungsansprüche dem Auftraggeber bei ESG-H-Glasbrüchen zustehen.

Leitsatz :

Ist die vereinbarte Funktionalität einer Glasfassade (hier: uneingeschränkte Bruchsicherheit) technisch nicht zu verwirklichen, steht dem Auftraggeber als Mängelrecht ausschließlich ein Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, § 311a Abs. 2 BGB zu.

***BGH, Beschluss vom 09.07.2014 -
VII ZR 161/13 (IBR 2014,538)***

Zur Frage :

Welche Vertragspartei das Risiko von Glasbrüchen zu tragen hat.

Leitsatz 1:

1. Ein Werk ist mangelhaft, wenn es mit Fehlern behaftet ist, die den gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. **Welchen Gebrauch und damit welche Beschaffenheit des Werks die Parteien vereinbart haben, ist durch Auslegung des Werkvertrags zu ermitteln.**

***BGH, Beschluss vom 09.07.2014 -
VII ZR 161/13 (IBR 2014,538)***

Zur Frage :

Welche Vertragspartei das Risiko von Glasbrüchen zu tragen hat.

Leitsatz 2:

2. Zur vereinbarten Beschaffenheit gehören alle Eigenschaften des Werks, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. **Dieser bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll.**

***BGH, Beschluss vom 09.07.2014 -
VII ZR 161/13 (IBR 2014,538)***

Zur Frage :

Welche Vertragspartei das Risiko von Glasbrüchen zu tragen hat.

Leitsatz 3:

3. Der bloße Umstand, dass Glasscheiben gebrochen sind, sagt nichts darüber aus, welche Vertragspartei dieses Risiko zu tragen hat. **Es kommt vielmehr darauf an, ob die Parteien als Funktion vereinbarten, dass keine Glasbrüche, außer durch Fremdeinwirkungen, auftreten dürfen.**

Zugrundeliegende Problematik und Fragestellung (1)

Es geht ganz einfach um die Beantwortung der Frage :

Wer trägt das Risiko bei einem Bauvorhaben mit einer Glasfassade, wenn eine Scheibe bricht !

- der Bauherr ?
- der Bauunternehmer ?
- ein Dritter ?
- mit jeweils welchen Folgen ?

Zugrundeliegende Problematik und Fragestellung

(2)

Was ist bei dieser Fragestellung unstrittig ? :

Während der Baudurchführung , d.h. im Erfüllungsstadium vor der Abnahme trägt der Unternehmer das Risiko eines Glasbruches .Er schuldet eine mangelfreie Glasfassade. Dazu gehören keine zerbrochenen Fenster. Bricht eines beim Einbau oder vor der Abnahme , muss er dieses auf seine Kosten ersetzen. Andernfalls nimmt der Bauherr nicht ab, bzw. rügt den Mangel : zerbrochenes Fenster.

Nach Ablauf der Gewährleistungsfrist von in der Regel 5 Jahren nach der Abnahme trägt das Risiko des Glasbruches der Auftraggeber. Der Auftragnehmer muss nicht mehr für ein gesprungene Glas einstehen.

Zerbricht jemand schuldhaft ein Glas (z. B. durch Fußball oder Fahrlässigkeit), hat er stets das Fenster zu ersetzen, gleich ob vor oder nach der Abnahme oder während der Gewährleistungsfrist.

Zugrundeliegende Problematik und Fragestellung (3)

Was ist bei der Fragestellung streitig ? :

Streit besteht bei der Frage, wer das Risiko trägt, d.h. die Kosten hierfür zu tragen hat, **wenn während einer laufenden Gewährleistungsfrist ,d.h. nach durchgeführter Abnahme der fertig gestellten Glasfassade eine Scheibe bricht , ohne dass hierfür irgendein Fremdverschulden Ursache ist.**

Insofern stellt sich dann die entscheidende Frage, ob das Brechen einer solchen Glasscheibe per se ein Mangel ist . Nur für einen solchen Fall hat ja dann der Auftraggeber einen Gewährleistungsanspruch gegen den Auftragnehmer

Zugrundeliegende Problematik und Fragestellung (4)

Die Streitfrage lautet also :

*Stellt ein während der Gewährleistungsfrist brechendes Glass ,
bzw.*

konkret:

*Stellt ein während der Gewährleistungsfrist spontan brechendes
Einscheibensicherheitsglas (ESG) einen Mangel im Sinne des
gesetzlichen Mangelbegriffes dar ?*

*Insbesondere dann, wenn dieses Glas zuvor einen Heat-Soak- Test
unterzogen wurde?*

Worum handelt es sich bei solchen ESG-H-Glasscheiben ?

Überblick über vorkommende Glasarten

(1)

Glasart (Name)	Herstellung/Eigenschaft	Verwendung –Beispiel
Fensterglas	Hohe Oberflächengüte	Fenster priv. Haus
Einscheiben- Sicherheitsglas	Wird im heißen Zustand rasch abgekühlt – dadurch Vorspannung	Autoscheiben, Glastüren
Verbund- Sicherheitsglas	Zwei od. mehrere Glasschichten; verbunden mit Kunststoff-Folien oder Gießharz, z.T. mit Drähte für Alarm	Schusssichere Scheiben; Alarmscheiben
Gussglas	Mit strukturierten Oberflächen	Gestalterische Wirkung

Überblick über vorkommende Glasarten

(2)

Gussglas	Mit strukturierten Oberflächen	Gestalterische Wirkung
Wärmedämmglas	Mehrere Scheiben hintereinander; Zwischenräume mit Edelgas gefüllt + dünne Edelmetallbeschichtungen	Gewerbebau
Sonnenschutzglas	Beschichtungen: reflektierend, absorbierend, undurchsichtig	Gewerbebau
Schallschutzglas	Zwei unterschiedlich dicke Scheiben zur Vermeidung von Resonanzen, z.T. auch mit Edelgas gefüllt (Argon, Krypton)	Gewerbebau

Überblick über die Glaseigenschaften

Welche Glasschäden kommen vor?

Problematik Nickel-Sulfid (NiS)-Einschluss im Glas

- * Entstehung NiS im Glas
- * Was passiert bei NiS-Einschlüssen?
 - * Beispielfotos
 - * Können NiS-Einschlüsse aus technischer Sicht ausgeschlossen werden?

Glaseigenschaften (1)

+ mechanische Kennwerte z.B.

Dichte

E-Modul

Querkontraktion

+ optische Eigenschaften z.B.

Reflexion

Absorption

Brechung

+ thermische Eigenschaften

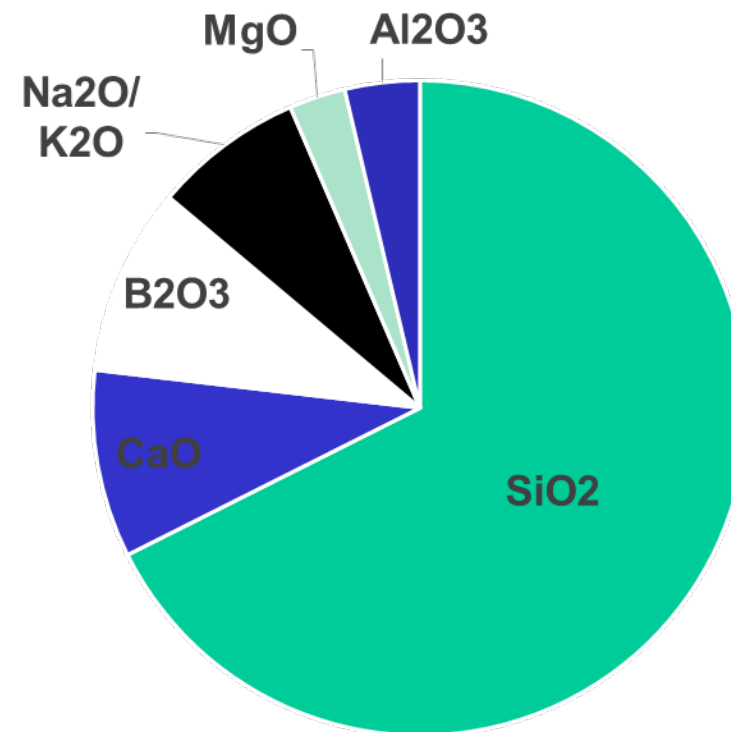
nach aktueller EnEV

Glaseigenschaften (2)

chemische Zus.setzung
durchschnittlich:

Durch Zugabe von Mindermengen
anderer Oxide werden Eigenschaften
positiv verändert, z.B.

thermische Eigenschaften
mechan. Eigenschaften
chem. Beständigkeit
Färbung



Glasschäden (1)

Glasschäden

Oberflächenschäden

chemisch

Mörtel / Beton

Farben / Putze

Reinigung etc,

mechanisch

Funkenflug

Scheuerstellen



Glasschäden (2)

Glasbruch

thermisch

Temperaturgradient

mechanisch

Lasteinwirkung

Zwängung

**Nickel-Sulfid-Einschlüsse
im ESG**



Nickel-Sulfid-Einschlüsse (1)

Wie entstehen die NiS-Einschlüsse?

Bei jeder Floatproduktion entstehen kleinste Kristalle aus Nickel und Schwefel in einer Größe von ca. 0,1-0,5 mm (zum Vergleich: Haar-Durchmesser ca. 0,1 mm)

NiS kann in der Schmelze nicht ausgeschlossen und nachgewiesen werden, auch nicht durch sorgfältige Qualitätskontrolle
nach Angabe Saint-Gobain sowie nach Weller et al. (2010).

Nickel-Sulfid-Einschlüsse (2)

NiS: 0,1-0,5 mm



Haare: Ø 0,1 mm



Nickel-Sulfid-Einschlüsse (3)

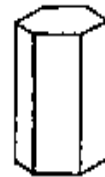
Was macht NiS so „gefährlich“?

Ursache =

Der Kristall NiS ändert bei Temperatur sein Kristallgitter:

von hexagonal

(im vorgespannten Zustand)



zu rhomboedrisch

(bei Temperaturänderung)

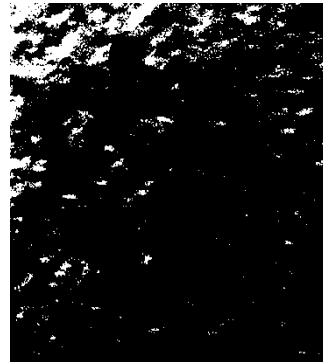
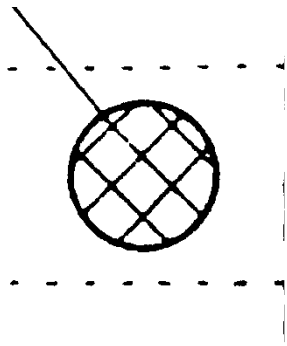


Durch die Änderung des Kristallgitters ist eine Volumenänderung von 4 Vol.-% verbunden.

Nickel-Sulfid-Einschlüsse (4)

Was macht NiS so „gefährlich“ ?

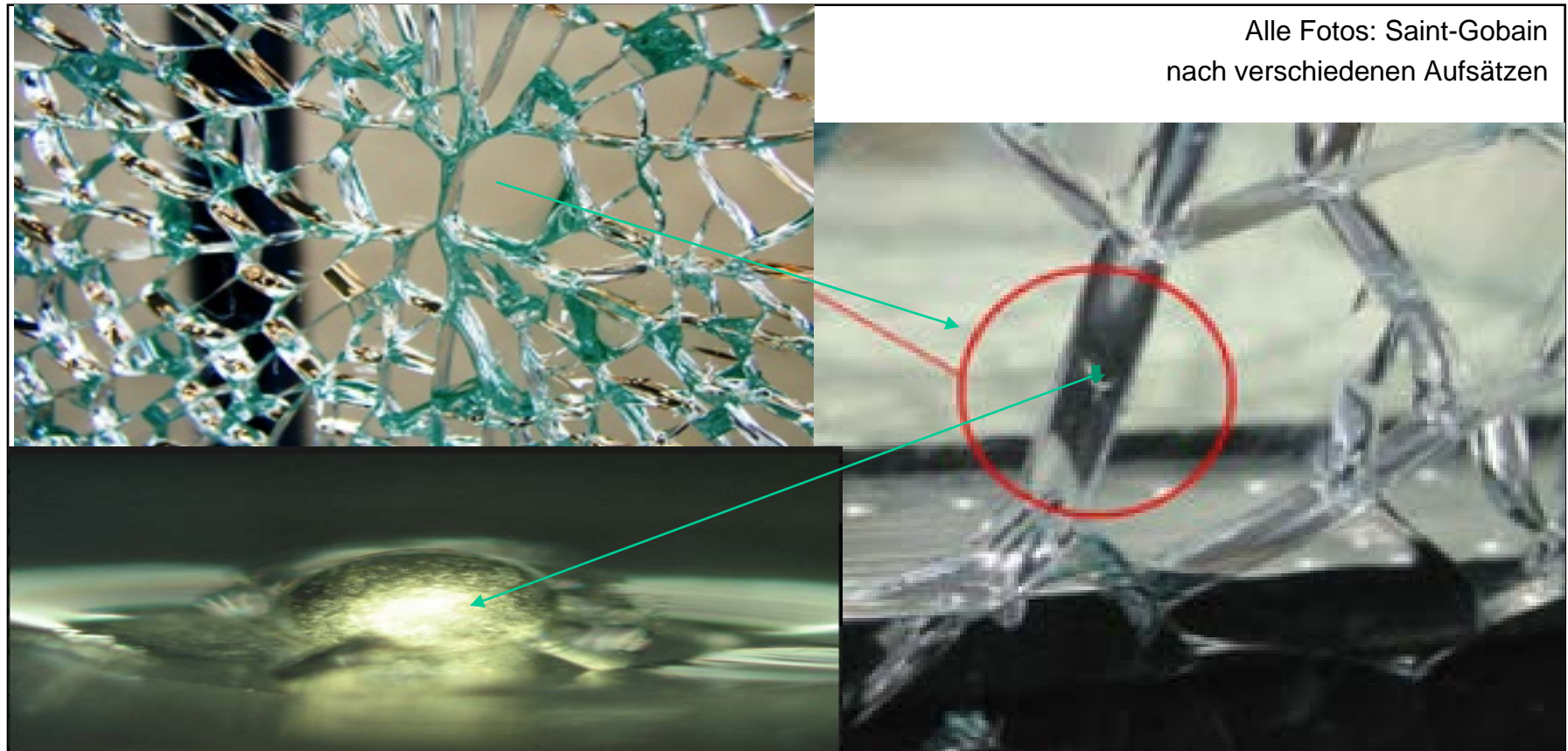
Dadurch entsteht ein Spannungsanstieg, der über den Druck- und Zugspannungen im vorgespannten ESG liegt, der das Glas nicht mehr aushält und schließlich zerbricht.



(umgezeichnet nach LAUFS 2000).

Der Riss vollzieht sich unter ca. 1.200 m pro Sekunde.

Nickel-Sulfid-Einschlüsse (5)



Heat-Soak-Test (Heißlagerungstest) (1)

Können NiS-Einschlüsse vermindert werden?

Aus einem vorgespannten ESG wird ein ESG-H mittels
„Heat-Soak-Test“:

- + vorgespanntes Glas (ESG) wird auf ca. 300°C erhitzt
 - + Beibehaltung von
 - 2 Std. (EN 14179/1) bzw.
 - 4 Std. (dt. Bauregelliste) dieser Temperatur
 - + NiS wandelt sich um; Scheibe bricht;
 - + Dadurch ist das Risiko von verbleibenden NiS minimiert.
- ESG-Scheiben mit diesem Test = ESG-H

Heat-Soak-Test (Heißlagerungstest) (2)

Können NiS-Einschlüsse technisch ausgeschlossen werden?

Dr. Andreas Kasper, Chef von "Chemistry of Glass Melting" (CGM) bei Saint-Gobain Sekurit Deutschland:

bei 8 mm Dicke, ESG:

Ohne Heißlagerung:

1 Bruch / 300 qm

Mit Heißlagerung:

1 Bruch / 20.000 qm

Schlusswort technisch

**NiS-Einschlüsse können technisch nicht ausgeschlossen werden,
wenn auch Risiko nahezu Null gehend.**

BGH, Beschluss vom 09.07.2014 – VII ZR 161/13 (IBR 2014,538)

Zugrundeliegender Sachverhalt (1) :

Der Auftraggeber (AG) verlangt vom Auftragnehmer (AN) Schadensersatz in Höhe von 2,1 Mio. Euro für die Erneuerung einer Stahl-Glas-Fassade, nachdem in den Jahren 2000 bis 2007 sechs ca. 4 qm große Scheiben ohne erkennbare Fremdeinwirkung gebrochen sind. Während das Landgericht Essen die Klage abgewiesen hat, weil ein Mangel nicht bewiesen sei, hat das OLG Hamm sie dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

BGH, Beschluss vom 09.07.2014 – VII ZR 161/13 (IBR 2014,538)

Zugrundeliegender Sachverhalt (2) :

Der BGH kritisiert, dass das OLG das Risiko eines Glasbruchs abstrakt dem AN zugewiesen hat, ohne die konkreten vertraglichen Absprachen zwischen den Parteien auszulegen. Der bloße Umstand, dass Glasscheiben gebrochen sind, sagt nichts darüber aus, welche Vertragspartei dieses Risiko zu tragen hat. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Parteien als **Funktion der Glasscheiben vereinbart** haben, dass **keine Glasbrüche, außer durch Fremdeinwirkungen, auftreten dürfen**

BGH, Beschluss vom 09.07.2014 – VII ZR 161/13 (IBR 2014,538)

Zugrundeliegender Sachverhalt (3) :

Gemäß dem der Auftragsvergabe zugrundeliegenden Leistungsverzeichnis war hier zwischen den Parteien unter Ziffer 5.5.O vereinbart :

"Die Verglasung gehört zur Leistung. Es dürfen nur einwandfreie, plane und unbeschädigte Glaseinheiten eingebaut werden. Die Glasdicken sind gemäß der statischen Erfordernisse und der bauphysikalischen Forderungen zu ermitteln, dürfen aber die in den einzelnen Glastypen beschriebenen Mindestdicken nicht unterschreiten."

BGH, Beschluss vom 09.07.2014 – VII ZR 161/13 (IBR 2014,538)

Entscheidungsgründe (1) :

„Der bloße Umstand, dass Glasscheiben gebrochen sind, sagt nichts darüber aus, welche Vertragspartei dieses Risiko zu tragen hat (vgl. BGH, Urteil vom 8. Mai 2014 = VII ZR 203,11, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, Rn. 16 ff.).

BGH, Beschluss vom 09.07.2014 – VII ZR 161/13 (IBR 2014,538)

Entscheidungsgründe (2) :

„Es kommt vielmehr darauf an, ob die Parteien als Funktion der in Auftrag gegebenen Glasfassade vereinbarten, dass keine Glasbrüche, außer durch Fremdeinwirkungen, auftreten dürfen. Das ist durch Auslegung nach den allgemein anerkannten Auslegungsregeln zu ermitteln, §§ 133,157 BGB. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, insbesondere der zum Ausdruck gekommene Wille der Klägerin, für welchen Zweck sie das Bauwerk nutzen wollte und welchen Anforderungen es nach diesem Zweck genügen musste.

BGH, Beschluss vom 09.07.2014 – VII ZR 161/13 (IBR 2014,538)

Entscheidungsgründe (3) :

„ Diese Auslegung des Vertrages kann der Senat nicht selbst vornehmen, da das Berufungsgericht keine hinreichenden Feststellungen zu den auslegungserheblichen Umständen getroffen hat. Allein die Formulierung in Ziffer 5.5.0 des Leistungsverzeichnisses, zu verwenden seien nur "einwandfreie und unbeschädigte Glaseinheiten", besagt noch nichts darüber, welche Vertragspartei das Risiko von Glasbrüchen zu tragen hat, wenn die Glasscheiben zwar technisch einwandfrei hergestellt und montiert werden, ein Glasbruchrisiko aufgrund verdeckter Nickelsulfideinschlüsse aber verbleibt.

BGH, Beschluss vom 09.07.2014 – VII ZR 161/13 (IBR 2014,538)

Schlussfolgerungen (1) :

1. Auf Grund der Tatsache, dass der BGH nicht selbst eine Entscheidung darüber treffen darf ,was die Parteien seinerzeit für eine „ vereinbarte Beschaffenheit“ für die Glasfassadenscheiben vertraglich geregelt haben, musste der BGH das OLG-Urteil aufheben und die Sache zur erneuten Entscheidung an das OLG zurückverweisen.
2. Die Formulierung im Leistungsverzeichnis, dass nur "einwandfreie und unbeschädigte Glasscheiben" zu verwenden sind, besagt nichts darüber, welche Partei das Risiko von Glasbrüchen aufgrund verdeckter Nickelsulfideinschlüsse bei ansonsten technisch einwandfrei hergestellten und montierten Scheiben zu tragen hat.

BGH, Beschluss vom 09.07.2014 – VII ZR 161/13 (IBR 2014,538)

Schlussfolgerungen (2) :

- 3 .Dass dieses Glasbruchrisiko auch bei technisch einwandfreien Scheiben nicht zu vermeiden ist, bedeutet umgekehrt nicht ohne Weiteres, dass der AG das Risiko zu tragen hat.
- 4 .Wer das unvermeidbare Risiko eines Glasbruchs aufgrund nicht erkennbarer und nicht vermeidbarer Nickelsulfideinschlüsse zu tragen hat, hängt von der vereinbarten Beschaffenheit ab.
- 5 .Wenn ein gewisses Glasbruchrisiko jeder Glasfassade immanent ist, lässt der bloße Glasbruch nicht den Schluss auf einen Mangel, das heißt auf eine Abweichung von der vertraglichen Beschaffenheit, zu.

BGH, Beschluss vom 09.07.2014 – VII ZR 161/13 (IBR 2014,538)

Schlussfolgerungen (3) :

6. Da die Darlegungs- und Beweislast für die vertragliche Beschaffenheit beim AG liegt, dürfte der AN die Gefahr eines nicht vermeidbaren Spontanbruchs nur bei entsprechenden konkreten Anhaltspunkten im Vertrag zu tragen haben (wie der BGH sie in der Entscheidung vom 08.05.2014 gesehen hat- siehe im folgenden).

7. Auch wenn nach der konkreten Vertragsgestaltung das Risiko beim AN liegt, schuldet er nicht die Erneuerung der Fassade. Denn auch das würde den Mangel nicht beseitigen.

8. Es kommt vielmehr nur ein Schadensersatzanspruch wegen anfänglicher, objektiver Unmöglichkeit nach § 634 Nr. 4, § 311a BGB in Betracht (hierzu BGH-Urteil vom 08.05.2014 im folgenden).

Fazit aus BGH-Beschluss vom 09.07.2014 für die Praxis : (1)

Im Vertrag ist durch eine klare und unmissverständliche Regelung zu vereinbaren, wer von den Vertragspartnern das Risiko von Glasbrüchen innerhalb der Gewährleistungszeit zu tragen hat.

Zum Beispiel :

1.“ Es wird ausdrücklich vereinbart, dass die Glasscheiben keine Nickelsulfid-Einschlüsse haben dürfen „

oder :

2.,,Zwischen den Parteien wird vereinbart, dass jede brechende Scheibe innerhalb der Gewährleistungsfrist vom Auftragnehmer auf seine Kosten gegen eine neue Scheibe ausgetauscht wird, es sei denn die Ursache des Scheibenbruches ist nachweisbar auf die Fremdeinwirkung eines Dritten zurückzuführen.“

Fazit aus BGH-Beschluss vom 09.07.2014 für die Praxis : (2)

Will der Auftragnehmer umgekehrt das Risiko solcher Glasbrüche nicht übernehmen, muss er den Besteller darauf hinweisen und für eine vertragliche dementsprechende Klarstellung sorgen, wie z.B.:

„Der AN weist darauf hin, dass bei den an dem streitgegenständlichen Bürogebäude verwandten ESG-H-Scheiben eine Bruchgefahr aufgrund von Nickel-Sulfid-Einschlüssen nicht gänzlich auszuschließen ist. Diese Nickel-Sulfid-Einschlüsse entstehen bei der Glasschmelze. Die Ursache dieses Entstehens ist nach wie vor unerforscht. Der Zusatz H bei den ausgeschriebenen ESG-H-Scheiben erfordere zwar, dass die Scheiben einen sogenannten Heat-Soak-Test durchlaufen. Bei diesem Heißlagerungstest, der in dafür vorgesehenen Öfen erfolge, würde die Kristallumwandlung von vorhandenen Nickel-Sulfid-Einschlüssen beschleunigt, sodass die Scheiben mit derartigen Einschlüssen zu Bruch gingen und deshalb vor dem Einbau ausgesondert werden können. **Trotz dieses Tests besteht ein Restrisiko, dass Scheiben nach Einbau bersten.**

Dieses Risiko eines unverschuldeten Glasbruches wird von dem Auftragnehmer nicht übernommen .“

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Nochmals der Leitsatz (siehe Folie Nr. 2) :

„Ist die vereinbarte Funktionalität einer Glasfassade (hier: uneingeschränkte Bruchsicherheit) technisch nicht zu verwirklichen, steht dem Auftraggeber als Mängelrecht ausschließlich ein Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, § 311a Abs. 2 BGB zu.“

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Zugrundeliegender Sachverhalt (1)

Ein Bauunternehmen bringt an einem Verwaltungsneubau die Fassade mit den ausgeschriebenen Elementen aus Einscheibensicherheitsglas (ESG) an. Da die Scheiben auftragsgemäß einen Heißlagerungstest, der das Bruchrisiko verringert, durchlaufen sollen (ESG H Gläser) , errechnet der Sachverständige, dass bei der Fassadengröße des Bauvorhabens statistisch nur 0,2 Brüche auftreten dürfen. Tatsächlich ereignen sich jedoch an 6 der angebrachten ESG H-Scheiben während eines Zeitraumes von 2 Jahren Spontanbrüche. Der Besteller bewertet daher die gesamte Fassade als mangelhaft und verlangt 240.000 Euro Vorschuss zur Mängelbeseitigung.

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Zugrundeliegender Sachverhalt (2)

Gemäß Ziffer 2.3.1. des LV war zwischen den Parteien bei diesem Fall vereinbart :

"Durch den AN ist nachzuweisen, dass die zur Verwendung kommenden vorgespannten Glasscheiben keine zerstörenden Einschlüsse (z.B. Nickelsulfid) haben. Alle ESG-Scheiben sind einem fremdüberwachten Heißlagerungstest (Heat-Soak-Test) als ESG-H gemäß Bauregelliste zu unterziehen. Die Durchführung des Heat-Soak-Tests ist über eine Werksbescheinigung zu bestätigen. Die Ofenprotokolle müssen für jede einzelne Scheibe nachvollziehbar sein."

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Zugrundeliegender Sachverhalt (3)

Ferner war gemäß § 1.8.7 des GU-Vertrages vereinbart :

"Der Auftragnehmer garantiert die Verwendung ausschließlich fabrikneuer, mängelfreier und einwandfreier Baustoffe und Materialien in der vereinbarten Qualität, auch soweit ihm diese vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden, da er zu deren Überprüfung vor Verarbeitung verpflichtet ist."

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Entscheidungsgründe noch der Vorinstanzen :
(*LG Düsseldorf vom 06.08.2009 – 1 O 472/08*)
(*OLG Düsseldorf vom 14.07.2011- 5 U 106/09*)

Aufgrund des Umstandes, dass bereits bis zur letzten mündlichen Verhandlung sechs Scheiben aufgrund eines Nickelsulfid-Einschlusses gebrochen seien und bei zwei weiteren Scheiben eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit bestehe, ein Nickelsulfid-Einschluss sei die Bruchursache gewesen, **habe sich an der Glasfassade ein erheblich höheres Bruchrisiko verwirklicht, als das, welches bei ESG-H-Scheiben zu erwarten gewesen wäre. Eine derartig erhebliche Überschreitung der statistischen Bruchhäufigkeit der Scheiben einer Fassade führe bei der gebotenen ganzheitlichen Betrachtung zu der Annahme der Mangelhaftigkeit der gesamten Fassade, weil diese ihre Funktion nicht mehr erfüllen könne.**

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Entscheidungsgründe (1)

„Soweit das Berufungsgericht als Mangel der Glasfassade ein statistisch deutlich erhöhtes Bruchrisiko der verwendeten ESG-H-Scheiben annimmt, teilt der Senat diese Auffassung nicht. Die Parteien haben nicht vereinbart, dass die Leistung schon dann mangelhaft ist, wenn mehr Scheiben zerbrechen als der statistischen Wahrscheinlichkeit entspricht. Das kann auch nicht deshalb angenommen werden, weil die Parteien die Durchführung eines Heat-SoakTests vereinbart haben. Dieser senkt zwar das Bruchrisiko, ändert aber nichts daran, dass sich dieses an einem Gebäude mehr und an einem Gebäude weniger verwirklichen kann. Die bloße Bruchwahrscheinlichkeit sagt deshalb nichts darüber aus, welche Vertragspartei das Risiko zu tragen hat, wenn die Anzahl der tatsächlich zerbrochenen Glasscheiben oberhalb eines statistischen Mittelmaßes liegt.(Rdnr.15 b)).

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Entscheidungsgründe (2)

Es kommt vielmehr darauf an, welche Funktion des in Auftrag gegebenen Werkes die Parteien nach dem Vertrag vereinbart oder vorausgesetzt haben. Das ist durch Auslegung nach den allgemein anerkannten Auslegungsregeln zu ermitteln, §§ 133,157 BGB. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, insbesondere der zum Ausdruck gekommene Wille des Bestellers, für welchen Zweck er das Bauwerk nutzen will und welchen Anforderungen es nach diesem Zweck genügen muss. Diese Auslegung des Generalunternehmervertrages kann der Senat selbst vornehmen, da weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind.

Die Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass die Vertragsparteien die Verwendung von Glasscheiben vereinbarten, bei denen kein Risiko eines Glasbruches aufgrund von Nickelsulfid-Einschlüssen besteht. (Rdnr.: 16)

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Entscheidungsgründe (3)

Die Parteien haben zur Beschaffenheit der Glasscheiben in der Leistungsbeschreibung unter Ziffer 2.3.1 Satz 1 vereinbart, dass die zur Verwendung kommenden vorgespannten Glasscheiben keine zerstörenden Einschlüsse (z.B. Nickelsulfid) haben dürfen. Darin kommt der für die Beklagte erkennbare Wille der Klägerin zum Ausdruck, die erheblichen Gefahren für Leib und Leben von Passanten, die durch berstende und herabfallende Glasscheiben entstehen können, vollständig auszuschließen.(Rdnr. 17)

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Entscheidungsgründe (4)

Ausgehend von der vereinbarten Funktionalität der Fassade, eine Gefährdung durch Nickelsulfid-Einschlüsse vollständig auszuschließen, **ist die von der Beklagten erstellte Fassade mangelhaft, da jede der über 3.000 montierten Glasscheiben das Risiko birgt, aufgrund eines Nickelsulfid-Einschlusses zu bersten.** Zwar ist es möglich, dass keine der noch nicht ausgetauschten Scheiben über einen Nickelsulfid-Einschluss verfügt. Das könnte aber nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nur durch Zerstörung der Glasscheiben festgestellt werden. Es verbleibt deshalb eine Unsicherheit hinsichtlich der Bruchfestigkeit der Fassade, die **nach der vereinbarten Funktionalität** in den Risikobereich der Beklagten fällt. Der Klägerin kann zudem nicht zugemutet werden abzuwarten, ob noch weitere Scheiben zu Bruch gehen, da ein erhebliches Risiko für Leib und Leben der Passanten besteht, für welches sie verantwortlich ist.

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Entscheidungsgründe (5)

Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts kann der vollständige Ausschluss von Nickelsulfid-Einschlüssen technisch nicht gewährleistet werden.

Die vereinbarte Funktionalität ist deshalb nicht erreichbar. Daher liegt ein Fall der dauerhaften objektiven Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 2. Fall BGB vor.(Rdnr.23)

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Entscheidungsgründe (6)

Der Umstand, dass eine Bruchwahrscheinlichkeit entsprechend den Ausführungen des Sachverständigen nach Ablauf von zehn Jahren praktisch ausgeschlossen ist, steht der Annahme einer dauerhaften Unmöglichkeit nicht entgegen. Ein zeitweiliges Erfüllungshindernis ist einem dauernden gleichzustellen, wenn die Erreichung des Vertragszwecks durch die vorübergehende Unmöglichkeit in Frage gestellt wird und deshalb dem Vertragspartner nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unter billiger Abwägung der Belange beider Vertragsteile die Einhaltung des Vertrages nicht zugemutet werden kann

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Entscheidungsgründe (7)

Diese Voraussetzungen liegen vor. Da es der Klägerin darauf ankam, Bruchgefahren durch Einschlüsse in den Glasscheiben auszuschließen, um keine Gefahrenquelle für die das Gebäude nutzenden Menschen und Fußgänger zu schaffen, ist es ihr unzumutbar, zehn Jahre zu warten, bis ein solcher Zustand eintritt. Berechtigte Belange der Beklagten, die diesem Abwägungsergebnis entgegenstehen könnten, sind nicht ersichtlich.

,

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Entscheidungsgründe (8)

Die Folge der Unmöglichkeit ist das Entfallen des Erfüllungsanspruches und damit ebenso des Nacherfüllungsanspruches (§ 634 Nr. 1, § 635 Abs. 1 BGB) und des Selbstvornahmerechts einschließlich des Vorschussanspruches gemäß § 634 Nr. 2, § 637 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 23. November 2000 – VII ZR 242/99, BauR 2001,425, 426 = NZBau 2001,97).

Die Klägerin kann daher keinen Austausch der Glasscheiben gegen andere verlangen, die auch bei ordnungsgemäß durchgeführtem Heat-Soak-Test einer Bruchgefahr unterlägen und deshalb der vereinbarten Funktionalität nicht genügen. Eine andere Art der Erfüllung bzw. Nacherfüllung, die den Interessen der Parteien gerecht wird, kommt auf Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht in Betracht.

,

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Entscheidungsgründe (9)

Der Klägerin steht aber ein Schadensersatzanspruch unter den Voraussetzungen von § 634 Nr. 4, § 311a Abs. 2 BGB zu.

Da das Berufungsgericht die notwendigen Feststellungen zu einem Schaden im Sinne von § 634 Nr. 4, § 311a Abs. 2 BGB nicht getroffen hat, ist das Berufungsurteil insgesamt, also auch hinsichtlich des Feststellungsantrags bezüglich der Mangelfolgeschäden, aufzuheben, soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist, und die Sache ist insoweit an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Entscheidungsgründe (10)

Die in § 311a Abs. 2 BGB geregelte Schadensersatzpflicht umfasst auch die Erstattung von Mangelfolgeschäden wie z.B. Mietausfall.

Nach dem mit der Konzeption des § 311a Abs. 2 BGB einhergehenden Willen des Gesetzgebers (BT-Drucks. 14/6040 S. 166, linke Spalte) tritt § 311a Abs. 2 BGB als eigenständige Anspruchsgrundlage an die Stelle von § 280 BGB, so dass es für Folgeschäden eines Rückgriffs auf diese Norm nicht bedarf.

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

§ 311a Leistungshindernis bei Vertragsschluss

(1) Der Wirksamkeit eines Vertrags steht es nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt.

(2) Der Gläubiger kann nach seiner Wahl Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284 bestimmten Umfang verlangen. **Dies gilt nicht, wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat.** § 281 Abs. 1 Satz 2 und 3 und Abs. 5 findet entsprechende Anwendung.

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Entscheidungsgründe (11)

Damit gilt für alle Schadenspositionen einheitlich der Verschuldensmaßstab des § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB. **Eine Haftung der Beklagten ist deshalb nur gegeben, wenn sie das verbleibende Risiko von Nickelsulfid-Einschlüssen bei ESG H Scheiben kannte oder ihre Unkenntnis hierüber nicht zu vertreten hat.**

Sollte es vor diesem Hintergrund noch auf die Frage ankommen, ob die Beklagte verschuldensunabhängig haftet, gibt die weitere Verhandlung und Entscheidung dem Berufungsgericht Gelegenheit, erneut darüber zu befinden, ob aus § 1.8.7 GU eine verschuldensunabhängige Haftung der Beklagten für die vereinbarte Qualität der Glasfassade abgeleitet werden kann.

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Entscheidungsgründe (12)

Auf der Grundlage des Vortrags der Beklagten, den Beratern der Klägerin sei bekannt gewesen, dass auch bei einem ordnungsgemäß durchgeführten Heat-Soak-Test ein Restrisiko verbleibe, wird das Berufungsgericht zu erwägen haben, ob der Klägerin ein Mitverschulden (§ 254 BGB) zuzurechnen ist

(vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 165, linke Spalte; Staudinger/Löwisch/Feldmann, aaO, § 311a Rn. 55; MünchKommBGB/Ernst, aaO, § 311a Rn. 68; Erman/ Kindl, BGB, aaO, § 311a Rn. 10).

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Schlussfolgerungen (1)

1. Haben die Parteien Scheiben ohne Nickelsulfid-Einschlüsse vereinbart oder liegen Glasbrüche vor, die die statistische Bruchhäufigkeit der Scheiben bei gebotener ganzheitlicher Betrachtung überschreiten, liegt ein Mangel an der Glasfassade vor.
2. Auf Grund der Tatsache, dass technisch nicht gewährleistet werden kann, nur Scheiben ohne Sulfid-Einschlüsse zu verbauen, kann die vereinbarte Funktionalität einer Glasfassade nicht erreicht werden, sodass ein Fall der dauerhaften objektiven Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs.1 2.Fall vorliegt.

BGH, Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 (IBR 2014,405)

Schlussfolgerungen (2)

3. Folge dieser Unmöglichkeit ist, dass die Gewährleistungsansprüche des Bauherrn auf Erfüllung und damit ebenso auf Nacherfüllung gem. § 635 BGB und auf Selbstvornahme einschließlich auf Vorschuss gem. § 637 BGB entfallen.
4. Der Bauherr kann deshalb keinen Austausch der Glasscheiben gegen andere verlangen, sondern nur Schadensersatz unter den Voraussetzungen der §§ 634 Nr.4 in Verb. mit § 311a Abs.2 Satz2 BGB !
5. Ein solcher Schadensersatzanspruch ist für den Bauherren nur durchsetzbar, wenn der Unternehmer bei Vertragsschluss von dem Risiko des Glasbruches auf Grund von Nickelsulfid-Einschlüssen Kenntnis hatte oder eine Unkenntnis hiervon zu vertreten hat.

BGH - Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11(IBR 2014,405)

Fazit für die Praxis (1) :

1. Wie ausgeführt, stellt sich bei der Schadensersatzanspruchsgrundlage des § 311a BGB die Frage nach dem Vertretenmüssen der Unkenntnis des „Leistungshindernisses“ des Unternehmers. Hier sollte es jedoch klar sein, dass jedem Glasfassadenbauer die hier aufgezeigte Problematik, dass Nickelsulfid-Einschlüsse bei der Glasproduktion nicht auszuschließen sind, bekannt sein muss. Das Thema ist seit Jahren Gegenstand der bautechnischen Diskussion.

Das heißt:

Im Regelfall muss davon ausgegangen werden, dass der Glasfassadenbauer von der Problematik wusste, also gemäß § 311a Abs.2 BGB schadensersatzpflichtig ist.

BGH - Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11(IBR 2014,405)

Fazit für die Praxis (2)

2. Die Entscheidungen des BGH vom 08.05.2014 und vom 09.07.2014 sind vom Ergebnis deshalb überraschend gewesen, da sie im Widerspruch zu alten Entscheidungen des BGH stehen, wie z. B. zum Urteil vom 25.10.1962 (NJW 1963, 49) oder vom 10.10.1985, in denen der BGH noch ausführte, dass eine Unmöglichkeit der Leistung dann zu verneinen ist, wenn die Verpflichtung des Schuldners in anderer Weise als ursprünglich vorgesehen erfüllbar ist und diese andere Art der Erfüllung dem Schuldner zugemutet werden kann. Im Sinne dieser BGH-Rechtsprechung hat deshalb das OLG München in einem Urteil vom 24.01.2012 (Az. 9 U 3012/11, IBR 2012, 452) ausgeführt:

„Es ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, dass eine ordnungsgemäße Mangelbeseitigung auch durch andere als die geschuldeten Maßnahmen möglich ist, wenn der geschuldete Erfolg damit erreicht wird. Der Auftraggeber hat sogar einen Anspruch auf eine technisch nahezu gleichwertige Art der Nachbesserung, wenn die geschuldete Leistung unmöglich ist.“

BGH - Urteil vom 08.05.2014

- VII ZR 203/11(IBR 2014,405)

Fazit für die Praxis (3) :

3. Geht man von der alten Rechtsprechung des BGH und von dem in der Vorziffer genannten Urteil des OLG München vom 24.01.2012 aus, so führt dies zu dem Ergebnis, dass der Bauherr doch einen Nacherfüllungsanspruch hat und insofern der Unternehmer zu einem Kostenvorschuss verpflichtet ist. Der Auftragnehmer müsste dann dem Besteller entweder doch noch einmal neue Glasscheiben als Ersatzvornahme einbauen oder eventuelle Mehrkosten im Vergleich zur ausgeschriebenen Ausführungsart zahlen, wenn die dauerhafte Bruchsicherheit der Glasfassade nur z. B. mit einer anderen Ausführungsart als ESG-H- Gläser erreichbar ist. Dies gegebenenfalls unter Berücksichtigung von Sowiesokosten. Dies wäre sicherlich eine praktikablere Lösung.
4. Ob deshalb mit diesen beiden Entscheidungen des BGH schon das letzte Wort in dieser Problematik gesprochen wurde bleibt abzuwarten .

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

